

# Domínio do fato como critério de delimitação da autoria e a Ação Penal N. 470 do STF

Por Prof. Dr. **Pablo Rodrigo Alflen**, Porto Alegre (UFRGS), Brasil

*Os principais problemas verificados no direito penal brasileiro vigente parecem surgir justamente a partir dos déficits de interação entre teoria e prática. Um olhar mais atento permite observar que a dissonância daí resultante segue em uma via de mão dupla: de um lado, a doutrina brasileira, por vezes, funde concepções teórico-dogmáticas incompatíveis entre si, formando um mixtum compositum de coisas que não deveriam ser misturadas,<sup>1</sup> de outro lado, a praxis jurisdicional em matéria penal, de maneira autossuficiente, ou despreza construções teórico-dogmáticas na fundamentação de suas decisões,<sup>2</sup> ou, ainda, quando as utiliza, na maioria das vezes, desvirtua seu conteúdo.*

*No entanto, este último aspecto, qual seja, o desvirtuamento de concepções teórico-dogmáticas pela praxis jurisdicional – embora não seja uma peculiaridade brasileira – é acentuado pelo fato de a doutrina brasileira manifestar um déficit de identidade, pois digere concepções dogmáticas*

*estrangeiras, muitas vezes, de forma irrefletida e apartada do seu contexto. Isso se reverte em uma certa incongruência sistêmica, facilmente identificável nos manuais; ao mesmo tempo, porém, acaba por transferir à praxis jurisdicional o difícil encargo de concretizar tais concepções teóricas, de modo que seu desvirtuamento é consequência inevitável. Exemplo paradigmático, nesse sentido, foi a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro ao julgar a Ação Penal N. 470 – conhecida como “caso mensalão” –, principalmente, no que diz respeito ao concurso de pessoas (“Beteiligungslhre”) e à delimitação da autoria e de suas respectivas formas (autoria direta, autoria mediata e co-autoria).*

*Tal caso, na verdade, demonstra o acerto das palavras de Kantorowicz ao afirmar, já em 1910, ser “a teoria da participação” (concurso de pessoas) “o capítulo mais obscuro e confuso da ciência penal” (alemão).<sup>3</sup> Porém, cumpre fazer uma ressalva, a de que tal aspecto não fica restrito a determinado plano territorial, sendo a teoria da participação (concurso de pessoas), portanto, o capítulo mais obscuro e confuso da ciência penal. A gravidade dos equívocos cometidos ao longo da decisão proferida no “caso mensalão”, especialmente no que diz respeito à teoria do domínio do fato, não é mais do que expressão de uma praxis incongruente que advém de longa data. Para compreender tal problemática, realizar-se-á, em primeiro lugar, uma breve análise do emprego da teoria do domínio do fato pela jurisprudência brasileira, como critério de delimitação da autoria, com a finalidade de demonstrar os equívocos cometidos (infra I. 1.). Em segundo lugar, analisar-se-á o modo como a teoria do domínio do fato foi utilizada pela Corte, para delimitar a autoria e suas respectivas formas (infra I. 2.), no famigerado “caso mensalão”. Por fim, analisar-se-ão alguns aspectos atinentes à admissibilidade ou não da teoria do domínio do fato de Roxin no contexto jurídico-penal brasileiro (infra I. 3.).*

## I. Domínio do fato na jurisprudência brasileira

As expressões “domínio do fato” e “domínio sobre o fato”, como se tem conhecimento a partir dos trabalhos de Roxin e de Schroeder, foram empregadas pela primeira vez no direito penal por Hegler, em 1915, no trabalho intitulado “Die Merkmale des Verbreches”;<sup>4</sup> logo após, por Bruns, em 1932, no

<sup>1</sup> Assim, por exemplo: Greco, Curso de Direito Penal, Parte Geral, 2012, p. 422, o qual comete vários equívocos ao fundir critérios e conceitos inerentes às concepções de Welzel e Roxin. Assim, baseando-se em Welzel, o jurista brasileiro fala de “domínio funcional do fato” (*destaque do autor*), quando tal classificação é desenvolvida por Roxin, com sua tradicional tripartição “domínio da ação, da vontade e funcional”. Igualmente lastreado em Welzel, refere o jurista brasileiro que a “divisão de trabalho” é critério do domínio funcional, porém, a expressão “realização por meio da divisão de trabalhos” (“arbeitsteilige Ausführung”) é própria da teoria de Roxin, pois Welzel emprega a expressão “divisão de papéis” (“Rollenverteilung”), compare Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, p. 77, bem como Welzel, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, p. 171 ss. (publicado originariamente in ZStW 58 [1939], 491). Este último equívoco também se verifica em Batista, Concurso de agentes, 3. ed. 2005, p. 101. Situação mais grave encontra-se em Reale Júnior, Instituições de Direito Penal, Parte Geral, vol. I, 2002, p. 315 ss., o qual utiliza a expressão domínio do fato com o propósito de delimitar a autoria, porém, dialoga com Welzel, Roxin, Jakobs e outros, sem sequer especificar seu ponto de partida, qual seja, o que se deve entender por “domínio do fato”.

<sup>2</sup> Assim, por exemplo, reiteradas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (no que segue “TJRS”), Julgado em 19.5.2005 – 70011117629 (Recurso em Sentido Estrito): “o processo não é um fim em si mesmo nem serve de palco para discussões acadêmicas”; bem como TJRS, Julgado em 20.2.2013 – 70052941077 (Habeas Corpus); TJRS, Julgado em 11.12.2013 – 70057208472 (Habeas Corpus); TJRS, Julgado em 18.12.2013 – 70057686677 (Habeas Corpus); TJRS, Julgado em 29.1.2014 – 70058088691 (Habeas Corpus); TJRS, Julgado em 26.2.2014 – 70058394966 (Habeas Corpus); TJRS, Julgado em 26.2.2014 – 70058332800 (Habeas Corpus); disponíveis em [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br) (8.5.2014).

<sup>3</sup> Cfe. Kantorowicz, MSchrKrim 1911, 257.

<sup>4</sup> Cfe. Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, 1965, p. 59; no mesmo sentido Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. ed. 2006, p. 60; igualmente Schild, Tatherrschaftslehren, 2009, p. 9, o qual refere ainda que a teoria do domínio do fato foi fundada por Welzel, mas teve seus princípios em Hegler (1915), Frank e Goldschmidt (1931), Bruns (1932), H. v. Weber (1935), Eb. Schmidt (1936) e Lobe (1933).

trabalho intitulado “Kritik der Lehre vom Tabestand”;<sup>5</sup> em seguida, por *Lobe*, em 1933, em seu “Reichs-Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar”;<sup>6</sup> por *Berges*, em 1934, no trabalho intitulado “Der gegenwärtige Stand der Lehre vom dolosen Werkzeug in Wissenschaft und Rechtsprechung”; por *von Weber*, em 1935, no trabalho intitulado “Zum Aufbau des Strafrechtssystems”<sup>7</sup> e por *Eb. Schmidt*, em 1936, no trabalho intitulado “Die militärische Straftat und ihr Täter”. Todavia, como adverte *Roxin*, “os pontos de partida dogmáticos que levaram ao desenvolvimento da ideia de domínio do fato são muito diferentes”<sup>8</sup>. Daí a dificuldade em se proporcionar um histórico dogmático de tal teoria, de modo que seu avanço em direção a uma concepção predominante acaba necessariamente por se reportar a *Welzel*.<sup>9</sup>

Apesar de *Welzel* ter apresentado, em 1939, pela primeira vez, uma teoria do domínio do fato propriamente dita, como critério de delimitação da autoria,<sup>10</sup> não há dúvida de que os maiores esforços e a maior construção edificada até então a respeito da temática partiram de *Roxin*, o qual levou sua concepção a público no ano de 1963.<sup>11</sup> O ponto de partida de *Roxin* na elaboração de sua teoria foi a singular vagueza e a intangibilidade da concepção *Welzeliana*, os quais o levaram a rechaçar a ideia de domínio do fato finalista. Inclusive, em sua crítica, *Roxin* foi categórico ao esclarecer, por um lado, que *Welzel* introduziu o conceito “de forma absolutamente repentina e sem explicação, como se seu significado fosse compreensível por si mesmo”<sup>12</sup> e, por outro lado, que a “unilateralidade dos critérios compreendidos de forma lógica e exata” e a “sua incapacidade de satisfazer as diversas formas de manifestação da vida em suas expressões individuais” não

servem como critérios para definir a ideia de domínio do fato.<sup>13</sup>

Embora na doutrina alemã o debate acerca do domínio do fato tenha prosseguido de forma latente e profunda – a ponto de *Schild* demonstrar a existência de diversas variantes da teoria do domínio do fato na atualidade<sup>14</sup> – a ideia de domínio do fato somente adentrou no plano teórico-dogmático brasileiro no ano de 1979 e ficou restrita às concepções de *Welzel* e *Roxin*. O mérito imperecível de *Nilo Batista* em trazer a teoria para o Brasil, na sua clássica obra *Concurso de Agentes*, já na primeira edição, no entanto, não impede a crítica no sentido dele não ter deixado claro o limite e as diferenças entre estas duas concepções. Tal esclarecimento, naquela ocasião, era imprescindível, quer seja por se tratar de uma nova concepção a adentrar no cenário teórico-dogmático brasileiro, quer seja por não haver ponto de confluência entre ambas as teorias. Por conseguinte, tanto o *desenvolvimento histórico-dogmático* da ideia de domínio do fato, quanto o *estudo pormenorizado* da teoria e de seus respectivos critérios, por muito tempo, permaneceram distantes dos trabalhos científicos brasileiros, os quais limitavam-se a abordar ou a concepção de *Welzel* ou a de *Roxin*, ou, ainda, as duas conjuntamente (daí o referido “mixtum compositum”), porém, ainda assim, elaborando um exame superficial e acrítico da teoria.<sup>15</sup> Naturalmente, a inexistência de qualquer estudo posterior a respeito da teoria do domínio do fato, em caráter aprofundado, no Brasil, permitiu que a mesma fosse propalada em meio à doutrina de forma obscura.

É fundamental, então, ter em vista que a teoria de *Roxin* não consistiu em um simples aprimoramento da concepção de *Welzel*, mas, sim, em uma construção absolutamente nova e original, de modo que a doutrina brasileira deveria ter se preocupado em identificar as diferenciações teóricas e práticas de ambas as teorias, a fim de fornecer subsídios para a sua aplicação jurisdicional no âmbito nacional.

As principais diferenças dogmáticas entre as teorias podem ser sintetizadas levando-se em consideração os seguintes aspectos:

*Welzel* entende que a autoria depende de:

- Pressupostos pessoais, decorrentes da estrutura do tipo (1) objetivos, tais como a posição especial de dever do autor (funcionário público, militar, comerciante, mãe, médico, advogado, etc.), e (2) subjetivos, tais como intenções es-

<sup>5</sup> Cfe. *Schroeder* (n. 4), p. 60; também *Roxin* (n. 4), p. 61 s.

<sup>6</sup> Cfe. *Haas*, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, 2008, p. 15; *Schroeder* (n. 4), p. 60 s.; em sentido semelhante *Schild* (n. 4), p. 9, mencionando também a figura de *Lobe* como um dos precursores da teoria do domínio do fato.

<sup>7</sup> Cfe. *Roxin* (n. 4), p. 63, fazendo referência ao trabalho de *von Weber* intitulado “Zum Aufbau des Strafrechtssystems”, 1935; porém, *Schroeder*, menciona, além deste trabalho, o artigo de *Weber* intitulado “Die garantierende Funktion der Strafgesetze” = DJZ 1931, 663.

<sup>8</sup> Cfe. *Roxin* (n. 4), p. 64; exame mais aprofundado em Exame aprofundado em *Alflen*, *Teoria do domínio do fato*, 1. ed. 2014, p. 81 ss.

<sup>9</sup> Cfe. *Roxin* (n. 4), p. 64. Tal argumento procede, uma vez que a doutrina, de modo geral, ao se reportar a teoria do domínio do fato aponta *Welzel* como seu precursor, compare ainda *Haas* (n. 6), p. 15.

<sup>10</sup> *Welzel* (n. 1), p. 161 ss.

<sup>11</sup> Compare a tese de habilitação do autor, publicada em sua primeira edição no ano de 1963, *Roxin* (n. 4), p. 25 ss.; bem como *o mesmo.*, GA 1963, 192; também *o mesmo.* (n. 1), p. 9 ss.; *o mesmo.*, ZIS 2006, 293; ademais *o mesmo.*, *Panóptica Law E-Journal* 4 (2009), 69.

<sup>12</sup> Cfe. *Roxin* (n. 4), p. 109.

<sup>13</sup> Cfe. *Roxin* (n. 4), p. 112.

<sup>14</sup> Cfe. *Schild* (n. 4), p. 33, o qual refere, além das teorias de *Welzel*, *Maurach*, *Gallas* e *Roxin*, as variantes desenvolvidas por *Schünemann*, *Bottke*, *Jakobs*, *Murmann/Bolowich/Noltenius*, *Renzikowski*, *Heinrich*, *Schneider*, *Otto*, *Buse/Schwab*, *Gropp/Ransiek/Schild/Schlösser*, *Sinn/Lampe*, *Schmidhäuser*, *Luzón Pena/Diaz y Carcia*, *Jescheck/Rogall/Rudolphi*, sendo que a estas acrescentamos nossa concepção em *Alflen* (n. 8).

<sup>15</sup> Com brevíssima referência histórica, em particular a *Hegler*, veja *Batista* (n. 1), p. X; compare, ainda, sem qualquer referência histórica e com análise absolutamente superficial da teoria, o opúsculo de *Jesus*, *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*, 3. ed. 2002.

peciais, tendências ou tipos de sentimentos (os chamados elementos subjetivos do injusto); e

- Pressuposto fático: o domínio final do fato (o autor é o senhor sobre a decisão e sobre a execução da sua vontade final);<sup>16</sup> logo, para *Welzel*, o “domínio final do fato” (“finale Tatherrschaft”) não é o único critério para determinar a autoria.<sup>17</sup>

*Roxin*, no entanto, desenvolve a ideia de domínio do fato sob o argumento de que “o autor é a figura central (“Zentralgestalt”), a figura chave (“Schlüsselfigur”) do acontecimento mediado pela conduta”<sup>18</sup>, o autor é sempre “a figura central de um acontecimento executório” (“Ausführungsgeschehen”), isto é, “a figura central da conduta executória” (“Ausführungshandlung”)<sup>19</sup> e que a “figura central do processo delitivo é quem domina o acontecimento dirigido à realização do delito”<sup>20</sup>. Daí referir que autor é aquele “que domina o fato, isto é, que desempenha o papel decisivo na realização do tipo”;<sup>21</sup> logo, “tem o domínio do fato e é autor, quem aparece como a *figura central*, a *figura chave* na realização do delito, por meio de sua influência decisiva para o acontecimento”.<sup>22</sup> Para *Roxin*, portanto, o domínio do fato seria o critério suficiente para determinar a autoria.

*Welzel* reconhece as três modalidades de autoria, a saber: a autoria direta, a coautoria e a autoria mediata. Porém, por entender que o conceito de domínio do fato é um pressuposto

fático da autoria, não faz diferenciação entre espécies ou formas de domínio do fato.

*Roxin*, diferentemente, desenvolve um modelo tripartido de domínio do fato, distinguindo entre as formas de domínio da ação, domínio do fato funcional e domínio do fato pela vontade, às quais correspondem, respectivamente, a autoria direta, a coautoria e a autoria mediata.<sup>23</sup>

Para *Welzel*, “a melhor representação visual” da coautoria “é a da divisão de papéis (‘Rollenverteilung’) em um plano elaborado conjuntamente”, sendo a “decisão conjunta” e a “execução conjunta” do fato seus requisitos imprescindíveis. Esclarece, contudo, que o coautor não possui o poder de decisão sobre a realização do fato integral, mas tão só sobre a sua parcela de contribuição.<sup>24</sup>

Já para *Roxin*, a coautoria consiste na “realização do tipo por meio da execução pela divisão de trabalhos” (“arbeits-teilige Ausführung”);<sup>25</sup> e, de sua estrutura funcional, o penalista alemão extrai três pressupostos, a saber<sup>26</sup>:

- a existência de um planejamento conjunto do fato;
- a execução conjunta do fato, “não sendo suficiente uma participação na preparação” (diferentemente de *Welzel*, para quem a contribuição do coautor pode consistir em ato preparatório e de apoio<sup>27</sup>);
- a prática de uma contribuição essencial à etapa da execução.<sup>28</sup>

<sup>16</sup> Cfe. *Welzel* (n. 1), p. 164; ademais *o mesmo*, *Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung*, 1956, p. 82 a 84: “senhor sobre o fato é quem o realiza finalisticamente com base na sua decisão de vontade”. Inclusive, este é o fundamento pelo qual *Bockelmann*, que adere ao domínio do fato finalista, ressalta que o “domínio final do fato é uma característica da autoria”, compare *Bockelmann*, *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, p. 52.

<sup>17</sup> Cfe. *Schroeder* (n. 4), p. 63, o qual refere que “o domínio do fato é um momento complementar, que se apresenta no âmbito do concurso de pessoas junto ao conceito de ação” (*destaque do autor*); ainda *Haas* (n. 6), p. 15.

<sup>18</sup> *Roxin* (n. 4), p. 25, 108 e 527; uma análise sintética e crítica desta diretriz *Roxiniana* em *Schild*, *Täterschaft als Tatherrschaft*, 1992, p. 6 ss.

<sup>19</sup> *Roxin* (n. 1), p. 9: “immer ist er die Zentralgestalt der Ausführungshandlung”.

<sup>20</sup> *Roxin* (n. 1), p. 10: “Zentralgestalt des Deliktvorganges ist, wer das zur Deliktsverwirklichung führende Geschehen beherrscht”; igualmente *Roxin* (n. 4), p. 527: “die Zentralgestalt wird durch die Merkmale der Tatherrschaft, der Sonderpflichtverletzung oder der Eigenhändigkeit gekennzeichnet” (“a figura central é caracterizada pelos elementos do domínio do fato, da violação de um dever especial ou pelas próprias mãos”).

<sup>21</sup> *Roxin* (n. 1), p. 11: “der die Tat beherrscht, d.h. bei der Tatbestandsverwirklichung die maßgebliche Rolle spielt”.

<sup>22</sup> *Roxin* (n. 1), p. 14: “Die Tatherrschaft hat und Täter ist, wer bei der Deliktsverwirklichung durch seinen maßgeblichen Einfluß auf das Geschehen als Schlüsselfigur, als Zentralgestalt erscheint”.

<sup>23</sup> *Roxin* (n. 4), p. 527: “o domínio do fato, que nos delitos comissivos dolosos determina o conceito geral de autor, ocorre nas formas de manifestação do domínio da ação, do domínio da vontade e do domínio do fato funcional”; refere também que “com o propósito de preencher este conceito da espécie de cláusula geral e, antes de tudo, formal com conteúdo, nós encontramos os critérios do domínio da ação, do domínio da vontade e do domínio do fato funcional, que se apresentam todos os três como formas de um princípio mais abrangente do domínio do fato” (p. 335).

<sup>24</sup> Cfe. *Welzel* (n. 1), p. 171.

<sup>25</sup> *Roxin* (n. 1), p. 77.

<sup>26</sup> *Roxin* (n. 1), p. 78.

<sup>27</sup> Cfe. *Welzel* (n. 16), p. 90; em sentido semelhante, na doutrina alemã contemporânea, compare *Kindhäuser*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. ed. 2013, p. 400 s., o qual afirma que, segundo o entendimento predominante, é suficiente a colaboração na *etapa de preparação* quando esta possui significado decisivo para o decurso posterior e o êxito do fato, sendo que só para a teoria do domínio do fato é necessária a colaboração direta na realização do fato; no mesmo sentido refere *Otto*, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. ed. 2008, p. 268.

<sup>28</sup> Nesse sentido também *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 43. ed. 2013, p. 191-192, os quais afirmam que para o êxito do fato é exigido de qualquer coautor uma colaboração essencial na etapa de execução (“wesentliche Mitwirkung im Ausführungsstadium”). Este aspecto tem sido muito discutido na dogmática jurídico-penal, sendo que *Roxin* tem plena consciência disso, compare *Roxin* (n. 4), p. 657, referindo que “o ponto de diferenciação material decisivo no momento radica na questão se [...] basta para a fundamen-

Para *Welzel*, a autoria mediata consubstancia-se na ideia do domínio final do fato por quem se encontra por trás do instrumento (*Werkzeug*), sendo que este último em hipótese alguma pode possuir o domínio pleno do fato, caso contrário, aquele que se encontra por trás será mero indutor ou instigador.<sup>29</sup> “Para a autoria mediata, de modo algum é exigível que o autor se sirva de um instrumento mecânico realmente eficaz”, visto que “ele pode adaptar em certa extensão a conduta final de outrem a sua atividade final, desde que conserve – ao contrário do outro – o domínio do fato abrangente sobre o fato integral”<sup>30</sup>. Com isso, deixa claro que a autoria mediata pode se dar no caso de o instrumento ser um indivíduo que atua de maneira inconsciente ou conscientemente final, tanto punível como impunível, e desde que o autor mediato tenha o domínio integral do fato.

*Roxin*, por seu turno, considera que a autoria mediata ocorre quando um indivíduo se serve de outro (um “intermediador”) para atingir seus fins, de tal modo que, por meio da instrumentalização deste (isto é, de seu uso como “instrumento”), aquele domina o acontecimento de forma mediata (como “homem de trás”).<sup>31</sup> Assim, esclarece que, enquanto no domínio da ação a realização da conduta típica pelas próprias mãos fundamenta a autoria, na autoria mediata falta justamente uma conduta executória por parte do homem de trás, de maneira que o domínio do fato somente pode se basear no “poder de conduzir a vontade”, e isto, aliás, só se pode imaginar no caso de uso de um indivíduo que “não atua livremente”<sup>32</sup>, o qual, ao contrário do preconizado por *Welzel*, é um sujeito impunível (embora *Roxin* modifique sua concepção no tocante ao domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder).

A ausência de um referencial teórico-dogmático a evidenciar, principalmente, estas nítidas diferenciações (embora haja outras)<sup>33</sup> tem dificultado aos tribunais brasileiros a utilização da ideia de domínio do fato como diretriz para delimitação da autoria e de suas respectivas modalidades (autoria imediata, mediata e coautoria). A consequência disso radica em que, assim como ocorre com o BGH, por um lado, não se encontra homogeneidade nos critérios utilizados pelos tribunais brasileiros, e, por outro lado, é evidenciada certa incongruência na utilização dos próprios critérios dogmáticos estabelecidos, seja por *Welzel*, seja por *Roxin*, e isso, inegavelmente, dificulta a controlabilidade dos atos jurisdicionais.

Ademais, na diferenciação entre as modalidades clássicas de autoria (imediata, mediata e coautoria), verifica-se a utilização, por parte dos tribunais nacionais, de *uma ideia* de domínio do fato, *mas não* necessariamente de *uma teoria uníssona e coerente* como fundamento de suas decisões, que possibilite caracterizar a ideia de autoria de forma legítima.

tação da coautoria uma participação na etapa da preparação ou se, para isso, é exigível uma colaboração complementar à contribuição de outrem na própria execução”.

<sup>29</sup> *Welzel* (n. 1), p. 165.

<sup>30</sup> *Welzel* (n.1), p. 164.

<sup>31</sup> Cfe. *Roxin* (n. 1), p. 22.

<sup>32</sup> *Roxin* (n. 4), p. 142.

<sup>33</sup> Para isso compare *Alflen* (n. 8).

Com isso, quer se dizer que, algumas vezes, é apenas mencionada a expressão domínio do fato sem que se apresente uma fundamentação da autoria com base em critérios que informem quando o indivíduo detém tal domínio e, outras vezes, conjugam-se critérios das teorias de *Roxin* e *Welzel*.<sup>34</sup> O exame de alguns casos extraídos da jurisprudência brasileira<sup>35</sup> permite observar claramente esta problemática.

### 1. Casuística

#### a) Homicídio qualificado e ocultação de cadáver

Ao julgar Recurso de Apelação Criminal interposto contra decisão condenatória de primeiro grau, o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas utilizou o critério do domínio do fato para fundamentar a coautoria em hipótese de crime de homicídio qualificado. No caso, o policial “E”, juntamente com “N”, também policial, em abordagem a “B”, efetuou um disparo para assustá-lo, no entanto, “B” foi atingido. Temendo levá-lo ao hospital local por serem muito conhecidos, os policiais decidiram levá-lo a um hospital vizinho. Contudo, no trajeto, enquanto “N” dirigia o veículo, “E” efetuou vários outros disparos contra “B”, que causaram a sua morte. Em virtude disso, “E” e “N” “desovaram” o corpo de “B” em um matagal à beira da estrada. Os policiais restaram denunciados e condenados pela prática dos crimes tipificados nos arts. 121, § 2, II e 211, combinados com o art. 29, do CP, em coautoria. No recurso interposto por “N”, o Tribunal entendeu que “o só fato de não ter ele puxado o gatilho não afasta, em absoluto, a co-autoria”, visto que “participou da esdrúxula decisão de levar a vítima”, “contribuindo decisivamente para o desfecho do delito, porquanto tinha o poder (domínio) de sustar a evolução criminosa a qualquer instante, mas assim não o fez e com tudo aquiesceu”<sup>36</sup>.

Em tal situação o Tribunal aplicou parcialmente a concepção de domínio final do fato, de *Welzel*, pois levou em conta o critério da “decisão comum” em relação ao resultado perpetrado por “E” e “N”, (seja porque decidiram conjuntamente levar ao hospital vizinho, seja porque, após, conjuntamente desovaram o corpo em matagal), bem como o critério da “execução comum”, ao ressaltar que, embora não tenha acionado o gatilho da arma da fogo (ato executório), “N” realizou atos de apoio, os quais permitiam caracterizá-lo como code-tentor da decisão conjunta do fato. Todavia, o critério do

<sup>34</sup> Tal questão também foi colocada, recentemente, por *Haas* (n. 6), p. 23: “existem critérios para determinar qual medida de domínio do fato deve ser alcançada para legitimar a responsabilidade penal como autor?”.

<sup>35</sup> Os casos que seguem foram extraídos de uma pesquisa realizada no período de 2006 a 2009, na Universidade Luterana do Brasil, a qual consistiu no exame de mais de 1700 julgados de todos os tribunais brasileiros estaduais e federais, com o objetivo de analisar se a teoria do domínio do fato era utilizada e quais os critérios eram empregados nas decisões, para delimitar a autoria direta, a autoria mediata e a coautoria.

<sup>36</sup> TJAL (Câmara criminal), Julgada em 24.4.2003 – Apelação Criminal 1999.001465-7 (Rel. Des. José Fernando Lima Souza).

“poder de sustar a evolução criminosa”, utilizado pelo Tribunal, não coaduna com a ideia de domínio final do fato, mas sim com a concepção desenvolvida por *Maurach*, no sentido de “deter nas mãos o curso do acontecimento típico”, que se traduz pelo “deixar prosseguir, impedir ou interromper” a realização típica.<sup>37</sup> Logo, há uma conjugação de critérios, que não permitem dizer se o tribunal adotou especificamente uma ou outra concepção.

#### b) Roubo majorado

O Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas também utilizou a teoria do domínio do fato para fundamentar a coautoria na hipótese de crime de roubo. No caso, após ingerirem bebidas alcoólicas, “C” e “J” dirigem-se a um ponto de táxi da cidade e solicitam à “V”, taxista, que os leve a determinado local. Lá chegando, com o intuito de roubar o automóvel, “J” aponta uma arma de fogo para a cabeça de “V”, enquanto “C” investe contra este com uma faca, ferindo-o mortalmente no pescoço. Logo em seguida, fogem com o automóvel para a cidade vizinha, onde são presos. “C” e “J” são denunciados e condenados pela prática do crime tipificado no art. 157, § 2, I e II do CP, em coautoria. O Tribunal entendeu ser “autor do delito todo aquele que possui poder de decisão sobre a realização do fato, decidindo acerca da prática (se realiza) e da forma desta (como realizar)”, bem como que “para ser configurada a coautoria, não se faz necessária a exata concretização por parte dos agentes da hipótese normativa, bastando que exista a divisão das tarefas para atingir a finalidade vedada pelo sistema legal”. No caso, “C” “não tinha o controle do carro quando da fuga, nem foi ele que determinou à vítima parar o automóvel”, porém, o fato de ter “utilizado uma faca, colocando-a no pescoço da vítima e causando-lhe ferimento, evidencia que sua participação foi decisiva para a consumação do delito”.<sup>38</sup>

No presente caso, o tribunal se equivocou quanto aos critérios *Welzelianos* do domínio final do fato, pois utilizou o critério próprio da autoria direta, a saber “o poder de decisão sobre a realização do fato”, para delimitação da coautoria. Para *Welzel*, o coautor não possui o poder de decisão sobre a realização do fato integral, mas o poder de decisão sobre a sua parcela de contribuição, daí dizer que a coautoria assenta na “decisão comum” e na divisão de papéis. Ademais, o critério da “participação decisiva” não integra a concepção de domínio final do fato, mas sim a concepção de *Roxin*, como o terceiro elemento delineado pelo jurista alemão para caracterização da coautoria, a saber, a “relevância da contribuição”. Inclusive, o tribunal não esclarece o porquê de a contribuição de “C” ser considerada “decisiva” face à conduta de “J”, visto que “C” atuou com uma faca, quando a vítima já estava sob a mira da arma de fogo de “J”. Mesmo se se levasse em conta este último critério, para fins de coautoria, deveria ser demonstrada a imprescindibilidade da contribuição de “C”.

<sup>37</sup> Cfe. *Maurach*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. ed. 1965, p. 504.

<sup>38</sup> TJAL (Câmara criminal), Julgada em 24.4.2003 – Apelação Criminal 1999.001465-7 (Rel. Des. José Fernando Lima Souza).

#### c) Latrocínio

O Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, do mesmo modo, procurou utilizar a teoria do domínio do fato para fundamentar a coautoria em crimes contra a o patrimônio. No caso, “L” e “V” entraram na casa de “P” e “M” e anunciaram um assalto. Na ocasião, pediram à vítima “M” para ficar parada, porém, quando esta se moveu em direção ao fogão, “V”, que portava uma arma de fogo, efetuou um disparo que atingiu sua cabeça, matando-a instantaneamente. Assustada com a situação, a vítima “P” travou luta corporal e acabou matando o assaltante “V”, sendo que “L” fugiu do local levando um videocassete. “L” restou condenado pela prática do crime tipificado no art. 157, § 3 (final), do CP. Ao julgar o recurso interposto por “L”, o Tribunal entendeu que “o agente também tinha o domínio do fato delituoso pela realização conjunta da conduta criminosa, dentro do prévio ajuste e da colaboração material, ainda que seu comparsa tenha sido o único autor dos disparos contra a vítima”.<sup>39</sup>

Em tal situação, apesar da manifestação concisa, o Tribunal utilizou a teoria do domínio final do fato, especificando o critério da decisão comum (“dentro do prévio ajuste”) e o da “realização comum” (“realização conjunta da conduta criminosa”), mas não especificou o que se deveria entender por “colaboração material”, ou seja, não esclareceu se estas compreenderiam atos preparatórios, de apoio, ou atos propriamente executórios. Aqui, portanto, não houve incongruência na aplicação dos critérios da respectiva teoria adotada, mas sim parca fundamentação no tocante à espécie de contribuição. É importante esclarecer tal aspecto, porque, de acordo com *Welzel*, coautor é tanto quem realiza uma ação de execução, quanto quem realiza atos preparatórios e de apoio, mas desde que seja codetentor da decisão conjunta do fato.

#### d) Furto qualificado

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, seguindo no mesmo sentido, utilizou a teoria do domínio do fato para fundamentar a coautoria em crimes patrimoniais, como no caso a seguir: “J” aproximou-se do veículo VW pertencente a “L”, arrombou a porta e ingressou no seu interior, do qual subtraiu o aparelho de som automotivo. Com o bem em mãos, “J” fugiu do local em um carro conduzido por “F”, que o aguardava. Em razão disso, “J” e “F” foram denunciados e condenados pela prática do crime tipificado no art. 155, § 4, IV do CP. Em recurso interposto por “F”, para fundamentar a coautoria, o Tribunal afirmou que “vem ganhando primazia nos tribunais a teoria do domínio do fato, idealizada por *Claus Roxin*, que considera também coautor o agente que participa de um plano adremente preparado, com divisão de tarefas, influenciando, decisivamente, com a sua conduta, no resultado final do ilícito”, e esclareceu que “há relevância causal significativa, quando o réu fica na situação de garante e na posição de quem se presta não só a levar o outro agente à

<sup>39</sup> TJRO (Câmara Criminal), Julgada em 19.1.2006 – Apelação Criminal 100.501.2004.010245-4 (Rel. Sandra Maria Nascimento de Souza).

cena do crime, mas também a de lhe permitir, com a fuga, a consumação e o próprio exaurimento do crime”.<sup>40</sup>

No caso, o tribunal, aplicando a teoria do domínio do fato de *Roxin*, especificou tanto o planejamento conjunto baseado na divisão de tarefas – o qual se verifica pela atribuição da tarefa de assegurar a fuga a “F” – quanto a realização conjunta, observando-se que, segundo *Roxin*, não é necessário “que as contribuições dos diversos coautores devam ser realizadas ao mesmo tempo”, nem mesmo é necessária “a presença no lugar da realização do resultado”.<sup>41</sup> Porém, em relação ao terceiro pressuposto, a saber, “a relevância da contribuição”, não foi suficientemente esclarecido se a conduta de “F” consistiu em um “pressuposto imprescindível” (“unerläßliche Voraussetzung”), no sentido de *Roxin*; e isso é decisivo para fins de caracterização da coautoria, pois, do contrário, estar-se-ia diante de uma hipótese de participação.

#### e) Roubo majorado

Ao julgar Recurso de Apelação Criminal interposto contra decisão condenatória de primeiro grau, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal aplicou a teoria do domínio do fato, novamente, com o propósito de fundamentar a coautoria, ao seguinte caso: “M”, “V” e “R” subtraíram, mediante ameaça com emprego de arma de fogo, R\$ 7.000,00 e cheques da empresa “L”. Na ocasião, “V”, com o emprego de arma de fogo, intimidou as funcionárias “S” e “T”, enquanto “M” recolheu os valores. A participação de “R”, que era funcionário da empresa, consistiu em informar a “M” e “V” o horário mais adequado para a prática do crime, em aguardar a chegada dos comparsas ao local simulando estar trabalhando e em indicar a localização do escritório onde os valores estavam guardados. Com isso, “M”, “V” e “R” foram condenados pela prática do crime tipificado no art. 157, § 2, I e II, combinado com o art. 29 do CP, na qualidade de coautores. O Tribunal entendeu que “M” “atuou com domínio do fato, dividindo tarefas com seu comparsa, pois pouco importa se somente este portava arma de fogo”, inclusive, entendeu que apesar da “pluralidade de condutas”, “todas se revestiram de relevância causal e se enquadraram diretamente no tipo descrito na denúncia”.<sup>42</sup>

Na hipótese, o tribunal utilizou a ideia de domínio do fato, de *Roxin*, para fundamentação da coautoria, sendo que restou identificado o planejamento conjunto, sobretudo, em virtude da divisão de tarefas claramente delimitada entre os participantes. Todavia, não foram esclarecidos os pressupostos da execução conjunta e da relevância da contribuição. Em primeiro lugar, *Roxin* afirma que “somente quem desempenha algum papel na execução pode codominá-la”<sup>43</sup>, porém,

quem realiza alguma contribuição na etapa da preparação, ainda que ela seja importante, cede a execução a outrem e, por conseguinte, renuncia ao seu domínio. Tal critério não é suficiente para delimitar a coautoria neste caso, pois não se pode afirmar com clareza que “R” também possuía o domínio do fato. Sua participação apresentava muito mais um caráter facilitador. Ademais, foi justamente o déficit resultante deste critério que levou *Roxin* a desenvolver um terceiro, a saber, a relevância da contribuição. Assim, em segundo lugar, o simples fato de o tribunal referir que as condutas “se revestiram de relevância causal” não é suficiente, pois, de acordo com a teoria de *Roxin*, esta relevância radica na imprescindibilidade da contribuição, e, no caso, ter-se-ia que indagar se o fato não teria se concretizado sem a contribuição de “R”. Por fim, o tribunal afirmou que todas as condutas “se enquadraram diretamente no tipo”, mas, quanto a isso, deve-se fazer duas considerações: a primeira radica no fato de que este critério não integra a concepção de *Roxin*, e, a segunda, no fato de que a conduta de “R” não se enquadra no tipo penal referido (art. 157, § 2, I e II do CP), de modo que não haveria que se falar em coautoria em relação a “R”.

A partir de tais casos, observa-se que os tribunais têm utilizado critérios diversos para a determinação da coautoria, tais como a decisão conjunta,<sup>44</sup> a divisão de tarefas,<sup>45</sup> o poder de decidir sobre o “se” e o “como” realizar o fato e de interrompê-lo,<sup>46</sup> a desnecessidade da prática da conduta executória descrita no tipo,<sup>47</sup> a realização conjunta da conduta cri-

jurisprudencial, visto que tanto o RG quanto o BGH fixaram o entendimento de que é suficiente para caracterizar a coautoria uma colaboração mínima na etapa da preparação; compare, ainda, *Roxin* (n. 4), p. 657; no mesmo sentido *Puppe*, ZIS 2007, 241: “O coautor deve realizar sua contribuição para o fato na etapa da execução”.

<sup>44</sup> Nesse sentido, compare também TJRJ (Primeira Câmara Criminal), Julgada em 27.12.2005 – Apelação Criminal 2005.050.04643 (Rel. Des. Marcus Basilio).

<sup>45</sup> Nesse sentido, compare também TJGO (Primeira Câmara Criminal), Julgada em 25.4.2000 – Apelação Criminal 19820-0/213; bem como a decisão do TJES (Segunda Câmara Criminal), Julgada em 30.11.2005 – Apelação Criminal 023.04.000188-7 (Rel. Des. Manoel Alves Rabelo); e, do mesmo modo, TJDF (Primeira Câmara Criminal), Julgada em 2.6.2005 – Apelação Criminal 20030110018160 (Rel. Des. Edson Alfredo Smaniotto); assim como o TJDF (Primeira Turma Criminal), Julgada em 30.10.2006 – Apelação Criminal 20020110414487 (Rel. Des. Edson Alfredo Smaniotto); ainda TJPR (Terceira Câmara Criminal), Julgada em 16.6.2005 – Apelação Criminal 0262992-3 (Rel. Des. Rogério Kanayama).

<sup>46</sup> Nesse sentido também TJMT (Terceira Câmara Criminal), Julgada em 15.8.2005 – Apelação Criminal 19153/2005 (Rel. Des. Pedro Sakamoto).

<sup>47</sup> Nesse sentido TJMS (Segunda Turma Criminal), Julgada em 19.4.2006 – Apelação Criminal 2006.002348-4 (Rel. Des. José Augusto de Souza); bem como TJMG (Quinta Câmara Criminal), Julgada em 25.4.2006 – Apelação Criminal 1.0701.05.109770-0/001 (Rel. Des. Hécio Valentim); igualmente TJRS (Oitava Câmara Criminal), Julgado em 20.2.

<sup>40</sup> TJDF (Primeira Turma Criminal), Julgada em 30.10.2006 – Apelação Criminal 20020110414487 (Rel. Des. Edson Alfredo Smaniotto).

<sup>41</sup> *Roxin* (n. 1), p. 82.

<sup>42</sup> TJDF (Primeira Turma Criminal), Julgada em 29.11.2001 – Apelação Criminal 20000610044842 (Rel. Des. Ana Maria Duarte Amarante).

<sup>43</sup> *Roxin* (n. 1), p. 82, quanto a isso *Roxin* ressalta, ainda, que sua concepção está em absoluta oposição ao entendimento

minosa,<sup>48</sup> a contribuição decisiva<sup>49</sup> ou relevante<sup>50</sup> para o resultado e o prévio ajuste. Portanto, os déficits decorrentes da inexistência de coesão e uniformidade nos critérios utilizados são evidentes.

## 2. Ação Penal N. 470 do STF, o “caso mensalão”

Conforme foi possível verificar até aqui, os equívocos praticados pela jurisprudência brasileira no que diz respeito ao emprego da teoria do domínio do fato, para efeito de delimitação da autoria são evidentes, a ponto de não se poder afirmar se há uma concepção predominante, quais os critérios realmente adotados ou, inclusive, se a jurisprudência se dispôs, deliberadamente, a construir uma nova vertente (o que não parece ser o caso, devido à absoluta falta de uniformidade e coesão). Logo, como referido inicialmente, o julgamento do famigerado “caso mensalão” não destoaria da confusa práxis jurisdicional brasileira até então evidenciada. Porém, devido à relevância, à complexidade e à repercussão nacional e estrangeira do caso é importante analisar de forma mais detida alguns aspectos da decisão proferida, sobretudo, aqueles pertinentes à chamada teoria do domínio do fato.

Em 20.7.2005, foi instaurado Inquérito perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro, para apurar esquema de corrupção e desvio de dinheiro público, caracterizado pelo pagamento mensal de propinas a parlamentares do Congresso Nacional em troca de apoio ao governo federal, envolvendo tanto membros do governo federal quanto parlamentares. Com base na investigação realizada o Ministério Público Federal promoveu a acusação de 40 (quarenta) indivíduos pela prática dos crimes de quadrilha ou bando (art. 288, do CP), peculato (art. 312, do CP), corrupção passiva (art. 317, do CP), corrupção ativa (art. 333, do CP), lavagem de dinheiro (Art. 1, V, VI e VII, da Lei n. 9.613/1998), gestão fraudulenta de instituição financeira e evasão de divisas (respectivamente, art. 4 e art. 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986).<sup>51</sup> Tal acusação foi recebida em 28 de agosto

---

2002 – Apelação Criminal 70003039930 (Rel. Des. Roque Miguel Fank). Também STJ, Julgado em 2.6.2009 – REsp 1.068.452 (Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima): “aplicável a teoria do domínio do fato para a delimitação entre coautoria e participação, sendo coautor aquele que presta contribuição independente, essencial à prática do delito, não obrigatoriamente em sua execução”; bem como STJ, Julgado em 6.9.2011 – HC 191.444 (Rel. Min. Og Fernandes): “a autoria pode se revelar de diversas maneiras, não se restringindo à prática do verbo contido no tipo penal”.

<sup>48</sup> Nesse sentido TJRS (Sexta Câmara Criminal), Julgada em 16.12.2010 – Apelação Criminal 70039361084 (Rel. Des. Cláudio Baldino Maciel).

<sup>49</sup> TJMG (Quinta Câmara Criminal), Julgada em 17.4.2007 – Apelação Criminal 1.0460.05.017607-8/001 (Rel. Des. Hélcio Valentim).

<sup>50</sup> Nesse sentido TJMG (Quinta Câmara Criminal), Julgada em 17.10.2006 – Apelação Criminal 1.0261.04.027123-9/001 (Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho).

<sup>51</sup> Cfe. Peça acusatória (denúncia) disponível no site

de 2007, pelo Supremo Tribunal Federal, e, por conseguinte, culminou na Ação Penal N. 470.<sup>52</sup>

Por ocasião do julgamento da referida Ação Penal, na tentativa (e no afã) de proceder à delimitação da autoria dos acusados, o Supremo Tribunal Federal utilizou de uma anomalia, a qual intitulou de teoria do domínio do fato. De forma absolutamente incongruente, ao longo de mais de oito mil páginas que integram o acórdão, a Corte fundiu teorias incompatíveis entre si, não especificou os critérios que utilizou para nortear aquilo que denominou de “domínio do fato”, e, sobretudo, deixou de indicar analiticamente dados empíricos hábeis a fundamentar o suposto domínio do fato enfatizado na decisão. De maneira surpreendente, a Corte tentou, inclusive, proceder a um retrospecto histórico sintético da teoria do domínio do fato, sem sequer chegar ao seu conteúdo (o qual, no entanto, deveria ter sido o principal aspecto a ser discutido). Na decisão restou de forma clara que a “teoria” foi utilizada como simples retórica para fins de atribuição de responsabilidade, em flagrante violação ao art. 93, IX da Constituição Federal.

Descabe proceder a um exame minucioso e analítico do acórdão em sua integralidade, sobretudo, em virtude da sua dimensão estratosférica, de modo que é suficiente, para os fins aqui pretendidos, analisar as principais passagens em que se faz menção à teoria do domínio do fato. É afirmado na decisão que “a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel”<sup>53</sup>, porém, tal afirmação é equivocada e incoerente, por duas razões:

Em primeiro lugar, tal afirmação não pode ser utilizada em relação à teoria do domínio do fato de um modo geral, mas tão só em relação à teoria do domínio final do fato, conforme concepção originariamente desenvolvida por *Welzel*, pois a teoria elaborada por *Roxin* não é decorrência da teoria finalista, ao contrário, desenvolve-se justamente a partir do rechaço absoluto à concepção de *Welzel* do domínio final do fato.<sup>54</sup>

Em segundo lugar, ao longo da decisão há referência constante à concepção de *Roxin* e às formas de domínio do fato por ele desenvolvidas e denominadas (principalmente, o chamado “domínio funcional”), de modo que, evidentemente, a decisão procurou encontrar amparo muito mais na concepção de *Roxin* do que na *Welzel*. Logo, deveria ter sido levada em conta a estrutura dogmática delineada por *Roxin* e, com isso, observado que a mesma não coaduna com o sistema de *Welzel*.

---

[http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_pdfs/INQ%202245%20-%20denuncia%20mensalao.pdf/view](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/INQ%202245%20-%20denuncia%20mensalao.pdf/view) (8.5.2014).

<sup>52</sup> Cfe. STF (Tribunal Pleno), Julgado em 17.12.2012 – Ação Penal 470/MG, p. 1061, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648> (8.5.2014).

<sup>53</sup> Cfe. STF (Tribunal Pleno), Julgado em 17.12.2012 – Ação Penal 470/MG, p. 1161, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648> (8.5.2014).

<sup>54</sup> Cfe. *Roxin* (n. 4), p. 109.

Aliás, a adesão à concepção delineada por *Roxin* é expressa, conforme se verifica a partir do próprio teor da decisão:

“Com efeito, a moderna dogmática jurídico-penal apregoa que os coautores são aqueles que, possuindo domínio funcional do fato, desempenham uma participação importante e necessária ao cometimento do ilícito penal. Nas palavras de Claus Roxin, principal artífice desta teoria do domínio funcional do fato:

‘Se pone de manifiesto que entre las dos regiones periféricas del dominio de la acción y de la voluntad, que atienden unilateralmente sólo al hacer exterior o al efecto psíquico, se extiende un amplio espacio de actividad delictiva, dentro del cual el agente no tiene ni otra clase de dominio y sin embargo cabe plantear su autoría, esto es, los supuestos de participación activa em la realización del delito em los que la acción típica la lleva a cabo outro.’ (Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del hecho em Derecho Penal*. 7ª ed. Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 305).”

Todavia, a incongruência da decisão, como um todo, é manifesta, pois apesar de haver inúmeras referências em seu teor, no sentido de se adotar a teoria de *Roxin*, encontram-se várias passagens nas quais, ao tentar fundamentar a autoria com base no domínio do fato, procede-se a um *mixtum compositum* entre a concepção *Welzeliana* e a forma de domínio do fato pelo domínio da vontade, desenvolvida por *Roxin*, in verbis:

“José Dirceu detinha o *domínio final* dos fatos. *Em razão do cargo elevadíssimo* que exercia à época dos fatos, o acusado José Dirceu atuava em reuniões fechadas, jantares, encontros secretos, *executando os atos de comando, direção, controle* e garantia do sucesso do esquema criminoso, executado mediante divisão de tarefas em que as funções de cada corréu encontrava nítida definição.”<sup>55</sup>

A afirmação de que um determinado indivíduo “detinha o domínio final”, supõe uma tomada de posição pela concepção *Welzeliana*, a qual é absolutamente incompatível com a ideia de domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos de poder, sendo que a ideia de “cargo elevadíssimo”, igualmente citada na decisão, é utilizada claramente no sentido referido por *Bloy*, “de que uma conduta coordenada verticalmente em regra aponte em direção à autoria mediata”.<sup>56</sup> Ademais, a fundamentação no sentido de que o acusado executava “atos de comando, direção, controle e garantia do sucesso do esquema criminoso” se aproxima da concepção de *Bottke*, do domínio da realização desde uma posição relevante, em vez de domínio da vontade, segundo a qual existiria autoria mediata quando “dentro de um aparato organizado de poder, com atitude criminógena global, como detentor de posição superior, dá instrução a um subordinado para

cometer um crime que, devido à atitude criminosa do coletivo, já estabelecida, ao poder de mando e à disposição, muito provavelmente pode contar com o seu cumprimento”.<sup>57</sup>

O caráter grotesco da decisão – decorrente da mais absoluta falta de percepção das diferenças terminológicas e, sobretudo, teórico-dogmáticas – é acentuado pelo fato de o Supremo Tribunal Federal utilizar como referencial teórico para a teoria do domínio do fato adotada (frise-se, orientada pela teoria de *Roxin*) a obra de autores brasileiros declaradamente finalistas. Em outras palavras, a decisão é embasada em doutrina brasileira que segue a concepção *Welzeliana*, porém, com isso, procura fundamentar a teoria desenvolvida por *Roxin* (contradictio in adjecto). Nesse sentido, pode-se observar que a Corte apoia-se na doutrina de *Cezar Bitencourt*, o qual segue expressamente a concepção de *Welzel* e sequer faz referência, em sua obra, à teoria do domínio do fato de *Roxin*.<sup>58</sup> Assim, refere o acórdão:

“Ensina, ainda, Cezar Roberto Bitencourt:

‘5.3. Teoria do domínio do fato

[...] Autor, segundo esta teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. É não só o que executa a ação típica como também aquele que se utiliza de outrem, como instrumento, para a execução da infração penal (autoria mediata). [...]

‘A teoria do domínio do fato tem as seguintes consequências: 1ª) a realização pessoal e plenamente responsável de todos os elementos do tipo fundamentam sempre a autoria; 2ª) é autor quem executa o fato utilizando outrem como instrumento (autoria mediata); 3ª) é autor o co-autor que realiza uma parte necessária do plano global (“domínio funcional do fato”), embora não seja um ato típico, desde que integre a resolução delictiva comum’.”<sup>59</sup>

Ademais, para fundamentar a responsabilidade penal dos acusados a Corte utilizou de entendimento há muito tempo superado e orientado por critério absolutamente inaceitável,<sup>60</sup> o qual assenta na presunção e, portanto, conduz à responsabilidade penal objetiva dos acusados,<sup>61</sup> a saber: aquele que

<sup>57</sup> *Bottke*, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, zur Struktur von Täterschaft bei akiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems*, 1992, p. 71 s.

<sup>58</sup> Cfe. *Bitencourt*, *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*, vol. 1, 16. ed. 2011, p. 488 s.

<sup>59</sup> Cfe. STF (Tribunal Pleno), Julgado em 17.12.2012 – Ação Penal 470/MG, p. 4703, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648> (8.5.2014).

<sup>60</sup> TRF (4. Região, Sétima Turma), Julgado em 17.7.2012 – Habeas Corpus 5011346-88.2012.404.0000 (Rel. Des. Fed. Elcio Pinheiro de Castro): “Nos delitos empresariais, a presunção de autoria daqueles que são legalmente investidos na administração da pessoa jurídica é decorrência do exercício, de fato ou de direito (domínio do fato ou da organização), dos atos de gestão, notadamente o adimplemento das obrigações tributárias”.

<sup>61</sup> Cfe. *Alflen* (n. 8), p. 179 ss.; bem como *Silva*, *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, 2006, p. 79.

<sup>55</sup> Cfe. STF (Tribunal Pleno), Julgado em 17.12.2012 – Ação Penal 470/MG, p. 4673 (*destaque do autor*), disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648> (8.5.2014).

<sup>56</sup> Cfe. *Ambos*, *Direito Penal, fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*, Tradução e comentários de Pablo Alflen, 2006, p. 51.

integra o quadro social da empresa, na condição de gestor ou administrador, teria o domínio do fato e, por conseguinte, seria autor; vejamos:

“Presumidamente, aos detentores do controle das atividades do Banco Rural, *conforme dispõe o ato institucional da pessoa jurídica, há de se imputar a decisão (ação final) do crime*. Nessa ação coletiva dos dirigentes é interessante a lição de Claus Roxin sobre a configuração do domínio do fato[...]”<sup>62</sup>

Este critério – atualmente superado – foi estabelecido há muito tempo pela jurisprudência brasileira, a partir de uma interpretação inadequada do art. 25 da Lei n. 7.492/1986 e do art. 11, da Lei n. 8.137/1990, e, portanto, deve ser rechaçado<sup>63</sup>, pois o domínio do fato deve ser aferido materialmente e não com base em presunção. Além disso, em um Estado Democrático de Direito não se pode conceber a atribuição de responsabilidade a gestores se não foi averiguado e devidamente comprovado que efetivamente exerciam os poderes de gestão que lhes eram atribuídos (inclusive, tal aspecto é rechaçado pela própria legislação vigente)<sup>64</sup>. Aliás, como já afirmou *Oliveira*, “a responsabilidade penal não pode ser ficta, presumida, diversa daquela proveniente da própria conduta do agente e de sua postura psicológica em relação ao evento delituoso”.<sup>65</sup> Não se pode admitir na ordem jurídica brasileira a presunção de domínio do fato, pois a simples disposição de ato institucional ou contrato social constitutivo de uma organização, indicando quem são gestores, não atribui aos mesmos o efetivo poder de condução do fato delitivo.

De outra sorte, observa-se que a Corte sequer conseguiu situar o domínio do fato na estrutura do conceito analítico de crime, chegando à esdrúxula afirmação de que o domínio do fato consiste em elemento da culpabilidade, ao referir “o fato

de se tratar de empregada e, como tal, de trabalhadora subordinada, e de não dispor de poderes sobre o patrimônio da sociedade empresária não afasta, isoladamente, o domínio do fato delitivo, elemento da culpabilidade”.<sup>66</sup> Trata-se de equívoco inadmissível, sobretudo, em um caso desta magnitude, pois na dogmática jurídico-penal, a única referência a mencionar o domínio do fato como *pressuposto* da culpabilidade está em *Hegler*, o qual, em 1915, afirmou que somente age com culpabilidade quem tem o domínio do fato.<sup>67</sup>

Logo, procedendo à transcrição de passagens doutrinárias absolutamente incompatíveis entre si, a Corte acreditou fundamentar a autoria dos acusados, quando sequer fez referência ao conteúdo da teoria do domínio do fato e aos critérios utilizados para afirmar se e por que alguém detinha o domínio do fato. Isso fica evidenciado, sobretudo, em razão de que, em determinado momento, orientando-se nitidamente por uma concepção *Welzeliana*, afirma-se que um dos acusados detinha “o domínio final dos fatos” e, logo em seguida, afirma-se que o mesmo acusado detinha “o domínio funcional dos fatos”.

Os problemas identificados na decisão somente se acentuaram, uma vez que os julgadores construíram um mosaico de peças que não se encaixam. Para esclarecer tal afirmação, é suficiente observar a seguinte passagem do julgado

“É importante destacar, neste ponto, *fragmento* da lição exposta por Luiz Regis Prado (“Curso de Direito Penal Brasileiro”, vol. 1/475-476, item n. 2, 6ª ed., 2006, RT), na qual, com muita propriedade, *enfocou* a matéria ora em exame:

‘e) Teoria objetiva final, objetiva-subjetiva ou do domínio do fato – de base finalista, *conceitua autor* como aquele *que tem* o domínio final do fato (conceito regulativo), enquanto o partícipe carece desse domínio. O princípio do domínio do fato significa ‘tomar nas mãos o decorrer do acontecimento típico compreendido pelo dolo’. Pode ele se expressar em domínio da vontade (autor direto e mediato) e domínio funcional do fato (co-autor). Tem-se como autor aquele que domina finalmente a realização do tipo de injusto. Co-autor aquele que, de acordo com um plano delitivo, presta contribuição independente, essencial à prática do delito – não obrigatoriamente em sua execução” (*destaque do autor*).

A situação somente não seria pior se o autor citado (*Luiz Régis Prado*) não tivesse cometido o gravíssimo equívoco de atribuir à teoria do “domínio final do fato” (de *Welzel*) a divisão entre as formas de “domínio da vontade” e “domínio funcional”. *Welzel* jamais fez menção às formas de “domínio da vontade” e “domínio funcional” em sua teoria do domínio final do fato. Logo, vê-se que a própria Corte foi induzida em erro, devido aos graves equívocos cometidos pela doutrina pátria. Deve-se a *Roxin*, o mérito de ter elaborado a divisão

<sup>62</sup> Cfe. STF (Tribunal Pleno), Julgado em 17.12.2012 – Ação Penal 470/MG, p. 1162 (*destaque do autor*), disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648> (8.5.2014).

<sup>63</sup> Cfe. *Oliveira*, A responsabilidade nos crimes tributários e empresariais, p. 29; tal orientação, igualmente rechaçada por *Kuhlen*, havia sido adotada na Alemanha pelo BGHSt 37, 106 (113 f.), compare *Kuhlen*, Fragen einer Strafrechtlichen Produkthaftung, 1990, p. 663.

<sup>64</sup> Os preceitos do CCB impõem a análise dos atos materiais praticados *individualmente* pelos administradores, para fins de atribuição de responsabilidade. Assim, embora o art. 1.013 disponha que “a administração da sociedade, *nada dispendo o contrato social*, compete separadamente a cada um dos sócios” (*destaque do autor*); o art. 1.016 determina que “os administradores respondem [...] por culpa no desempenho de suas funções”, não se admitindo, portanto, a responsabilidade meramente objetiva pelos atos; isso, inclusive, é corroborado pelo Art. 1.017, o qual dispõe que “o administrador que, sem consentimento escrito dos sócios, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros, terá de restituí-los à sociedade, ou pagar o equivalente, com todos os lucros resultantes, e, se houver prejuízo, por ele também responderá”.

<sup>65</sup> *Oliveira* (n. 63), p. 29.

<sup>66</sup> Cfe. STF (Tribunal Pleno), Julgado em 17.12.2012 – Ação Penal 470/MG, p. 1255, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648> (8.5.2014).

<sup>67</sup> Cfe. *Schroeder* (n. 4), p. 59; bem como *Roxin* (n. 4), p. 60; ademais, *Alflen* (n. 8), p. 60.

entre as formas de “domínio da ação”, “domínio da vontade” e “domínio funcional”.<sup>68</sup>

Como se não bastasse, no teor da decisão chega-se a afirmar que a teoria do domínio do fato, de *Roxin*, não ofende o ordenamento brasileiro, ao contrário, revela-se “compatível com a disciplina que o nosso Código Penal estabeleceu” e que “a adoção, pela legislação brasileira, da teoria unitária em matéria de concurso de pessoas não afasta a possibilidade de reconhecimento, em nosso sistema jurídico-penal, da teoria do domínio do fato”.<sup>69</sup> Tal afirmação também encontra reflexo na doutrina brasileira, pois, *Batista*, ao analisar a teoria do domínio do fato de *Roxin*, afirma que “para o direito penal brasileiro, nenhum obstáculo teórico existe contra a utilização desse critério para os crimes comissivos dolosos”.<sup>70</sup> Todavia, isso deixa claro o total desconhecimento tanto da doutrina brasileira, quanto da jurisprudência, acerca do absoluto rechaço por parte de *Roxin* ao sistema unitário de autor (o qual foi recepcionado pelo Código Penal brasileiro) e, principalmente, que a sua teoria foi criada tendo em vista o sistema diferenciador, adotado pelo Código Penal alemão.<sup>71</sup>

### 3. Incompatibilidade da teoria do domínio do fato de *Roxin* com a ordem jurídica brasileira

Como se não bastassem as incongruências e os equívocos cometidos ao longo da decisão proferida pelo STF na APN 470, no tocante ao emprego da teoria do domínio do fato, maior gravidade parece assumir a declaração da Corte no sentido de que a teoria do domínio do fato, de *Roxin*, é compatível com o ordenamento brasileiro.

Evidentemente, o Código Penal brasileiro de 1940, ao dispor no art. 25 – atual art. 29 – que “quem, de qualquer modo, concorrer para o crime incide nas penas a este cominadas” adotou um sistema unitário de autor.<sup>72</sup> Apesar de o legislador parecer, com isso, estar equiparando todos os participantes do crime à figura de autores, certo é que a parificação legal não tem o condão de fazer desaparecer as diferenças reais que distinguem as várias formas de participação, uma vez que, como já esclareceu *Esther Ferraz*, “são, todas essas, diferenças reais que a lei pode ignorar sem, contudo, ter forças para eliminar”, bem como, porque tal diferenciação é importante

<sup>68</sup> Cfe. *Ambos* (n. 56), p. 49: “*Roxin* distingue três formas de domínio (domínio do fato pela ação, pela vontade e domínio do fato funcional)”.

<sup>69</sup> Cfe. STF (Tribunal Pleno), Julgado em 17.12.2012 – Ação Penal 470/MG, p. 5199, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648> (8.5.2014).

<sup>70</sup> *Batista* (n. 1), p. 73.

<sup>71</sup> *Roxin*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. ed. 2006, p. 5 s.: “Com o conceito unitário de autor deve-se rechaçar também o conceito extensivo de autor”.

<sup>72</sup> *Ferraz*, *A co-delinquencia no direito penal brasileiro*, 1976, p. 3 ss.; *Fragoso*, *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, 2. ed. 1977, p. 312; *Dotti*, *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* 5 (1981), 74; *Costa Júnior*, *Curso de Direito Penal*, vol. I, 1997, p. 116; *Bruno*, *Direito Penal, Parte Geral*, vol. I, tomo I, 2. ed. 1959, p. 261; *Alflen* (n. 8), p. 165 s.

“para os efeitos da aplicação da sanção punitiva”.<sup>73</sup> Todavia, a opção por um sistema unitário – desenvolvido originariamente em 1828 por *Stübel* – foi uma consequência inevitável da influência italiana sobre a doutrina e a legislação brasileiras da época. Inclusive, tal opção foi mantida no art. 29 do CP (alterado pela Lei n. 7.209/1984), ao dispor que “quem, de qualquer modo, concorrer para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.<sup>74</sup>

Embora o legislador brasileiro tenha adotado o sistema unitário, também deixou claro dois aspectos: em primeiro lugar, que o sistema unitário não é incompatível com a distinção entre as modalidades de autoria e participação; e, em segundo lugar, que, apesar de a legislação não definir os conceitos, apresentou alguns critérios, os quais devem nortear a doutrina nessa tarefa. Daí dizer *Mestieri* ser a referência à culpabilidade, disposta ao final do art. 29, uma “cláusula salvatória”<sup>75</sup> frente aos excessos a que poderia levar uma interpretação radicalizante orientada por uma concepção parificadora, e que, em virtude disso, o legislador teria adotado uma “teoria unitária temperada”.<sup>76</sup>

Todavia, cumpre observar que a denominação “teoria unitária temperada”, referida por *Mestieri*, não consistiu em uma nova teoria, mas uma simples forma de designar uma concepção peculiar, divergente daquela apresentada originariamente por *Stübel* e adotada em 1940 no Código Penal brasileiro. Isso, evidentemente, deve-se ao fato de a doutrina brasileira, à época da reforma da Parte Geral (1984), desconhecer a tradicional distinção entre sistema unitário formal e sistema unitário funcional, cuja divisão e denominação havia sido elaborada por *Kienapfel*, em 1971.<sup>77</sup> Por formal o jurista denomina o “sistema unitário de autor que admite expressamente como consequência a unificação de todas as formas de cometimento do fato e renuncia às diferenciações conceituais-categoriais no plano da tipicidade”. Tal sistema elimina “as diferenças valorativas e existenciais entre as tradicionais formas de autoria e participação”. Já o funcional, assim “como o formal, renuncia a qualquer divisão valorativa de determinadas forma de cometimento do fato, mas, ao contrário deste, não renuncia à sua diferenciação conceitual”.<sup>78</sup>

Logo, a ordem jurídico-penal brasileira adotou um sistema unitário funcional, e somente neste sentido pode ser entendida a chamada “teoria unitária temperada”.

Esclarecido este aspecto, cumpre responder à questão se um sistema unitário admite a teoria do domínio do fato de *Roxin*. Dois fatores conduzem a uma resposta para esta questão, a saber: em primeiro lugar, *Roxin* não só rechaça

<sup>73</sup> *Ferraz* (n. 72), p. 4 e 7; também *Semeraro*, *Concorso di persone nel reato e commisurazione della pena*, 1986, p. 91 ss.

<sup>74</sup> *Alflen* (n. 8), p. 165 s.

<sup>75</sup> *Mestieri*, *Teoria Elementar do Direito Criminal, Parte Geral*, 1990, p. 253.

<sup>76</sup> *Mestieri* (n. 75), p. 253.

<sup>77</sup> *Kienapfel*, in: Müller-Dietz (Hrsg.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, p. 34; *Alflen* (n. 8), p. 56 s. e 168 ss.; bem como *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, p. 133.

<sup>78</sup> *Kienapfel* (n. 77), p. 26-27.

categoricamente a adoção de um sistema unitário<sup>79</sup>, como esclarece que desenvolveu sua teoria (do domínio do fato) sobre o pilar do sistema diferenciador; em segundo lugar, a concepção de domínio do fato (tanto *Welzeliana* quanto *Roxiniana*) está assentada no absoluto rechaço a premissas causais-naturalistas, as quais, diferentemente, são o pilar de sustentação do sistema unitário. Por conseguinte, não há como transpor a teoria do domínio do fato ao plano brasileiro, face à sua absoluta incompatibilidade com a ordem jurídica vigente e com a opção do legislador brasileiro por um sistema unitário funcional.

Nesse sentido, o absoluto rechaço por parte de *Roxin* ao sistema unitário de autor – o qual foi recepcionado pelo Código Penal brasileiro – e o conseqüente desenvolvimento da teoria do domínio do fato à luz do sistema diferenciador, conduzem à sua incompatibilidade com a ordem jurídico-penal brasileira.<sup>80</sup>

## II. Considerações finais

O exame realizado até aqui permite concluir que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Penal n 470/MG, não adotou a teoria do domínio final do fato, desenvolvida por *Welzel*, nem a teoria do domínio do fato, desenvolvida por *Roxin*, mas sim, utilizou uma anomalia resultante da conjugação dos critérios de ambas as concepções, o que conduziu a uma absoluta contradição. Ademais, tal equívoco foi decorrente da própria dificuldade que a doutrina brasileira apresentou no tocante à compreensão de ambas as concepções e de suas diferenças, o que, inevitavelmente, se refletiu em uma decisão absolutante incorreta.

---

<sup>79</sup> *Roxin* (n. 1), p. 5-6: “Com o conceito unitário de autor deve-se rechaçar também o conceito extensivo de autor”.

<sup>80</sup> *Roxin* (n. 1), p. 5.