

A RESPONSABILIZAÇÃO DA AUTORIA MEDIATA NO ÂMBITO DA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL BRASILEIRA A PARTIR DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

THE LIABILITY OF MEDIA AUTHORSHIP IN THE SCOPE OF BRAZILIAN BUSINESS CRIMINALITY BASED ON THE APPLICATION OF THE THEORY OF DOMINATION OF CRIMINAL ACTS

Victor Trajano Rodrigues¹

Faculdades Damas

Cláudio Brandão²

Faculdades Damas

Resumo

O presente trabalho tem o objetivo de averiguar a compatibilidade da aplicação da teoria do domínio do fato, a partir dos critérios axiológicos estabelecidos por Roxin, no processo de responsabilização penal dos gestores empresariais de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro. A metodologia empregada será a hipotético-dedutiva, com a análise de fontes doutrinárias, legais e jurisprudenciais. De início, será analisada a origem e o desenvolvimento dogmático da teoria do domínio do fato. Em seguida, serão apresentados os critérios axiológicos eleitos por Roxin no sentido de aplicá-la ao caso concreto. Por fim, será analisada a (in)compatibilidade da referida teoria com o ordenamento jurídico brasileiro e o modo como os tribunais pátrios empregam-na no julgamento da autoria mediata no âmbito da criminalidade econômica. Nessa perspectiva, o texto alcançará a conclusão de que a teoria do domínio do fato é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro e que vem sendo empregada pelos tribunais pátrios para justificar a condenação criminal dos gestores empresariais em casos cujas provas da conduta seriam insuficientes a fundamentar uma sentença condenatória, isto é, que a referida teoria está sendo empregada com o fim de solucionar déficits probatórios.

¹ Mestre em Direito Penal pela Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC), professor na graduação do curso de Direito da mesma instituição. Advogado criminalista.

² Professor dos Programas de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Professor visitante, ao abrigo do Programa Erasmus, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor da UFPE.

Palavras-chave

Teoria domínio do fato. Autoria mediata. Criminalidade empresarial. Brasil.

Abstract

The present work has the objective of verifying the compatibility of the application of the theory of the domain of the fact, from the axiological criteria established by Roxin, in the process of criminal liability of business managers according to the Brazilian legal system. The methodology used will be hypothetical-deductive, with the analysis of doctrinal, legal and jurisprudential sources. At first, the origin and dogmatic development of the theory of the domain of fact will be analyzed. Then, the axiological criteria chosen by Roxin will be presented in order to apply it to the specific case. Finally, the (im)compatibility of this theory with the Brazilian legal system and the way in which the national courts use it in the judgment of mediate authorship in the context of economic crime will be analyzed. In this perspective, the text will reach the conclusion that the theory of the domain of fact is incompatible with the Brazilian legal system and that it has been used by the national courts to justify the criminal conviction of business managers in cases where evidence of conduct would be insufficient to support a conviction, that is, that the referred theory is being used in order to solve evidentiary deficits.

Keywords

Theory of domination of criminal acts. Mediate authorship. Business criminality. Brazil.

INTRODUÇÃO

Há não muito tempo, os delitos econômicos não costumavam ser punidos com o rigor e a frequência demandada pela sociedade, em que pese causassem graves danos ao Estado. Por questões (pressões) político-sociais, o Direito Penal tornou-se o principal instrumento de reação intensa à criminalidade econômica.

Em linhas gerais, o cerne do debate político-criminal contemporâneo é que os crimes econômicos (crimes de cavalheiros) afetam gravemente as bases do Estado de bem-estar, no entanto, em razão do sentimento de compreensão (e até mesmo de simpatia) enraizado na lógica do funcionamento social, não são (ou ao menos não eram) suficiente e proporcionalmente reprimidos pelo ordenamento jurídico-penal.

Nesse contexto que o Direito Penal, utilizado como um dos meios de reação intensa à criminalidade, ocupou-se da criminalidade econômica como o legítimo e o mais urgente objeto da contemporaneidade.

Essa reflexão não se limita à dogmática, vai além, alcança os tribunais e reflete na jurisprudência brasileira. Para bem ilustrar esse panorama, destaque-se trecho do voto do ministro Luís Roberto Barroso

no julgamento do Recurso Extraordinário nº 591.054/SC perante o Plenário do Supremo Tribunal Federal: “O Brasil, como todos nós sabemos, tem um sistema punitivo que alterna truculência e impunidade. Nós, frequentemente, somos muito duros com os mais pobres e extremamente mansos com os mais ricos”³.

No mesmo sentido, segundo pesquisa divulgada no *site* Valor Econômico “Sócios, diretores e gerentes foram condenados criminalmente em 82% dos casos que chegaram à Justiça, mesmo sem provas diretas da participação deles nos atos ilícitos”⁴. Ao se analisar os fundamentos de acórdãos condenatórios em face de pessoas que ocupam função de mando perante entidades públicas e privadas, a impressão que se tem é que se tornou comum invocar a posição hierárquica e o dever de evitar o resultado como prova cabal de responsabilidade, como “prova” (leia-se, “argumento”) suficiente a fundamentar um decreto condenatório.

A compreensão lógica empregada nesses acórdãos, em síntese, é a seguinte: certa empresa provocou determinado resultado danoso (por exemplo: não recolhimento do tributo devido). Havia determinado funcionário (geralmente o que ocupava a cúpula da hierarquia) que tinha a responsabilidade de evitar o resultado em razão do cargo que ocupava, eis que, na função que ostentava detinha o domínio final de todo o acontecer fático, tinha o poder de mando e o dever de conhecimento dos riscos. Como o resultado veio a se concretizar, dito funcionário deve ser responsabilizado criminalmente, a partir da teoria do domínio do fato.

Trata-se, ao fim e ao cabo, de uma necessidade de sempre se encontrar culpados quando houver a produção de um resultado danoso. Na prática, é como se a teoria do domínio do fato servisse à responsabilização de um superior hierárquico, cujo comportamento não seria alcançado pelo Direito Penal, a não ser com o uso da referida teoria.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Recurso Extraordinário nº 591.054/SC**. Pleno. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 16.04.2015.

⁴AGUIAR, Adriana. Executivos são condenados em 82% dos casos levados à esfera criminal. **Valor econômico**, 2019. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2019/08/23/executivos-sao-condenados-em-82-dos-casos-levados-a-esfera-criminal.ghtml>>. Acesso em: 08 maio 2021.

Esse raciocínio, aliás, parece funcionar como uma fórmula mágica, apta a fundamentar condenações em casos em que inexistente uma prova concreta no sentido de que determinado agente (que ocupa um alto cargo hierárquico) efetivamente agiu ou se omitiu para produzir o resultado criminoso ou para participar de eventual prática delituosa.

A presente pesquisa parte do pressuposto que a teoria do domínio do fato não serve para esse fim probatório que aparentemente vem sendo aceito pelos tribunais pátrios; não serve como meio de solucionar déficits probatórios no caso concreto. Não serve, no mesmo sentido, para demonstrar autoria delitiva, nem muito menos para permitir a responsabilização criminal de quem, sem o uso de tal teoria, não poderia ser condenado. Isto é, não serve para alargar hipóteses de responsabilidade penal.

Por essas questões de natureza acadêmica e, principalmente, pragmática (eis que se trata de um problema concreto que ultrapassa as academias, atingindo incontáveis réus em ações penais) é que se demonstra a pertinência da presente pesquisa.

O objetivo central da pesquisa, nesse contexto, foi o de averiguar a compatibilidade da aplicação da teoria do domínio do fato, a partir dos critérios axiológicos estabelecidos por Roxin, no processo de responsabilização penal dos superiores hierárquicos no âmbito da criminalidade empresarial.

Nesse sentido, foi testada a hipótese de que a teoria do domínio do fato está sendo utilizada equivocadamente pelos tribunais pátrios para justificar a condenação criminal no âmbito da criminalidade empresarial em casos cujas provas da conduta (omissiva ou comissiva) seriam, a rigor, insuficientes a fundamentar uma sentença condenatória, isto é, a referida teoria está sendo empregada com o fim de solucionar déficits probatórios.

Desta maneira pode-se afirmar que a metodologia se fundamentou na investigação por meio do pensamento lógico, isto é, a análise, a síntese e a observação crítica dos conteúdos. Nesse sentido, empregou-se, inicialmente, o método histórico-lógico no que se refere à análise epistemológica dos precedentes do tema escolhido, proporcionando, assim, sua caracterização e sua identificação.

Posteriormente, passou-se ao método analítico-sintético, que foi utilizado em todas as etapas da investigação, haja vista que proporciona os meios teóricos para a fundamentação das ideias e identifica elementos que possibilitam a compreensão dos conceitos restritos aos institutos essenciais da análise em exame.

Por fim, com o objetivo de promover o contato com a realidade empírica, também se utilizou do método indutivo para descrever os elementos que regem a teoria do domínio do fato, a partir da observação dos critérios axiológicos aplicados pelos tribunais brasileiros.

1. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO: CONCEITO, ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DOGMÁTICO.

A teoria do domínio do fato não se trata de um conceito unívoco, cuja mera invocação do nome “teoria do domínio do fato” mostre-se suficiente para exaurir a amplitude de seu significado. Não se trata, por isso, de um objeto de estudo livre divergências conceituais e metodológicas. Assim, para não ultrapassar as pretensões deste trabalho, não se pretende examinar todas as vertentes, as bases metodológicas e o desenvolvimento percorrido por cada adepto da teoria do domínio do fato.

Servirá de marco teórico, neste ponto, os estudos de Claus Roxin, simplesmente porque “construiu, sem dúvida, a mais completa, a mais clara e, definitivamente, a melhor das definições da teoria do domínio do fato, além de ser o mais influente”.

Antes dele, contudo, o nome “teoria do domínio do fato” já havia sido cunhado e empregado por seus antecessores. Foi em 1915 na monografia sobre “Os elementos do delito” (no original: *Die Merkmale des Verbrechens*), que Hegler empregou a expressão “domínio do fato” pela primeira vez no Direito Penal, introduziu em inúmeras páginas o termo “domínio do fato” ou “domínio sobre o fato” (*Tatherrschaft*) como conceito básico da sistemática do Direito Penal⁵. Para Hegler, o “domínio do fato” estava atrelado ao elemento aos requisitos materiais da culpabilidade do

⁵ HEGLER. *Die Merkmale des Verbrechens*, ZStW 36, 1915, p. 184 e ss.

autor (imputação do dolo e imprudência, bem como das causas de exculpação). Segundo Hegler, só atua culpavelmente quem tem pleno domínio do fato, isto é, aquele que não está sob coação, mas que age livremente.⁶

A toda evidência, Hegler não atribuiu ao conceito de domínio do fato a mesma acepção que se lhe empresta atualmente. Em nenhuma passagem Hegler utiliza a expressão “domínio do fato” para distinguir autoria de participação, mas apenas se refere a ela como elemento integrante da culpabilidade.

Em 1929, quase 15 anos após a monografia *Die Merkmale des Verbrechens*, Hegler publica outra monografia intitulada “Sobre a essência da autoria mediata” (no original: *Zum Wesen der mittelbarer Täterschaft*). Nessa obra, sim, nasce a maior contribuição de Hegler para desenvolvimento futuro da teoria do domínio do fato. Isso porque, nessa monografia Hegler afirma que o agente sob coação não detém nenhum domínio sobre o fato, enquanto o sujeito de trás cumpre os requisitos de autoria, aparecendo, portanto, como o “senhor do fato”. Nesse ponto, Hegler desenvolve sua doutrina no sentido de que a essência da autoria mediata reside na supremacia do sujeito de trás. Com isso, antecipa (não só terminológica, mas materialmente) uma das principais conquistas da posterior teoria do domínio do fato de Welzel⁷.

A primeira vez em que se utilizou a teoria do domínio do fato para distinguir autoria de participação foi em 1932 com a publicação da obra *Kritik der Lehre vom Tatbestand*⁸ de Hermann Bruns. Segundo o autor, a

⁶ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 81.

⁷ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 82.

⁸ Tradução livre do nome da obra: “Crítica à doutrina da tipicidade”. Emprega-se o termo “tipicidade” para o vocábulo *Tatbestand* pelo seguinte motivo: “Para a compreensão vertical desse conceito, é indispensável considerar que ele foi formulado no estio do vocábulo *Tatbestand*. O substantivo masculino da língua alemã *Tatbestand*, provém da união de dois outros substantivos: a) o substantivo feminino *Tat*, que significa: ato; e b) o substantivo masculino *Bestand*, que significa: existência. Literalmente, pois, *Tatbestand* significa um ato que existiu no tempo e no espaço, isto é, um fato concreto produzido pelo homem que pode ser individualizado e conhecido. [...] Mas a tradução que se consolidou no Brasil foi

definição de autoria pressupõe ao menos a possibilidade do domínio do fato, e esse domínio só se configura quando a ação é adequada para produzir resultados. Não obstante tenha empregado o conceito de domínio do fato pela primeira vez como critério delimitador de autoria e participação, Hermann Bruns não pode ser considerado o fundador da teoria do domínio do fato, pois suas reflexões são demasiadamente pouco desenvolvidas e incidentais. Inclusive, em nenhum lugar de sua obra Bruns define ou descreve o que vem a entender por “domínio do fato”, tampouco explica os efeitos práticos de sua concepção sobre “domínio do fato”⁹.

O conceito desenvolvido por Bruns, em verdade, não é útil para delimitar as formas de participação, embora tenha de algum modo contribuído na “história da ideia do domínio do fato”. Cumpre ressaltar, ainda, que Bruns em nada se mostrou influenciado por Hegler, vez que sequer chegou a citá-lo, segundo aponta Roxin,¹⁰.

Em 1935 o termo “domínio do fato” voltou a ser empregado por Hellmuth v. Weber na obra “Para construir o sistema do direito criminal” (livre tradução de *Zum Aufbau des Strafrechtssystemes*) que, no sentido de fundamentar a teoria subjetiva, defendeu que “autor é quem realiza o fato com vontade de domínio de fato próprio [...] é autor mediato quem se serve de outra pessoa que sua vez atua com vontade de domínio do fato”¹¹. Contudo, v. Weber em nada aclarou ou exemplificou o seu conceito de domínio do fato.

Em 1936, Eb. Schmidt, com o objetivo de construir seu conceito extensivo de autor, ligado à teoria subjetiva e ao “princípio do dever”, através da ideia do domínio do fato, em sua monografia sobre autoria nos delitos militares (“Os delitos militares e seus autores”, livre tradução de *Die militärische und ihr Täter*), defendeu que: “só existe conduta

a realizada na Espanha, por Luis Jiménez de Asúa, que traduziu livremente aquele referido vocábulo por tipicidade”. BRANDÃO, Claudio. **Tipicidade e Interpretação no Direito Penal**: Revista Seqüência (Florianópolis), n. 68, p. 59-89, jun. 2014, p.67-68.

⁹ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 82-83.

¹⁰ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 83-84.

¹¹ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 84.

do autor onde a disposição intencional do sujeito atuante se fizer aparecer como o senhor do fato [...] e para que a disposição intencional caracterizar o domínio do fato [...] pressupõe-se a posição de dever especificamente militar”¹².

Contudo, cumpre destacar que a primeira vez em que a teoria do domínio do fato foi empregada nos termos assemelhados ao que se tem hoje foi alguns anos antes, em 1933 para ser mais específico, quando Lobe (na obra “Introdução à parte geral do Código Penal”, livre tradução de *Einführung in den allgemeinen Teil Des Strafgesetzbuches*), em sua crítica à jurisprudência, manifestou que “em lugar do *animus auctoris* dever-se-ia requisitar o *animus domini*, conectando-o com o correlativo *dominare* na execução do fato”¹³. Em outras palavras, Lobe, ao se opor à teoria subjetiva, defendeu que o conceito de autoria exige, mais que a vontade de autor, a vontade de domínio e, junto a ela, o efetivo domínio na execução delitiva; não basta, pois, querer o delito com próprio¹⁴.

Finalmente, em 1939 surge o conceito de domínio do fato em Welzel (na obra “Estudos sobre o sistema de Direito Penal”, livre tradução de *Studien zum System des Strafrechts*). Aqui, Welzel entrelaça a teoria do domínio do fato com a sua teoria finalista da ação, elaborando o conceito de autoria final¹⁵. Para Welzel: “domínio final do fato é levar a cabo, por meio de uma atuação final, a própria vontade de realização (o dolo do tipo)”¹⁶.

Welzel defende que o fator decisivo é a realidade objetiva de que o fato é realmente obra do autor. Essa realidade depende, além de

¹² ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 84.

¹³ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 84-85.

¹⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. **La autoria em derecho penal**. Barcelona: PPU, 1991, p. 550.

¹⁵ MACHADO, Renato Martins. **Do concurso de pessoas: delimitação entre autoria e participação a partir da teoria do domínio do fato**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2015, p. 139.

¹⁶ WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Parte general. 11. ed. 2ª edicion Castelliana. Trad. Juan Bustos Ramírez; Sergio Yañez Pérez. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976, p.147.

momentos subjetivos, do concreto domínio final do fato. É quando o homem, a fim de realizar sua vontade, pode pôr em marcha, de um modo dirigido ao fim que se propõe, a configuração do futuro (o acontecer causal). Essa configuração do futuro, que se realiza segundo sua vontade dirigida a um fim, é sua obra. Nesse ponto é indiferente se o fez por interesse próprio ou alheio, o que importa é que realizou com consciência do fim. Assim, o critério essencial do domínio do fato não é apenas a vaga vontade de autor, mas o verdadeiro domínio final do fato¹⁷.

Chama a atenção que dentre todos os autores acima citados, nenhum cita os demais, e todos elaboram suas concepções de pontos de partidas dogmáticamente diferentes: teoria da culpabilidade em Hegler, da adequação em Bruns, da justificação da teoria subjetiva de participação em von Weber, a crítica respectiva a essa última em Lobe, a ideia de dever em Eb. Schmidt, e, finalmente, a teoria da ação em Welzel¹⁸.

Apenas em 1963, depois de dedicar mais de trinta e cinco anos de estudo sobre o tema, Roxin inaugurou “uma nova era no estudo da autoria e da teoria do domínio do fato no concurso de pessoas”¹⁹, quando publicou sua tese de habilitação como Professor Catedrático na Alemanha²⁰: monografia intitulada “Autoria e Domínio do Fato” (no original: *Täterschaft und Tatherrschaft*).

A construção de Roxin, nas palavras de Díaz y García Collendo, trata-se da “mais ampla, mais elaborada e mais influente que se viu entre

¹⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. **La autoria em derecho penal**. Barcelona: PPU, 1991, p. 551-552.

¹⁸ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 85.

¹⁹ MACHADO, Renato Martins. **Do concurso de pessoas**: delimitação entre autoria e participação a partir da teoria do domínio do fato. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2015, p. 139.

²⁰ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 23.

todos os defensores da teoria do domínio do fato, e, também, entre o tema de autoria”²¹.

Em sentido semelhante, Greco e Leite ressaltam que teoria desenvolvida por Roxin corresponde a uma descoberta, uma inovação dogmática, e não a uma ideia decorrente da continuação das concepções anteriores ou mesmo de suas combinações²². Alflen, por sua vez, reconhece que “tal teoria representou um marco no desenvolvimento do instituto da autoria e tem sido apontada como o caminho mais seguro para a caracterização da autoria em matéria penal”²³.

2. A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO EM ROXIN

Antes de proceder a análise da teoria do domínio do fato em Roxin, algumas advertências precisam ser consignadas. A primeira consiste em relembrar que toda exposição resumida sobre a posição de um autor em determinada obra perde, inevitavelmente, considerável riqueza expositiva do próprio autor, de modo especial quando esse autor é Claus Roxin e quando a obra é a inédita e monumental monografia *Täterschaft und Tatherrschaft* (Autoria e Domínio do Fato no Direito Penal).

Assim, o objetivo deste trabalho, longe de esgotar as discussões e argumentações presentes em Roxin, consiste em analisar as ideias centrais do autor no que se refere à teoria do domínio do fato.

Advirta-se, de igual modo, que dita teoria surgiu com a mesma pretensão de todas as teorias restritivas, a saber, distinguir, a partir de critérios axiológicos, autoria de participação no concurso eventual de

²¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. **La autoria em derecho penal**. Barcelona: PPU, 1991, p. 583.

²² GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. GRECO, Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 24.

²³ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 19.

pessoas. Não se trata, portanto, conforme já antecipado, de uma teoria que alarga as hipóteses de responsabilização penal, “não se trata de uma descrição da autoria, mas de um critério formal, um ponto de apoio metodológico”²⁴, “com a teoria do domínio do fato não foi encontrada uma fórmula mágica, da qual se possa deduzir um resultado diante de uma qualquer situação”²⁵.

Roxin edifica a teoria do domínio do fato a partir do princípio orientador de que o autor é a figura central do acontecer típico²⁶ (*Zentralgestalt des Tatbestandsmäßigen Geschehens*), e não tem a pretensão de aplicá-la a todas as espécies de delitos, mas tão-somente os crimes comissivos dolosos. Nos delitos de dever (ou delitos de violação de dever, *Pflichtdelikte*), nos delitos de mão própria e nos delitos culposos a autoria se determina com base em outros critérios, que não a teoria do domínio do fato.

Por fim, Roxin, defende três formas de manifestação da teoria do domínio do fato: domínio da ação (fundamenta a autoria de quem executa, pessoalmente, todos os elementos do tipo), domínio da vontade (fundamenta a autoria mediata) e domínio funcional do fato (fundamenta a coautoria):

A essa altura sabemos o que é o domínio do fato. Um sujeito é autor quando: a) realiza a ação típica pessoalmente (domínio da ação); b) executa o fato através de outro cuja vontade, segundo parâmetros jurídicos, não é livre, ou que não conhece o sentido objetivo da ação de seu comportamento ou o compreende em menor medida que o sujeito de trás, ou quando é substituível à vontade dentro de uma estrutura organizada de poder (domínio da vontade); c) se empresta na

²⁴ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 44-45.

²⁵ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: **Autoría como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. GRECO, Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 39-40.

²⁶ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 44.

fase executiva aportando uma contribuição funcionalmente significativa (domínio funcional do fato)²⁷.

Firme nesses pressupostos, passa-se a analisar o modelo tripartido de domínio do fato desenvolvido por Roxin, ou, em outras palavras, as três formas de domínio do fato segundo Roxin.

2.1 Autoria direta como domínio da ação

Partindo da premissa de que o autor é a figura central do acontecer típico, Roxin fundamenta o domínio do fato por meio da realização livre de coação, direta e pessoal, de todos os elementos integrantes do tipo penal²⁸. Trata-se domínio da ação ou domínio sobre a própria ação (*Handlungsherrschaft*). Hipótese prevista expressamente no Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuch*), no §25, I StGB, a partir da expressão “comete por si mesmo”, transcreva-se: “Quem comete o crime por si mesmo ou por meio de outrem é punido como autor do crime”²⁹.

Defende Roxin, nesse sentido, que dita modalidade de domínio do fato constitui a manifestação mais clara de se evidenciar o autor como a figura central do acontecer típico, afinal, ninguém detém mais controle sobre os fatos do que o agente que, por suas próprias mãos, o realiza:

Quem realiza todos os elementos do tipo pelas próprias mãos, é autor. Em todas as suposições imagináveis tem o domínio do fato. Trata-se aqui do protótipo de autoria, a manifestação mais evidente da figura central, de uma suposição em que coincide inquestionavelmente a concepção natural da vida e a valoração do legislador. Não pode dominar-se um fato de maneira mais clara que quando o realiza por si mesmo; não se pode manter nas próprias mãos de modo mais firme que quando se atua de própria mão³⁰.

²⁷ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 337.

²⁸ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 151.

²⁹ Livre tradução de: *Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht*.

³⁰ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 151.

Não significa, contudo, que aquele que age de mão própria, executando todos os elementos do tipo, será necessariamente o principal responsável pelo fato. Pode haver outros que tenham instigado e concorrido para o delito, e, quem sabe, até merecer uma pena superior. De toda sorte, inegável que “quem executa por completo, livremente e de mão própria, continua sendo a figura central dominante”³¹.

2.2 Autoria mediata como domínio da vontade

A segunda hipótese de manifestação do domínio do fato trata-se do domínio da vontade (*Willensherrchaft*) de um terceiro que, por alguma razão, é reduzido a um mero instrumento³². Essa forma de autoria, consistente em dominar o fato através da vontade manifestada na ação de um terceiro que lhe serve de instrumento, fundamenta a autoria mediata, que também é descrita no Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuch*), §25, I StGB, a partir da expressão “comete o fato por meio de outrem”.

As hipóteses que fundamentam o domínio da vontade dividem-se, segundo Roxin, em quatro grupos: domínio da vontade por coação³³; domínio da vontade por erro³⁴; domínio da vontade por meio da utilização

³¹ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 152.

³² GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 26.

³³ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 167.

³⁴ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 194.

de menores e inimputáveis³⁵; domínio da vontade através de aparelhos organizados de poder³⁶.

Roxin caracteriza a autoria mediata como uma forma de atuação causal que se assemelha à participação, mas que com ela não se confunde, pois, segundo ele, tem “algo a mais”³⁷. De acordo com o princípio metodológico empregado por Roxin, autoria mediata, assim como a autora imediata, também é um modo apto a caracterizar o agente como a figura central do acontecer típico, “pois uma coação ou o emprego daquele que está em erro converte o sujeito de trás na figura chave do sucesso, de modo diferente daquele que se limita simplesmente a aconselhar”³⁸.

Segundo o professor de Munique, o elemento diferenciador entre a autoria imediata (caracterizada pelo domínio da ação) e a autoria mediata (domínio da vontade) é que “aqui [na autoria mediata] se trata de casos em que falta justamente a ‘ação’ executória do sujeito de trás, sendo que o domínio do fato só poderá se basear no poder da vontade reitora”³⁹. Em outras palavras, se o domínio do fato em caso de autoria imediata ocorre através do domínio da ação, o domínio do fato na hipótese da autoria mediata se dá por meio do domínio da vontade.

O domínio da vontade manifesta-se de três formas distintas, segundo Roxin: através da coação, do erro e de estruturas de poder organizadas.

O domínio da vontade em virtude da coação se configura quando o “homem da frente” (autor imediato, executor) é dominado pela vontade do homem de trás (*Hintermann*, autor mediato), de modo que o coagido não dispõe de liberdade para agir de modo diverso, sendo mero

³⁵ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 259.

³⁶ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p.269.

³⁷ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 165.

³⁸ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 166.

³⁹ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 166.

instrumento de realização da vontade do homem de trás⁴⁰. Nesse caso, embora o executor domine a ação (sendo, por essa razão, autor, em virtude do domínio da ação), a figura central do acontecer típico é o autor mediato.

A pessoa que tem em suas mãos o curso (o domínio) dos fatos é, efetivamente, o homem de trás. Trata-se do autor atrás do autor: o autor imediato domina a ação (embora possa ser exculpado), e o autor mediato domina os fatos em virtude do seu poder sobre a vontade (sua vontade é realizada através de um executor, coagido, que lhe serve de instrumento). Entretanto, se o legislador isenta de responsabilidade o executor imediato e o mantém impune, então se deve entender que ele vê o acontecer típico nas mãos do homem de trás e o coloca na posição central do acontecer fático⁴¹.

Adverte Roxin que “influência volitiva” não é o mesmo que “domínio da vontade”. Isto é, nem todo aquele que exerce influência sobre o executor domina, apenas por isso, o acontecer fático. Quando a influência do homem de trás for de tal modo que não impossibilite a liberdade de decidir do executor, pode-se falar em instigação ou indução (participação), mas não em “domínio dos fatos”. O domínio da vontade, a partir da coação, só se configura quando “a vontade última e determinante for do homem de trás”⁴².

A segunda modalidade de domínio da vontade ocorre quando o homem de trás se serve de um instrumento (executor, homem da frente) que age sob erro. O domínio da vontade do autor direto em virtude de erro se fundamenta no conhecimento superior e de maior amplitude que tem o autor mediato⁴³.

Roxin divide o domínio da vontade em virtude de erro em quatro níveis possíveis: a) quando o executor age sem conhecimento das circunstâncias fáticas, sem dolo, (*ohne Vorsatz*); b) quando o executor age sem conhecimento da antijuridicidade material do fato, em erro de proibição

⁴⁰ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 167.

⁴¹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 126.

⁴² ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 169.

⁴³ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 194; 258.

(*Verbotsirrtum*); c) quando o executor age sem conhecimento dos elementos da reprovabilidade, erra sobre os pressupostos do estado de necessidade exculpante (*entschuldigenden Notstandes*); d) quando o executor age de forma plenamente criminosa (*volldeliktisch*)⁴⁴.

O primeiro nível de erro ocorre quando o homem de trás induz o executor em erro de tipo, sem conhecimento real das circunstâncias fáticas, agindo sem dolo (vez que sem o elemento “conhecimento”), de forma inculpável (ou, no máximo, com culpa inconsciente⁴⁵). É o famoso exemplo do médico que orienta a enfermeira a ministrar um veneno moral ao invés de um medicamento no paciente.

O segundo nível de erro ocorre quando o executor age em erro de proibição, desconhecendo o impedimento legal de sua atitude. O terceiro nível, por sua vez, manifesta-se quando o executor erra sobre os pressupostos do estado de necessidade exculpante, o que se mostra sem reflexo na prática⁴⁶. O quarto nível, por fim, ocorre quando o executor atua tipicamente, antijuridicamente e culpavelmente, de modo que a atuação do homem de trás, a rigor, não passa de uma instigação ou indução para o cometimento do delito, vez que o executor agiu livremente. É o exemplo do agente que fala para o amigo que a esposa deste cometeu adultério, e, sentindo-se traído, ele (o amigo traído) mata a esposa. Nessa hipótese, o “erro” não se refere ao crime em si, mas apenas aos motivos do seu cometimento⁴⁷.

A terceira modalidade de domínio da vontade ocorre quando o homem de trás utiliza-se de menores e inimputáveis para realizar o delito. Roxin divide essa modalidade em: utilização de menores plenamente inimputáveis; e utilização de menores com inimputabilidade diminuída. Não obstante as diferenciações conceituais, Roxin admite que a problemática do domínio da vontade a partir de menores e inimputáveis soluciona-se da mesma maneira que as situações de coação e erro:

⁴⁴ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 258.

⁴⁵ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 131.

⁴⁶ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 133.

⁴⁷ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 133.

A questão do domínio do fato na utilização de menores e inimputáveis há de se resolver, portanto, com a ajuda dos mesmos critérios a que recorremos nas situações de coação e de erro. Aqui se trata de uma peculiar zona mista: o domínio da vontade do sujeito de trás pode basear-se ou em quem (como ocorre nas situações de coação) domina a formação da vontade do executor direto ou em quem (como nos casos de erro) é capaz de dirigir o sucesso em virtude de sobredeterminação configuradora de sentido⁴⁸.

Por fim, o domínio da vontade pode se manifestar, de acordo com Roxin, através de estruturas organizadas de poder. Trata-se, hoje, de um dos principais temas do debate acerca da teoria jurídico-penal da autoria⁴⁹. Essa contribuição de Roxin consolidou, de forma clara, a possibilidade de autoria mediata a partir de executores que atuam fora das hipóteses de erro e coação, ou seja, de forma plenamente responsável.

Para elaborar essa concepção, Roxin partiu do pressuposto de que as autoridades estatais que deram ordens de execução de judeus e as autoridades dos serviços secretos estrangeiros que deram ordens de execução aos inimigos não poderiam ser consideradas meros partícipes, mas verdadeiros autores, face ao domínio da vontade e ao controle do acontecer típico a partir de assassinos que obedeceram, sem coação e sem erro, às suas ordens⁵⁰.

Nessa hipótese, o executor não pode ser considerado o instrumento do qual se utiliza o autor mediato, pois caso se recuse a cumprir a ordem do homem de trás, haverá muitos outros executores solícitos. O verdadeiro instrumento, em verdade, é o próprio aparelho organizado de poder⁵¹, é ele quem dá a certeza ao homem de trás que sua vontade será cumprida. De forma bastante clara, reconhece Roxin que “o fator decisivo

⁴⁸ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 269.

⁴⁹ ROXIN, Claus. **Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft**. Versão atualizada da aula inaugural proferida em 21 de junho de 2006 na Universidade Luzern, Suíça.

⁵⁰ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 270.

⁵¹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 139.

para fundamentar o domínio da vontade em tais casos reside, pois, na fungibilidade do executor⁵².

Nessa modalidade, o executor e o homem de trás possuem formas diferentes de domínio do fato: o primeiro possui o domínio da ação (vez que é ele quem domina, por suas próprias mãos, os meios e os modos de execução do crime), enquanto o segundo possui o domínio da vontade através da organização de poder (sua vontade será determinante e definitiva para o acontecer fáticos, mas não precisará executar o fato pelas suas próprias mãos). Conclui-se, então, pela existência de dois autores: o que executa, e o que ordena. Daí surge a ideia de autoria mediata como “autor detrás do autor” (*täter hinter dem täter*⁵³).

Para sistematizar sua construção, Roxin enumera quatro requisitos para a configuração da autoria mediata com base no domínio por organização, são eles: a) poder de comando; b) desvinculação do direito pelo aparato (aparelho)⁵⁴ de poder; c) fungibilidade do executor direto; d) disposição essencialmente elevada dos executores ao fato.

O primeiro requisito nada mais é que a necessidade do homem de trás ter poder de comando dentro de uma organização rigorosamente conduzida e hierarquicamente estruturada e o exercer para cometer fatos típicos⁵⁵. É o famoso exemplo do comandante nazista como autor mediato de homicídios que ele ordenava dentro do campo de concentração, mesmo

⁵² ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 272.

⁵³ A expressão “*täter hinter dem täter*” foi cunhada por Richard Lange, todavia, ele não desenvolveu nenhuma teoria, mas limitou-se a empregar dita expressão. Apenas com Roxin, que desenvolveu a teoria mais completa e mundialmente aceita sobre autoria mediata que dita expressão assumiu os contornos que se lhe emprega atualmente. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137-138.

⁵⁴ A palavra aparato quando traduzida do espanhol significa “aparelho”, razão pela qual, com o objetivo de preservar maior fidedignidade do texto original, optou-se por empregar a palavra “aparelho” ao invés de “aparato”. No mesmo sentido, entende-se como expressão sinônima de “aparelho organizado de poder” a expressão “estrutura organizada de poder”.

⁵⁵ ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Panóptica. Law E-Journal, nº 04, 2009, p.69-94, disponível em <www.panoptica.org>, p.81.

que agindo sob a instrução de um superior. Por isso que Roxin defende que “muitos autores mediatos podem estar um atrás do outro, em diferentes níveis de hierarquia de comando”⁵⁶.

O segundo pressuposto, consistente na desvinculação do direito pelo aparelho de poder, significa que a referida organização deve atuar de forma contrária ao ordenamento jurídico estatal⁵⁷. Isso não quer dizer que o aparelho de poder deve estar desvinculado do direito em todos os aspectos, mas tão somente no marco dos tipos penais realizados por meio dele⁵⁸. Ou seja, mesmo o aparelho estatal (que surge de acordo com o direito) pode ser considerado desvinculado ao direito, na medida em que se vê utilizado no cometimento de tipos penais. Até porque, como bem relembra Roxin:

As medidas tomadas pela DDR e mesmo pelo Estado Nacional-Socialista moveram-se em muitos setores dentro do direito vigente; porém os âmbitos de atuação, como o impedimento de fuga da República através de disparos mortais ou, apenas para mencionar o caso mais assustador, a solução final para o problema relativo aos judeus, caracterizam atividades absolutamente desvinculadas do direito⁵⁹.

Essa forma de autoria mediata se apresenta através de duas únicas manifestações típicas: ou através de pessoas que ocupam posição de

⁵⁶ ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Panóptica. Law E-Journal, nº 04, 2009, p.69-94, disponível em <www.panoptica.org>, p.81.

⁵⁷ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 278.

⁵⁸ ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Panóptica. Law E-Journal, nº 04, 2009, p.69-94, disponível em <www.panoptica.org>, p.81

⁵⁹ ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Panóptica. Law E-Journal, nº 04, 2009, p.69-94, disponível em <www.panoptica.org>, p.81

comando dentro de governos autoritários ou através de grupos clandestinos (terrorismo, organizações criminosas ou grupos semelhantes)⁶⁰.

O terceiro requisito, qual seja, a fungibilidade do executor direto, conceitua Roxin, trata-se da “possibilidade de substituição daquele que na conduta delitiva do aparelho organizado de poder praticou os últimos atos parciais de preenchimento do tipo penal”⁶¹. Tal elemento garante o funcionamento quase que “automático” do aparelho, no qual o executor é visto apenas como uma figura anônima, intercambiável, uma engrenagem substituível no mecanismo do aparelho de poder⁶².

O quarto requisito, por fim, consiste na disposição essencialmente elevada dos executores do fato. Dito pressuposto não fora apresentado por Roxin na sua concepção originária de 1963, mas apenas em 21 de junho de 2006, na sua palestra proferida na Universidade Luzern, Suíça, que deu origem ao artigo intitulado “*Organisationsberrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft*” (O domínio por organização como forma independente de autoria mediata):

Com os critérios do poder de mando, da desvinculação do direito e da fungibilidade diferentemente do que eu tinha referido originariamente as circunstâncias nas quais se baseia o domínio do fato do homem de trás ainda não estão completamente caracterizadas. Acresça-se, ainda, um fator que eu caracterizo em seus efeitos consequentes como a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato⁶³.

Entende Roxin que aquele que cumpre ordens dentro de um aparelho organizado de poder está sujeito a inúmeras influências que são

⁶⁰ MACHADO, Renato Martins. **Do concurso de pessoas**: delimitação entre autoria e participação a partir da teoria do domínio do fato. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2015, p. 205.

⁶¹ ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Panóptica. Law E-Journal, nº 04, 2009, p.69-94, disponível em <www.panoptica.org>, p.82.

⁶² ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 142.

⁶³ ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Panóptica. Law E-Journal, nº 04, 2009, p.69-94, disponível em <www.panoptica.org>, p.85.

inerentes à própria organização, as quais, longe de eximirem o executor da responsabilidade, os torna “mais disposto ao fato que outro potencial delinquentes”, e isso “aumenta a probabilidade o resultado por meio de uma ordem e contribuem com o domínio do fato do homem de trás”⁶⁴.

Destaca Roxin que são várias as circunstâncias que contribuem para dita “disposição elevada do executor em praticar o fato”:

A integração de uma organização provoca, como tal, uma tendência à adaptação. Espera-se que os membros se adaptem concretamente. Isto pode levar a uma adesão irrefletida a condutas que jamais passariam pela cabeça de pessoas incorporadas a tal organização. Porém, um fenômeno típico da organização é também o obsequioso zelo excessivo, seja pela ambição na carreira, pela ostentação, pelo deslumbramento ideológico ou também em razão de impulsos sádicos ou mesmo criminosos, os quais o membro de uma tal organização acredita poder fornecer impunemente. Além disso, também há uma participação interna de membros opositores, em consequência de uma resignada reflexão: “se eu não faço, de qualquer forma outro o fará”. Finalmente, acham-se também hipóteses que na verdade não fundamentam nenhum domínio do homem de trás por erro ou coação, mas que se aproximam em grande parte de tais situações: o executor solícito teme, por exemplo, no caso de recusa, a perda de sua posição, o desprezo dos seus colegas ou outros prejuízos sociais; ou, apesar da forte dúvida em relação ao injusto, ele conta com a impunidade do seu fazer ordenado “desde cima”⁶⁵.

Em resumo, a autoria mediata em virtude do domínio da vontade do executor por meio de estruturas organizadas de poder exige, como requisitos, que a ordem seja procedida de um agente que ocupe uma posição de poder dentro desse aparelho organizado de poder; que a ordem proferida por esse ocupante do cargo de poder seja cumprida por executores

⁶⁴ ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Panóptica. Law E-Journal, nº 04, 2009, p.69-94, disponível em <www.panoptica.org>, p.85-86.

⁶⁵ ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Panóptica. Law E-Journal, nº 04, 2009, p.69-94, disponível em <www.panoptica.org>, p.86.

fungíveis; que essa estrutura organizada de poder atue à margem do direito⁶⁶; que os executores tenham disposição elevada em cumprir as ordens dos superiores.

Configurados todos esses pressupostos, tem-se o domínio da vontade por meio de aparelho organizado de poder na concepção de Roxin. A construção da teoria do domínio por organização representa, para parte da doutrina, um grande avanço teórico, sobretudo, no que diz respeito à delimitação da autoria mediata no âmbito da criminalidade contemporânea, com toda complexidade que lhe é característica⁶⁷ (posição que se adere), para outra parte, contudo, trata-se de uma concepção insubsistente⁶⁸.

De toda sorte, seja como for, em que pese dita teoria se apresente, em uma primeira vista, como concepção de extrema utilidade e relevância prática, isso não vem a ocorrer efetivamente. A teoria do domínio por organização “possui um horizonte de projeção limitado que não lhe permite alcançar os fins aos quais se pretende que ela alcance (tal como sua aplicabilidade ao plano dos crimes cometidos por meio de organizações empresariais)”⁶⁹.

2.3 Coautoria como domínio funcional

A terceira modalidade de domínio do fato, segundo a concepção de Roxin, trata-se do domínio funcional nas hipóteses de

⁶⁶ MACHADO, Renato Martins. **Do concurso de pessoas**: delimitação entre autoria e participação a partir da teoria do domínio do fato. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2015, p. 206.

⁶⁷ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 144.

⁶⁸ Jakobs, por todos, considera o conceito de autoria mediata através de aparatos organizados de poder uma ideia “supérflua e nociva”. Defende, em primeiro lugar, que é superficial pois o requisito da fungibilidade dos executores é quase impraticável, aplicando-se apenas aos casos de crimes violentos cometidos na época nacional-socialista, e que nem sempre os executores são fungíveis. A rigor, no próprio caso paradigma do BGH (caso *Stachinkij*) o executor não era fungível. Também é superficial quando não esclarece a que nível de hierarquia deve se situar o autor mediato, se basta ser um superior hierárquico ou apenas o da mais alta cúpula. JAKOBS Gunter. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoria de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras; José Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 783-784.

⁶⁹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 144.

coautoria. Dita modalidade de manifestação do domínio do fato restou concebida por Roxin em virtude da sua constatação de que: “o domínio da ação e da vontade não esgotam todo o âmbito possível de autoria [...] a observação empírica das formas de cooperação [...] se estendem a um amplo espaço de atividade delitiva, na qual o agente não tem nem uma, nem outra forma de domínio e, sem embargo, cabe determinar sua autoria”⁷⁰. Nesses casos, a autoria se desenvolve a partir de um domínio conjunto sobre o evento criminoso⁷¹.

Roxin reconhece, dentro da concepção do domínio funcional do fato, duas modalidades distintas de manifestação da referida forma de domínio, quais sejam: cooperação na fase executória e cooperação na fase preparatória do delito.

No que se refere à cooperação na fase de execução do crime, defende Roxin que há inúmeras de intervenção (cooperação), contudo, dentre tantas formas de contribuição, há o grupo de contribuições irrelevantes e há o grupo de contribuições essenciais à realização do tipo. E, entre esses dois extremos (de contribuição insignificante e essencial) incontáveis graduações distintas de nível de importância de cooperação. Nesse contexto, Roxin questiona se em todas as formas e níveis de contribuição na fase executória do delito há efetivo domínio do fato por parte daquele que coopera, e quais seriam os requisitos norteadores para fundamentar esse pretensão domínio do fato⁷².

A conclusão a que chega Roxin é no sentido de que o domínio funcional do fato (coautoria) ocorre quando o domínio completo estiver na mão de vários agentes, de modo que eles só podem assegurar a realização típica se atuarem conjuntamente⁷³. Em outras palavras, o critério definidor da coautoria (do domínio funcional do fato) é a imprescindibilidade da

⁷⁰ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 305.

⁷¹ MACHADO, Renato Martins. **Do concurso de pessoas: delimitação entre autoria e participação a partir da teoria do domínio do fato**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2015, p. 207.

⁷² ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 306.

⁷³ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 307-308.

cooperação para o sucesso da empreitada criminosa: “coautor é aquele desenvolve contribuição imprescindível para a concretização do resultado deliberado”⁷⁴, uma vez que o interveniente “não pode executar nada sozinho [...] só pode realizar seu plano atuando conjuntamente, mas cada um separado pode anular o plano conjunto retirando sua contribuição. Nessa medida, cada um tem o fato em suas mãos [...] aqui reside a ideia básica de coautoria, no domínio conjunto do fato”⁷⁵.

Roxin reconhece que o critério de identificação de coautoria na fase executória do crime a partir do domínio funcional do fato (qual seja, a imprescindibilidade da contribuição para a realização do tipo) trata-se de um conceito aberto, mas que deve servir de princípio norteador ao juiz diante dos casos concretos. O que não significa uma deficiência na referida formulação conceitual, mas tão somente que os níveis e as modalidades de cooperação na fase executória do crime são infinitas, de modo que é impossível estabelecer um critério rígido para fundamentar as hipóteses de coautoria⁷⁶.

No que se refere à cooperação na fase preparatória do crime, Roxin rechaça a possibilidade de ser considerado coautor aquele que apenas participa dos atos preparatórios. Primeiro porque, sendo o autor a figura central do acontecer típico na concepção de Roxin, impossível reconhecer que o agente que atuou apenas na preparação ocupe tal posição central. Segundo porque o agente que atua exclusivamente nos atos preparatórios, uma hora ou outra, terá que “parar de atuar no fato e confiar a partir de então no outro”, sendo que “aquele que não está presente tampouco pode dirigir o curso dos fatos, estando às expensas do arbítrio do agente”⁷⁷. Terceiro porque, “uma ideia assim [no sentido de que seria possível a coautoria apenas com cooperação na fase preparatória do crime] é uma

⁷⁴ MACHADO, Renato Martins. **Do concurso de pessoas**: delimitação entre autoria e participação a partir da teoria do domínio do fato. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2015, p. 211.

⁷⁵ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 309.

⁷⁶ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 312-315

⁷⁷ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 326-327.

ficção, e no plano psíquico, tão irreal quanto a famosa ‘vontade de autor’ da anterior jurisprudência do RG [Tribunal do Reich]”⁷⁸. Rechaça, nesse ponto, a ideia de *animus auctoris* e *animus socii* como elemento delimitador de coautoria.

Em resumo, Roxin só admite a coautoria quando a contribuição ocorrer, necessariamente, na fase executória do crime, de modo que a realização do tipo dependa da cooperação de cada um dos intervenientes, estando configurado, assim, o domínio funcional do fato.

2.4 Críticas à teoria do domínio do fato

Não obstante o reconhecido empenho que conduziu a edificação da teoria do domínio do fato por Roxin, sua obra não restou imune às críticas. Pablo Alflen, por exemplo, enumera algumas pertinentes.

Primeiro, destaca a “não definição do conceito de domínio do fato”. Ressalta Alflen que Roxin norteou sua teoria com o objetivo de responder a uma pergunta que, até então, ninguém teria respondido, qual seja: “o que é dominar um fato?”. Contudo, nem o próprio Roxin logrou êxito em superar seus antecessores nesse sentido, pois em momento algum de “sua ampla tese de habilitação (*“Täterschaft und Tatherrschaft”*), nem em seu manual (*“Strafrecht, AT”*, Bd. II), nem em qualquer outro trabalho, o jurista alemão responde o que entende por dominar um fato”⁷⁹.

Em segundo lugar, destaca a “generalidade excessiva”. Isso porque Roxin não esclarece os critérios claros e precisos que permitem classificar alguém como a “figura central” do acontecer típico. Nas palavras de Alflen: “a ideia de figura central, ao mesmo tempo em que diz tudo, não diz nada e, lamentavelmente, se presta a qualquer fim, menos a delimitar a ideia de autoria”⁸⁰.

Em terceiro lugar, tem-se o que se acredita ser o maior déficit da teoria de Roxin: a ausência de contribuição efetiva na solução de problemas concretos. Primeiro porque o próprio Roxin admite que o

⁷⁸ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 328.

⁷⁹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 151.

⁸⁰ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 153.

legislador já estabeleceu critérios voltados à delimitação da autoria, sendo que tais diretrizes são mais precisas que a fórmula da teoria do domínio do fato. Por exemplo, se o Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuch*), no §25, I StGB, define como autor imediato aquele que “comete por si mesmo” e autor mediato “quem comete o fato punível por meio de outrem”, e no §25, II, StGB define coautoria quando “vários cometem o fato conjuntamente”, qual contribuição prática uma fórmula genérica que define autoria como a “figura central” pode trazer? Nenhuma, defende Alflen⁸¹. Os problemas que ela se propõe a resolver, a rigor, são mais facilmente resolvidos sem ela do que com ela.

No mesmo contexto, argumenta Alflen que a função da dogmática é estabelecer critérios que orientem a aplicabilidade das disposições legais, facilitar a aplicação do direito ao cotidiano, sendo que “a concepção de autor como figura central segue, portanto, justamente no sentido oposto, visto que é mais ampla, genérica, vaga e incipiente. Logo, se o legislador já forneceu medida diretiva mais precisa, para que fim a dogmática deve fornecer uma diretiva mais ampla que a própria lei?⁸²”.

Importa-se a mesma problemática ao ordenamento brasileiro: se o artigo 29 do Código Penal pátrio já estabelece que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade” (destaque-se o termo “de qualquer modo”), qual a utilidade de importar uma fórmula que considera com autor aquele é “a figura central do acontecer típico”? O que se observa, por exemplo, é que, se A contrata B para matar C, a simples leitura do referido artigo dá conta de solucionar o problema, imputando à A o crime, da mesma forma como o faz em relação à B. Ambos serão autores, mesmo sem a aplicação da teoria do domínio do fato, com a simples aplicação da lei brasileira vigente.

Ou seja, o artigo 29, *caput*, do Código Penal é suficiente para abarcar e responsabilizar todos os concorrentes do delito. Daí que se atribui razão à Alflen quando afirma que a teoria do domínio do fato, nos moldes construídos por Roxin, mais atrapalha do que facilita a aplicação da lei penal.

⁸¹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 153-154.

⁸² ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 154-155.

Não por outra razão que o próprio Roxin discorda veementemente da forma como os Tribunais Superiores (alemão⁸³ e brasileiro⁸⁴, por exemplo) aplicam a ideia da “figura central” e do “domínio do fato”. Resultado da falta de precisão do próprio autor, que irradia sobre os adeptos e aplicadores da teoria.

3. A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO BRASIL: (IM)COMPTABILIDADE E APLICAÇÃO

Importante lembrar, antes de mais nada, que a teoria do domínio do fato foi concebida por Roxin tendo em vista um sistema restritivo de autor, no seu caso, o ordenamento jurídico alemão. A rigor, o objetivo de Roxin ao desenvolver a teoria do domínio do fato foi o de evitar injustiças nos julgamentos, perante a justiça alemã na época do nacional-socialismo, daqueles superiores hierárquicos que emitiam ordens a serem cumpridas por executores fungíveis, bem como dos próprios executores do fato⁸⁵. Segundo Roxin, sem a teoria do domínio do fato, tanto os superiores hierárquicos que emitam ordens diretas, tanto os executores seriam considerados meros partícipes, e não autores. Destaca-se, nesse ponto, entrevista concedida por Roxin ao *Jornal Tribuna do Advogado*, da Ordem dos Advogados do Brasil do Rio de Janeiro, em 2012:

⁸³ ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. *Panóptica*. Law E-Journal, nº 04, 2009, p.69-94, disponível em <www.panoptica.org>, p.87-89.

⁸⁴ Teoria do domínio do fato é usada de forma errada. **Revista Consultor Jurídico**, 11 de nov. de 2012, 11h30. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-11/clus-roxin-teoria-dominio-fato-usada-forma-errada-stf>> . Acesso em: 02 de nov. de 2021, às 16h48. No mesmo sentido: SCOCUGLIA, Lívia. Claus Roxin critica aplicação atual da teoria do domínio do fato. **Revista Consultor Jurídico**, 01 de set. de 2014, 20h46. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-set-01/clus-roxin-critica-aplicacao-atual-teoria-dominio-fato>> . Acesso em: 02 de nov. de 2021, às 16h50.

⁸⁵ O objetivo de Roxin com construção da teoria do domínio do fato, a princípio, foi o de evitar injustas absolvições dos verdadeiros autores mediatos da Gestapo (abreviação de *Gebeime Staatspolizei* - Polícia Secreta do Estado) e das lideranças do Partido Nazista pelos crimes cometidos durante a segunda guerra mundial. Posteriormente, contudo, a teoria do domínio do fato passou a ser transportada para outros julgamentos de crimes ordinários com o objetivo de alcançar o autor medito, distinguindo-o do mero partícipe, até se chegar à sua transposição para os crimes econômicos e empresariais.

A teoria do domínio do fato foi citada recentemente no julgamento da Ação Penal 470. Poderia discorrer sobre seu histórico, fazendo uma breve apresentação?

Claus Roxin — A teoria do domínio do fato não foi criada por mim, mas fui eu quem a desenvolveu em todos os seus detalhes na década de 1960, em um livro com cerca de 700 páginas. Minha motivação foram os crimes cometidos à época do nacional-socialismo.

A jurisprudência alemã costumava condenar como partícipes os que haviam cometido delitos pelas próprias mãos — por exemplo, o disparo contra judeus —, enquanto sempre achei que, ao praticar um delito diretamente, o indivíduo deveria ser responsabilizado como autor. E quem ocupa uma posição dentro de um aparato organizado de poder e dá o comando para que se execute a ação criminosa também deve responder como autor, e não como mero partícipe, como rezava a doutrina da época⁸⁶.

No ordenamento jurídico da Alemanha, por se adotar um sistema diferenciador, essa distinção conduz a uma consequência significativa, vez que os autores são punidos com pena de prisão perpétua⁸⁷, enquanto os que encomendam o crime (considerados partícipes) com pena de prisão de seis meses a cinco anos⁸⁸.

O ordenamento brasileiro a partir do Código Penal de 1940 e da posterior reforma de 1984 (Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984), por sua vez, optou por um sistema unitário, que não faz qualquer distinção entre autor e partícipe no que se refere à imputação do tipo penal, isto é, autor e partícipe responderão, via de regra, pelo mesmo tipo penal, a única distinção

⁸⁶ Posição hierárquica não fundamenta o domínio do fato. **Revista Consultor Jurídico**, 15 de nov. de 2012, 08h28. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2012-nov-15/posicao-hierarquica-nao-fundamenta-dominio-fato-explica-claus-roxin> >. Acesso em: 07 de nov. de 2021, às 17h01, grifos originais.

⁸⁷ Na Parte Especial (*Besonderer Teil*) do Código Penal alemão sob o Título 4, Capítulo 16 (*Sechzehnter Abschnitt*), estão descritos os crimes contra a vida (*Straftaten gegen das Leben*). Especificamente no artigo 211 do Código Penal alemão estão previstos as principais e mais graves modalidades de homicídio (hipóteses de homicídio doloso qualificado), todas elas com pena de prisão perpétua (*Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft*).

⁸⁸ No artigo 216 está previsto o tipo de “homicídio por encomenda” (*Tötung auf Verlangen*), cuja pena prevista é de seis meses a cinco anos (*sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen*).

será no momento da dosimetria da pena. É o que se infere da leitura do artigo 29 do Código Penal⁸⁹, bem como do item 25 da Exposição de Motivos à Nova Parte Geral do Código Penal⁹⁰.

Assim, tanto os autores, quanto partícipes do crime de homicídio, em virtude do texto do artigo 29, *caput*, do Código Penal, incidiriam no mesmo tipo penal – diferentemente do que ocorre no ordenamento alemão. A interpretação do referido artigo, que diz responder pelo crime todo aquele que para ele concorre, é no sentido de um conceito extensivo de autor. Todos os causadores do fato (leia-se “causa” no sentido empregado pelo artigo 13 do mesmo código: “ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”) seriam, em virtude do próprio artigo 29, *caput*, do Código Penal, autores, mesmo que a pena concreta seja imposta “na medida da culpabilidade” de cada um, e mesmo que a pena possa ser reduzida em virtude da “participação de menor importância” (artigo 29, §1º, do Código Penal)⁹¹.

Por essas razões, não é correto o entendimento de que a teoria do domínio do fato desenvolvida por Roxin seja compatível com o ordenamento brasileiro. Primeiro porque o próprio Roxin rechaça a adoção de um sistema unitário, segundo porque a concepção de domínio do fato de Roxin fundamenta-se no rechaço às premissas causais-naturalistas, as quais representam os pilares de um sistema unitário, tal qual adotado no Brasil. Contudo, isso não significa que a referida teoria não possa ser

⁸⁹ Artigo 29 do Código Penal brasileiro: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

⁹⁰ Item 25 da Exposição de Motivos: “O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monística do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). Em completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos critérios dessa teoria, ao optar, na parte final do artigo 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria de participação. Distinção, aliás, reclamada com eloqüência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas”.

⁹¹ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 38.

importada, adequadamente, ao ordenamento pátrio, mas que, caso o seja, faz-se necessária a construção de adaptações que permitam uma aplicação harmônica com o sistema penal brasileiro. Até porque, o próprio Código Penal pátrio, em seu artigo 29, admite (e impõe) a distinção entre autor e partícipe para fins de níveis de merecimento de pena⁹².

No que se refere à aplicação da teoria do domínio do fato pelos tribunais brasileiros, tem-se que, embora concebida há quase seis décadas, em 1963, por Roxin, a teoria tornou-se conhecida largamente no Brasil apenas depois de sua menção⁹³ no julgamento da Ação Penal 470/MG (“mensalão”) pelo Supremo Tribunal Federal.

No referido julgamento, a Corte Suprema valeu-se da ideia do “domínio do fato”⁹⁴ para considerar como autor mediato, dentro de uma organização empresarial, aquela pessoa que ocupa posição de comando. Por todas, destaque-se a seguinte passagem:

[...] 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**

⁹² ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 169-170.

⁹³ Utiliza-se o termo “mencionada” pois seria equivocado considerar que a teoria do domínio do fato foi “aplicada” no caso do mensalão. Não se usa o termo “aplicada” pois, como se infere da leitura do acórdão de 8.405 páginas do mensalão, o Supremo Tribunal Federal não respeitou os critérios axiológicos estabelecidos pelo próprio Roxin, não sendo possível, por essa razão, falar-se em “aplicação” da teoria do domínio do fato no caso mensalão. Nesse sentido: GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. GRECO, Luis; LEITE, Almor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 82.

⁹⁴ A expressão “domínio do fato” foi empregada 188 vezes no extenso acórdão de 8.405 páginas.

organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria [...]⁹⁵.

Após ser mencionada no paradigmático julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, os tribunais pátrios começaram a replicar a interpretação que a Corte Suprema conferiu à dita teoria. Isto é, valendo-se da teoria do domínio do fato com o objetivo de demonstrar a autoria (mediata) de pessoas que ocupam cargos de comando e que, supostamente, permaneceriam impunes caso não se aplicasse a teoria do domínio do fato, sobretudo no âmbito da criminalidade empresarial.

Nesse sentido, com o objetivo de constatar a forma como a teoria do domínio do fato vem sendo aplicada pelos tribunais brasileiros após a equivocada aplicação pelo Supremo Tribunal Federal na AP 470/MG, destaque-se que em pesquisa de jurisprudência no *site* do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com as palavras chaves “penal”, “crime”, “empresarial”, “domínio” e “fato”, no período compreendido entre 31.12.2017 e 13.11.2021 (3 anos e 11 meses), foram encontrados catorze resultados de julgamento. Dos catorze julgados, apenas sete mencionaram a expressão “domínio do fato”. O ponto de convergência nesses sete julgados foi que em todos eles a ideia de “domínio do fato” foi utilizada para atribuir autoria (mediata) ao sócio ou ao diretor da empresa que “incorreu” em algum crime (6 dos 7 casos trataram-se do crime contra a ordem tributária do art. 1º da Lei 8.137/90; e apenas um caso do crime de descaminho, previsto art. 334, do CP)⁹⁶. Em todos os casos houve condenação. Nesse ponto, destaquem-se algumas passagens, em casos distintos colhidos dentro desses 7 acórdãos mencionados, em que a “teoria do domínio do fato” foi utilizada para atribuir autoria em virtude do cargo de comando ocupado dentro de uma sociedade empresarial:

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Ação Penal 470/MG**. Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 17.12.2012, página 1161 de 8405 do acórdão publicado em 22.04.2013, grifo nosso.

⁹⁶ Disponível em: <<https://julia-pesquisa.trf5.jus.br/julia-pesquisa/#resultado>>, acesso em 13.11.2021, às 16h49.

[...] Devidamente demonstrada, pois, a materialidade delitiva, observa-se que o mesmo se verifica **no tocante à autoria, já que o réu qualifica-se como o sócio-administrador da sociedade empresária em nome da qual realizadas as importações em discussão, aplicando-se a Teoria do Domínio do Fato.** [...].⁹⁷

[...] No tocante à autoria delitiva, constata-se que: a) nos termos da legislação e da **Teoria do Domínio do Fato, a responsabilidade por atos criminosos imputáveis às pessoas jurídicas recai, em regra, sobre os seus administradores/gestores, já que as atividades empresariais, em verdade, não passam de mera exteriorização da vontade de seus administradores/gestores e que estes têm, como administradores/gestores, o pleno domínio dos fatos que envolvem a pessoa jurídica;** b) aplicáveis as ideias supra **e sendo o réu o gestor único da sociedade empresária, apenas a ele, em princípio, pode ser imputada a prática criminosa cometida em nome da empresa;** c) cabendo, legalmente, a responsabilidade penal ao réu, a sua exclusão do polo processual apenas seria possível se a sua defesa tivesse trazido aos autos notícia e inequívoca comprovação de que os delitos em debate tivessem sido praticados por terceiros ao arrepio de sua vontade, o que, de fato, não ocorreu, pois, como se infere do acervo de peças processuais, o réu era o único administrador da sociedade empresarial, estando, também, por óbvio, em posição hierarquicamente superior à do contador a quem a defesa tenta, sem sucesso, transferir a responsabilidade pelas práticas delitivas [...].⁹⁸

⁹⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo: **Embargos Infringentes e de Nulidade nº 08170244920184058100**. 2ª Turma. Relator: Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro. Recife, 20/10/2020, grifo nosso. Nesse caso, o TRF-5 manteve a condenação do sócio-administrador de empresa acusada do crime de descaminho. Utilizou para fins de atribuição de autoria a “teoria do domínio do fato”, com amparo no cargo de comando – sócio-administrador- ocupado pelo réu dentro da sociedade empresária

⁹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo: **Apelação criminal nº 08000198120184058401**. 2ª Turma. Relator: Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro. Recife, 13/10/2020, grifo nosso. Nesse caso, o TRF-5 manteve a condenação do sócio-administrador de uma empresa pelo delito do art. 1º da Lei 8.137/90. Utilizou como fundamento da autoria a “teoria do domínio do fato”, com amparo no cargo de comando – sócio-administrador- ocupado pelo réu dentro da sociedade empresária.

[...] **a responsabilidade penal última**, sem que se efetive vedada responsabilização penal objetiva, **cabe, nos termos da Teoria do Domínio do Fato, à pessoa com poderes de gestão/administração da pessoa jurídica**, ou seja, à pessoa do próprio réu; [...] no presente caso, incide, como antes já asseverado, a Teoria do Domínio do Fato, de modo que, **sendo o réu o proprietário e gestor último da empresa em que cometida a fraude tributária, recai sobre ele a responsabilidade penal**, não havendo, portanto, que se cogitar de inexistência de prova da autoria [...].⁹⁹
[...] À luz da teoria do domínio do fato, **mesmo que o administrador não preencha as declarações falsas transmitidas ao Fisco, ele responde pelo delito quando detém o domínio final ou funcional da ação praticada por terceiro** (o contador da empresa, por exemplo) [...].¹⁰⁰

A mesma pesquisa, com idênticos critérios (palavras-chave e período selecionado), no *site* do Tribunal Regional Federal da 1ª Região apresentou apenas dois resultados, ambos da quarta turma¹⁰¹. A análise desses dois julgados evidencia que, assim como ocorre no TRF-5, o TRF-1 aplica a ideia do domínio do fato aos crimes contra a ordem tributária em face do sócio-administrador de empresa, condenando-o sob o argumento de, por ser o dirigente da empresa, por ocupar o mais alto cargo hierárquico, deve responder pelas ilicitudes eventualmente perpetradas pela empresa.

Em pesquisa de jurisprudência no *site* do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, com os mesmos critérios de palavras-chave e de

⁹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo: **Apelação criminal nº 00007162720074058400**. 2ª Turma. Relator: Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro. Recife, 13/10/2020, grifo nosso. Nesse caso, mais uma vez, o TRF-5 manteve condenação do sócio-administrador de uma empresa pelo delito do art. 1º da Lei 8.137/90, com base na teoria do domínio do fato.

¹⁰⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo: **Apelação criminal nº 00047245920164058100**. 1ª Turma. Relator: Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho (convocado). Recife, 25/06/2020, grifo nosso. [Nesse caso, o TRF-5 também manteve condenação do sócio-administrador de uma empresa pelo delito do art. 1º da Lei 8.137/90, com base na teoria do domínio do fato]

¹⁰¹ Disponível em: < <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml>>, acesso em 20 de nov. de 2021, às 08h13.

período de julgamento, constataram-se trinta e quatro resultados¹⁰². Desse universo de trinta e quatro resultados, apenas trezes correspondiam a julgamentos em matéria penal. E desses trezes, em apenas um caso o TRF-2 aplicou a teoria do domínio do fato. Da mesma forma como se verificou no TRF-5 e no TRF-1, o TRF-2 também se socorreu à teoria do domínio do fato para fins de condenar o sócio-administrador de empresa pelo delito do art. 1º da Lei 8.137/90.

A mesma pesquisa no *site* do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com os mesmos critérios e filtros delimitadores de pesquisa, apresentou vinte e quatro resultados¹⁰³. Desse universo, oito casos versavam sobre apelações cíveis, razão pela qual restaram afastadas da análise. Dentre os dezesseis casos restantes, cinco cuidavam-se de *habeas corpus* voltados ao trancamento da ação penal, à revogação de prisão preventiva e à celebração de acordo de não persecução penal, sendo que nenhum deles discutiam a aplicação da teoria do domínio do fato, motivo pelo que também restaram afastados de maiores análises.

Os onze casos restantes versavam sobre apelações criminais interpostas contra decretos condenatórios. Desses onze, apenas cinco mencionaram a expressão “domínio do fato”. Dentro desses cinco, um caso restou afastado da análise pois tinha como pano de fundo os delitos de latrocínio, porte ilegal de arma e fogo e associação criminosa voltada a roubo de bancos, o que não se coaduna ao âmbito da criminalidade econômica, objeto desta pesquisa.

Dentro dos quatro casos restantes, três deles, sendo todos emanados da 5ª Turma, aplicaram a ideia¹⁰⁴ do domínio do fato para responsabilizar o dirigente da empresa pelos delitos do artigo 168-A, do Código Penal e dos artigos 4º e 5º da Lei nº 7.492/86, sob o argumento de,

¹⁰² Disponível em: <<https://www10.trf2.jus.br/consultas/>>, acesso em 20 de nov. de 2021, às 08h29.

¹⁰³ Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ResultadoTotais>>, acesso em 04 de dez. de 2021, às 13h45.

¹⁰⁴ Utiliza-se a palavra “ideia” pois em razão da ausência de invocação qualquer critério axiológico da teoria do domínio do fato é impossível considerar que a mera menção à expressão “domínio do fato” importe efetivamente na aplicação da teoria desenvolvida por Roxin.

por ocupar a administração da empresa, detinham o domínio sobre todos os fatos atrelados a ela.

Apenas em um caso a 11ª Turma do TRF-3 mencionou a teoria do domínio do fato para manter a absolvição de “laranjas” dos verdadeiros administradores da empresa pelos crimes cometidos através da pessoa jurídica. A absolvição não se fundamentou, contudo, na inaplicabilidade da teoria do domínio do fato aos crimes empresariais, mas sim na ausência de provas de condutas dos “laranjas” e, conseqüentemente, do nexo de causalidade exigido pelo artigo 13, §1º do Código Penal.¹⁰⁵

Em pesquisa de jurisprudência no *site* do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com os mesmos critérios empregados nos *sites* dos demais TRFs, seiscentos e oitenta e um resultados foram apresentados¹⁰⁶. Contudo, dentro desse universo não existem apenas julgados criminais, e nem todos mencionam expressamente a teoria do “domínio do fato”. De toda forma, em virtude do elevado número de julgados constatados, analisou-se apenas os mais recentes, o que foi suficiente para concluir que o TRF-4, assim como o STF fez na AP470/MG, utiliza a teoria do domínio do fato no âmbito empresarial para presumir a responsabilidade do sócio-administrador pelos ilícitos eventualmente praticados pela empresa.

Como é de fácil constatação, a “teoria do domínio do fato” vem sendo utilizada com o objetivo de, sem precisar demonstrar qualquer conduta efetiva do sócio-administrador (ou de qualquer outro que ocupe um cargo de comando dentro de uma empresa), condená-lo criminalmente. A bem da verdade, a responsabilidade penal está sendo efetivamente “presumida” (termo, inclusive, utilizado em alguns julgados¹⁰⁷)

¹⁰⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação criminal nº 0006509-71.2008.4.03.6102**. 11ª Turma. Relator: Desembargador Fausto Martin de Sanctis. São Paulo, 02.06.2020, grifo nosso.

¹⁰⁶ Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php>, acesso em 20 de nov. de 2021, às 08h49.

¹⁰⁷ “[...] aqueles que têm o poder de direcionar a ação da pessoa jurídica e que têm o domínio do fato presumidamente são responsáveis pelos atos praticados e que são típicos” [...] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação criminal nº 0805353-45.2017.4.05.8300**. Terceira Turma. Relator convocado: Luiz Bispo da Silva Neto. Recife, 14.01.2021. Atualmente em trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça como Recurso

simplesmente em virtude da posição hierárquica, dentro de uma sociedade empresarial.

Também se constata a ausência de critérios que indiquem, no caso concreto, quando o agente tem ou não o domínio do fato. Pelo que se destacou acima, a jurisprudência tem considerado que o agente detém o domínio do fato quando ocupa uma posição hierárquica de comando e, por ter poder suficiente de evitar um resultado, sempre será punido quando este vier a ocorrer.

Nas palavras de Greco e Assis a teoria do domínio do fato “vem sendo vendida como a ponte que permitiria que as classes mais altas, no caso Mensalão a classe política e a cúpula de bancos e agências publicitárias, fossem responsabilizadas criminalmente por delitos cometidos no âmbito das estruturas por eles controladas”¹⁰⁸. Difundiu-se a ideia de que a teoria do domínio do fato serviria à responsabilização do superior hierárquico, cujo comportamento não poderia ser alcançado tipicamente por meio do artigo 29 do Código Penal brasileiro.

4. CONCLUSÃO

A teoria do domínio do fato, além de ser incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, mais atrapalha do que facilita a responsabilização penal do autor mediato no âmbito da criminalidade empresarial. A rigor, a mera aplicação do artigo 29, *caput*, do Código Penal é suficiente para alcançar a autoria mediata nos crimes empresariais, sendo absolutamente inservível a transposição da teoria do domínio do fato para este fim.

A jurisprudência brasileira, ignorando os pilares sobre os quais Roxin construiu a teoria do domínio do fato, importou a teoria para o

Especial nº 1940937 / PE. Quinta Turma. Relator: Joel Ilan Paciornik. Brasília, em tramitação.

¹⁰⁸ GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. GRECO, Luis; LEITE, Alao; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 82.

sistema brasileiro, com o objetivo de, por meio da ideia de domínio do fato, punir crimes cometidos dentro de sociedades empresariais, considerando como autor (mediato) o agente que ocupa o cargo hierárquico de comando (geralmente, o sócio-administrador da empresa).

Da forma como vem sendo empregada pelos tribunais pátrios, a teoria do domínio do fato, longe de refletir os critérios axiológicos cunhados por Roxin, não passa de um subterfúgio argumentativo voltado a suprir déficit probatório de autoria no âmbito da criminalidade empresarial. Isto é, quando não há prova de conduta (omissiva ou comissiva) do gestor empresarial, invoca-se a teoria do domínio do fato para alcançar sua responsabilidade penal.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Adriana. Executivos são condenados em 82% dos casos levados à esfera criminal. **Valor econômico**, 2019. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2019/08/23/executivos-sao-condenados-em-82-dos-casos-levados-a-esfera-criminal.ghtml>>.

Acesso em: 08 maio 2021.

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

BRANDÃO, Claudio. **Tipicidade e Interpretação no Direito Penal**: Revista Sequência (Florianópolis), n. 68, p. 59-89, jun. 2014.

BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo. **História do Direito e do Pensamento Jurídico em Perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012

BRANDÃO, Claudio. **Introdução às ideias jurídicas da modernidade.** História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva, São Paulo: Atlas, 2012.

BRANDÃO, Claudio; GAUER, Ruth. Notas críticas ao nascimento conceitual dos direitos humanos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, vol. 110, 2015, 123-148.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Recurso Extraordinário nº 591.054/SC**. Pleno. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 16.04.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Ação Penal 470/MG**. Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 17.12.2012, página 1161 de 8405 do acórdão publicado em 22.04.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo: **Embargos Infringentes e de Nulidade nº 08170244920184058100**. 2ª Turma. Relator: Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro. Recife, 20/10/2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo: **Apelação criminal nº 08000198120184058401**. 2ª Turma. Relator: Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro. Recife, 13/10/2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo: **Apelação criminal nº 00007162720074058400**. 2ª Turma. Relator: Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro. Recife, 13/10/2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo: **Apelação criminal nº 00047245920164058100**. 1ª Turma. Relator: Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho (convocado). Recife, 25/06/2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação criminal nº 0006509-71.2008.4.03.6102**. 11ª Turma. Relator: Desembargador Fausto Martin de Sanctis. São Paulo, 02.06.2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação criminal nº 0805353-45.2017.4.05.8300**. Terceira Turma. Relator convocado: Luiz Bispo da Silva Neto. Recife, 14.01.2021.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. **La autoria em derecho penal**. Barcelona: PPU, 1991, p. 550.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. GRECO, Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. GRECO, Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

HEGLER. **Die Merkmale des Verbrechens**, ZStW 36, 1915.

JAKOBS Gunter. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoria de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras; José Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997.

MACHADO, Renato Martins. **Do concurso de pessoas: delimitação entre autoria e participação a partir da teoria do domínio do fato**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

Posição hierárquica não fundamenta o domínio do fato. **Revista Consultor Jurídico**, 15 de nov. de 2012, 08h28. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2012-nov-15/posicao-hierarquica-nao->

fundamenta-dominio-fato-explica-claus-roxin> . Acesso em: 07 de nov. de 2021, às 17h01.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. **Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft**. Versão atualizada da aula inaugural proferida em 21 de junho de 2006 na Universidade Luzern, Suíça.

ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. *Panóptica. Law E-Journal*, nº 04, 2009, p.69-94, disponível em <www.panoptica.org>.

SCOCUGLIA, Livia. Claus Roxin critica aplicação atual da teoria do domínio do fato. **Revista Consultor Jurídico**, 01 de set. de 2014, 20h46. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-set-01/claus-roxin-critica-aplicacao-atual-teoria-dominio-fato>> . Acesso em: 02 de nov. de 2021, às 16h50.

Teoria do domínio do fato é usada de forma errada. **Revista Consultor Jurídico**, 11 de nov. de 2012, 11h30. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-11/claus-roxin-teoria-dominio-fato-usada-forma-errada-stf>> . Acesso em: 02 de nov. de 2021, às 16h48.

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Parte general. 11. ed. 2ª edicion Castaliana. Trad. Juan Bustos Ramírez; Sergio Yañez Pérez. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976.