

Michael Procopio Avelar

TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

O Concurso de Pessoas
na Legislação Brasileira

2^a EDIÇÃO
Revista

2025

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

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 *nullum crimen, sine poena sine lege*. Argumentam, ainda, que o artigo 30

1. ROXIN, 2016, p. 45.

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 extraíndo 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.

Cumpra 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.

e o sistema diferenciador, haja visto que em ambos se pode conceber uma intervenção no fato típico.

Defende, afinal e em ponto com que se concorda integralmente, que o legislador somente opta entre castigar a todos os intervenientes com a mesma pena ou com distintas sanções, ou seja, pelo modelo legal de aplicação de pena. Entretanto, ambos os modelos de aplicação de pena seriam compatíveis tanto com o modelo unitário de autor quanto com um sistema diferenciador. Isso seria comprovado, a seu ver, pelo entendimento majoritário na Alemanha de se acolher, não uma concepção de intervenção no fato típico, mas um sistema de responsabilidade pela própria infração da norma em apenas alguns delitos: os culposos, os omissivos e os especiais²⁵.

Portanto, a teoria do domínio do fato é totalmente compatível com o Código Penal brasileiro, seja do ponto de vista que aqui se adota, de que houve sim a menção a autoria e participação e a adoção de um conceito restritivo de autor, seja a partir da concepção de que, a despeito de acolhido um conceito extensivo pela lei, a diferenciação pode e deve ser realizada pela doutrina, de modo a indicar as modalidades de autoria e participação. Havendo essa possibilidade de distinção, a teoria do domínio do fato, nos crimes a que se aplica, é a mais desenvolvida construção técnico-jurídica para indicar quem são os autores e aqueles que são partícipes, preservando a garantia do tipo penal e possibilitando uma maior previsibilidade sobre as condutas que são atingidas pela abrangência da incriminação legal.

8.2 O CONCURSO DE AGENTES E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Pode-se, então, com base nos pressupostos teóricos expostos, defender um conceito restrito de autor na legislação vigente, com distinção entre autores e partícipes. Ademais, é possível argumentar pela aplicação da teoria do domínio de pessoas aos crimes aos quais se compatibiliza, ou seja, aos *delitos de domínio*, reservando-se aos demais critérios próprios, a partir da estrutura peculiar dos crimes culposos e da previsão legislativa específica nos tipos que exigem alguma qualificação do sujeito para que seja considerado autor.

8.2.1 A autoria imediata nos delitos de domínio

A autoria imediata não traz maiores divergências à doutrina, por se tratar da modalidade mais comum e frequente de prática de um delito, em que o agente atua por suas próprias mãos e o seu comportamento se amolda diretamente ao que prevê o tipo penal. Por isso, Roxin a denomina de *pro-*

25. ROBLES PLANAS, op. cit., p. 144-146.

tótipo de autoria, pois realmente é o ponto de partida para a compreensão de todas as demais formas de contribuição para a prática delitiva.

Concebendo-se o autor como figura central da execução típica, o autor imediato é aquele que possui o domínio da ação, pois, atuando por conta própria, sem que ninguém possua um grau de domínio acima do seu, e conscientemente, sabendo do sentido social da sua ação, conhecendo todos os elementos constitutivos do delito e compreendendo o caráter ilícito do que faz, executa a conduta típica com as suas próprias mãos. A tipicidade é direta e imediata, pois o agente realiza exatamente a conduta descrita no preceito primário da norma penal incriminadora. Considerado o método descritivo adotado na legislação brasileira, em que homicídio é previsto como *matar alguém*, o autor imediato realiza exatamente o que se prevê no texto legal, violando, então, a norma penal que dele se extrai.

Essa realização direta da conduta incriminada torna o indivíduo o seu autor, como é intuitivo pela própria definição do termo *autoria*. O autor imediato tem o domínio da ação, pois é ele quem atua por si só, sem que ninguém o utilize tal qual o artista controla a sua marionete, e sem que ele mesmo se valha de outra pessoa para executar a conduta típica. Ele mesmo realiza a execução típica, de modo que, por exemplo, suja as suas mãos de sangue, pensando-se em um delito material contra a vida, de modo que ele deve ser considerado o autor do homicídio.

8.2.2 A autoria mediata nos delitos de domínio

A autoria mediata está presente, na teoria do domínio do fato, na utilização de outra pessoa para a execução típica, de modo que há um sujeito de trás que domina a vontade do executor, por meio de erro ou de coação. A prática de um delito com um inimputável não implica, por si só, que haja domínio por parte do imputável, em uma presunção absoluta de responsabilização a título de autor, o que, na lei brasileira, ensejaria a negação *a priori* do benefício da participação de menor importância.

Como enumerado por Batista, o Código Penal se refere à *autoria mediata* nos casos de erro determinado por terceiro, coação moral irresistível, obediência hierárquica e instrumento impunível por condição ou qualidade pessoal²⁶. Neste último caso, apesar de se mencionar a pessoa *não punível*, é possível se extrair do dispositivo a interpretação de que se refere ao *inimputável*, considerando que o Código Penal, inspirado por uma concepção bipartida brasileira de delito, considera-o, implicitamente, o fato típico e

26. BATISTA, 2020, p. 136.

ilícito, de modo que denomina excludentes de culpabilidade de *causas de isenção de pena*.

João Paulo Martinelli e Leonardo de Bem adotam posição próxima à de Roxin, mencionando a obra do penalista alemão e reforçando que o mandante, via de regra, será partícipe. Entretanto, não explicitam a questão do uso de inimputável, mencionando de forma ampla que o uso de um inimputável para a execução típica seria, indiscriminadamente, uma modalidade de domínio da vontade²⁷. Nucci, por sua vez, menciona que concurso com menor de 18 anos de idade nem sempre leva à autoria mediata, pois ele pode ser usado como instrumento ou agir como coautor²⁸. Essa concepção se aproxima do que defende Roxin, que, inclusive, traz critérios de diferenciação entre uma situação e outra.

No Brasil, há penalistas que entendem possível a adoção da teoria do domínio do fato, mas compreendem o domínio da vontade de forma diversa do que aponta a construção doutrinária de Roxin e de muitos doutrinadores que adotam esse critério de distinção no concurso de pessoas. Difundiu-se no país uma visão de que o domínio da vontade também estaria presente na hipótese de o indivíduo ser o *autor intelectual*, criando o plano delitivo que será executado por seus asseclas. Essa autoria se fundamentaria nessa supremacia subjetiva quanto à prática do delito, por ser o indivíduo que, com ascendência sobre os demais, teria definido os detalhes de como ele seria executado.

Alberto Silva Franco, que defende a adoção da teoria do domínio do fato, elenca três categorias de autor, consistentes no *executor*, no *mediato* e no *intelectual*. O executor seria aquele que materialmente realiza a conduta descrita no tipo, enquanto o mediato aquele que se vale de um instrumento, isto é, quem abusa de alguém para a prática material do delito. Por fim, o autor intelectual seria o que possui o domínio da conduta típica, mesmo sem executá-la diretamente, por ter planejado e organizado a sua realização, com poder de decidir sobre a sua interrupção, modificação ou consumação – e nesse ponto faz referência à obra de Enrique Cury Urzúa²⁹.

É interessante uma análise mais detida sobre a obra de Franco, pois é o autor citado por Damásio de Jesus em sua monografia sobre a teoria do domínio do fato, como sua referência bibliográfica. Damásio menciona a autoria intelectual como modalidade de domínio, citando a obra de Alberto Silva Franco e influenciando grande parte da doutrina nacional sobre o concurso de pessoas, no sentido de compreender a autoria intelectual

27. MARTINELLI; BEM, op. cit., p. 857 e 686-869.

28. NUCCI, op. cit., p. 320.

29. FRANCO, op. cit., p. 227.

como forma de domínio da vontade. Em grande medida, o seu livreto teve influência na doutrina nacional, orientando a forma de se compreender o domínio do fato no Brasil³⁰.

Por outro lado, ao se analisar a fonte utilizada por Franco, verifica-se que Enrique Cury Urzúa utiliza um critério próximo ao de Roxin para definição do domínio do fato, ainda que em edição mais recente da obra. A sua compreensão da teoria envolve o autor de própria mão ou executor, o autor mediato e a coautoria. Quanto à autoria mediata, previa as modalidades: por erro, por coação e por emprego de aparatos organizados de poder. Analisava à parte, como casos de especial fundamentação, a utilização de inimputáveis e menores, o forjamento de uma situação de justificação e o instrumento doloso sem intenção³¹.

Também na mesma linha de pensamento, Francesco Carrara defendia que o autor da ideia, aquele que ideou o delito e deixou a cargo de outrem a sua execução, não é o seu autor. Em sua visão, pode haver autor psicológico na filosofia, que trabalha com conceitos puramente ideológicos, mas não na ciência penal, que busca identificar o autor do fato. Ele pode ser *motor* ou *causa* do delito, mas isso não implica autoria³².

De fato, há que se rejeitar essa concepção disseminada na doutrina brasileira de *autoria intelectual* como uma modalidade peculiar de autoria, por não se fundamentar em critérios claros. Parece realmente se tratar de um *equivoco*, advindo da leitura inadequada das obras tomadas como referência, e não de uma *divergência*³³. A possibilidade de o sujeito se tornar autor por emitir uma ordem, cumprida por executor penalmente responsável, limita-se aos casos de aparatos organizados de poder, o que se defende tratar de uma modalidade específica de coautoria, o chamado *domínio funcional do fato*, e que Roxin compreende como uma forma de *domínio da vontade*.

Sobre a chamada *autoria intelectual*, o funcionalista observa que, independentemente de ser tida como *contribuição necessária*, uma *conditio sine qua non*, haveria unanimidade sobre configurar indução a conduta de alguém que persuada outro a cometer o delito³⁴. Desse modo, o penalista que concebeu a versão do domínio do fato aqui tomada como base de estudo do concurso de pessoas não aceita, como bem fundamenta, um conceito amplo de autoria intelectual.

30. JESUS, Damásio E. de. Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

31. CURY URZÚA, Enrique. Derecho penal: parte general. 9 ed. Santiago: Universidad Católica de Chile, 2009, p. 595-615.

32. CARRARA, op. cit., p. 302-305.

33. GRECO; LEITE, op. cit., p. 37-38.

34. ROXIN, 2016, p. 56.

A autoria mediata é possível quando há domínio da vontade, mediante a utilização de outra pessoa para a execução pessoal do injusto, que é direcionada pela vontade do sujeito de trás. Esse domínio pode se dar porque o executor atua em erro ou sob coação moral do autor. Se o executor não sabe o que faz, por atuar, por exemplo, em erro de tipo essencial, não pode ser considerado autor, pois é um instrumento nas mãos de quem tem o efetivo domínio da vontade.

O domínio da vontade, entretanto, divide os seus teóricos quanto à extensão da autoria mediata. Roxin recorre a um exemplo de Welzel, de uma mulher que viaja da Alemanha Oriental à Alemanha Ocidental e, convencida da licitude da prática em seu país, realiza um aborto ali. Conclui Welzel que, nesse caso, quem auxilia o aborto deve ser considerado partícipe, salvo se suscitou intencionalmente o erro.

Nesse caso, Roxin necessita tornar a sua teoria mais complexa para solucionar o caso, falando de graus de domínio. Quanto ao *primeiro grau*, ele se refere ao conhecimento das circunstâncias objetivas do tipo, de que se extrai o conhecimento imprescindível à formação do dolo. A respeito do *segundo*, que dá um sentido completo ao domínio do fato, ele se refere ao conhecimento pleno que dá sentido do tipo, consistente em sua periculosidade social ou ilicitude material.

Sua concepção parece conceber a formação do injusto penal a partir de conhecimento da própria ilicitude do fato, ainda que apenas em sua vertente material. Essa visão não parece coincidir com a sua concepção de dolo, mas com aquela tradicionalmente defendida por Jescheck, que concebe a sua *dupla posição*, que se plasmaria entre a formação do injusto, na conduta, e a própria culpabilidade, com a consciência do caráter ilícito do fato³⁵.

Além disso, em sua argumentação, Roxin utiliza um argumento de Maurach, que preconiza que alguém pode não ser capaz de perceber a periculosidade social do seu comportamento, o que pode derivar inclusive de ele possuir *um sentimento valorativo absolutamente perverso*. Assim, para analisar o domínio sobre um executor em erro de proibição, deveria se atender a um elemento psicológico, sobre ter constatado o injusto, e não a um elemento normativo, sobre o dever ou não que o executor tinha de compreender o injusto³⁶.

Isso parece contrariar as bases da sua teoria quanto ao domínio da vontade ao analisar a coação, se o coagido não tem excluída a sua responsabilização penal. Ele utiliza o exemplo do amante da mulher que, para fazê-la

35. JESCHECK; WEIGEND, op. cit., p. 260, 461-462.

36. ROXIN, 2016, p. 203.

matar o seu próprio marido, ameaça abandoná-la se não o fizer, sabendo da dependência emocional extrema e de sua submissão psicológica³⁷. Entretanto, o caso deve ser considerado estruturalmente diverso do executor em erro de proibição, pois a premissa de abandonar é hipótese de *mera influência psicológica*, enquanto a ausência de consciência da ilicitude deixa o executor cego quanto à vedação normativa de sua conduta, atuando sem saber que adentra o campo de incriminação.

Deve-se concluir, portanto, que o domínio da vontade se restringe aos casos de utilização de um executor que atua *em erro* ou *sob coação moral*, de modo que se torna um instrumento do sujeito de trás, que pode manipular e utilizar a sua conduta tal qual, *grosso modo*, uma marionete. Sempre que o domínio do sujeito de trás esteja em grau superior ao domínio exercido pelo executor, há um domínio da vontade por aquele, tornando-o autor da conduta delitiva perpetrada.

Retomando a sistematização do domínio da vontade, os graus são categorizados por Roxin em quatro espécies. O *primeiro grau* se refere ao conhecimento dos elementos constitutivos do delito, referindo-se ao dolo, que pressupõe o conhecimento, e que não está presente se o executor atua em erro de tipo essencial. O *segundo grau*, por sua vez, se relaciona com a consciência da ilicitude, parte da culpabilidade, envolvendo a compreensão do caráter materialmente injusto da conduta, que, se ausente no executor, permite que o sujeito de trás, com domínio de segundo grau, possa dirigir a conduta daquele, o qual não percebe a relevância criminal do que executa.

Já o domínio de *terceiro grau* se relaciona com o conhecimento de pressupostos fáticos de uma excludente de culpabilidade. Suponha-se, neste contexto, que o indivíduo suponha ter recebido uma ordem, não manifestamente ilegal, de realizar determinada diligência. Ao final, a atividade por ele exercida consubstancia conduta típica e ilícita, além de não ter havido efetiva ordem a ele dirigida, razão pela qual há também juízo positivo de culpabilidade. Foi um erro fático, isto é, uma falha na representação sobre as orientações de serviço, provocado por um colega de repartição. Portanto, um erro sobre um pressuposto fático de uma excludente da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, previsto no artigo 22 do Código Penal. Haveria, assim, domínio de *terceiro grau* por parte do colega de trabalho, considerado o autor da conduta.

Por fim, como último grau de domínio, o *quarto nível* se relaciona ao fim social da ação, em que se dirige a atuação de quem sabe que comete fato típico, ilícito e culpável, mas não há conhecimento do *crime específico* que se

37. Ibid., p. 162-167.

prática. É a hipótese em que pode haver um autor por trás de outro autor, responsabilizando-se ambos pela prática delitiva. Entretanto, justifica-se considerar o sujeito de trás como autor, possuindo o domínio de grau mais elevado, porque ele direciona a atividade delitiva, ao convencer o executor, por exemplo, que o seu inimigo passará de carro pela rodovia, sabendo de seu *animus necandi*, quando de fato passa uma pessoa que o sujeito de trás quer ver morta, e não a *vítima virtual*, aquela que o executor desejava atingir. O executor pratica fato típico, ilícito e culpável, sabe e deseja a prática do homicídio, mas sofre o domínio do sujeito de trás, que seleciona a vítima, *manipulando* a vontade de quem pratica o delito com as suas próprias mãos.

Sobre os *aparatos organizados de poder*, Roxin entende que seria uma outra forma de se ter o domínio da vontade, além do erro e da coação. Entretanto, conforme extensão argumentação acima realizada, entende-se que essa hipótese melhor se adéqua à figura da autoria, como uma modalidade especial de domínio funcional do fato, e não da vontade. Assim, ficariam como hipóteses centrais de domínio da vontade o uso de um executor que age sob coação ou em erro, de modo que o sujeito de trás consegue direcionar o seu atuar, indicando o caminho desejado por seu intento criminoso. O uso de inimputáveis depende de características específicas, a demonstrarem que o executor atuou, no final das contas, sob coação ou em erro, o que indica que as duas categorias centrais devem orientar todas as formas de autoria mediata.

Ademais, a autoria dos dirigentes por meio de aparatos organizados de poder deve enfrentar a argumentação a respeito da necessidade ou não de a organização ser apartada da sua ordem jurídica, requisito exigido na monografia do maior estudioso do tema, Claus Roxin. Por outro lado, Beatriz Camargo relata uma modificação posterior em sua opinião. Ainda que se conceba ser possível eliminar tal requisito, adotando posição doutrinária diversa daquela defendida inicialmente pelo autor alemão, é preciso, ainda, enfrentar o tema da *fungibilidade dos executores*, um dos requisitos necessários para se conceber a existência de um autor por trás de outro autor, ambos responsáveis por seus atos.

Em organizações empresariais cada vez maiores e mais complexas, a fungibilidade pode esbarrar na especialização dos funcionários, como no caso do contador que consegue mascarar ganhos e ocultar bens derivados da sonegação tributária, o que, segundo o entendimento jurisprudencial pátrio, pode configurar o crime de lavagem de dinheiro. Quanto maior a especialização do funcionário e o maior *know-how* por ele detido, mais difícil se torna a argumentação a favor de sua fungibilidade na execução típica³⁸.

38. MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 80.

Já sob o manto da coautoria é possível analisar a conduta do sujeito que, do alto comando de uma pessoa jurídica, determine a prática de condutas delitivas aos subordinados. A punição do sujeito como autor teria a crítica da ausência de execução, por si mesmo, de atos típicos ou, em outros termos, seu envolvimento direto na fase executória. Interessante, nesse campo, a visão de Muñoz Conde, para quem seria possível analisar o domínio funcional na perspectiva de uma coautoria, mesmo que um dos agentes não participe da execução propriamente dita. Em outros termos, o jurista espanhol defende a aplicação de uma concepção de coautoria desvinculada das amarras da coexecução típica, como uma “realização conjunta”, interpretação mais adequada ao direito penal econômico, em que as condutas não são delineadas como nos crimes tradicionais, como no homicídio, com estruturas mais facilmente compartimentáveis³⁹.

Na mesma linha de Roxin, Batista defende não estarem presentes os requisitos da coautoria, não sendo possível vislumbrar, no caso de aparatos organizados de poder, o domínio funcional do fato. Entretanto, ele o faz sem discorrer sobre quais os requisitos estariam ausentes nessa configuração do concurso de agentes. Apenas argumenta configurar-se a autoria mediata na emissão da ordem, pois eventual resistência do executor ao cumprimento da ordem levaria à sua *sumária substituição*, garantindo-se a prática do resultado. Conclui ser possível, como o nosso século teria demonstrado, assassinar por meio de uma assinatura de um documento ou por meio de um telefonema⁴⁰.

Defende-se, contudo, que não há óbices à configuração do domínio funcional do fato, e, assim, à existência de coautoria, considerando que não há nenhum dos graus de domínio da vontade, pois o executor conhece as circunstâncias fáticas constitutivas do delito, age com consciência da ilicitude, não possui compreensão equivocada sobre pressupostos fáticos da culpabilidade ou de uma causa dirimente, além de entender o sentido social da ação ou o delito especificamente cometido por meio do seu cumprimento de ordens. A peculiaridade dos aparatos organizados de poder parece se amoldar de maneira mais adequada ao domínio funcional do fato, ao propiciar ao emissor da ordem uma ingerência maior na execução do que possui o simples mandante, ou seja, aquele que comissiona a prática do delito a alguém mediante pagamento, por exemplo.

No mesmo sentido, Mariano Longobardi defende que essa posição de controle do sujeito de trás caracteriza uma efetiva realização comum do fato, levando à responsabilização pelo domínio funcional do fato. Em seu raciocínio, utiliza-se do conceito de autoria de Günther Jakobs, que entende

39. *Ibid.*, p. 93-94.

40. BATISTA, 2020, p. 138-139.

que ela se desenvolve por meio da decisão de se ajustar à conduta do autor ou por meio da *coconfiguração do fato*, dispensando o acordo de vontades. Assim, o penalista argentino defende que, na hipótese de execução dolosa do delito por escalões inferiores, enquanto os superiores possuem uma posição de controle, a solução que entende mais adequada é de compreender o domínio funcional do fato nessa situação. Relega, assim, o domínio da vontade para os casos de erro e coação⁴¹.

Ainda que se concorde com a solução, não se adota aqui o conceito de coautoria de Jakobs, mas se compreende que o aparato organizado de poder excepciona parcialmente o pressuposto do acordo de vontades, que continua exigido, em regra, como pressuposto imprescindível para o domínio funcional do fato. É o *acordo prévio* entre os agentes que permite a *imputação recíproca*, tornando a atuação de um também a atuação do outro, ensejando a caracterização da obra coletiva como o comportamento a ser examinado sob o prisma da tipicidade, exigido pela preservação da garantia do tipo. A máquina de poder excepciona a necessidade de intervenção na fase executiva, possibilitando que a contribuição na fase preparatória adentre a fase executiva por meio de uma influência maior, como o acionar de um botão que leva a maquinaria delitiva a atuar durante a prática dos atos executórios.

O acordo de vontades não é absolutamente dispensado, mas é compreendido de modo diverso, não se exigindo a discussão das cláusulas e de um efeito projeto a várias mãos, mas configurando-se inclusive pela adesão. Isso não se limita aos aparatos organizados de poder. Pelo contrário, é uma característica de grupos criminosos em geral, em que não se deve esperar uma discussão democrática da execução delitiva, mas a mera adesão, o acordo inclusive tácito, que leva os agentes a engajarem uma obra coletiva, fazendo-se responsáveis pela atuação concomitante de todos os envolvidos.

Como visto, argumenta-se, de um lado, que os executores fungíveis já estavam de sobreaviso ou de prontidão. Por outro lado, pode-se objetar que o fato foi cometido por determinado executor e, assim, ele compartilhava, concretamente, certo domínio, pois dizer que o outro interviria a tempo ou que não se recusaria também a fazê-lo seria fundamentar o instituto dogmático com base em raciocínio hipotético, considerando-se aquilo que *poderia ter sido e não foi*, quando se deve aplicar a teoria ao que *foi* a partir do *dever ser*. A fungibilidade, concluiu-se acima, fundamenta a maior influência do emissor da ordem nos atos executivos, diferenciando a atuação do mero emissor de ordens na fase preparatória, que é um instigador, daquele que

41. LONGOBARDI, Mariano. Autoría y dominio del hecho en los delitos socioeconómicos: criminalidad económica, Derecho Penal Económico y dogmática penal. Revista de Derecho Penal e Proceso Penal. Buenos Aires: LexisNexis Argentina, 2005, p. 754-768.

atua por meio de aparatos organizados de poder, acionando uma máquina delitiva, o que adentra a fase da execução, ainda que por uma *longa manus*, e possibilita a caracterização do domínio funcional do fato.

Existe, ainda, outra discussão, já aventada, no tocante à amplitude do domínio por organização, relacionando-se ao pressuposto de que a ordem tenha sido emitida em organização apartada da ordem jurídica. Como também já explicitado, há autores que buscam estender a sua aplicação às organizações empresariais, o que inclusive levou à discussão nos tribunais alemães, que em muitos casos passaram a reconhecer o domínio da organização, por aparatos organizados de poder, também em delitos cometidos por meio de ordens emitidas em corporações.

Humberto Souza Santos observa que Roxin resistiria a essa aplicação, aceitando-a no julgamento de ordens emitidas em organizações mafiosas ou terroristas que tenham à disposição numerosos executores substituíveis. A sua crítica envolveria, por exemplo, um julgamento alemão, que levou ao banco dos réus o filho e o médico de um paciente que deram ordem ao seu cuidador para que interrompesse o tratamento que o mantinha vivo. Tendo o cuidador desobedecido a ordem, a condenação proferida foi de tentativa de homicídio, por domínio da organização, possibilitando a consideração de que eram autores. Para Roxin, não haveria fungibilidade de executores, e, além disso, o hospital não era uma organização apartada da ordem jurídica, mas, pelo contrário, uma instituição que cumpria as leis e regulamentos.

No entanto, Santos não concorda totalmente com o funcionalista. Apesar de concordar que o fato de o homem de trás coagir ou manter em erro o homem da frente torna indubitável a autoria mediata, bem como que não se pode transferir de forma ampla o domínio da organização às organizações empresariais, defende ser possível se reconhecer a autoria mediata se houver a instrumentalização do homem da frente, mediante o controle, pelo homem de trás, dos fatores eficientes para a produção do resultado. Assim, entende possível a caracterização da autoria mediata se houver *dependência estrutural econômico-profissional*, ou seja, não apenas de dependência econômico-profissional, inerente às relações de trabalho, mas aquela que seja de um “um nível estrutural, capaz de tornar o executor um instrumento e o emissor da ordem um verdadeiro senhor de sua vontade”⁴². Essa posição é seguida por alguns penalistas⁴³.

Olivé *et al.*, por outro lado, entendem que a extensão do domínio da organização às empresas, possibilidade já rechaçada por Roxin, afetaria os

42. SANTOS, H., 2015, p. 107-111.

43. Por todos: MARTINELLI; BEM, op. cit., p. 859-860.