

Michael Procopio Avelar

TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

O Concurso de Pessoas
na Legislação Brasileira

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

PARTICIPAÇÃO E ACESSORIEDADE

Um conceito extensivo de autor seria adotado por um sistema que não reconhece a acessoriedade da participação, mas considera toda intervenção para a realização da conduta delitiva como modalidades de autoria. Assim, não haveria uma relação entre fato principal e fato acessório, mas simplesmente modalidades diversas de autoria, a serem consideradas para fins de fixação da pena. Esse raciocínio seria adotado em um *sistema unitário* de concurso de pessoas. As críticas foram apresentadas acima, ao se analisar a necessidade de se distinguir autores e partícipes.

Existe, ainda, uma sistemática dual que também se oporia a uma ideia de participação. O sistema dual reconhece, nos crimes dolosos, tipos especiais para os partícipes conjuntamente com os tipos de autoria. Esse *sistema dual* dependeria, portanto, de previsão expressa na lei, com reconhecimento de diversos sujeitos ativos do delito, com lesões autônomas ao bem jurídico, violando tipos específicos. Essa visão apresentaria prós e contras, como a dificuldade da participação em cadeia, já que aquele que induz outrem a ser cúmplice no fato principal homicida seria responsável de um ponto de vista distinto, do tipo do cúmplice, e não do tipo de autor de homicídio. Além disso, seria problemática a aplicação do raciocínio ao elemento pessoal do crime de mão própria, questionando-se a punibilidade do agente provocador ou do partícipe necessário nesse tipo de delito¹.

De todo modo, cumpre observar que a sistemática dualista exigiria uma concepção legal com tipos diversos para participação e para a autoria, o que não havia na Alemanha de Maurach nem existe na atual, de Roxin, tampouco no Brasil. Por isso, a discussão interessa menos, para a compreen-

1. MAURACH, Op. cit., p. 290-291.

são do fenômeno do concurso de agentes, se tomado como ponto de vista o direito positivo brasileiro. De todo modo, a complexidade de um sistema com tipos penais específicos para autor e partícipe mostra-se um argumento bastante convincente sobre a sua inadequação, caso se pense nessa opção de *lege ferenda*.

Além dos sistemas unitário e dualista, há a chamada sistemática da acessoriedade. Como seu ponto de partida teórico-normativo, Maurach observa que o ordenamento jurídico considera criminosas condutas descritas em tipos penais, de modo que uma conduta será típica apenas se se encontrar descrita na lei incriminadora. A punibilidade é prevista, nos tipos penais, para aqueles que são os seus autores, enquanto, no caso de participação, há uma extensão dessa punibilidade por meio de previsão expressa de punição dos indutores e dos cúmplices – o que, no Brasil, seria realizado pelo artigo 29 do Código Penal.

O partícipe, assim, não atuaria de forma típica, mas agiria em contrariedade à norma, pois as leis penais coíbem os comportamentos lesivos aos bens jurídicos por elas tutelados. Quem atua contra esses bens jurídicos penalmente tutelados comete um delito de participação, que não é punível diretamente pela descrição do tipo penal, mas pela norma geral que determina a punição dessa forma de colaboração para a execução típica². Essa extensão da punibilidade é explicada por teorias de fundamento da pena da participação, a serem discutidas adiante, além de comportar discussão sobre qual a natureza do fato principal a permitir a extensão da sua punibilidade, o que se analisa no âmbito dos níveis de acessoriedade.

4.1 A ACESSORIEDADE E A FUNÇÃO DE GARANTIA DO TIPO PENAL

A participação é, por sua própria natureza, acessória. Admitir a existência de autoria e de participação conduz à conclusão de que a participação é concorrência em uma conduta tida por principal, praticada pelo autor. A conduta do partícipe é acessória, o que significa depender da própria existência de uma conduta principal, ao menos na forma tentada, para que seja possível a punibilidade da participação. Essa concepção, entretanto, não é unânime, haja vista que alguns penalistas defendem que a participação não seria acessória, mas autônoma.

A discussão sobre a acessoriedade da participação envolve a compreensão sobre a sua natureza jurídica e a sua relação com o fato praticado pelo autor. Relaciona-se, ainda, à imposição de pena aos partícipes, que, de um ponto de vista da cumplicidade como ação acessória, pode se respaldar

2. MAURACH, Op. cit., p. 294-295.

em uma tipicidade mediata, que recorre a uma norma de extensão para sua punição. No Brasil, tratar-se-ia do artigo 29, *caput*, do Código Penal, que determina a quem, de qualquer modo, concorrer para o crime, a imposição das penas que lhe são cominadas, na medida de sua culpabilidade. Essa norma possibilitaria a punição do partícipe, enquanto o artigo 31 exige o início da execução do delito, ou seja, do ingresso na fase executória do fato principal para a punição do ajuste, da determinação ou da instigação.

Embatem-se, portanto, as ideias de autonomia do tipo do partícipe ou da participação como violação autônoma do tipo penal e a concepção de que o partícipe age de forma subordinada, acessória à conduta do autor, dependendo a sua punição que este último inicie os atos executórios. A teoria da participação indica, para o entendimento que prevalece, que só se pode participar de uma obra alheia. O próprio termo *partícipe*, em senso comum, já indicaria aquele que atua em fato de outrem.

Ezequiel Vacchelli observa que o princípio da acessoriedade possui uma *função tríplex*, abarcando as searas político-criminal, legal e dogmática. No âmbito político-criminal, defende a sua função de *mediating principle*, que se integra à teoria da intervenção e sintetiza o conteúdo dos princípios da lesividade e da intervenção mínima (*ultima ratio*) e do postulado da proporcionalidade, além de fundamentar a responsabilização penal do partícipe. Quanto à função de natureza legal, é elemento característico de um sistema de responsabilização penal que diferencia as formas de intervenção no delito, enquanto um sistema de imputação indiferenciada rejeita essa ideia. Por fim, em sua projeção dogmática, defende que, quanto à norma primária (preceito primário da norma incriminadora), a acessoriedade possibilita que se realize um prognóstico de periculosidade, com a mensagem coercitiva para que o indivíduo não colabore para a prática de um injusto por outrem. No que se refere à norma secundária (preceito secundário) possibilita que se responsabilize aquele que intervém no fato alheio, em razão do que denomina de projeto comum³.

Para Mezger, a teoria da participação na conduta delitiva tem como ponto de partida a causalidade, mas ele recorre, para a distinção entre autoria e participação, a elementos subjetivos, combinados com circunstâncias objetivas. Com esses pressupostos, aponta que a acessoriedade é da *essência da participação*, uma necessidade lógica. Compreendendo que o direito então vigente adotava, em seu país, um conceito extensivo de autor, Mezger defendia haver causas de restrição de pena, como regra, mas também causas de extensão da pena, como na extensão da punibilidade dos delitos

3. VACCHELLI, Op. cit., p. 29-33; 381.

especiais ao *extraneus* que dele participa⁴. Essa regra, na legislação brasileira, pode ser encontrada no artigo 30 do Código Penal, que determina a comunicabilidade das elementares do crime a todos os concorrentes, sejam elas objetivas ou subjetivas.

Nilo Batista, aderindo à posição de Jimenez Huerta, destaca que a participação não deve ser vista como *forma de aparição*, como queria Mezger, nem como *forma de realização do injusto punível*, como dizia Aníbal Bruno. O autor, para Batista, é aquele que produz o injusto, sendo imprescindível à sua existência. A instigação e a cumplicidade, portanto, decorreriam de dispositivos que ampliam a abrangência do tipo penal⁵.

Nessa linha de raciocínio, a participação seria um instituto que torna maior a abrangência das normas incriminadoras, ou seja, a norma que prevê a punição do partícipe seria, como dito acima, uma cláusula de extensão da incriminação, possibilitando estender o âmbito de proibição do tipo também àqueles que não incorrem na conduta descrita no preceito primário, mas contribuem para que outra pessoa o faça.

No mesmo sentido, Meyer denomina as normas sobre participação de causas de extensão da pena, por fundamentar a tipicidade de determinadas ações⁶. Seriam, portanto, normas de extensão pessoal, que tornam mais abrangente a incidência das normas incriminadoras. Caso não houvesse essas normas, a conduta do partícipe não seria punível, por ausência de subsunção ao tipo.

Ressalte-se, por relevante, que nem toda a doutrina aceita a concepção de subsunção como a atividade de correspondência entre o fato ocorrido na realidade e o que está incluído na moldura da norma incriminadora, o exame de tipicidade penal. Para Cláudio Brandão, não se trataria de subsunção, pois não se trata de mera análise de um fato, como premissa menor, a partir de uma premissa maior, consistente na norma. Em sua lição, o processo pelo qual se analisa a tipicidade ou não de um comportamento humano voluntário se dá por meio do método entimemático, já que a análise envolve elementos de retórica, e não apenas análise de premissas tomadas como verdadeiras⁷.

Retornando ao tema da ausência de tipicidade imediata entre a conduta do partícipe e o tipo penal, a entrega de uma arma a quem brigou em uma festa, nesse mesmo contexto e sabendo de sua posterior utilização, não permite uma caracterização como prática de homicídio. Não se mata alguém

4. MEZGER, Op. cit., p. 247-248.

5. BATISTA, 2020, p. 29.

6. MAYER, Op. cit., p. 465.

7. BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade penal. 2 ed. (O tempo e a norma). Coimbra: Almedina, 2020b, p. 204-213.

simplesmente emprestando uma arma, mas é possível contribuir para o ato de matar alguém por meio do empréstimo no contexto de uma divergência, em um evento regado a bebida alcoólica, e sabendo o seu dono que o sujeito que auxilia pretende utilizá-la para se vingar. A tipicidade, do ponto de vista normativo, é possível a partir da norma de extensão pessoal, ou seja, de norma que preveja a possibilidade de punição de toda contribuição ao delito ou, de forma mais específica, da cumplicidade, a depender da opção do legislador.

Assim, não haveria correspondência direta entre o tipo penal e a conduta do partícipe, já que ela não está contida no produto da interpretação da norma incriminadora, que é elaborada a partir do método descritivo. Em outros termos, a tipicidade imediata ocorre entre a conduta do autor e a descrição da conduta incriminada na lei penal incriminadora, ou seja, o autor é o indivíduo a que se refere, de forma imediata, a definição legal de um delito e a sanção penal correspondente⁸.

A punição da cumplicidade torna-se possível por uma norma de extensão, de modo que a tipicidade seria mediata ou indireta. Dada a sua acessoriedade, a participação não está diretamente prevista como hipótese de incidência da norma proibitiva, mas depende de uma conjugação dessa norma, prevista no tipo penal, com uma norma de extensão pessoal, a possibilitar o alcance da conduta acessória. Daí a conclusão de não ser adequado se falar apenas em sujeito ativo do delito como conceito genérico, mas sim de um autor da conduta ali descrita ou dos autores, na coautoria, e, ainda, dos seus cúmplices, cuja punição se torna legítima por expressa previsão legal.

Portanto, resguardando-se a função do tipo penal de garantia fundamental do indivíduo frente ao poder de punir, a participação deve ser vista como acessória, possuindo relevância típica apenas a partir da conduta principal. Segundo Pedrazzi, a relação de acessoriedade é uma denominação legislativa para uma situação de atipicidade, de modo que a conduta principal tem a função de fornecer os elementos necessários para essa qualificação, ao se subsumir ao tipo penal⁹.

No mesmo sentido está a advertência de Roxin, para quem o tipo penal não se vincula a um conceito geral de sujeito ativo, com que a teoria do crime se contentaria, para depois analisar qual a modalidade – autoria ou participação – de sujeito, apenas para o fim de especificação dessa intervenção, após verificadas a tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Pelo contrário, não se pode partir de um conceito genérico de sujeito do delito. É preciso ter como fundamento um conceito primário de autor, pois o legislador não comina pena a qualquer causação geral do resultado, mas apenas àquele que

8. MERKEL, Op. cit., p. 139-140.

9. PEDRAZZI, Op. cit., p. 34.

incorra em uma das formas de intervenção¹⁰. A análise do tipo indiciário, ao lado dos contratipos que se traduzem nas causas de justificação, deve ser feita em um raciocínio unitário dialético, mas que se desdobre nas formas de intervenção no delito, como autoria e participação¹¹.

Essa visão é compatível com a de Robles Planas. Para ele, está na tipicidade objetiva a diferenciação entre participação e condutas neutras, ou seja, aquelas em que, apesar de o agente saber que seu ato regular da vida diária, como vender faca ou fornecer vinho, pode contribuir para um ato delitivo, não há imputação penal. Assim, há um tipo objetivo do partícipe, uma configuração específica do fato típico em se tratando de participação¹².

Além de ser doutrina dominante, é importante ressaltar que a acessoriedade não é incompatível com a adoção da teoria monista, que define que todos os concorrentes devem responder pelo mesmo tipo penal, sejam autores ou partícipes. A acessoriedade, assim, seria uma *decorrência da natureza das coisas*, no sentido semântico de que *quem participa toma parte em algo praticado por outrem*, não existindo qualquer incompatibilidade lógica com o fato de o autor e o partícipe serem punidos pelo mesmo crime. A conduta ser acessória não significa que ela se amolde a outro tipo penal, menos grave.

A acessoriedade, para Nilo Batista, está presente no artigo 31 do Código Penal, que diz que o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, ao menos, à tentativa¹³. O penalista defende que o dispositivo consagra a acessoriedade, ao deixar expressa a regra de que só se punem as formas de cumplicidade descritas caso o fato principal, realizado pelo autor ou pelos coautores, adentre a fase dos atos executórios.

Nucci, por sua vez, entende que o dispositivo citado é supérfluo, considerando a própria disciplina da tentativa, feita pelo artigo 14, inciso II, do Código Penal, e que a disposição expressa em contrário obviamente afastará a regra, pois, em havendo tipo incriminador autônomo, fica claro que as condutas elencadas, como ajuste ou determinação, podem ser punidas, o que ocorre no caso de associação criminosa, por exemplo¹⁴.

10. Roxin faz referência à divisão tripartite de intervenção no delito, mas, claramente, faz referência ao direito positivo alemão, razão pela qual, para discussão teórica no Brasil, essa especificação não possui importância, sendo relevante, na análise do direito posto nacional, verificar se há formas mencionadas de concorrência no delito, o que, em caso de resposta positiva, deve levar a específicas formas de limitação de responsabilização penal.

11. ROXIN, 2016, p. 319-331.

12. ROBLES PLANAS, op. cit., p. 51-52.

13. BATISTA, 2020, p. 163.

14. NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 330.

De todo modo, esse dispositivo legal reforça a natureza da participação, que depende de um fato principal, ao menos tentado, para que seja punível, o que independe, claramente, de como ocorrerá a punição, se pelo mesmo delito, se por delito diverso. Além disso, deixa mais nítida a natureza acessória da participação e elenca algumas de suas manifestações, como o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio. Esse rol de formas de intervir para a prática do fato delitivo demonstra, ainda, que ou há adoção de um conceito restritivo de autor ou, ao menos, tem-se uma abertura legislativa para a sua adoção.

A acessoriedade leva à diferenciação, inclusive, quanto à punição no caso de desistência do agente e prosseguimento de quem pratica o delito em concurso. Se o agente é partícipe, a desistência do autor impede a sua responsabilização. Caso ele atue em coautoria, a desistência de um coautor, com a continuidade da execução típica por outro, não impedirá a sua responsabilização. É também a posição de Nilo Batista¹⁵.

Para Welzel, a punição daquele que contribui para o delito depende do fato principal, em expressa referência à acessoriedade da participação. Menciona que, em razão dessa dependência, é pressuposto da punição do partícipe a prática de um fato típico e ilícito. Adverte, entretanto, que a autoria mediata possibilitaria a punição por utilização de um instrumento que atue de forma atípica ou sob uma excludente de ilicitude¹⁶.

Mencionando a legislação então vigente na Alemanha, Welzel discorre que o fundamento da pena da participação não consistiria em fazer recair sobre o agente a culpabilidade do fato, pois cada um responderia por sua própria culpabilidade. Concorda, então, com a legislação da época, segundo a qual bastaria a prática de um fato típico e ilícito para a punição do partícipe. Desse modo, não seria necessário que o autor fosse culpável para a imposição de sanção penal à participação delitiva¹⁷.

Por outro lado, o penalista lembra que, antes de 1943, não era possível punir, na Alemanha, aquele que participava de um fato principal praticado por um não culpável. Buscava-se puni-lo, então, pela autoria mediata, mas, na sua visão, havia um fracasso dessa medida no tocante à cumplicidade. Assim, a instigação ao inimputável tornava o indivíduo o autor mediato do fato. Assiste razão ao finalista, pois, com efeito, não se deve compreender que qualquer instigação torne o indivíduo autor do fato, como o sujeito que bebe em um bar e incentiva um colega de copo, com idade de 17 anos, a

15. BATISTA, 2020, p. 176-177.

16. WELZEL, 2014, p. 178.

17. *Ibid.*, p. 178.

efetivamente se vingar de um desafeto, desconhecendo a sua idade e sem nenhuma influência ulterior na sua conduta de lesão.

Haveria ainda uma falha, para Welzel, no caso de cumplicidade, como no auxílio material. Essa conduta acessória não tornaria o indivíduo o autor mediato do fato, tornando-se difícil justificar a sua punição. Para ele, se o indivíduo, capaz, entregasse uma arma a uma pessoa com doença mental, não havia, antes de 1943, espaço na legislação alemã para a punição desse agente capaz, pois o ato foi executado por alguém sem culpabilidade. Não haveria, ainda, a autoria mediata, considerando que ele não dominaria a vontade do executor, o que será discutido por Roxin no âmbito do domínio da vontade, tema a que se retornará quando do estudo de sua teoria.

O finalista observa, ainda, que a punição da participação pressupõe um ato principal que seja típico, ilícito e doloso. Se o executor atua sem dolo e o agente se utiliza dessa falta de dolo para provocar o resultado, ele deve ser considerado o autor mediato. Por outro lado, defende que, se o agente não sabia da falta de dolo, ou seja, acreditava participar de uma conduta dolosa do executor, comete uma tentativa impunível de cumplicidade. Responde, assim, pelo resultado culposo eventualmente produzido¹⁸.

Como se observa, a contribuição individual, não essencialmente típica, necessita de uma perspectiva do concurso de agentes para a sua punição. Os partícipes são punidos a partir da intervenção em um ato principal, praticado pelo autor, enquanto aos coautores se imputa o fato praticado em seu conjunto, dado o acordo realizado entre eles e a obra coletiva então praticada.

De todo modo, como a participação não envolve a prática de conduta que se amolda diretamente ao núcleo do tipo, sua punição depende de que o autor inicie os atos executórios da infração penal. Portanto, a participação é conduta acessória, ficando a sua punição condicionada à prática da conduta principal, realizada pelo autor. A tipicidade da sua conduta é considerada mediata, indireta, de modo a depender da norma de extensão, prevista, no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 29 do Código Penal, como já dito.

Robles Planas, a partir da teoria das normas e analisando o entendimento dominante, observa que a punição de atos que não são típicos por si sós envolvem a questão teórica de se conceber um sistema de responsabilidade individual por sua própria intervenção na norma ou de intervenção no fato. Caso se admita a responsabilidade pela própria intervenção na norma, seria possível responsabilizar os atos de participação antes do começo da execução. Por outro lado, o sistema de intervenção no fato faz com que o

18. *Ibid.*, 2014, p. 179.

O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E O DOMÍNIO DO FATO

Para a propositura de uma teoria de domínio do fato no Brasil, será necessário analisar a sua compatibilidade com as normas vigentes no país, proceder a uma construção teórica apta à aplicação no sistema constitucional-penal brasileiro e, por fim, estabelecer as consequências advindas de sua aplicação, notadamente a aplicação da pena a autores e partícipes.

8.1 DA COMPATIBILIDADE DO DOMÍNIO DO FATO COM O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Claus Roxin não aceita um conceito extensivo de autor, defendido por parte dos que adotam a teoria subjetiva e refutado pelos adeptos do domínio do fato, tanto por seus pontos de partida metodológicos, quanto por alguns motivos de ordem prática. O primeiro que ele elenca é a diferenciação, expressa na legislação alemã, entre autores, indutores e cúmplices¹. Vale ressaltar, desde logo, que os textos legais vigentes na Alemanha constituem argumento por ele utilizado como elemento contrário a um conceito extensivo, e não como pressuposto inafastável de aplicação da teoria do domínio do fato.

De todo modo, com enfoque na diferenciação de autores e partícipes pela lei alemã, Luís Greco e Adriano Teixeira defendem, como visto, que o legislador brasileiro não adota, de forma conclusiva, um modelo restritivo de autor. No entanto, consignam que essa concepção seria a que mais se compatibiliza com o princípio da legalidade, mormente a partir do brocardo

1. ROXIN, 2016, p. 45.

nullum crimen, sine poena sine lege. Argumentam, ainda, que o artigo 30 do Código Penal, que trata da comunicabilidade das circunstâncias, é um argumento contrário a um modelo restritivo e diferenciador².

Sobre a compatibilidade entre a legislação vigente no Brasil e a teoria do domínio do fato, Alflen argumenta que o próprio Roxin rechaça a sua aplicação em caso de adoção de um sistema unitário, além de que o sistema unitário se assentaria em pressupostos causal-naturalistas, incompatíveis com a adoção do domínio do fato, seja na visão de Roxin ou na de Welzel. Isso não levaria a um total rechaço à construção teórica do domínio do fato, mas a necessidade de uma construção compatível com o direito posto³.

Beatriz Camargo também vislumbra na legislação vigente no país a adoção de um sistema monista ou unitário, com a mesma moldura de pena prevista para todos os intervenientes na prática delitiva. Além disso, teria sido adotado um conceito extensivo de autor, o que traria problemas de fundamentação teórica para o concurso de pessoas. A penalista critica, entretanto, a posição de Greco e Teixeira quanto à *possibilidade* de diferenciação dogmática, defendendo a *necessidade* de se distinguirem autoria e participação⁴.

Dotti argumenta que a teoria do domínio do fato não pode ser harmonizada com as disposições do artigo 29, *caput* e parágrafos, do Código Penal, porque a exigência dogmática de tipicidade autônoma da participação não estaria satisfeita pela previsão do parágrafo primeiro referente à participação de menor importância. Citando o artigo de Greco e Assis, argumenta que o sistema brasileiro seria unitário, enquanto a teoria teria sido construída sobre o fundamento de um sistema diferenciador. Essa distinção necessária seria não apenas um problema de determinação da moldura penal, mas de tipo⁵.

Essa visão, contudo, não é unânime. Como mencionado acima, Alberto Silva Franco entende não haver conceito de autoria e participação no Código Penal, mas defendeu a sua diferenciação, de importância irrefutável, a ser realizada pela doutrina. Utilizou dois argumentos: primeiro a relação de dependência que prende o conceito de participação à autoria, e, em segundo lugar, o próprio significado semântico do verbo *concorrer*, que designa uma atividade secundária, acessória. Haveria, no Código Penal, distintos graus de participação, além de uma determinação de individualização da pena, a

2. GRECO; TEIXEIRA, op. cit., p. 68-79. Utilizam os mesmos argumentos, citando os autores mencionados e concluindo que o dispositivo demonstra a adoção de um modelo extensivo de autor: MARTINELLI; BEM, op. cit., p. 870.
3. ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 16.
4. CAMARGO, B. 2020, p. 157-160.
5. DOTTI, op. cit., p. 560.

partir da culpabilidade individual. *Ajuste, determinação, instigação e auxílio*, termos mencionados no artigo 31, seriam modalidades de participação⁶.

Após criticar a teoria subjetiva ou subjetiva causal e a teoria objetivo-formal, Franco defende a adoção da teoria do domínio do fato, por ele denominada de objetivo-subjetiva, como forma de se distinguir autores e partícipes na interpretação das leis penais brasileiras. Menciona, então, que o autor é a *figura central do acontecimento*, na expressão de Roxin, mas logo em seguida menciona o *domínio final da ação*, expressão utilizada na obra de Welzel. Por fim, menciona como autores o executor, o mediato e o intelectual⁷.

Esther Ferraz também defendia que a equiparação legislativa entre autores e partícipes, no Código Penal anterior à reforma de 1984, não eliminava as *diferenças reais* entre as formas de intervenção na prática delitiva. A diferenciação entre contribuição material e psíquica, entre contribuição principal e acessória, antes da execução e após a execução e, mais importante, entre os que executam ato material típico e os atos diversos dos consumativos não desaparecem com uma opção legislativa⁸.

Olivé *et al.* também entendem compatível o Código Penal brasileiro com a teoria do domínio do fato, ainda que o artigo 29 tenha almejado a adoção de uma teoria unitária, argumentando que o instituto amplamente reconhecido da autoria mediata e os dispositivos legais relacionados ao erro determinado por terceiro, à coação moral irresistível e à obediência hierárquica demonstram perfeita compatibilidade entre a legislação nacional e a teoria desenvolvida por Roxin⁹. Não é outra a posição de Bitencourt, que, mesmo extraindo da lei a adoção de uma teoria monística de concurso de pessoas, entende que vigora um sistema diferenciador, com distinção da atuação de autores e partícipes, para a aplicação da pena. Para essa tarefa, vê na teoria do domínio do fato uma elaboração superior a suas antecessoras, com clareza de distinção entre os intervenientes na prática delitiva¹⁰.

Para Nilo Batista, seria possível uma interpretação mais ou menos causalista dos dispositivos do Código Penal, inclusive o artigo 29, regra central de disciplina do concurso de pessoas¹¹. Por essa e outras razões, não haveria nenhum obstáculo teórico para aplicação do critério do domínio

6. FRANCO, op. cit., p. 223, 224, 233.

7. FRANCO, op. cit., p. 227.

8. FERRAZ, op. cit., p. 4-5.

9. OLIVÉ *et al.*, op. cit., p. 544-547.

10. BITENCOURT, op. cit., p. 570, 577.

11. BATISTA, 2020, p. 84.

do fato para distinção de autores e partícipes, inclusive na formatação que lhe deu Roxin¹².

Cumprе ressaltar, a título argumentativo, que a própria Exposição de Motivos indica a opção legislativa por regras que diferenciam autores de partícipes. Conquanto, mesmo com essa ressalva, parte da doutrina entenda que foi adotada, afinal, uma teoria unitária de autoria, a prática judicial, com base nos critérios introduzidos na lei para distinção de autores e partícipes, admite o emprego da teoria do domínio do fato. Portanto, haveria sim compatibilidade entre a teoria, conforme a elaboração dada por Roxin, e a legislação vigente no Brasil¹³.

Ademais, o texto do artigo 29, § 1º, do CP, que trata da *participação de menor importância* demonstra a opção do legislador por um conceito restritivo, considerando-se, inclusive, mas não apenas, a Exposição de Motivos. Apesar da concepção de alguns penalistas de que o termo *participação* pode ser compreendido de modo a que a causa de diminuição de pena englobe também o autor, não deve ser essa a conclusão. Não se desconhece, ainda, que a participação de menor importância não engloba todos os casos de participação, mas como o termo já destaca, a participação que tenha menor relevância para a conduta criminosa.

Isso, entretanto, não inclui a autoria, ainda que o autor tenha concorrido de uma forma menos relevante. Primeiro, porque o termo participação possui um sentido estrito, derivado da própria definição. Segundo, porque cuida-se de uma expressão com significado já difundido no meio jurídico como modalidade de intervenção de um sujeito na conduta criminosa. Não é outra a opinião de Zaffaroni e Pierangeli, para quem o parágrafo primeiro do artigo 29 se limita à participação, regra da qual decorre a necessidade de serem diferenciadas a autoria e a participação¹⁴.

A despeito de haver uma clara diferenciação entre texto advindo de norma, há um sentido mínimo no texto que não pode ser desprezado a título de interpretação. Não se nega que o sentido de um dispositivo advenha de uma decisão que atribua significado às palavras¹⁵, mas se deve considerar que o texto escrito oferece limites à construção dos sentidos¹⁶.

12. Ibid., p. 73, 84.

13. SANTOS, J., op. cit., p. 359-361; MARTINELLI; BEM, op. cit., p. 862-863.

14. ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 605.

15. GUASTINI, Riccardo. Interpretar e argumentar. 2 reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021, p. 34.

16. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 51-55.

Eros Grau também adverte que o intérprete produz a norma, já que ela se encontra, ao menos parcialmente, em estado de potência, no seu invólucro, advindo do texto-normativo (mundo do *dever-ser*). Para essa extração da norma, o intérprete considera o significado originário do texto, toma-o como referência de sua interpretação e, a partir de dados da realidade (mundo do *ser*) atualiza o seu sentido¹⁷.

Entretanto, ainda que o saber jurídico advenha de um processo dialógico entre o ser e o mundo, disso não resulta a invalidação da regra de que todo intérprete, inclusive o juiz, esteja sempre vinculado aos textos normativos, dentro das balizas do princípio da legalidade. Por isso, enquanto a discricionariedade se vincula a juízos de oportunidade, atribuídos pela própria norma, a interpretação judicial deve ser baseada em juízos de legalidade, em razão da adstrição do intérprete ao texto normativo e, além disso, aos fatos¹⁸.

Por isso, ainda que a legislação não traga os conceitos de autor e de partícipe, não se pode interpretar de modo a ignorar o termo *participação* na legislação, mormente quando se considera que o *caput* do artigo 29, que abrange tanto a autoria quanto a participação, menciona que quem concorre para o crime incide nas penas a este cominadas. De igual modo, a cooperação dolosamente distinta, prevista no parágrafo segundo do dispositivo mencionado, é regulada com referência ao concorrente que quis participar de crime menos grave. A legislação usa, claramente, dois termos distintos: *concorrência*, como gênero, e *participação*, como espécie.

Além disso, mesmo que se conceba que a lei não distinguiu, o intérprete deve fazê-lo, em virtude da própria função de garantia do tipo e da decorrente acessoriedade da participação. Somente por meio da distinção é possível que se construa uma teoria acerca da excepcional punição do partícipe, possível por meio de norma de extensão. Na mesma linha e parafraseando Roxin, pode-se dizer que essa distinção de categorias no concurso de pessoas decorre da opção por um direito penal que se apoia na tipicidade para responsabilização¹⁹.

Aos delitos especiais, por sua vez, não basta o domínio do fato, pois a autoria exige uma qualidade especial do agente para a sua configuração. Portanto, no caso de delitos especiais, não é possível que o *não qualificado* tome a posição de autor, mas apenas partícipe, dada a restritiva qualificação

17. GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo de juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 7 ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 46-47.

18. *Ibid.*, p. 68-69.

19. BATISTA, 2020, p. 59.

exigida pela lei²⁰. Nesses casos, somente o *portador do dever jurídico* pode ser autor, de modo que os demais concorrentes serão partícipes²¹.

Os crimes de mão própria, por sua vez, não admitem coautoria nem participação, de modo que só pode ser autor aquele que atua fisicamente, que realiza a atuação típica. Por isso, como destaca Batista, a definição de autor advém do critério objetivo-formal²². Autor desses delitos é aquele que realiza o tipo por suas próprias mãos, os demais somente podem concorrer a título de participação²³.

Conclui-se, portanto, que além de o Código Penal se referir à participação e até mesmo a algumas de suas modalidades, como ajuste e determinação, há uma hipótese de *diferenciação obrigatória de pena entre autor e partícipe*. Ainda que não haja a definição de uma modalidade como de redução obrigatória de pena, como na Alemanha, em que se diminui a pena na cumplicidade, há uma causa de diminuição que se volta ao *grau de participação*, reservando-se para aquela que for considerada de menor importância. Assim, não se pode concluir que se adotou um conceito extensivo de autor, muito menos que uma distinção entre autoria e participação não se compatibilizaria com a legislação vigente no Brasil.

No mesmo sentido, Renato Machado defende ser possível adotar a teoria do domínio do fato no Brasil, como aquela que cumpre o papel de distinguir autoria e participação de *maneira mais precisa e adequada*. Defende que, após a Reforma de 1984, ficou clara a opção legislativa de admitir a acessoriedade da participação, bem como adota a posição de que várias teorias seriam compatíveis com os dispositivos vigentes no Brasil, apesar de entender que o domínio do fato indica uma opção compatível com a intervenção mínima, bem como se conforma com a complexidade e natureza das ações humanas vedadas pelas leis penais incriminadoras²⁴.

Como derradeiro argumento, é interessante retomar a observação de Robles Planos quanto à habitual confusão doutrinária entre o modelo dogmático e o modelo legal de regulação da pena. Ele observa que se pode tanto adotar um sistema unitário com diferenciação de pena para os distintos *autores* da infração quanto se acolher um sistema diferenciador com equiparação da pena para todos os intervenientes na atividade delitiva. Leciona, então, não existir uma drástica oposição entre o conceito unitário de autor

20. Ibid., p. 94-96.

21. SANTOS, J., op. cit., p. 360.

22. BATISTA, 2020, p. 96-97.

23. SANTOS, J, op. cit., p. 360.

24. MACHADO, R., op. cit., p. 247-250.