

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Pablo Bombardelli

DOMÍNIO DO FATO EM WELZEL E EM ROXIN:  
critérios de conceito restritivo de autoria

Porto Alegre

2014



PABLO BOMBARDELLI

**DOMÍNIO DO FATO EM WELZEL E EM ROXIN:  
critérios de conceito restritivo de autoria**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em ciências jurídicas e sociais pela Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Porto Alegre

2014



*Dedico*

*aos amigos da PRR4, 13º-alto:  
ao Lucas pelas dezenas de livros  
da PUC emprestados,  
ao Claiton e ao Ricardo pelas respostas  
às minhas intermináveis perguntas,  
ao chefe Douglas pelo induzimento e  
instigação ao fato (esta monografia).*

*Se pudesse imprimir nas cópias deste texto  
a lágrima fujona que escapou enquanto eu  
escrevia esta breve dedicatória...  
corajosamente o faria.  
Foram dois completos anos.*



## **RESUMO**

A presente monografia analisa o domínio do fato (critério de delimitação de autoria em direito penal) conforme os autores Hans Welzel e Claus Roxin e demonstra que ambas concepções são critérios de um conceito restritivo de autoria. Para tanto, são esclarecidos os conceitos, os sistemas e os critérios de autoria já sistematizados, são analisadas individualmente as concepções welzeliana e roxiniana de domínio do fato e expõe-se como a doutrina nacional cometeu muitos erros ao tentar importá-las.

Palavras-chave: Direito penal. Autoria. Domínio do fato. Recepção pela doutrina brasileira. Hans Welzel. Claus Roxin. Conceito de autor. Sistema de autoria. Critérios de autoria.

## **ABSTRACT**

This monograph analyzes the dominion over the fact (a criterion of authorship delimitation in criminal law) according to Hans Welzel and Claus Roxin and demonstrates that both conceptions are criteria of a restrictive concept of authorship. In order to achieve such conclusion, the currently systematized concepts, systems and criteria of authorship are clarified, the Welzelian and Roxinian conceptions of dominion over the fact are individually analyzed and it is exposed that the Brazilian legal scholarship made many mistakes while importing them.

Keywords: Criminal law. Authorship. Dominion over the fact. Incorporation by the Brazilian legal scholarship. Hans Welzel. Claus Roxin. Concept of authorship. System of authorship. Criteria of authorship.

## **ZUSAMMENFASSUNG**

Die vorliegende Arbeit untersucht die Tatherrschaft als Kriterium für Abgrenzung der Täterschaft im Strafrecht gemäß der Lehren von Welzel und Roxin. Es wird gezeigt, daß die beide theoretische Auffassungen einen restriktiven Täterbegriff als Ausgangspunkt nehmen. Dazu wurden die bereits systematisierte Begriffe, Systeme und Kriterien der Abgrenzung der Täterschaft erklären und die einzelne theoretische Auffassungen von Welzel und Roxin erforscht. Zuletzt wird es festgestellt, daß bei der Umsetzung dieser Theorien zum Bereich des brasilianischen Strafrechts viele Fehler gemacht wurden.

Schlüsselwörter: Strafrecht. Täterschaft. Tatherrschaft. Umsetzung im brasilianischen Strafrecht. Hans Welzel. Claus Roxin. Täterbegriff. Tätersystem. Kriterien der Täterschaft.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>2 CONCEITOS, SISTEMAS E CRITÉRIOS DE AUTORIA</b> .....	<b>13</b>
2.1 CONCEITOS EXTENSIVO E RESTRITIVO DE AUTOR .....	14
<b>2.1.1 Extensivo</b> .....	<b>14</b>
<b>2.1.2 Restritivo</b> .....	<b>15</b>
2.2 SISTEMAS UNITÁRIO E DIFERENCIADOR DE AUTOR .....	16
<b>2.2.1 Sistema unitário</b> .....	<b>16</b>
2.2.1.1 Unitário formal .....	17
2.2.1.2 Unitário funcional .....	18
2.2.1.3 Unitário reduzido .....	18
<b>2.2.2 Sistema diferenciador</b> .....	<b>18</b>
2.2.2.1 Sistema diferenciador com critério subjetivo .....	19
2.2.2.2 Sistema diferenciador com critério objetivo .....	20
<i>a) critério formal</i> .....	20
<i>b) critério material</i> .....	21
<i>c) critério do domínio do fato</i> .....	21
<b>2.2.3 “Teorias” (/modelos) monista, dualista e pluralista</b> .....	<b>23</b>
<b>3 CONCEITO, SISTEMA E CRITÉRIO DE AUTORIA VIGENTES NO CÓDIGO PENAL</b> .....	<b>25</b>
3.1 CP, ART. 29, CABEÇA .....	26
3.2 CP, ART. 29, § 1º .....	27
3.3 CP, ART. 29, § 2º .....	29
3.4 CP, ART. 30 .....	29
3.5 CP, ART. 31 .....	29
3.6 DUPLA POSSIBILIDADE (INSEGURANÇA JURÍDICA) .....	30
<b>4 DOMÍNIO DO FATO EM HANS WELZEL E EM CLAUS ROXIN</b> .....	<b>32</b>
4.1 BREVE HISTÓRICO DO TERMO “DOMÍNIO DO FATO” .....	32
4.2 DOMÍNIO DO FATO EM HANS WELZEL .....	34
<b>4.2.1 Autoria direta</b> .....	<b>36</b>
<b>4.2.2 Autoria mediata</b> .....	<b>36</b>
<b>4.2.3 Coautoria</b> .....	<b>38</b>

4.3 DOMÍNIO DO FATO EM CLAUS ROXIN .....	40
<b>4.3.1 Autoria direta .....</b>	<b>43</b>
<b>4.3.2 Coautoria .....</b>	<b>43</b>
<b>4.3.3 Autoria mediata .....</b>	<b>45</b>
4.3.3.1 Domínio por meio de aparato organizado de poder .....	46
4.4 COMENTÁRIOS SOBRE AS CONCEPÇÕES DE DOMÍNIO DO FATO DE WELZEL E DE ROXIN COMPARADAS .....	50
<b>5 A RECEPÇÃO DO DOMÍNIO DO FATO PELA DOUTRINA BRASILEIRA .....</b>	<b>53</b>
5.1 BARROS .....	53
5.2 BATISTA .....	54
5.3 BITENCOURT .....	57
5.4 BRUNO .....	60
5.5 BUSATO .....	63
5.6 CAPEZ .....	65
5.7 DOTTI .....	68
5.8 ESTEFAM .....	70
5.9 FRAGOSO .....	72
5.10 GOMES; MOLINA .....	74
5.11 GRECO .....	78
5.12 JACOB .....	81
5.13 JESUS .....	82
5.14 MAGGIO .....	87
5.15 MAYRINK DA COSTA .....	88
5.16 MESTIERI .....	93
5.17 MIRABETE; FABBRINI .....	95
5.18 NUCCI .....	99
5.19 PRADO .....	101
5.20 QUEIROZ .....	104
5.21 REALE JÚNIOR .....	106
5.22 ROCHA .....	107
5.23 SANTOS .....	110
5.24 SILVA .....	111
5.25 TEOTÔNIO; LEONI .....	113

5.26 ZAFFARONI; PIERANGELI .....	117
5.27 BREVES COMENTÁRIOS .....	119
<b>6 CONCLUSÕES .....</b>	<b>122</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>123</b>



## 1 INTRODUÇÃO

Em 2013 e 2014 o domínio do fato (critério de delimitação de autoria no direito penal) ganhou enorme repercussão no Brasil, até mesmo entre não juristas. Muito disso deve-se à sua menção no julgamento da AP 470 no STF (“caso mensalão”), que recebeu a atenção de muitos brasileiros.

Os debates sobre o domínio do fato, tanto no âmbito acadêmico como no leigo, pulularam. Muito se comentou sobre como seria sua aplicação e quais novas consequências isso acarretaria para o ordenamento penal brasileiro. Obviamente, nem tudo o que se falou ou escreveu está correto. Entre os principais problemas está a ideia de que o domínio do fato seria um extensor da delimitação da autoria ou um critério de conceito extensivo de autoria.

O foco desta monografia é analisar o domínio do fato conforme os autores Welzel e Roxin (por serem os mais conhecidos e citados, tanto na doutrina como na jurisprudência, e por serem os que mais contribuíram, por enquanto, no desenvolvimento do tema) e demonstrar se o domínio do fato enquadra-se em um conceito extensivo ou restritivo de autoria.

Para tanto, é necessário esclarecer quais são os conceitos, os sistemas e os critérios de autoria já sistematizados (além de demonstrar que esses termos devem não ser confundidos), quais desses têm aplicação conforme nosso código penal, se e como o domínio do fato poderia ser aplicado no ordenamento jurídico-penal brasileiro e, de grande importância, encontrar possíveis causas para a eventual (e, adianta-se, errônea) classificação desse critério em um conceito extensivo de autoria.

Esses passos visam a conferir uma base firme para as conclusões obtidas. Principalmente para a de que o domínio do fato enquadra-se em um conceito restritivo de autoria e, portanto, necessariamente trata-se de um critério objetivo de um sistema diferenciador.

Para estabelecer as definições sobre conceitos, sistemas e critérios de autoria, quatro obras embasam com maior relevo o respectivo capítulo: o resultado da tese doutoral do professor Alflen<sup>1</sup>, o livro escrito a oito mãos pelos professores alunos de Roxin<sup>2</sup> e os manuais

---

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

2 GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

de direito penal dos professores Bitencourt<sup>3</sup> e Galvão da Rocha<sup>4</sup>. Essas obras foram as escolhidas devido à maior profundidade, clareza ou coerência ao tratar sobre o assunto. Os termos e a esquematização utilizados por cada autor não guardam perfeita uniformidade, mas é totalmente possível aferir harmonia de conteúdo entre essas obras.

Depois disso, há uma exposição individualizada sobre a concepção de domínio do fato welzeliana e outra sobre a roxiniana. Tais análises são baseadas tanto nas obras dos próprios autores como nos comentários do professor Alflen e dos já mencionados professores orientados por Roxin.

A isso segue a importantíssima parte em que se buscam razões para tanta celeuma em torno da utilização do domínio do fato no ordenamento brasileiro, focando-se na recepção do critério pela literatura jurídico-penal nacional. Na investigação, foram analisadas obras de trinta e um autores. A conclusão sobre essa parte é desoladora.

Por fim, expõem-se as conclusões de toda a monografia, inclusive a principal: o domínio do fato não é um critério de conceito extensivo de autoria. Essa fama errônea, com grande chance, originou-se de tratamento ruim da literatura jurídico-penal pátria sobre o assunto quando na importação do domínio do fato.

---

3 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

4 ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal**: parte geral. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

## 2 CONCEITOS, SISTEMAS E CRITÉRIOS DE AUTORIA

*A harmonia do mundo depende da retificação dos nomes. (Confúcio)*

Em muitas obras que tratam do concurso de pessoas ou da autoria, são confundidos ou utilizados indistintamente os termos “conceito”, “sistema” e “critério” de autoria. Às vezes, todos esses termos podem ser encontrados em uso intercalado em um mesmo texto (ex.: em um só livro, pode-se encontrar “conceito unitário”, “teoria unitária”, “sistema unitário” referindo-se à mesma coisa).

“[É] preciso buscar uma unidade terminológica. As razões não são meramente estéticas. É fundamental evitar que o leitor seja confundido pela utilização assimétrica de determinados termos, ou seja, que à dificuldade inerente à matéria se acrescentem dificuldades linguísticas.”<sup>5</sup>

Não se pretende engessar uma sistematização sobre a autoria nem defender que a forma a seguir exposta é a única correta. O objetivo é fornecer ao leitor um mapa para que ele não se perca ao analisar o atualmente confuso quadro dos manuais pátrios que tratam do concurso de pessoas ou da autoria.

Ressalta-se que o termo “teoria”<sup>6</sup>, apesar de já vulgarizado (divulgado até tornar-se comum)<sup>7</sup> pela doutrina, foi aqui totalmente abandonado, pois mostra-se mais adequado para designar uma explicação muito geral, bastante abrangedora, sob a qual há muitas subdivisões de conteúdo, além de estar afastada da prática. Para referir-se ao domínio do fato, muito mais propício é o termo “critério”<sup>8</sup>. Trata-se, então, de um critério utilizado para diferenciar autor

- 
- 5 GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato**, p. 13.
- 6 Dicionário Michaelis (*online*): “1 Princípios básicos e elementares de uma arte ou ciência. 2 Sistema ou doutrina que trata desses princípios. 3 Conhecimento especulativo considerado independente de qualquer aplicação. 4 Conhecimento que se limita à exposição, sem passar à ação, sendo, portanto, o contrário da prática. 5 Conjetura, hipótese. 6 Utopia. 7 Noções gerais, generalidades. 8 Opiniões sistematizadas.” Acessado em 1/set/2014.
- 7 “À semelhança de tantas palavras que são usadas a êsmo, a palavra *teoria* corre o risco de perder o significado. Por serem as suas aplicações tão diversas – incluindo tudo, desde as menores hipóteses de trabalho, as amplas mas vagas e desordenadas especulações, até os sistemas axiomáticos de pensamento – o uso da palavra obscurece freqüentemente a compreensão, ao invés de suscitá-la.” MERTON, Robert. **Sociologia: teoria e estrutura**. São Paulo: Ed. Mestre Jou, 1970, p. 51. Tradução de Miguel Maillat.
- 8 O uso do termo “critério” para se referir ao domínio do fato, assim como para os demais critérios diferenciadores, é encontrado em diversas obras. Exemplos: ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Domínio do fato como critério de delimitação da autoria e a Ação Penal N. 470 do STF**. In: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 6/2014. Disponível em [www.zis-online.com]. Acesso em 14/jul/2014. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 60. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 543. BUSATO, Paulo César.

de partícipe (acentuado cunho prático). Note-se que nem Welzel nem Roxin referem-se às suas concepções de domínio do fato como “teoria”.

## 2.1 CONCEITOS EXTENSIVO E RESTRITIVO DE AUTOR

### 2.1.1 Extensivo<sup>9</sup>

Esse conceito baseia-se na concepção “tradicional” (mais antiga) de tipo: ele seria a causação de um resultado<sup>10</sup>. Quanto à causação, a forma mais comum de aferi-la é por meio da ideia de equivalência dos antecedentes: toda condição é causa do resultado<sup>11</sup>. Daí a conclusão de que “quem contribui de forma causal para o resultado é autor, não importando o modo e a intensidade da contribuição”<sup>12</sup>.

“A partir daí, consideram-se as disposições legais sobre instigação e sobre auxílio como *lex specialis* em relação ao respectivo tipo, sendo criadas com a finalidade de impor uma punição mais leve ou também mais estrita.”<sup>13</sup> Em outras palavras, “[p]ara o conceito extensivo de autor, todos os intervenientes realizam a ação prevista no tipo penal, e o legislador pode prever normas que determinem a restrição da punibilidade para determinadas contribuições, ou seja, normas restritivas de punibilidade.”<sup>14</sup>

Deve-se considerar também que, nesse conceito de autoria (que hipervaloriza a análise da causa em face da conduta), “[o]s tipos caracterizam a lesão ao interesse tipificado e não a lesão típica de um interesse.”<sup>15</sup>

---

**Direito penal:** parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 706. CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** parte geral. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 365. GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablo de. **Direito penal:** parte geral. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 364. GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **Claus Roxin, 80 anos.** In: Revista Liberdades n° 7 – maio-agosto de 2011 – ISSN 2175-5280, p. 103. GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato:** estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 24. JACOB, Elias Antonio. **Direito penal:** parte geral. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 216. MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato M. **Manual de direito penal:** parte geral. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 216. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 577.

9 Para uma investigação histórica e mais aprofundada desse conceito, inclusive com análise individualizada sobre a visão de diversos autores que trataram do assunto, conferir ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 61 a 66.

10 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 49.

11 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 49.

12 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 49.

13 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 62.

14 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 13 e 14.

15 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 63.

Portanto, em outras palavras, diz-se que “o conceito é extensivo na medida em que abarca indistintamente a figura dos partícipes, pois também estes estabelecem uma condição para o resultado”.<sup>16</sup>

Esse conceito sofreu (e sofre) muitas críticas, como por ser demasiado amplo<sup>17</sup>, perder-se na eventualmente abstrata aferição de causalidade ou mesmo por descuidar de elementos volitivos do sujeito ativo. Aqui, resumem-se as críticas asseverando-se que “[e]ntender a realização do tipo como causação faz com que os limites da tipicidade sejam de tal modo estendidos a ponto de se esfacelarem. Essa dissolução dos tipos viola o princípio da legalidade, pois debilita a função de garantia que deve cumprir o tipo penal.”<sup>18</sup>

### 2.1.2 Restritivo<sup>19</sup>

Atualmente é assente que “nem todo comportamento que representa uma condição necessária para o resultado segundo a teoria da *conditio sine qua non* fundamenta uma autoria”. Assim, “chega-se ao que se denomina um *conceito restritivo de autor*”, segundo o qual, “autor é só quem realiza o tipo; a possível punição de outros que não realizam o tipo, os chamados partícipes, ocorre através de uma *ampliação da punibilidade* e não de uma restrição, como era feito partindo de um conceito extensivo de autoria.”<sup>20</sup>

Dessa forma, “[p]ara o conceito restritivo de autor, apenas o autor realiza a ação prevista nos tipos penais da parte especial, e as formas acessórias de intervir no delito (a cumplicidade e a instigação) devem permanecer impunes, a não ser que o legislador preveja uma norma de imputação que determine expressamente a punição dessas modalidades de

16 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 64.

17 “[...] aquela consequência que nos sensibiliza mais profundamente está na “*relativización de la función de garantía del tipo penal*”, para valer-nos expressão de Bacigalupo, que deriva da concepção extensiva. Quando se considera a *toda e qualquer causação* de um resultado proibido como autoria, tende-se a menosprezar a exigência de que seja toda e qualquer causação *típica*, já que “a base da autoria é o tipo legal”. Uma concepção de autoria que se vincule à causação do resultado e negligencie sobre a imputação objetiva deste resultado “abre” o tipo e viola o princípio da reserva legal.” BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 34 e 35.

18 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 50.

19 Para uma investigação histórica e mais aprofundada desse conceito, inclusive com análise individualizada sobre a visão de diversos autores que trataram do assunto, conferir ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 66 a 69.

20 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 54.

intervenção.”<sup>21</sup> Portanto, “o auxílio, a instigação e a indução (enquanto subespécies de participação) configuram causas de ampliação da punibilidade, na medida em que se estendem a condutas existentes fora do tipo.”<sup>22</sup>

Conforme o paradigma restritivo, “[a]utor é quem *comete* o crime e não quem causa um resultado típico”.<sup>23</sup> Daí percebe-se que há “estreita correlação entre o conceito de autoria e o conceito de tipo”<sup>24</sup>. Pode-se dizer que “[a] ideia que subjaz ao conceito restritivo de autor é de que a descrição típica representa ao mesmo tempo uma descrição do autor”<sup>25</sup>, não se limitando a uma mera análise de causalidade. Pode-se mesmo afirmar que “[a] um tipo compreendido como causação corresponde um conceito extensivo de autor, a um tipo entendido como ação corresponde um conceito restritivo de autor.”<sup>26</sup>

Dessa forma, percebe-se ainda que, ao contrário do conceito extensivo, que parte do bem jurídico, o conceito restritivo parte “da descrição da ação contida no tipo penal, de modo que é o verbo contido no tipo que determina o seu alcance, delimita a autoria e a distingue da participação.”<sup>27</sup>

Destaca-se que o finalismo de Welzel (reconhecido como o primeiro autor a definir um critério aplicável de aferição de autoria por meio do domínio do fato), em contrapartida ao paradigma causalístico, encaixa-se perfeitamente com o conceito restritivo de autoria, pois “[a] ideia é que o tipo proíbe algo e proibições não se dirigem a processos causais, porque causações [...] não podem ser controladas pelo direito. Por outro lado, a ação [...] o pode.”<sup>28</sup>

## 2.2 SISTEMAS UNITÁRIO E DIFERENCIADOR DE AUTORIA

### 2.2.1 Sistema unitário

O sistema unitário de autor “não diferencia entre autor e partícipe (sistema unitário formal), ou o faz apenas no plano conceitual, fixando o mesmo marco penal (máximo e mínimo) para todos os que concorrem causalmente para o fato (sistema unitário funcional).”<sup>29</sup>

21 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 13.

22 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 67 e 68.

23 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 53.

24 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 49.

25 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 66.

26 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 79.

27 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 67.

28 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 53.

29 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 51.

Ou, ainda, mantendo-se os mesmos marcos penais, pode aferir diferença de desvalor entre a autoria por contribuição e as autorias direta e por determinação (sistema unitário reduzido, mais recentemente sistematizado<sup>30</sup>).

“O conceito extensivo tem seus fundamentos dogmáticos na ideia de equivalência de todas as condições do resultado, daí a sua associação ao chamado sistema unitário de autor.”<sup>31</sup> No entanto, como se verá adiante, é possível conjugar um conceito extensivo de autoria (parametrização das contribuições causais) com um sistema diferenciador, por meio de critério subjetivo de diferenciação autor-partícipe<sup>32</sup>. Assim, fica claro que “conceito extensivo” e “sistema unitário” **não** são a mesma coisa.

“O credo do sistema unitário consiste na ideia da *individualização* do injusto, culpabilidade e pena. Assim, em um tal sistema, a forma e a intensidade da contribuição de cada concorrente são relevantes apenas para a *aplicação da pena*.”<sup>33</sup> Nosso código penal, por meio da combinação dos dispositivos do art. 29, cabeça, e art. 13, cabeça, “transforma a questão da forma de contribuição do agente no delito em um mero problema de dosimetria da pena”. Assim, pode-se dizer que, *em princípio*, “[a] combinação dos dois dispositivos nos remete, portanto, à concepção causal de autoria”<sup>34</sup>. Mas isso será investigado mais profundamente adiante.

#### 2.2.1.1 Unitário formal

Esse sistema “igualava todas as contribuições causais para o delito e prevê marcos penais idênticos para todas”.<sup>35</sup> Em outras palavras, são unificadas todas as formas de cometimento do fato e dispensadas as diferenciações conceituais no âmbito do tipo.<sup>36</sup> Portanto, “consiste na vertente mais radical, uma vez que parte de um conceito absolutamente amplo e indiferenciado de autor, de modo que não distingue nem conceitualmente nem valorativamente os diferentes tipos de contribuição para o fato”<sup>37</sup>.

30 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 59.

31 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 61.

32 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 52.

33 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 51.

34 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 51.

35 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 13.

36 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 58.

37 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 58.

### 2.2.1.2 Unitário funcional

Esse sistema “distingue no plano conceitual entre várias formas de contribuição, mas continua a prever os mesmos marcos penais para todas”.<sup>38</sup> Em outras palavras, ele reconhece várias formas de autoria, que se sujeitam à mesma pena. A diferenciação entre elas é meramente conceitual (conforme o tipo penal).<sup>39</sup> Assim, nesse sistema encontram-se uma “autoria direta” (autor preenche o tipo por si mesmo) e uma “autoria indireta” (autoria por determinação ou por contribuição).<sup>40</sup> Portanto, a diferença para com o unitário formal consiste meramente em que, enquanto este “reconhece apenas a figura do autor, o sistema funcional reconhece diversos tipos de autor”<sup>41</sup>.

### 2.2.1.3 Unitário reduzido

Esse sistema também mantém a mesma pena cominada para todos os participantes, porém, afere diferença de desvalor entre a autoria por contribuição e as autorias direta e por determinação, com base em seus conteúdos de sentido social diversos.<sup>42</sup> Assim, reconhece-se “não só a diferenciação entre os participantes no fato delitivo, como *também* a *acessoriedade* dos autores por determinação e por contribuição, uma vez que a punição destes estava condicionada à atuação dolosa e antijurídica do autor imediato”<sup>43</sup>.

## 2.2.2 Sistema diferenciador

Em harmonia com a maioria dos doutrinadores atuais, Cezar Bitencourt considera que “a simples constatação da eficácia causal da contribuição do agente no crime não é, ao mesmo tempo, um critério valorativo adequado para determinar a maior ou menor relevância da conduta praticada. Isto é, o nexo de causalidade não é por si só suficiente para determinar

---

38 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 13.

39 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 58 e 59.

40 Certamente deve-se notar que os termos “autoria direta” e “autoria indireta”, aqui, não se confundem com as autorias imediata e mediata aferidas por meio do domínio do fato. Isso pode ser percebido, até mesmo, lembrando que o domínio do fato é um critério (de um sistema) diferenciador, não concernindo a um sistema unitário.

41 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 59.

42 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 59.

43 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 59.

quem deve responder na qualidade de autor principal, e quem deve responder na qualidade de *partícipe secundário*”<sup>44</sup>.

Em outras palavras, “através da *teoria da equivalência das condições*, somente identificamos a ação e a omissão que pode ser considerada como *causa*, mas dela não podemos deduzir qual é a conduta mais relevante para efeitos de *autoria*, nem qual é a conduta secundária, para efeitos de *participação*. Dessa forma, é necessário analisar sob outros pontos de vista qual é o critério mais adequado para distinguir, no âmbito de um sistema diferenciador, a conduta do autor da conduta do partícipe.”<sup>45</sup>

A solução para isso é o sistema diferenciador, “que distingue várias formas de intervenção no delito, isto é, distingue entre autores e partícipes, e pode prever, ademais, diferentes marcos penais para as diferentes formas de intervenção.”<sup>46</sup>

Deve-se notar que a previsão de diferentes marcos penais para autores e partícipes não é determinante para configurar um sistema diferenciador (isso *pode* acontecer, mas estando ausente não desqualifica como diferenciador). O fulcro desse sistema está em que “as diferentes contribuições fáticas são concebidas de acordo com seu peso material (principalmente em observância ao desvalor da conduta), sendo que o injusto típico orienta-se pelo respectivo autor descrito nos crimes em espécie, ou seja, distinguindo já todos os participantes no próprio tipo”<sup>47</sup>.

Dentro do sistema diferenciador, encontra-se um critério subjetivo de diferenciação autor-partícipe e três critérios objetivos. Como se perceberá logo adiante, é incongruente falar em utilização *concomitante* de mais de um deles.

#### 2.2.2.1 Sistema diferenciador com critério subjetivo

Um critério subjetivo só tem espaço dentro de um conceito extensivo de autoria. Isso porque, “entendendo que todas as condições têm o mesmo valor para a causação do resultado, tornou-se impossível efetuar a delimitação entre todos aqueles que concorrem para o fato a partir do peso das contribuições causais. Logo, não houve outra possibilidade senão a de

---

44 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, p. 543.

45 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, p. 543.

46 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 13.

47 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 60.

separar a autoria da participação com base exclusivamente no direcionamento da vontade dos participantes.”<sup>48</sup>

“Assim, partindo de um *conceito extensivo*, a teoria [*critério*] subjetiva considera que autor é aquele que, com vontade de autor (“*animus auctoris*”), produz uma contribuição objetiva para a realização do tipo e quer o fato como próprio (*por interesse no resultado*), ao passo que partícipe é aquele que age com a vontade de participar (“*animus socii*”) e quer o fato como resultado alheio, constituindo, assim, a famosa *fórmula do animus*.”<sup>49</sup>

A jurisprudência da Alemanha utilizou muito tal critério até, aproximadamente, a década de 1960. A utilização de critério subjetivo foi muito criticada pela literatura jurídico-penal alemã, pois, sinteticamente, “a distinção entre autor e partícipe buscada apenas na atitude interna do agente revela-se vaga e arbitrária, distante de um direito penal do fato e mais próxima de um direito penal do autor”<sup>50</sup>.

#### 2.2.2.2 Sistema diferenciador com critério objetivo

##### a) *critério formal*

Chama-se esse critério de objetivo “porque a delimitação é verificada a partir do que foi produzido, sem que a vontade ou o interesse do agente tenha algum papel relevante”, e de formal “porque para esta delimitação objetiva ela [*ele, o critério*] recorre aos tipos penais da parte especial do respectivo Código Penal”.<sup>51</sup> “De acordo com isso, autor é quem realiza por si mesmo, total ou parcialmente, a conduta típica, e partícipe é quem contribui com a realização do tipo tão só por meio de *atos preparatórios e de apoio*.”<sup>52</sup>

Em outras palavras, esse critério, hoje considerado já antigo e defasado, “considera autor aquele que pratica de mão própria a ação descrita no tipo”<sup>53</sup>. Assim, percebe-se que seu excessivo formalismo “desemboca em um naturalismo tosco”<sup>54</sup>, pois, “[e]mbora correta em seu ponto de partida, a teoria [*critério*] formal-objetiva se depara, assim, com dificuldades diante de uma série de casos, quais sejam, os que hoje classificaríamos como de autoria

48 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 73.

49 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 74.

50 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 53.

51 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 70.

52 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 70.

53 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 54.

54 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 55.

mediata e algumas hipóteses de coautoria, em que a contribuição isolada do agente não se enquadra na descrição do tipo [...]. Aqui já se vê que a perspectiva formal-objetiva, para dar conta de casos como esses, se vê pressionada a flexibilizar seu enfoque na causalidade de um ato físico [...] e aproximar-se, pouco a pouco, de uma construção de natureza mais jurídica.”<sup>55</sup>

*b) critério material*

O critério objetivo material<sup>56</sup> foi desenvolvido visando-se a colmatar a lacuna que o critério formal deixa com relação à autoria mediata. Assim, “em vez da execução da ação típica, tal teoria [*critério*] parte da análise da maior *perigosidade* que, portanto, deve caracterizar a contribuição para o fato por parte do autor face ao partícipe”<sup>57</sup>.

A perigosidade seria aferida por meio de prognose posterior em conformidade com a distinção entre causa (causalidade intermediada fisicamente) e condição (causalidade intermediada psicicamente) do resultado<sup>58</sup>.

Essa retomada das análises de causalidade e psíquica com mera função de colmatar uma lacuna de um critério melhor estruturado (o formal) gera “grande insegurança no que diz respeito à caracterização da autoria mediata, sobretudo por porque [*essas análises são*] altamente impraticáveis”<sup>59</sup>.

*c) critério do domínio do fato*

O mais preciso seria sempre mencionar “critérios” do domínio do fato, pois é uma ilusão pensar que sob o termo “domínio do fato” exista atualmente apenas um possível critério de aferição de autoria. Cada autor pode desenvolver o seu, com suas peculiaridades.

Já se empregaram distintas significações ao termo “domínio do fato” (algumas nada concernindo à diferenciação autor-partícipe). Além disso, mesmo referindo-se especificamente a um critério de aferição de autoria, também há vários conteúdos diferentes para o termo. Só na principal obra de Roxin sobre o assunto, constam pelo menos outros dez

55 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 55.

56 Há autores que não consideram uma tripartição dos critérios objetivos (formal, material e domínio do fato), apenas uma bipartição, entre critérios objetivo formal e objetivos finais (/objetivos materiais), em que o domínio do fato encontrar-se-ia dentre os últimos. Para um rol de autores de cada opinião e tomada de posição em favor da tripartição, conferir ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 71 e 72.

57 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 72.

58 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 72 e 73.

59 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 73.

autores com versões distintas sobre “domínio do fato” (Welzel, Maurach, Gallas, Lange, Niese, Sax, Busch, Von Weber, Less, Jescheck)<sup>60</sup>.

Aqui serão enfocadas as concepções de Welzel e de Roxin, tanto por serem a pioneira e mais propalada (welzeliana) e a mais atualmente em voga (roxiniana), como por serem esses autores os mais citados na literatura jurídico-penal brasileira quando ela trata de domínio do fato.

Antes de adentrar separadamente cada uma das concepções, adianta-se aqui alguns pontos comuns para ambos autores.

Tanto Welzel como Roxin defendiam um critério objetivo de aferição de autoria, em detrimento tanto do sistema unitário de autoria como do critério subjetivo<sup>61</sup> (e, conseqüentemente, também em detrimento do conceito extensivo de autoria<sup>62</sup>).

Suas concepções de domínio do fato não servem para atribuir o cometimento de uma infração penal a alguém, e sim, para verificar se alguém tomou parte na ação como autor ou como partícipe.<sup>63</sup>

Tanto em Welzel como em Roxin, o critério do domínio do fato não é uma mistura entre os critérios objetivo formal e o subjetivo. Trata-se de critério novo.<sup>64</sup> O de Welzel, formulado congruentemente com seu finalismo (sua nova forma de aferição do injusto penal). O de Roxin (funcionalista), com pretensões de superar a concepção de Welzel.

---

60 ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 89 e ss. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo.

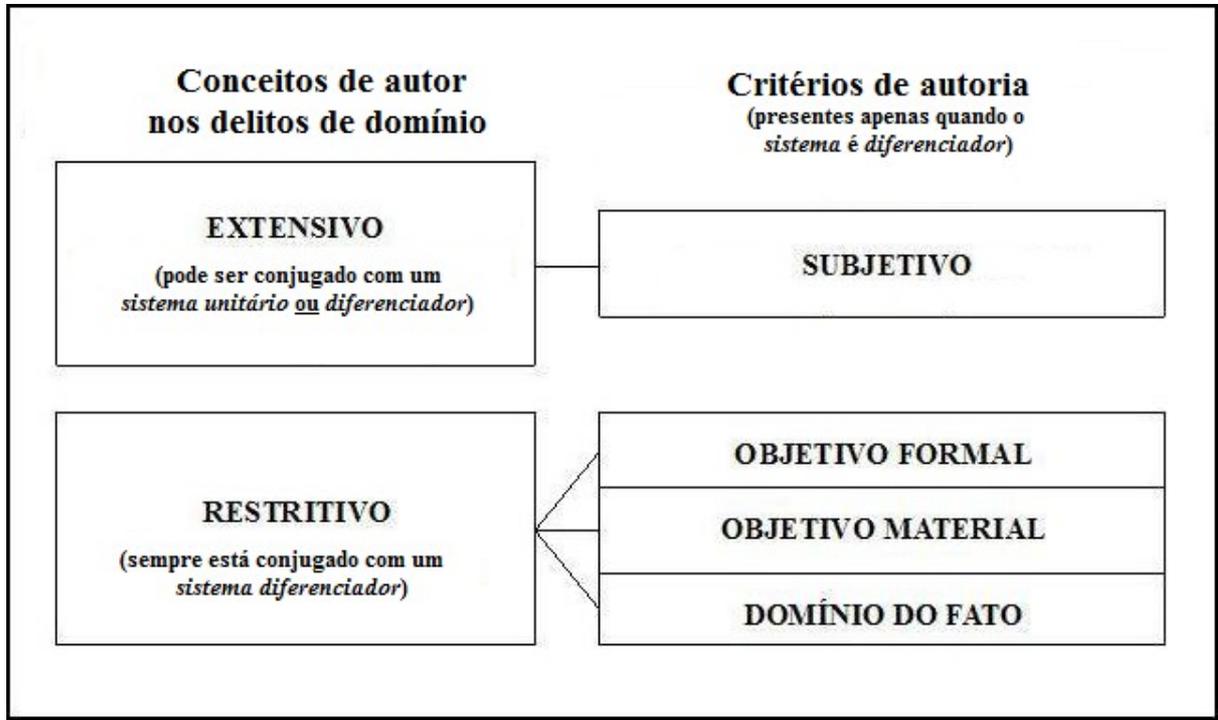
61 “Para dizê-lo em jargão mais técnico, isso significa que a teoria do domínio do fato é uma tentativa de fundamentar um conceito diferenciador (e não unitário) e restritivo (e não extensivo de autor).” GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 22, nota de rodapé n. 15.

62 “[O] rechaço ao conceito [*sistema*] unitário conduz, automaticamente, ao rechaço do conceito extensivo de autor.” ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 109.

63 “A teoria do domínio do fato, como toda teoria jurídica, direta ou indiretamente, o deve ser, é uma *resposta a um problema concreto*. O problema que a teoria se propõe a resolver, como já se insinuou, é o de *distinguir entre autor e partícipe*. Em geral, assim, não se trata de determinar se o agente será ou não punido, e sim se o será como autor, ou como mero partícipe.” GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 22.

64 “Essa ideia não deve ser entendida como uma natural continuação de argumentos lançados por teorias antigas ou como uma mera combinação, por exemplo, entre uma teoria objetivo-formal, para a qual autor é quem realiza o núcleo do tipo, e uma teoria subjetiva da autoria e da participação.” GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 24. Os autores referem-se unicamente à concepção de Roxin, mas constata-se que o mesmo pode ser dito sobre a de Welzel.

Por fim, antes de se adentrar o próximo tópico, expõe-se um quadro sinótico que resume a estruturação aqui proposta dos conceitos, sistemas e critérios de autoria:



### 2.2.3 “Teorias” (/modelos) monista, dualista e pluralista

Em muitíssimos manuais brasileiros de direito penal encontram-se os termos “teoria” (“modelo”) “monista”, “dualista” e “pluralista”, ou variantes parecidas. Quando esses termos não são, erroneamente, confundidos com os conceitos e sistemas de autoria<sup>65</sup>, servem para responder à eventual pergunta “*Quantos crimes há no concurso eventual de pessoas?*”<sup>66</sup>.

Segundo o modelo monista, ocorre apenas um crime. Para o modelo dualista, podem ocorrer até, no máximo, dois: o dos autores e o dos partícipes. Conforme o modelo pluralista, há um crime exclusivo para cada concorrente.

No entanto, essa análise em nada contribui para a aferição de autoria e participação. Aprofundando mais, assevera-se que “[o] conhecido debate entre teorias monista (ou unitária<sup>67</sup>), dualista e pluralista, ou seja, se, em caso de concurso de agentes, deve considerar-

65 “O termo *monismo*, difundido no Brasil, nada tem a ver com a discussão sobre os sistemas de autoria e participação [*unitário e diferenciador*].” GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 14.

66 “A discussão entre “monismo” e “pluralismo” diz com o título de imputação em delitos praticados por vários intervenientes. Mais concretamente, trata-se da seguinte pergunta: caso vários sujeitos tomem parte em um delito, há apenas um delito em que vários sujeitos tomam parte ou há, ao contrário, tanto delitos quantos intervenientes houver?” GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 14.

67 O uso do termo “unitário” aqui enseja confusão com o sistema unitário. Então, reforça-se: monismo,

se um delito único (praticado por todos) ou dois delitos (um praticado pelos autores, outro pelos partícipes) ou ainda tantos delitos quantos autores e partícipes, na verdade não passa de uma formulação epifenomênica, que não influencia ou altera – embora possa disfarçar – o problema fundamental, que reside na concepção restritiva ou extensiva de autor.”<sup>68</sup> Portanto, corrobora-se a conclusão de que “[e]ssa discussão é, do ponto de vista teórico, duvidosa e, de uma perspectiva prática, irrelevante”<sup>69</sup>.

---

dualismo e pluralismo nada têm a ver com os sistemas unitário e diferenciador.

68 BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**, p. 30 e 31.

69 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 14.

### 3 CONCEITO, SISTEMA E CRITÉRIO DE AUTORIA VIGENTES NO CÓDIGO PENAL

Analisando o texto e a exposição de motivos do código penal de 1940, não resta dúvida de que o legislador quis a vigência de um conceito extensivo de autoria<sup>70</sup>, conjugado ao sistema unitário<sup>71</sup>:

22. O projeto aboliu a distinção entre *autores* e *cumplices*: todos os que tomam parte no crime são *autores*. Já não haverá mais diferença entre participação *principal* e participação *acessória*, entre auxílio necessário e auxílio *secundário*, entre a *societas criminis* e a *societas in crimine*. Quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele, no pressuposto de que também as outras forças concorrentes entraram no âmbito da sua consciência e vontade. Não ha nesse critério de decisão do projeto senão um corolário da *teoria da equivalência das causas*, adotada no artigo 11. O evento, por sua natureza, é indivisível, e todas as condições que cooperam para a sua produção se equivalem. Tudo quanto foi praticado para que o evento se produzisse é causa indivisível dele. Ha, na participação criminosa, uma associação de causas concientes, uma convergência de atividades que são, no seu indivisível conjunto, a causa *única* do evento e, portanto, a cada uma das forças concorrentes deve ser atribuída, solidariamente, a responsabilidade pelo todo.

Ficou, assim, repudiada a ilógica e insuficiente ficção segundo a qual, no sistema tradicional, o *cumplíce* “accede” à criminalidade do autor principal.<sup>72</sup>

70 “A coluna de sustentação teórica da posição assumida pelo Código consistia no seguinte raciocínio: adotada expressamente que fora, no art. 11, a teoria da equivalência dos antecedentes, não havia como fugir, na disciplina do concurso de agentes, à inexorável parificação, que desta forma seria imperativa consequência lógica da posição anteriormente assumida, no tratamento legal da causalidade.” BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**, p. 16.

71 “Os elaboradores do Código – e, no particular, percebe-se o influxo da apaixonada posição de Hungria – supunham repudiar, pela adoção do conceito indiferenciado de autor, “a ilógica e insuficiente ficção segundo a qual, no sistema tradicional, o cúmplice accede à criminalidade do autor principal”. Pretendia-se expurgar do direito brasileiro a acessoriedade da participação.” BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**, p. 18.

72 BRASIL, **Código penal**: decreto lei n. 2.828 de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1941, p. XVI e XVII.

A reforma de 1984 trouxe várias alterações textuais, porém, sem que pacificassem qual conceito e sistema de autoria vigem por meio do código penal. Então, a seguir são analisados os arts. 29 a 31, que tratam também do concurso de pessoas, para se chegar a uma conclusão sobre a autoria no atual código penal brasileiro.

### 3.1 CP, ART. 29, CABEÇA<sup>73</sup>

A pergunta fundamental aqui é: há, conforme o código penal, diferenciação entre autor e partícipe (qual é o sistema de autoria)?

Sabe-se que na reforma de 1984 acrescentou-se ao antigo art. 25<sup>74</sup> (do texto de 1940) a expressão *na medida de sua culpabilidade*. Porém, deve estar claro que “[e]ssa expressão não representa, todavia, *necessariamente* qualquer matização do conceito extensivo, causalista, estatuído no CP de 1940. Dizer que cada concorrente será punido na medida de sua culpabilidade corresponde, na realidade, a um dos escopos de qualquer sistema unitário, qual seja, promover a individualização do injusto, da culpabilidade e da pena, relegando, assim, a análise das distintas contribuições dos agentes à *determinação judicial ou dosimetria da pena*.”<sup>75</sup>

Já que essa ampla possibilidade de dosimetria judicial da pena não significa, por si, a adoção de um sistema diferenciador, uma interpretação mais tradicional indica a manutenção do conceito extensivo conjugado ao sistema unitário de autoria.

Porém, também é possível uma interpretação alternativa, por assim dizer. Pode-se pensar que o art. 29, cabeça, tem uma “natureza dúplice, abarcando, numa formulação vaga (“concorrer de qualquer modo”) tanto os autores, quanto os partícipes. No que respeita ao primeiro aspecto, à autoria, o dispositivo teria caráter declaratório. A rigor, ele repetiria o que já dizem os tipos da parte especial: quem mata, lesiona, subtrai é autor, uma vez que a autoria é realização do tipo. A importância do dispositivo estaria, assim, na sua segunda dimensão, referida aos partícipes, aos que não matam, lesionam ou subtraem, e que por isso só podem ser punidos se seu comportamento for compreendido por uma norma de extensão da punibilidade. O art. 29, *caput*, CP seria essa norma, que teria, nesse aspecto, natureza constitutiva. Como essa interpretação restringe o sentido literal possível do termo “concorrer

---

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

74 Art. 25 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.

75 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 69 e 70.

de qualquer modo”, que tradicionalmente é interpretado em conjunto com o art. 13, *caput*, CP, não há qualquer óbice fundado no princípio *nullum crimen sine lege*.<sup>76</sup>

### 3.2 CP, ART. 29, § 1º<sup>77</sup>

A pergunta fundamental aqui é: “*participação de menor importância*” refere-se a “*participação em sentido estrito*”?

Primeiramente, lembra-se aqui que “[a]utor é quem realiza o tipo, não necessariamente quem realiza o maior desvalor e merece a maior pena”<sup>78</sup>. Portanto, não convence o argumento de que “a figura da participação de menor importância seja equivalente à participação em sentido estrito”<sup>79</sup> (instigação e cumplicidade/auxílio). “Assim, nada obsta, em princípio, que a figura seja afirmada também no caso de um autor. Conforme uma concepção restritiva, o autor pode, em tese, praticar ações de menor importância, e o partícipe, por sua vez, pode praticar ações essenciais.”<sup>80</sup>

Com efeito, no código penal há outros dispositivos que tratam da aplicação da pena relacionados ao modo de participação (todos trazidos pela reforma de 1984): CP, art. 62, incs. I, II, III<sup>81</sup>; art. 65, inc. III, 'c'<sup>82</sup>. “A diferença entre esses dispositivos e a regra da participação de menor importância está no fato de que esta constitui causa de diminuição de pena, a ser considerada na terceira fase da dosimetria da pena conforme o método trifásico previsto pelo art. 68, *caput* (e que pode reduzir a pena abaixo do mínimo legal), enquanto aqueles representam agravantes e atenuantes, de relevância para a segunda fase da medição da sanção

76 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 70.

77 § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

78 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 70.

79 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 70.

80 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 70.

81 Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage ou induz outrem à execução material do crime;

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

82 Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

[...]

III - ter o agente:

[...]

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

penal.”<sup>83</sup> O mais importante a se depreender disso é que “tampouco essas agravantes e atenuantes refletem uma distinção entre autor e partícipe.”<sup>84</sup>

Explicando melhor, regras de determinação de pena vinculadas a formas ou níveis de participação (sentido estrito) “não correspondem às tradicionais modalidades de participação em sentido estrito (instigação e cumplicidade), uma diferença fundamental entre um sistema unitário “temperado”<sup>85</sup> e um sistema diferenciador está em que essas normas de aplicação da pena relacionadas ao modo ou intensidade de concorrência no crime aparecem ao lado, em concorrência com os demais fatores de medição de pena, contando não mais e não menos do que eles.”<sup>86</sup>

Reitera-se mais uma vez: a “distinção entre autoria e participação é um problema de tipo; ela não pode ser vista, portanto, como um conjunto de regras de aplicação da pena. Não faz mal repetir que não é o merecimento de uma maior e menor pena que determina se o sujeito é autor ou partícipe.”<sup>87</sup>

“Relegar a aplicação dos conceitos de autor e partícipe ao momento de medição da pena faz com que essa distinção perca seus contornos, fique em boa parte entregue à discricionariedade do juiz; significa dissolver uma distinção que, em última análise, diz respeito aos limites entre uma conduta que realiza o tipo e outra que não o faz sem uma norma de extensão, nos controvertidos e heterogêneos critérios de aplicação da pena concreta.”<sup>88</sup>

Dessa análise, conclui-se que “a previsão de uma diminuição de pena para uma participação de menor importância (art. 29, § 1.º) e para outras formas de concurso de pessoas não pode ser mencionada como argumento em favor de (ou contra) um conceito restritivo de autor. Inversamente, ainda que a autor e partícipe se cominassem a mesma pena, seria possível falar em um conceito restritivo, como se faz, em parte, na Alemanha, em que o instigador recebe a mesma pena que o autor (§ 26 StGB).”<sup>89</sup>

---

83 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 71.

84 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 71.

85 Sistema unitário com previsões de formas ou níveis de participação (sentido estrito) que influenciam na determinação de pena.

86 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 71.

87 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 72.

88 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 72.

89 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 72.

### 3.3 CP, ART. 29, § 2º<sup>90</sup>

Esse dispositivo, que visa a tratar da chamada “participação dolosamente distinta”, “não é nem um argumento favorável, nem contrário à recepção da teoria do domínio do fato e a um entendimento restritivo de autor.”<sup>91</sup> Portanto, não será analisado aqui.

### 3.4 CP, ART. 30<sup>92</sup>

O código penal, art. 30, que trata da comunicabilidade de circunstâncias, determina “uma extensão do dever ao *extraneus*: o *extraneus* que atua junto a um *intraneus* se transformaria em um *intraneus* e, com isso, teria o poder de realizar já o próprio tipo da parte especial e de ser autor. [...] [A] razão para isso parece estar no fato de que, com ela [*a comunicabilidade*], torna-se possível manter as teses de que todo aquele que concorre é autor, de que autor é quem realiza o tipo, e de que só é punível quem realiza o tipo. Noutras palavras, esta é a solução mais natural para quem parte de um conceito extensivo e unitário de autor.”<sup>93</sup>

Conclui-se, então, que esse dispositivo reforça a ideia da presença de um conceito extensivo conjugado a um sistema unitário. Não obstante, deve-se ressaltar a crítica de que a “ideia de comunicabilidade de circunstâncias é sumamente problemática da perspectiva do *princípio da culpabilidade*; e o fato de que o modelo unitário e extensivo se veja forçado a recorrer a ela é, a rigor, mais um argumento contra esse modelo.”<sup>94</sup>

### 3.5 CP, ART. 31<sup>95</sup>

Esse dispositivo trata da tentativa de participação. Em um sistema unitário de autor, fundado na causalidade, “[a]usente a ideia de acessoriedade, tentar participar do delito, ou

---

90 § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

91 Conferir GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 73, onde, após análise do CP, art. 30, conclui-se: “O dispositivo não parece fazer sentido, nem sequer de acordo com a concepção tradicional.”

92 Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

93 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 74.

94 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 75.

95 Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

seja, estabelecer uma condição que poderia levar ao resultado, já é, a rigor, tentar praticar o delito.”<sup>96</sup>

Com relação ao texto trazido pelo código penal, há duas possíveis interpretações distintas. “A primeira, e a mais natural, parte de um modelo extensivo e unitário. O dispositivo seria uma correção do modelo, em si injustificada, cuja razão de ser residiria na exigência de evitar contrassensos [...], como uma correção necessária de uma insuficiência de um sistema unitário de autoria. Nessa interpretação, o art. 31 teria natureza constitutiva; ele limitaria o alcance do art. 29, *caput*.”<sup>97</sup>

Por outro lado, também “é possível entender esse dispositivo como uma manifestação da ideia de acessoriedade, como uma tentativa do CP de superar o modelo tradicional, enfim, como um reconhecimento implícito do acerto de um modelo restritivo e diferenciador. É de se notar que, por meio desse dispositivo, o CP descreve pela primeira vez as formas clássicas de participação em sentido estrito – a instigação e o auxílio ou cumplicidade – e lhes atribui uma consequência jurídica. Por essa razão, e por trazer uma regra que é manifestação da ideia de acessoriedade, o art. 31 também pode ser entendido como uma aproximação a uma concepção restritiva de autoria e a um sistema diferenciador. Dessa perspectiva, o dispositivo teria, contudo, natureza meramente declaratória; ele simplesmente esclareceria o que já se sabe, isto é, que a existência de participação depende de um fato principal.”<sup>98</sup> Portanto, pode-se visualizar tanto o sistema unitário como o diferenciador nas letras do código penal, art. 31.

### 3.6 DUPLA POSSIBILIDADE (INSEGURANÇA JURÍDICA)

Após a análise dos artigos 29 a 31, pode-se concluir, resumidamente, que “os dispositivos do CP, se bem que em seu conjunto apontem para um modelo extensivo e unitário, não são refratários a uma reinterpretação baseada em um modelo restritivo e diferenciador.”<sup>99</sup> Alguns deles são “mais próprios de um sistema extensivo e unitário, mas permitem uma reinterpretação progressista fundada na ideia de legalidade, de que os tipos não podem ser dissolvidos”<sup>100</sup>. O art. 30 (comunicabilidade das circunstâncias), no entanto, aponta

---

96 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 76.

97 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 77.

98 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 77.

99 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 79.

100 GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 78.

somente para o modelo unitário e extensivo. “[C]ontudo, é problemático por igualar *extraneus* e *intraneus* de maneira não mais condizente com o princípio da culpabilidade.”<sup>101</sup>

Portanto, “o sistema de autoria e participação tal como regulado em nosso código penal parte, à primeira vista, de um conceito extensivo de autor e apresenta características de um sistema unitário. A par das insuficiências e do *déficit* de legitimidade de alguns dispositivos acima apontados, nosso sistema tende a dissolver a distinção entre autor, instigador e cúmplice em um emaranhado de critérios de determinação da pena. Por outro lado, com o apoio de argumentos baseados na interpretação de determinados dispositivos [...], e com base no princípio da legalidade, é possível partir já *de lege lata* [da lei criada] de um conceito restritivo de autor e da teoria do domínio do fato.”<sup>102</sup>

Ou seja, o texto penal brasileiro, no âmbito da autoria e participação, está mal redigido, pois não dispõe com precisão qual conceito e sistema de autoria vigem, deixando a decisão ao arbítrio judicial.

---

101GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 79.

102GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 80.

## 4 DOMÍNIO DO FATO EM HANS WELZEL E EM CLAUS ROXIN

### 4.1 BREVE HISTÓRICO DO TERMO “DOMÍNIO DO FATO”

O primeiro uso do termo “domínio do fato” se deu por Hegler, em 1915. O significado atribuído ao termo era bem diferente dos atuais. Hegler usava o termo para designar “quem como autor imputável e não coagido havia sido 'senhor do fato na sua manifestação concreta’” e também o autor imprudente (autoria culposa), pois este teria agido com falta de vontade para impedir o que aconteceu quando assim se esperava dele<sup>103</sup>. Daí, nota-se que, em Hegler, tal termo se referia a um “pressuposto material da culpabilidade”, não a um “critério específico de aferição ou delimitação da autoria e da participação”<sup>104</sup>.

Em 1932, Bruns utilizou o termo para distinguir autoria e participação. Para ele, a autoria, tanto a dolosa como a culposa, “pressupõe, pelo menos, a *possibilidade* de domínio do fato”, o que ocorreria “somente quando uma conduta geral é adequada para causar o resultado”<sup>105</sup>. Porém, Bruns não demonstrou efeitos práticos de sua ideia sobre domínio do fato e manteve-se com critérios de autoria das concepções causais.<sup>106</sup>

Em 1933, Adolf Lobe, pioneiramente, atribuiu ao termo conteúdos objetivo e subjetivo (o que foi abandonado por Welzel): “domínio do fato”, para Lobe, refere-se tanto a querer o resultado como a conduzir a execução. A obra de Lobe provavelmente teria mais repercussão se ele não tivesse tratado a autoria mediata periféricamente, ou seja, configurando-a meramente “quando o agente imediato não pode ser observado como autor”<sup>107</sup>.

Em 1935, Hellmuth von Weber utilizou o termo para estipular limites no âmbito da participação. Segundo ele, “autor é quem realiza o fato com vontade de domínio próprio do fato”, enquanto autor mediato é “quem se serve de outra pessoa, que por sua vez atua sem vontade de domínio sobre o fato”<sup>108</sup>. Essa ideia de domínio do fato trata-se de um critério subjetivo de autoria. Berges teria feito o mesmo: parafraseado o critério subjetivo sob o termo “domínio do fato”<sup>109</sup>.

103ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000, p.

82. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo.

104ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 83.

105ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 84.

106ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 84.

107ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 85.

108ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**, p. 84.

109ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 85.

Em 1936, Eberhard Schmidt, ao desenvolver seu conceito extensivo de autoria, vincula o termo a uma “orientação intencional” associada a um dever militar específico. Isso caracterizaria a autoria nos crimes militares.<sup>110</sup>

Em 1939, Welzel usou o termo “domínio do fato” como um dos elementos para delimitar o que chamou de “autoria final”, que é verificada a partir da análise do injusto com base na conduta humana como realização da vontade<sup>111</sup>.

Todos esses autores, dentre outros, não se basearam nos significados anteriormente já atribuídos ao termo “domínio do fato”. Cada um estabeleceu individualmente um significado exclusivo para o termo ao escrever suas obras.<sup>112</sup>

Até então, atribui-se a Welzel a maior contribuição no desenvolvimento da delimitação de autoria utilizando-se o termo “domínio do fato” porque, a partir dele, “não a vaga vontade do autor, e sim, o efetivo domínio final do fato é que constitui o critério essencial do domínio do fato”<sup>113</sup>. Dessa forma, autor é quem executa sua resolução com vistas a um fim (a compleição do fato como um todo). E os indutores e cúmplices têm meramente domínio sobre sua participação, não sobre o fato integral.<sup>114</sup>

Em 1963, Roxin publica sua tese de habilitação intitulada *Täterschaft und Tatherrschaft* (“autoria e domínio do fato”), oferecendo um critério diferente de todos os anteriores para distinguir autoria de participação. Conforme será aprofundado adiante, Roxin não dá continuidade nem “aprimora” a concepção welzeliana, e sim, expressamente a refuta e tenta superá-la.

A partir da obra de Roxin, o domínio do fato ganhou ampla aceitação nos tribunais alemães e até internacionais (porém, não incomumente, com modificações sobre a concepção roxiniana). Mas isso não significa que não há críticas ao domínio do fato de Roxin na literatura jurídico-penal alemã ou mesmo na brasileira. Entretanto, elas não serão abordadas, apenas referidas, para não extrapolar o escopo desta monografia.

---

110ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 86.

111“A caracterização da conduta humana como realização da vontade assenta na ideia de que o homem pode realizar, de acordo com o fim estabelecido por si mesmo, a conformação do futuro (do curso causal). Esta confirmação, que foi realizada em atenção a um fim e de acordo com sua vontade final, pertence a ele como obra própria. E, de acordo com isso, é indiferente se este ato é executado por si mesmo ou por outrem, no interesse próprio ou alheio.” ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 89.

112ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**, p. 85.

113ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**, p. 88.

114ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**, p. 87 e 88.

## 4.2 DOMÍNIO DO FATO EM HANS WELZEL

As, pelo menos, cinco significações para o termo “domínio do fato” que precederam a de Welzel, ao contrário desta, não forneceram um novo critério (além do objetivo formal ou do subjetivo) minimamente firme para determinar a autoria. Daí a importância de Welzel quanto ao domínio do fato.<sup>115</sup>

A concepção de Welzel, criador do finalismo, distingue-se de todas as anteriores em, no mínimo, dois importantes aspectos<sup>116</sup>: (1) o injusto não se confunde com a culpabilidade, e o dolo constitui o tipo, não a culpabilidade; e (2) a distinção entre crimes dolosos e culposos dá-se já no tipo, o que acarreta investigações de autoria diferentes para cada modalidade de injusto (o domínio do fato só é aferível nos crimes dolosos).

Welzel deixa bem clara a importância da análise da autoria vinculadamente ao injusto, não como mera “forma de acontecimento do delito”.<sup>117</sup> Essa mudança de paradigma é resultado da mudança de foco da causalidade para a ação finalista.<sup>118</sup>

Já no início de sua exposição sobre autoria, como já mencionado, Welzel diferencia os tipos dolosos dos culposos, afastando qualquer possibilidade de aferição de domínio do fato para configurar autoria nos culposos.<sup>119</sup>

---

115 “[...] os pontos de partida dogmáticos que levaram ao desenvolvimento da ideia de domínio do fato são muito diferentes, podendo-se mencionar, em síntese: a teoria da culpabilidade de Hegler; as concepções causais, em especial a teoria subjetiva, em Bruns e Weber; uma concepção crítica em Lobe e a ideia de dever em Schmidt. Tal diversidade de pontos de partida no tocando ao domínio do fato, inclusive, torna difícil proporcionar um panorama histórico dogmático da teoria do domínio do fato, de modo que seu ponto de partida deve ser necessariamente a concepção de Welzel.” ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 86.

116 Ver ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 86 a 88.

117 “Así como el autor contribuye a acuñar el injusto, así pertenece también a la teoría del injusto, como éste llega a ser autor. La teoría del autor tiene por objetivo establecer el centro personal de acción del injusto.” WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 118. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez.

118 “Esta importancia central de la teoría del autor tuvo que ser desconocida por la teoría del injusto referida al resultado. Puesto que para ella el injusto reside en la lesión externa de un bien jurídico, a la que el autor ciertamente da el impulso causal, pero sin contribuir a su contenido, esta teoría desarrolló el injusto en forma independiente del autor, igual como un hecho delictual que flota libremente, y la autoría se trataba con posterioridad dentro de la teoría de la participación, como una de las “formas de aparición del delito.” WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, p. 118.

119 “[...] sobre todo es esencial para la determinación del concepto de autor la diferencia típica entre los delitos dolosos y los culposos.

a) Autor de un delito culposo es todo el que mediante una acción que lesiona el grado de cuidado requerido en el ámbito de relación, produce de modo no doloso un resultado típico. [...]

b) En cambio, en los delitos dolosos es autor solamente aquel que mediante una conducción, consciente del fin del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo. Mediante el dominio final sobre el acontecer el autor se destaca del mero partícipe, el que, o bien sólo auxilia el acto dominado finalmente por el autor o bien incitó a la decisión.” WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, p. 119.

Com relação aos crimes dolosos, pode-se notar nas obras de Welzel uma forte crítica ao conceito extensivo de autor, cuja utilização seria uma sobreposição do conceito de autor dos crimes culposos aos dolosos.<sup>120</sup> O conceito welzeliano de autor para crimes dolosos está totalmente vinculado ao finalismo (ou ao conceito final de ação).<sup>121</sup> É composto por uma característica geral/fática (sempre) e duas especiais/pessoais (só quando o tipo exigir)<sup>122</sup>:

Forman parte del concepto de autor:

1. La característica general de autor: el dominio final sobre el hecho. Señor del hecho el aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva. La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho.

2. Las características especiales de autor:

a) Las características subjetivo-personales de autor: las intenciones especiales, tendencias y formas de ánimo, como por ejemplo la intención de apropiación (§ 242), la tendencia lasciva (§§ 174 ss.), el ánimo cruel (§ 223 b).

b) Las características objetivo-personales de autor: las posiciones de deber del autor, como por ejemplo, médico, abogado (§ 300), deudor embargado (§ 288), empresario (§ 151 GeWO); funcionario público (§§ 331 ss.).

[...]

El dominio final del hecho es la característica general de la autoría.

Los momentos personales del autor, por el contrario, se requieren sólo

120“La teoría extensiva de autor fue un fruto tardío de la doctrina causalista de la acción, que trasladó el concepto de autor válido en los delitos culposos (= concepto de causante) a los tipos dolosos.” WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, p. 120.

121“El [o *conceito final de autor*] surge de las determinaciones fundamentales del concepto final de acción y del concepto personal de lo injusto para la acción dolosa, dado que la teoría del autor no tiene otra finalidad que establecer el centro personal de acción del hecho antijurídico. Es por eso que a la autoría (de un delito doloso) pertenece en general el dominio final sobre el hecho (como elemento genérico personal de lo injusto de los tipos dolosos); a ello se agregan en muchos casos, como elementos especiales de autor, las características personales objetivas y subjetivas de lo injusto.” WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, p. 120.

122“[...] para compreender com exatidão a concepção [welzeliana] é fundamental ter em vista que o domínio final do fato caracteriza o pressuposto geral da autoria, enquanto que os momentos pessoais são exigíveis somente quando a manifestação ético-social da conduta típica depende deles, isto é, somente quando o tipo penal prevê tais aspectos como necessários para a produção do fato delitivo (tais como os delitos próprios de funcionários públicos, o induzir ou manter alguém em erro).” ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 90.

donde, en relación a un tipo particular, son presupuesto de la autoría, p. ej., en los delitos funcionarios §§ 331 ss., en los delitos de intención §§ 253, 263 y semejantes.<sup>123</sup>

Note-se que, em Welzel, o domínio do fato é uma característica geral da autoria e, dessa forma, quando o tipo prever alguma característica pessoal (objetiva ou subjetiva), o domínio do fato não configura por si só a autoria. Disso fica claro também que “Welzel não considera o domínio do fato como dotado de aspecto objetivo-subjetivo, mas sim como pressuposto fático (material) da autoria”.<sup>124</sup>

#### 4.2.1 Autoria direta

Após essa explanação geral sobre a autoria, pode-se afirmar sinteticamente que “na concepção welzeliana, a autoria direta consiste na realização direta, voluntária e conscientemente final do fato por quem, tendo preenchido os pressupostos pessoais objetivos e subjetivos exigidos pelo tipo, possui o domínio pleno sobre a sua decisão e execução”<sup>125</sup>.

#### 4.2.2 Autoria mediata

Sempre firmado nas três características expostas (geral/fática, pessoal subjetiva e pessoal objetiva), Welzel aborda a modalidade da autoria mediata, para a qual ele visualiza três formas gerais de ocorrência: quando o *intrañeus* atua (1) sem dolo<sup>126</sup>, (2) sem liberdade<sup>127</sup> ou (3) sem qualificação (objetiva ou subjetiva)<sup>128</sup>.

123WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**, p. 121.

124ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**: incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: Revista eletrônica de direito penal e política criminal - UFRGS - vol. 1, n.º 1, 2013, p. 71.

125ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 91.

126“Dominio final del hecho es llevar a cabo, por medio de un actuar final, la propia voluntad de realización (el dolo de tipo). Por eso falta en el actor inmediato, que obra sin dolo de tipo, y es propio del que está detrás, que con dolo de tipo manda realizar el resultado típico a través de un tercero que obra sin dolo en relación a este resultado, y es indiferente si el tercero actúa con o sin lesión del cuidado objetivo exigido.” WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**, p. 122.

127“Tal relación de dominio superior del hecho, en que el actor inmediato ejecuta sin libertad una voluntad de realización ajena, se produce, sobre todo, cuando se obra [2.1] violentado por fuerza, [2.2] sin voluntad y [2.3] en cumplimiento de una orden militar antijurídica y obligatoria.” WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**, p. 123.

128“En los delitos especiales propios el cualificado que está detrás y que induce, es el que da al no cualificado la posibilidad de tomar parte en la realización típica del delito especial. Esto fundamenta el dominio del que está detrás, es decir, del cualificado, sobre la participación del que no lo es, en la realización del delito especial (“dominio social del hecho”) y con eso su autoría.” WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**, p.

Com relação ao uso de instrumento que atua sem liberdade, pode-se divisar ainda as seguintes subdivisões na obra de Welzel:

2.1. O autor imediato atua sob coação (subdivide-se em dois grupos):

2.1.1. Estado de necessidade por coação. Ex.: alguém obriga uma mulher grávida, por meio de graves ameaças, a ingerir substância abortiva.<sup>129</sup>

2.1.2. Estado de necessidade por coação com vistas à autolesão (em especial ao suicídio). Ex.1: empregador obriga o aprendiz a segurar um ferro incandescente. Ex.2: induzir alguém ao suicídio mediante desmoralizações e ameaças.<sup>130</sup>

2.2. O autor imediato atua sem vontade. Uso de menores de idade ou de mentalmente enfermos que realizam uma vontade alheia (do autor imediato), não a sua. Nesses casos, salienta Welzel, deve-se analisar concretamente se o *intrañeus* realmente não tinha vontade própria.<sup>131</sup>

2.3. Cumprimento de ordem militar antijurídica e obrigatória. Aqui Welzel faz diferenciações conforme o direito alemão (se a ordem acarreta uma contravenção, mantém-se obrigatória; se acarreta delito ou crime, não é obrigatória).<sup>132</sup>

Welzel ainda trata, sob a nomenclatura de “problemas especiais”, da autoria mediata por interposição de um autor que atua licitamente<sup>133</sup>. Ele dá dois exemplos: “*inducción al juez, por medio de engaño, al castigo objetivamente injusto de un acusado*” e “*colocar a un tercero en una situación de legítima defensa de necesidad defensiva, en la que éste realiza un tipo delictivo conforme a Derecho*”.<sup>134</sup>

Encerrando a análise dessa modalidade, deve-se enfatizar que, quanto aos crimes de mão própria, Welzel não aceita a autoria mediata, apenas participação.<sup>135</sup>

---

125.

129WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**, p. 123.

130WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**, p. 124.

131WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**, p. 124.

132WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**, p. 124.

133“[...] es también posible una autoría a través de la interposición de un actor que obra conforme a Derecho, esto es, cuando el inductor posee el dominio final del hecho respecto de la realización típica antijurídica, mientras que de lado del actor inmediato existe una causa de justificación. Para ello, el autor mediato debe transformar al actor inmediato en un “instrumento” de su realización típica antijurídica, colocándolo frente a él en una posición subordinada.” WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**, p. 125 e 126.

134WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**, p. 126.

135“Hay delitos en los cuales el injusto determinante no es la producción de un resultado, controlada por un actuar final, sino la ejecución corporal de un acto reprochable como tal. El acto como tal es incorrecto o reprochable desde un punto de vista ético-social. De ahí que sólo pueda ser autor el que efectúa corporalmente este acto, la perpetración mediata del hecho queda aquí excluida.” WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**, p. 128.

Por fim, é de suma importância perceber que, na concepção welzeliana, o instrumento pode ser tanto impunível como punível<sup>136</sup> (mas nunca responsável): basta, diferenciando-se do autor, não ter domínio integral do fato<sup>137</sup>.

### 4.2.3 Coautoria

Welzel entende que, para ser coautor, além de (1) ter as qualidades pessoais necessárias (objetivas e subjetivas), é necessário (2) tomar a decisão comum sobre a realização do fato<sup>138</sup> e (3) participar na execução ou nos atos preparatórios.<sup>139</sup>

Cada coautor tem domínio pleno somente sobre o fato que constitui sua própria atividade, mas todos os coautores têm suficientemente domínio sobre o fato integral (visto como uma unidade), de forma a serem responsabilizados como autores<sup>140</sup>. A divisão de trabalho seria a base da coautoria, e a complementação da atividade de cada coautor pelas dos demais seria o fundamento para cada um responder pelo todo.<sup>141</sup> Daí também falar-se em “domínio conjunto”<sup>142</sup>.

136 “[A] autoria mediata consubstancia-se na ideia de 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. [...] [Portanto,] a autoria mediata pode se dar no caso do instrumento ser um indivíduo que atua de maneira inconsciente ou conscientemente final, *tanto punível quanto impunível*, e desde que o autor mediato tenha o domínio integral do fato.” ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 94.

137 Não confundir com a expressão “domínio sobre o fato integral”, utilizada na análise da coautoria.

138 “El acuerdo recíproco puede también establecerse sólo durante el transcurso del hecho, después que el primer autor ya ha ejecutado una parte, lo que se ha llamado coautoría sucesiva. [...] Cada uno responde sólo hasta donde alcanza el acuerdo recíproco (luego no hay responsabilidad por el exceso del otro; sin embargo, el error in objecto de uno de los coautores es también irrelevante para los otros).” WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, p. 129.

139 “Siempre es coautor quien – en posesión de las cualidades personales de autor – efectúa una acción de ejecución es sentido técnico sobre la base de un plan común en relación al hecho, pues en la acción de ejecución por medio de un actuar final voluntario se expresa de la manera más clara la incondicionada voluntad propia de realización. Pero también es coautor el que objetivamente sólo realiza actos preparatorios de ayuda, cuando es coportador de la decisión común al hecho. Por eso, tiene que comprobarse en forma especial la participación en la decisión delictiva, para lo cual se invocarán como indicios el conjunto de circunstancias objetivas y subjetivas del hecho.” WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, p. 132 e 133.

140 “La coautoría es autoría; su particularidad consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas.” WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, p. 129.

141 “La coautoría se basa sobre el principio de la división del trabajo. Cada coautor complementa con su parte en el hecho la de los demás en la totalidad del delito; por eso responde también por el todo.” WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, p. 129.

142 “Toda conduta final radica, como regra, em uma multiplicidade de atos isolados finalisticamente relacionados uns com os outros, e que constituem um todo unitário; por isso, cada indivíduo não é autor de uma parte, senão coautor do todo, de forma que cada um se responsabiliza como coautor do fato integral. Nesse sentido, a coautoria é caracterizada pela realização dividida entre muitas pessoas dos atos parciais de uma decisão de ação levada a cabo por todas elas conjuntamente e, portanto, o domínio do fato está com todos conjuntamente. De acordo com isso, coautor somente pode ser quem é codetentor da decisão de realizar o fato.” ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 91.

Ao abordar a execução comum do fato, Welzel expõe os possíveis tratamentos à execução comum a partir de critério objetivo (o que defende) e a partir do critério subjetivo (o qual critica). Deve-se prestar redobrada atenção a esta passagem, pois o exemplo trazido por Welzel é repetido por alguns autores brasileiros, que até afirmam aderir à concepção welzeliana, mas derivam consequências diametralmente opostas às do exemplo que segue:

*La ejecución común del hecho.*

a) Según da teoría objetiva (antiguamente la predominante en la literatura) la voz “ejecución” hay que entenderla en el sentido técnico de la adecuación típica, esto es, como realización de una acción típica. Quien simplemente efectúa una acción preparatoria o de auxilio es sólo cómplice.

A, B y C se conciertan para un robo. A hace de espía, B fuerza la puerta, C hurta del edificio. B y C perpetran acciones de “ejecución” en el sentido del § 243 Nr. 2 (B: el forzamiento, C: el hurto); luego, son coautores. A es cómplice, ya que no realiza ninguna acción de ejecución.

b) Según la teoría subjetiva (así RG. 2 162 en jurisprudencia constante sobre la base de los motivos) no hay que entender “ejecución” de manera técnica. Es suficiente cualquier actividad que realice un partícipe, para llevar a cabo el delito sobre la base del plan delictivo común; luego bastan también meras acciones preparatorias o de auxilio, aun hasta el simple fortalecimiento de la voluntad al hecho en el ejecutante.<sup>143</sup>

Pode-se aventar que, na maioria das vezes, quem pretende importar a concepção welzeliana de coautoria, em vez de orientar para uma rigorosa investigação concreta de uma fulcral colaboração no planejamento do crime (ou, mais genericamente, nos atos preparatórios)<sup>144</sup> jungida, sempre, à decisão comum de realizar o fato, na verdade, empreende o critério subjetivo de autoria sob o manto do termo “domínio do fato”.

<sup>143</sup>WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, p. 130.

<sup>144</sup>“El *minus* de coparticipación objetiva en la realización típica tiene que ser compensado con el *plus* de coparticipación especial en el planeamiento del delito. Esto vale sobretodo para el “jefe de banda”; quien proyecta el plan del hecho, distribuye los ejecutores del hecho y dirige sus obras también es coautor, aun cuando él mismo no participe en parte alguna de las acciones de ejecución. Por eso el problema de la coautoria sólo puede ser discernido por una indagación cuidadosa de todo el complot delictivo y del grado de participación objetiva y subjetiva de todos los partícipes, pero no a través de fórmulas a base de lemas.” WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, p. 132 e 133.

Welzel critica duramente o critério subjetivo e sua “fórmula do *animus*” (amplamente utilizados pelos tribunais alemães na época de Welzel) para configuração de autoria. Colhe-se aqui duas passagens nesse sentido:

Los fallos [*“as decisões judiciais”*] posteriores [*que aplicam a fórmula do ânimo*] emplean las expresiones querer “el hecho como propio o el hecho como ajeno” las más de veces como único criterio de la autoría. Con esto se convierten, generalmente, en simples lemas.<sup>145</sup>

Toda la fórmula del *animus* del RG. es un artificio con el cual se coloca en lugar de una fundamentación una aseveración y luego se expone ésta en la forma de una fundamentación: alguien es autor porque tenía la voluntad de autor – por qué poseía la voluntad de autor, y qué es lo que esto quiere decir, que da como una mera afirmación.<sup>146</sup>

Adiante se perceberá que é possível transplantar a crítica feita por Welzel contra o critério subjetivo para grande parte da literatura jurídico-penal brasileira que aborda o domínio do fato: utiliza-se o termo “domínio do fato” como um lema ou artificio para configurar alguém como autor de crime. Welzel é mencionado (ou Roxin ou ambos), e simplesmente se afirma que, no caso, “Fulano é autor porque tinha o domínio do fato”. Conforme criticou Welzel, usa-se uma mera afirmação como se fosse uma fundamentação.

#### 4.3 DOMÍNIO DO FATO EM CLAUS ROXIN

Roxin parte de um conceito de autor com pretensão de universalidade: “autor é a figura central do acontecer típico”.<sup>147</sup> Assim, esse conceito vale tanto para os delitos de domínio como para os de infração de dever e para os de mão própria. Dessa forma, o domínio do fato é apenas uma das modalidades de aferição de autoria, aplicável somente aos delitos de

<sup>145</sup>WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**, p. 130.

<sup>146</sup>WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**, p. 131.

<sup>147</sup>“Ponto de partida é a ideia, situada num plano ainda mais abstrato, de que o autor é a *figura central do acontecer típico* (*Zentralgestalt des tatbestandsmäßigen Geschehens*). O conceito de autor é *primário* e possui significado central de injusto típico, no sentido de que as formas de participação (a instigação e a cumplicidade) são causas de extensão da punibilidade, que só entram em cena quando o agente não é autor. O partícipe é, da perspectiva do tipo penal, quem contribui para um fato típico em caráter meramente secundário, é a figura marginal, lateral do acontecer típico, o que se extrai ante a ausência de algum dos elementos que determinam positivamente a autoria do fato.” GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 24 e 25.

domínio (basicamente, os delitos comuns comissivos dolosos).<sup>148</sup> Portanto, é claramente, desde já, excluída a universalidade do critério do domínio do fato.<sup>149</sup>

Também é de suma importância deixar assente que, ao contrário da ideia transmitida por muitos doutrinadores nacionais, Roxin não “desenvolveu” ou “aprimorou” o domínio do fato welzeliano. Pelo contrário: em vez de a uma continuidade, Roxin propôs-se abertamente a um rompimento com a linha de pensamento de Welzel no que pertine ao domínio do fato. Isso não passou despercebido a todos os autores brasileiros:

[Roxin] ressalta, por um lado, que a singular vagueza e a intangibilidade da concepção welzeliana levaram-no a rechaçar a ideia de *domínio final do fato*. Aliás, afirma que, no primeiro trabalho desenvolvido sobre a autoria, Welzel introduziu o conceito “de forma absolutamente repentina e sem explicação, como se seu significado fosse compreensível por si mesmo”. Por outro lado, Roxin considera que também 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>150</sup>

A partir do rechaço do domínio final do fato, Roxin tenta delimitar sua nova proposta. Nisso, exclui o enquadramento do domínio do fato como um conceito indeterminado (porque nada solucionaria, apenas ampliaria a discricionariedade judicial)<sup>151</sup> e como um conceito fixo (porque é impossível abranger textualmente todos os fatos empíricos

148“A ideia reitora da figura central do acontecer típico retém pretensão de validade geral, e se expressa pelo domínio do fato [...], pela violação de um dever especial (nos delitos próprios, que Roxin chama de delitos de dever) ou pelo elemento típico que exige a prática da conduta com as próprias mãos (nos delitos de mão própria). O domínio do fato é, assim, uma das expressões, mas não a única, da ideia de que autor de um delito é, sempre, a figura central do acontecer típico.” GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 25.

149“O critério do domínio do fato não é proposto com pretensões de universalidade. Há delitos cuja autoria se determina com base em outros critérios. O primeiro e mais importante desses delitos é o grupo dos chamados delitos de dever ou, como preferem os espanhóis, *delitos de violação de dever (Pflichtdelikte)*. Neles, autor é quem viola um dever especial, de caráter extrapenal, pouco importando o domínio que tenha sobre o fato. Entre os delitos de dever, encontram-se, principalmente, os delitos próprios (delitos de funcionário público, por ex.) e os delitos omissivos impróprios (em razão da posição de garantidor). Outro importante grupo de delitos cuja autoria é regida por critérios distintos do domínio do fato é o dos *delitos de mão própria*: neles, autor é exclusivamente quem pratica, em sua própria pessoa, a ação típica, sendo impossível a autoria mediata. Por fim, os, que inicialmente foram entendidos por Roxin como delitos de dever, são regidos pelo conceito unitário de autor.” GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **Claus Roxin, 80 anos**. In: Revista Liberdades n° 7 - maio-agosto de 2011 - ISSN 2175-5280, p. 103 e 104.

150ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 105.

151ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**, p. 130 e ss.

de forma tão precisa que ensejasse subsunção)<sup>152</sup>, classificando-o como um conceito aberto com características descritivas fáticas e também prescritivas (o legislador deve dispor alguns princípios que serão concretizados pelo juiz)<sup>153</sup>. Daí percebe-se que Roxin, conforme ele mesmo reconhece, mais precisamente, “não elabora um conceito de domínio do fato, mas, a partir das diretrizes, procura estabelecer quando há ou não o domínio do fato”<sup>154</sup>. Essas diretrizes normativas existem no código penal alemão, § 25, que prevê as três modalidades de autoria: direta, mediata e coautoria<sup>155</sup>.

O código penal alemão também dispõe expressamente sobre as modalidades de participação (instigação e auxílio/cumplicidade)<sup>156</sup>. Daí nota-se facilmente que o ordenamento penal alemão adota um conceito restritivo de autoria, que é necessariamente conjugado a um sistema diferenciador, conforme visto acima e ratificado por Roxin<sup>157</sup>, para quem “é decorrência da exigência do princípio do Estado de Direito que a punibilidade esteja vinculada ao preenchimento do tipo e se refira a ele”<sup>158</sup>.

Conforme a concepção roxiniana, o domínio do fato, que configura a autoria, pode manifestar-se sob três formas distintas:

- 1) domínio sobre a própria ação (*Handlungsherrschaft*), que acarreta a autoria direta;
- 2) domínio funcional do fato (*funktionale Tatherrschaft*), que acarreta a coautoria;
- 3) domínio da vontade de um terceiro (*Willensherrschaft*), que acarreta a autoria mediata.

152ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**, p. 141 e ss.

153ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**, p. 145 e ss.

154ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 108.

155“§ 25. Autoria. (1) É punido como autor, quem comete o fato por si mesmo [*autoria direta*] ou por meio de outrem [*autoria mediata*]. (2) Se vários cometem conjuntamente o fato, cada um é punido como autor (coautor) [*coautoria, obviamente*].” Tradução encontrada em GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 22.

156“§ 26. Instigação. É punido como instigador, com pena igual à do autor, quem determinou dolosamente outrem ao cometimento de fato antijurídico doloso. § 27. Cumplicidade. (1) É punido como cúmplice quem prestou dolosamente auxílio a outrem para o cometimento de fato antijurídico doloso. (2) A pena do cúmplice tem como base a cominação dirigida ao autor. Ele [*sic*] deve ser mitigada segundo o § 49 Abs. 1.” Tradução encontrada em GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 22 e 23.

157“Com o conceito [*sistema*] unitário de autor deve-se rechaçar também o conceito extensivo de autor.” ROXIN, Claus. **Strafrecht: Allgemeiner Teil: Besondere Erscheinungsformen der Straftat**. München: Verlag Beck, Bd II, 2003, p. 5 e 6, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Domínio do fato como critério de delimitação da autoria e a Ação Penal N. 470 do STF**. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 6/2014, p. 284, nota de rodapé n. 79. Disponível em [www.zis-online.com]. Acesso em 14/jul/2014.

158ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 109.

### 4.3.1 Autoria direta

O *domínio sobre a própria ação*<sup>159</sup> “é o domínio de quem realiza, em sua própria pessoa, todos os elementos de um tipo”<sup>160</sup> ou, em outras palavras, quem comete o fato por si mesmo (termos do código penal alemão). Importante destacar que quem “domina a ação permanece autor ainda que aja a pedido ou a mando de outrem, ou mesmo em erro de proibição inevitável determinado por um terceiro [...]. Será um autor exculpado, mas ainda assim autor do fato típico, ainda que não necessariamente o único.”<sup>161</sup>

Percebe-se que a ideia de autoria por domínio da própria ação é semelhante à do critério objetivo formal, pois ambas partem “de que aquele que leva à realização do tipo pelas próprias mãos é sempre autor e que mesmo em 'casos extremos' nada pode mudar isso”<sup>162</sup>. Ou seja, “mesmo a circunstância de que alguém pratique o fato sob coação (§ 35 do StGB) ou em erro de proibição inescusável (§ 17 de StGB) permite seu domínio do acontecimento típico e deixa intacta a autoria”<sup>163</sup>.

Daí nota-se que, na concepção roxiniana, o instrumento no caso de autoria mediata, contanto que preencha os elementos do tipo, também é autor (como executor direto)<sup>164</sup>, pois apesar de não ter o domínio integral do fato, tem o domínio de sua ação. “[É] um autor inculpável, mas é um autor.”<sup>165</sup> Isso é totalmente divergente da concepção welzeliana, acima abordada.

### 4.3.2 Coautoria

O *domínio funcional do fato*<sup>166</sup> ocorre em “uma atuação coordenada, em divisão de tarefas, com pelo menos mais de uma pessoa”, em que, “partindo de uma decisão conjunta, de praticar o fato, contribuem para a sua realização com um ato relevante de um delito”. Isso “fará de cada qual *coautor* do fato como um todo, ocorrendo, aqui, como consequência

159ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**, p. 151 e ss. Para conferir uma exposição crítica: ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 112 e ss.

160GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 25.

161GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 25 e 26.

162ROXIN, Claus. **Strafrecht**, p. 21 e 22, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 113.

163ROXIN, Claus. **Strafrecht**, p. 22, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 114.

164ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 114.

165ROXIN, Claus. **Strafrecht**, p. 22, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 114.

166ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**, p. 305 e ss. Para conferir uma exposição crítica: ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 118 e ss.

jurídica, o que se chama de imputação recíproca”<sup>167</sup>. Em outras palavras, mais sinteticamente, pode-se afirmar que, para Roxin, a coautoria “é reconhecida como cooperação baseada na divisão de trabalho através da participação ajustada ao fato”<sup>168</sup>.

Enquanto Welzel falava de uma “divisão de papéis” (*Rollenverteilung*), Roxin, semelhantemente, refere-se a uma “execução pela divisão de trabalhos” (*arbeitsteilige Ausführung*) para fundamentar um domínio conjunto do fato. Cada coautor “assume uma tarefa, que é essencial para a realização do fato planejado e que lhe possibilita, por meio de sua parte no fato, o domínio do acontecimento integral”<sup>169</sup>. A partir disso, Roxin estabelece como requisitos da coautoria: (1) planejamento conjunto do fato, (2) execução conjunta e (3) prática de contribuição essencial na execução.<sup>170</sup>

O planejamento conjunto é entendido como o acordo de vontades, decorrente da ideia de divisão de trabalhos. Assim, ele pode ocorrer antes ou logo no início da execução do fato, e de forma expressa ou mesmo tácita.<sup>171</sup>

A execução conjunta é totalmente necessária para caracterizar coautoria, pois “quem realiza alguma contribuição, ainda que seja importante, na etapa de preparação, porém cede a execução a outrem – à exceção dos casos de autoria mediata –, renuncia ao seu domínio”<sup>172</sup>.

A essencialidade da contribuição na execução é derivada da ideia de que “somente quando alguém exerce uma função da qual pode depender o êxito do planejado, tem o codomínio sobre o acontecimento”<sup>173</sup>. Essa contribuição pode constituir-se de condutas tipificadas ou mesmo não tipificadas, mas que sejam “importantes para o preenchimento do tipo, como no caso em que um indivíduo segura a vítima para que outro possa esbofeteá-la impedindo a sua fuga”<sup>174</sup>.

Por fim, e propositalmente antes de se adentrar a autoria mediata, ressalta-se aqui que, assim como Welzel também o fez, Roxin não admite o uso do critério do domínio do fato para aferir autoria nos delitos de violação de dever (concepção roxiniana que abrange os crimes culposos) e nos delitos de mão própria. Quanto aos primeiros, fundamental é a

167GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 30 e 31.

168ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. In: Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal. Ed. Panóptica. Número 17/nov/2009, p. 72. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Disponível em [panoptica.org/novfev2009pdf/04\_2009\_2\_nov\_fev\_69\_94pp.pdf]. Acesso em 14/jul/2014.

169ROXIN, Claus. **Strafrecht**, p. 77, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 119.

170ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 120.

171ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 120 e 121.

172ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 121.

173ROXIN, Claus. **Strafrecht**, p. 87, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 122.

174ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 122.

descrição típica: é autor quem conforma a descrita ação proibida e tenha as qualidades pessoais trazidas pelo tipo<sup>175</sup>. Quanto aos segundos, só pode ser autor quem realiza a conduta típica em sua própria pessoa (não há coautoria nem autoria mediata)<sup>176</sup>.

### 4.3.3 Autoria mediata

Na autoria mediata, conforme Roxin, “um indivíduo se serve de outro (um “intermediador”) para atingir seus fins, de tal modo que por meio da instrumentalização deste (isto é, do seu uso como um “instrumento”), aquele domina o acontecimento de forma mediata (como “homem de trás”)<sup>177</sup>. Trata-se do *domínio da vontade de um terceiro*, que se subdivide em três modalidades: (1) coação exercida sobre o homem da frente, (2) indução do homem da frente em erro, (3) domínio por meio de aparato organizado de poder. As duas primeiras serão brevemente expostas se comparadas à terceira, que é fulcro de calorosas controvérsias.

No caso de coação exercida sobre o homem da frente<sup>178</sup>, “o legislador dá a entender que quer responsabilizar o homem de trás que provoca ou se aproveita dessa situação, o que entre nós é expressamente indicado pelo art. 22 do CP”<sup>179</sup>. Assim, entende-se que o domínio da vontade está “com o homem de trás não só quando ao executor não é possível uma decisão psiquicamente independente, como também quando o direito penal não a exige mais dele”<sup>180</sup>.

Já o domínio ensejado por indução em erro<sup>181</sup>, segundo Roxin, fundamenta-se “no *conhecimento superior (überlegenes Sachwissen)* do homem de trás, que lhe permite controlar, dominar o homem da frente como se esse fosse uma marionete”<sup>182</sup>. Lembra-se aqui que, nessa hipótese, tanto o homem de trás como o da frente serão considerados autores<sup>183</sup>. “[O]u seja, Roxin reconhece a possibilidade de autoria mediata por meio de um

175Conferir GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 31 e ss.

176Conferir GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 33 e ss.

177ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 125.

178ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**, p. 167 e ss. Para conferir uma exposição crítica: ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 127 e ss.

179GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 26.

180ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 126.

181ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**, p. 194 e ss. Para conferir uma exposição crítica: ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 131 e ss.

182GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **Claus Roxin, 80 anos**, p. 102.

183GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 27.

instrumento plenamente responsável: um autor por trás do autor.”<sup>184</sup> Entretanto, não havendo dolo ou culpa na conduta do executor, este será impunível.

#### 4.3.3.1 Domínio por meio de aparato organizado de poder<sup>185</sup>

Essa modalidade de domínio do fato foi teorizada com evidente fulcro em análise de casos concretos. Pode-se dizer que Roxin tentou fundamentar doutrinariamente decisões judiciais já proclamadas e executadas, como o caso Eichmann<sup>186</sup>, que tratava de assassinatos em massa em campos de concentração<sup>187</sup>.

Pode-se resumir a “autoria de escrivania”<sup>188</sup> assim: “[a]quele que, servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo comportamento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados.”<sup>189</sup>

Trata-se de uma modalidade de domínio da vontade (e isto é fonte de grandes discussões:) em que o autor direto também é responsável. Porém, não se pode, a partir disso, sem mais, afirmar que essa modalidade consiste em um amplo extensor da delimitação de autoria<sup>190</sup>, uma vez que todos os seus quatro requisitos têm de estar presentes para configurá-la: (1) ordem oriunda de organização verticalmente estruturada; (2) organização ilícita

184GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 27.

185ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**, p. 269 e ss. Para conferir uma exposição crítica: ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 136 e ss.

186“A autoria mediata por domínio de aparatos organizados de poder é tema recorrente nas últimas publicações de Roxin, muito em razão da repercussão da teoria, acima apontada. O já mencionado caso Fujimori é o mais recente exemplo das realizações concretas desta teoria. O interessante é que o ensejo imediato, que conduziu Roxin às primeiras formulações da ideia de domínio da organização como forma de autoria mediata, foi igualmente um caso efetivamente ocorrido: o julgamento de Adolf Eichmann. Esta teoria, longe de ser uma abstração de uma mente brilhante, nasceu e cresceu no campo de batalha de casos concretos bastante delicados. Um dado histórico curioso a respeito da biografia desta teoria é que sua primeira formulação (1963) foi recusada pela *Juristenzeitung* (JZ), prestigiada revista alemã existente até os dias de hoje, por ser “excessivamente política”, sendo aceita, posteriormente, pelo *Goltdammer’s Archiv* (GA).” GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **Claus Roxin, 80 anos**, p. 120 e 121.

187“[...] caso dos assassinatos em massa nos campos de concentração, que me surgiram diante dos olhos em primeira linha no desenvolvimento do domínio por organização” ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**, p. 84

188Expressão derivada de “autores de escrivania” (*Schreibtschtättern*), que já é comum na linguagem alemã corrente. Conferir ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**, p. 70.

189GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 27 e 28.

190Deve-se não esquecer 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.” ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Domínio do fato como critério de delimitação da autoria e a Ação Penal N. 470 do STF**, p. 283.

(contrária ao direito); (3) executores fungíveis (se alguém se negar a cumprir a ordem, a execução não cessa); (4) disposição essencialmente elevada dos executores ao fato (esse foi adido anos depois, mas em nada altera os demais, nem objetiva colmatar eventual lacuna<sup>191</sup>).

O poder de comando (ordem oriunda de organização verticalmente estruturada) afasta a confusão entre autoria do homem de trás e uma eventual mera instigação, já que, controlando a organização, o homem de trás tem domínio do fato.<sup>192</sup> Aqui deve-se esclarecer que, ao contrário do “senso comum” doutrinário verificado na pesquisa desta monografia, o domínio do homem de trás não se dá sobre o executor, e sim, sobre o aparato de poder.<sup>193</sup> Daí por que, mesmo sendo o autor direto plenamente responsável, o domínio por organização configura autoria imediata: o autor direto não é mero instrumento (ele é autodeterminado)<sup>194</sup>. Instrumento é o aparato organizado de poder.

O requisito da organização ilícita (contrária ao direito) tem seu fundamento na ideia de que “[e]m organizações moldadas conforme à ordem jurídica, como sociedades empresariais em geral, é de se esperar que ordens ilegais emitidas por algum superior não sejam automaticamente cumpridas por terceiros autorresponsáveis, isto é, que não estão em erro nem coagidos.”<sup>195</sup> Portanto, Roxin refuta veementemente a aplicação de sua concepção no âmbito de delitos empresariais. Para ele, quanto a essa seara, muito mais adequada seria a

191“Em seus últimos trabalhos, Roxin acrescentou um quarto requisito para a afirmação da autoria mediata do homem de trás: a disposição consideravelmente alta para o fato do executor imediato. Roxin deixa claro, no entanto, que este requisito tem, mais do que tudo, um potencial confirmador daquilo que a afirmação dos três requisitos anteriores já praticamente demonstrava: o domínio do fato do homem de trás.” GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **Claus Roxin, 80 anos**, p. 121.

192“Um instigador não está no centro da decisão. Ele desperta a tomada de decisão, mas deve abandonar o desenvolvimento posterior do acontecimento ao instigado, o qual tem o domínio do fato determinante do acontecimento. No domínio por organização ocorre justamente o contrário: o homem de trás, que detém a alavanca do poder, decide sobre o “se” do fato, enquanto que o executor direto produz, em geral, de forma ocasional a situação concreta de atuação. Ele não pode mudar mais nada de essencial no curso do acontecimento traçado pelo aparato, senão quando muito modificá-lo.” ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**, p. 73 e 74.

193“[...] quem possibilita ao homem de trás a execução de suas ordens, não é só “instrumento” e também não é aquele que, predominantemente, deu causa com suas próprias mãos à morte da vítima. O verdadeiro instrumento é, ao contrário, o próprio aparato. Este consiste em uma diversidade de pessoas que estão inseridas em estruturas pré-estabelecidas, que atuam conjuntamente em diferentes funções condicionadas pela organização e cuja totalidade assegura ao homem de trás o domínio sobre o resultado. O executor individualmente não desempenha nenhum papel decisivo para a atuação da organização, porque ela pode dispor de muitos outros executores solícitos.” ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**, p. 78.

194“[...] o executor e o homem de trás possuem formas diferentes de domínio do fato, que não se excluem mutuamente. Quem mata a vítima com as próprias mãos, exerce o assim por mim denominado domínio da ação, portanto, um domínio que resulta da execução de um determinado ato. O homem de trás possui, de acordo com isso, o domínio por organização, isto é, uma possibilidade de influência que lhe garante a produção do resultado por ordem do aparato de poder existente sem a execução do fato pelas próprias mãos.” ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**, p. 79.

195GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 29 e 30.

positivação de tipos baseados na figura jurídica de delito por violação de dever, onde o domínio do fato não tem função alguma.<sup>196</sup>

A necessidade de ser ter executores fungíveis, sinteticamente, está em que o “cumprimento das ordens do homem de trás [...] é assegurado em grande parte justamente pelo fato de que muitos potenciais executores encontram-se à disposição, de modo que a recusa ou a perda de um indivíduo não pode impedir a realização do tipo.”<sup>197</sup> Daí também se falar em anonimato das “peças” e automatização no funcionamento dessas organizações.<sup>198</sup>

Aproveita-se para enfatizar que o último requisito, a disposição essencialmente elevada ao fato, pode não ser visto como um *pressuposto*, mas como uma *circunstância* do domínio do fato, ou seja, pode ser percebido em seus efeitos. Roxin parte da ideia de que “aquele que em um aparato organizado de poder desvinculado do direito executa o último ato de preenchimento do tipo é diferente de um autor isolado em si mesmo. Ele está sujeito a numerosas influências específicas da organização, que na verdade não excluem de modo algum a sua responsabilidade, mas o tornam “mais disposto ao fato” que outro potencial delinqüente e, visto de forma global, aumentam a probabilidade do resultado por meio de uma ordem e contribuem com o domínio do fato do homem de trás.”<sup>199</sup>

Ausente qualquer dos quatro requisitos expostos, segundo a concepção roxiniana, não há a autoria mediata por meio de aparato de poder organizado.<sup>200</sup> Como se percebe, a configuração dessa forma de autoria mediata não é uma imputação banal que pode ser feita

---

196“Parece-me mais preciso recorrer à figura jurídica dos delitos de dever, desenvolvida por mim já há décadas, e fundamentar com seu auxílio a autoria dos membros da direção, na medida em que se lhes atribui a posição de garantidores em defesa da legalidade dos atos da empresa. No Código Penal alemão sempre tivemos disposições sobre delitos praticados no exercício da função. O § 357 diz que: “Um superior que induz seus subordinados a um ato ilícito no exercício da função... ou permite que um dos seus subordinados cometa tal ato ilícito, incorre nas penas à este cominadas.” Caso se estendesse esta disposição, referente ao âmbito dos delitos praticados no exercício da função, ao superior que tem o direito de dar ordens em uma empresa econômica, esta seria uma solução sensata.” ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**, p. 91.

197ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**, p. 82.

198“[A] teoria ora em apreço foi concebida tendo em vista os aparatos organizados de poder à margem do Direito, comumente estatais (organizações estatais arbitrárias), que funcionariam de modo automático, ou seja, independentemente da identidade de seus membros. Nessas estruturas, o êxito do plano global dos dirigentes – aqui denominados *homens de trás* – estaria assegurado em função de os executores das suas ordens – os *homens da frente* – serem intercambiáveis e anônimos.” DUTRA, Bruna Martins Amorim. **A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira**. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 221. Disponível em [http://www3.esmpu.gov.br/ linha-editorial/outras-publicacoes]. Acesso em 14/jul/2014.

199ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**, p. 85 e 86.

200“[...] é necessário determinar de maneira exata os pressupostos do domínio por organização, se não se quiser, com o seu auxílio, chegar a uma ampliação sem limites da autoria mediata.” ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**, p. 88.

meramente afirmando-se que “*Fulano é autor porque era chefe do grupo.*” ou “*Fulano é autor porque deu a ordem para a execução.*” Isso é salientado por Luís Greco, quando escreve que “[c]onsiderar autor quem promove, organiza ou dirige o crime, ainda é algo defendido por vários dos que acolhem o domínio do fato, se bem que não pela maior autoridade no assunto [referindo-se a Roxin]. Mas só partindo de um conceito subjetivista de autor e abandonando a ideia de que autor é só quem tem certo domínio, isto é, um controle objetivo sobre o fato, é que se pode considerar quem “manda” autor.”<sup>201</sup>

O mencionado professor ainda reconhece que isso, erroneamente, ocorre na doutrina pátria: “[n]ão é incomum, porém, ler na literatura nacional que, segundo a teoria do domínio do fato, o “mandante” seria autor. Trata-se, contudo, de nada mais do que um erro”<sup>202</sup>.

Encerrando a abordagem à concepção roxiniana de domínio do fato, pode-se seguramente concluir, pelo menos, que ela “parte do absoluto rechaço ao sistema unitário de autor, de modo que sua construção teórica é absolutamente incompatível com uma ordem jurídica que adote um sistema unitário. Nesse sentido, vê-se que o jurista alemão procurou desenvolver não uma concepção de autoria, mas um modelo adequado à ordem jurídica alemã.”<sup>203</sup>

---

201GRECO, Luís. **Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de código penal**: projeto de lei 236/2012 do Senado Federal. In: Revista Liberdades, edição especial, reforma do código penal. IBCCrim, 2012, p. 50 e 51. Disponível em [[http://www.revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/13/artigo2.pdf](http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/13/artigo2.pdf)]. Acesso em 14/jul/2014.

202GRECO, Luís. **Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de código penal**, p. 51, nota de rodapé n. 33.

203ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 158.

#### 4.4 COMENTÁRIOS SOBRE AS CONCEPÇÕES DE DOMÍNIO DO FATO DE WELZEL E DE ROXIN COMPARADAS

Primeiramente, deve-se ressaltar que as concepções welzeliana e roxiniana de domínio do fato não se confundem. Veja-se melhor isso no seguinte quadro sinótico<sup>204</sup>:

<b>Domínio do fato em WELZEL</b>	<b>Domínio do fato em ROXIN</b>
<p>A autoria nos delitos dolosos depende de até <u>3 pressupostos</u> (/características):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• pessoais (específicos): <ul style="list-style-type: none"> <li>• objetivos: <u>eventuais posições especiais de dever</u></li> <li>• subjetivos: <u>intenção especial</u></li> </ul> </li> <li>• fático (geral): <u>domínio final do fato</u></li> </ul>	<p>Nos delitos por domínio (basicamente os comuns dolosos comissivos), o autor (figura central/chave da conduta) é quem tem o domínio do fato.</p> <p>Portanto, nesses casos, <u>o domínio do fato é pressuposto suficiente para configurar a autoria.</u></p>
<p>Identifica 3 modalidades de autoria (autoria direta, coautoria, autoria mediata), mas <u>o domínio do fato é um mesmo pressuposto para as 3, sem diferenciações.</u></p>	<p>Diferencia <u>uma modalidade de domínio do fato para cada modalidade de autoria.</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• autoria direta: domínio da própria ação</li> <li>• coautoria: domínio funcional do fato</li> <li>• autoria mediata: domínio da vontade de um terceiro</li> </ul>
<p><b>Coautoria:</b> divisão de papéis em plano elaborado conjuntamente. Há 2 requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• decisão conjunta;</li> <li>• execução conjunta.</li> </ul> <p>Uma ínfima participação na execução pode ser compensada com uma grande participação na preparação, configurando coautoria (<u>a contribuição do coautor pode, conforme o caso concreto, consistir em ato preparatório.</u>)</p>	<p><b>Coautoria:</b> divisão de trabalhos na execução do tipo. Há 3 requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• planejamento conjunto;</li> <li>• <u>execução conjunta com necessária participação na execução (não basta participação na preparação ou apoio);</u></li> <li>• a contribuição na execução deve ser essencial.</li> </ul>
<p><b>Autoria mediata.</b> Tendo domínio integral do fato, o <i>Hintermann</i> é o autor mediato (isso independe de o instrumento ser ou não punível ou agir com ou sem consciência final sobre o fato).</p> <p><u>Se o <i>Vordermann</i> tiver domínio integral/pleno do fato, o <i>Hintermann</i> será mero instigador ou indutor.</u></p>	<p><b>Autoria mediata.</b> Para caracterizá-la, <u>o <i>Vordermann</i> até pode ter domínio sobre sua ação, basta não ser punível.</u></p> <p>Única exceção (postumamente reconhecida): instrumentalização de aparato organizado de poder (no qual o <i>Vordermann</i> também é punível).</p>

<sup>204</sup>As informações desse quadro foram pioneiramente expostas, em forma de texto, em ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato:** incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: Revista eletrônica de direito penal e política criminal – UFRGS - vol. 1, n.º 1, 2013, p. 67 e ss.

Disso, já se conclui serem errôneas todas as igualações entre as concepções de domínio do fato de Welzel e de Roxin<sup>205</sup>. Pense-se em diferentes resultados práticos que seriam alcançados conforme a concepção aplicada. Por exemplo, escolhida a concepção roxiniana, não havendo essencial contribuição na execução, nunca haveria coautoria, ao contrário do resultado da aplicação da concepção welzeliana (que possibilita aferir-se coautoria em caso de contribuição em ato preparatório). Por outro lado, conforme a concepção welzeliana, nunca seria concebível, por exemplo, a autoria mediata por meio de organização (autoria de escrivania), pois Welzel refuta totalmente um “autor por trás do autor” (quando tanto o homem de trás como o da frente têm domínio do fato).

O próprio Roxin, ainda na primeira metade de sua obra “Autoria e domínio do fato”, tece ferrenhas críticas à concepção de Welzel<sup>206</sup>. Ele não parte da concepção welzeliana, nem “aprimora” o conceito de domínio do fato finalista<sup>207</sup>. Roxin contraria o finalismo defendendo o funcionalismo e desenvolve um conceito próprio de “domínio do fato”, que de forma nenhuma é equiparável ao de Welzel<sup>208</sup>.

No entanto, pode-se perceber que, caso se “misture” as concepções de Welzel e de Roxin, pode-se chegar a uma teratía doutrinária cuja amplitude da delimitação de autoria é difícil de divisar. Imagine-se somar em uma única concepção: a possibilidade roxiniana de um

---

205“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.” ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Domínio do fato como critério de delimitação da autoria e a Ação Penal N. 470 do STF**, p. 275.

206ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**, p. 89 e 90.

207“Nos anos 50-60, teve seu auge a discussão sobre os fundamentos do sistema da teoria do delito. O jovem Roxin logo assume o papel de um dos protagonistas desse debate, formulando duras críticas à concepção finalista, desenvolvida especialmente por Welzel, segundo a qual a teoria do delito tinha de fundar-se em dados ontológicos, como a estrutura da ação humana. Para Roxin, não é possível extrair de dados pré-jurídicos soluções para problemas jurídicos, de modo que a teoria do delito tem de ser construída sobre fundamentos normativos, referidos aos fins da pena e aos fins do direito penal, isto é, a política criminal. “O caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal...”. Com isso, Roxin delineia as bases de sua concepção funcional ou teleológico-racional da teoria do delito, que obteve vários adeptos dentro e fora da Alemanha e encontrou, em seu posterior Tratado, sua versão mais elaborada.” GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **Claus Roxin, 80 anos**, p. 107.

208“Se dados pré-jurídicos não são, por si sós, decisivos para resolver problemas jurídicos, o tipo penal não pode ser fundamentado nem sobre a categoria da causalidade, nem sobre a da finalidade. Partindo da consideração político-criminal de que a finalidade do direito penal é proteger bens jurídicos, deriva Roxin que os tipos apenas proíbem ações perigosas para esses bens, o que inexistirá especialmente nos casos de chamados riscos juridicamente irrelevantes (como no famoso exemplo do sobrinho que manda o tio à floresta, na esperança de que este morra atingido por um raio, o que acaba ocorrendo) e nas situações de diminuição do risco. O risco criado deve, ademais, ser juridicamente desaprovado, o que estará excluído especialmente nas hipóteses de riscos permitidos (dirigir respeitando todas as regras de trânsito).” GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **Claus Roxin, 80 anos**, p. 108 e 109.

“autor por trás do autor”, a possibilidade welzeliana de configuração de coautoria por meio de contribuição em ato preparatório e a ideia roxiniana de autossuficiência do domínio do fato para caracterizar a autoria direta, porém, com base finalista (sem a aferição funcionalista de risco ao bem jurídico) e sem o requisito das características especiais (pessoais) de autor.

Talvez seja dessa eventual confusão entre as concepções que resultem ideias como “*Agora, com o domínio do fato, não vai escapar ninguém.*”<sup>209</sup> Outra explicação seria a possível confusão entre o domínio do fato, seja de Welzel ou de Roxin, com o critério subjetivo de autoria, o qual, conforme já foi aqui demonstrado, só tem aplicação na vigência de um conceito extensivo de autoria (que parametriza as contribuições causais) e é refutado por ambos autores.<sup>210</sup>

O próximo capítulo consiste mesmo nisso: análise da doutrina nacional que pretende tratar do domínio do fato, visando-se a encontrar eventuais problemas de recepção e transmissão das concepções welzeliana e roxiniana. Por ora, com base no que foi exposto sobre elas, conclui-se com uma singela metáfora: pensar que o critério do domínio do fato (qualquer dos dois mencionados, pois ambos servem à diferenciação autor-partícipe) amplia a possibilidade de imputação criminal, é como achar que a permuta de posição entre os carros estacionados em uma garagem aumentaria a quantidade de automóveis dentro dela.

---

209Conferir GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 38.

210“Uma outra delimitação das formas de participação que não esteja de acordo com o domínio sobre a realização do tipo, sob nenhum ponto de vista pode representar um objetivo. Pois em um direito penal do fato a delimitação pode resultar somente de acordo com o peso objetivo da respectiva participação.” ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**, p. 75.

## 5 A RECEPÇÃO DO DOMÍNIO DO FATO PELA DOUTRINA BRASILEIRA

*A ciência busca razões e não autoridades.*<sup>211</sup>

Tem-se consciência de que esse capítulo pode parecer bastante crítico e áspero de tal modo que aparentaria se descuidar da deferência aos doutrinadores nacionais. Portanto, salienta-se aqui que se objetiva encontrar as raízes de eventuais problemas doutrinários (que impactam na jurisprudência), não tecer críticas meramente por assim se fazer. Para tanto, deu-se plena preferência à citação direta longa, de modo a evitar possíveis falhas interpretativas da citação indireta e eventuais deslocamentos de sentido comumente ocorridos na direta curta.

30 (trinta) obras da literatura jurídica nacional, referentes a 31 (trinta e um) autores (os números não guardam igualdade porque uma mesma obra pode ter mais de um autor, e um só autor pode ter mais de uma obra), foram pesquisadas para se chegar à exposição deste capítulo. Basicamente, em cada obra, foram analisadas todas as páginas que tratavam de concurso de pessoas e autoria.

Avisa-se aqui que não se tenta defender que apenas as concepções de Welzel e de Roxin sobre domínio do fato são válidas. Como acima já se escreveu, qualquer autor pode criar sua própria concepção. O que se deve não aceitar é que concepções de outros autores, criações jurisprudenciais ou mesmo amálgamas teóricos sejam atribuídos a Welzel ou Roxin.

Os autores analisados são abordados em ordem alfabética, tanto por motivo de facilitação na busca como para evitar qualquer ideia sobre haver alguma “preferência”.

### 5.1 BARROS<sup>212</sup>

O autor inicia a exposição sobre concurso de pessoas misturando, sob o termo “teoria”, um conceito, um sistema e um critério de autoria, como se tudo se tratasse da mesma coisa. Com isso, pretende expor “em rápida síntese, duas teorias sobre o conceito de autor” (p. 336). Disso concluiu que nosso código penal adota o critério objetivo formal “complementado” pela modalidade mediata de autoria:

---

211GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 11.

212BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1999.

A primeira, chamada extensiva, unitária ou material-objetiva, não distingue o autor do partícipe. Consoante essa teoria, autor é todo aquele que tiver dado causa a um resultado penalmente relevante. [...]

A segunda teoria, denominada restritiva ou formal-objetiva, sustenta que autor é apenas aquele que pratica a conduta típica (“núcleo do tipo”). [...] Segundo essa teoria, autor e partícipe não se confundem. O primeiro executa diretamente o núcleo do tipo; o segundo concorre, de qualquer modo, para o crime, sem realizar o núcleo do tipo. [...]

A nosso ver o Código Penal adotou a teoria restritiva – distingue, com nitidez, a participação e a autoria (art. 29), porém complementada pela teoria da autoria mediata. (p. 336 e 337)

O domínio do fato, muito breve e superficialmente abordado, é limitado à modalidade de autoria mediata em que o homem de trás cria uma situação em que o homem da frente comete crime em situação de exclusão de ilicitude. Dessa forma, o domínio do fato é exposto como se, em vez de ser um critério diferenciador de autoria e participação, fosse um critério de imputação de delito.

Não se deve, porém, limitar a autoria mediata aos casos em que o executor atua sem culpabilidade. Também se deve considerar autor mediato aquele que, tendo o domínio do fato, vale-se de um terceiro, que comete o crime desconhecendo o propósito do provocador da situação. É a chamada teoria do domínio do fato. Exemplo: “A”, desejando matar “B”, induz este a agredir “C”, que, em legítima defesa, mata “B”. “A” não partícipe, porque “B” cometeu fato ilícito. “A”, porém, deve ser punido como autor mediato, pois tinha o domínio objetivo da situação fática. [...] Invoca-se, aqui, para incriminar “A”, a teoria do domínio do fato. (p. 339 e 340)

## 5.2 BATISTA<sup>213</sup>

O autor, acertadamente, **não** confunde visões sobre o concurso eventual de pessoas, ou seja, os modelos “monista, dualista e pluralista” (possíveis respostas à pergunta “*Quantos*

---

213BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

*crimes há no concurso eventual de pessoas?”)* com os sistemas unitário e diferenciador (possíveis respostas para a pergunta “*Há distinção entre autor e partícipe?*”):

Existe na doutrina brasileira certa imprecisão terminológica. O debate monismo/dualismo/pluralismo diz respeito à consideração de responderem todos os concorrentes por um só delito ou não, e tem suas raízes no título de sua responsabilidade. Tal debate espelha, em verdade, considerações logicamente anteriores, que transitam entre uma concepção restritiva ou extensiva de autor. Outra questão é adotar a lei um sistema diferenciador ou igualitário (de base causal ou não) no tratamento dos concorrentes. A confusão pode surgir quando o sistema diferenciador for designado por “dualista”, e o igualitário por “monista”. (p. 36)

Da página 60 à 69, são abordados os critérios objetivo formal, objetivo material e subjetivo, de forma que não são aferidas as comuns confusões entre conceitos e critérios de autoria. A partir da página 69, adentra-se o domínio do fato conforme a concepção de Maurach. Ali percebe-se que foi Nilo Batista quem cunhou o apodo “final-objetivo” para o critério do domínio do fato:

Segundo um critério que chamaremos *final-objetivo*, autor será aquele que, na concreta realização do fato típico, conscientemente o domina mediante poder de determinar seu modo, e inclusive, quando possível, de interrompê-lo.

O autor deixa expresso que se manterá fundado no finalismo para abordar as modalidades de autoria (baseadas em domínio do fato), e não adentrará o funcionalismo. No entanto, logo no início do texto sobre autoria direta, encontram-se os traços da concepção roxiniana. Poucas linhas depois, tenta-se reduzir o domínio sobre a própria ação (Roxin) ao elemento fático/geral da autoria conforme Welzel, numa clara tentativa de amálgama entre as concepções:

Não nos deteremos sobre uma ainda em formação “teoria funcionalista da autoria”, por sua praticamente nenhuma repercussão no Brasil. (p. 73)

É autor direto aquele que tem o domínio do fato (*Tatherrschaft*), na forma do domínio da ação (*Handlungsherrschaft*), pela pessoal e dolosa realização da conduta típica [...]

Porém o domínio do fato (na forma de domínio da ação) é apenas o elemento geral do autor (*das generelle Tätermerkmal*), ao qual se deverão agregar, como ensina Welzel, os elementos especiais de autoria (*die speziellen täterschaftlichen Merkmale*). (p. 77)

Ao abordar a coautoria, a mistura entre diferentes concepções de domínio do fato é bastante evidente.<sup>214</sup> Pode-se divisar as ideias de Roxin, Wessels, Welzel e Maurach, sendo intercaladas como se se tratassem da mesma coisa e conduzissem ao mesmo resultado:

O fundamento dessa (co-)autoria reside também no domínio do fato, especializado agora naquilo que Roxin chamou de *domínio funcional do fato* (*funktionelle Tatherrschaft*).

Isso significa que só pode interessar como co-autor quem detenha o domínio (funcional) do fato; desprovida deste atributo, a figura cooperativa poderá situar-se na esfera da participação (instigação ou cumplicidade). O domínio funcional do fato não se subordina à execução pessoal da conduta típica ou de fragmento desta, nem deve ser pesquisado na linha de uma divisão aritmética de um domínio “integral” do fato, do qual tocaria a cada co-autor certa fração. Considerando-se o fato concreto, tal como se desenrola, o co-autor tem reais interferências sobre o seu *Se* e o *Como* [Wessels<sup>215</sup>]; apenas, face à operacional fixação de papéis, não é o único a tê-las, a finalisticamente [Welzel] conduzir o sucesso. Pode-se entretanto afirmar com Roxin que cada co-autor tem a sorte do fato total em suas mãos (*jeder das Schicksal der Gesamttat in der Hand hat*), “através de sua função específica na execução do sucesso total, porque se recusasse sua

214Isso já fora percebido e comentado em outro texto: “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 de o jurista brasileiro não ter deixado claro o limite e as diferenças entre estas duas concepções [referindo-se apenas à *welzeliana* e à *roxiniana*]. 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.” ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**: incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras, p. 66.

215WESSELS, Johannes. **Direito penal**: aspectos fundamentais. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 120. Tradução e notas de Juarez Tavares.

própria colaboração faria fracassar o fato”. A expressão “domínio funcional do fato” já é empregada na jurisprudência brasileira. (p. 101 e 102)

Sucedem que, como lembra Maurach, o domínio do fato pode estar em mãos de “*quien aparentemente se limita a simples actos de causación psíquica (inducción al delito), o a actos preparatorios o a favorecedores (complicidad en el delito)*”. Neste momento se apresentarão as dificuldades; importará sempre, considerando-se a situação concreta, verificar se o coautor era detentor do domínio funcional do fato, se poderia interferir sobre o seu *Se* e o seu *Como* [Wessels], se sua posição estrutural no decurso do acontecimento lhe permitiria interromper ou anuir em que prosseguisse a realização coletiva [Maurach], se sua desistência corresponderia ao fracasso *daquele* fato (tudo isso tendo como pressuposto seu enlace na comum resolução). (p. 105)

Por fim, com relação à abordagem da coautoria, o autor apresenta já no primeiro parágrafo o termo roxiniano “domínio da vontade” (conforme abaixo colacionado). O texto segue mantendo-se firmemente calcado na concepção de Roxin, inclusive bem expondo-se o domínio do fato por meio de aparatos de poder organizados (p. 138 e 139).

Dá-se *autoria mediata* quando, na realização de um delito, o autor se vale de um terceiro que atua como instrumento (*Werkzeug*). O fundamento da autoria mediata reside, como não poderia deixar de ser, no domínio do fato, sob a forma especial de *domínio da vontade* (*Willensherrshcraft*). (p. 129)

### 5.3 BITENCOURT<sup>216</sup>

Foram analisadas a 16<sup>a</sup> e a 17<sup>a</sup> edições do tratado de direito penal desse autor. Com relação ao concurso de pessoas, há alterações substanciais entre essas edições que devem ser mencionadas. Por exemplo, o item “Domínio do fato” deixou de ser o “5.3.” para passar a ser o item “5.2.1.”, ou seja, uma subdivisão do item “5.2. Conceito restritivo de autoria” (p. 538).

---

<sup>216</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Isso evidencia o reconhecimento do domínio do fato como um dos possíveis critérios do conceito restritivo de autoria, não como um terceiro conceito. Além disso, foi desfeita a confusão entre monismo, dualismo e pluralismo (possíveis respostas para a pergunta “*Quantos crimes há no concurso eventual de pessoas?*”) e sistemas unitário e diferenciador (possíveis respostas para a pergunta “*Há distinção entre autor e partícipe?*”). Na 17ª edição, diferentemente de na 16ª, o autor, acertadamente, distingue expressamente as duas questões:

a) *como deve ser valorado o fenômeno delitivo quando participam vários agentes*, e b) *como deve ser valorada a conduta individual de cada um*, com os problemas de diferenciação das diversas modalidades de intervenção, que podem apresentar-se em forma de concurso necessário, autoria colateral, coautoria, participação etc.? (p. 538)

Adotando a resposta monista para a primeira questão, o autor passa à análise da segunda, bem expondo os sistemas unitário e diferenciador:

[...] essa visão unitária do fenômeno criminoso, que é a resposta mais adequada [...] à pergunta acerca de *como deve ser valorado o fenômeno delitivo quando participam vários agentes*, não deve ser confundida com a segunda questão formulada, ou seja, com a indagação acerca de *como deve ser valorada a conduta individual daqueles que participam no mesmo crime*.

A esse respeito existem duas possibilidades: a) considerar todos os intervenientes no mesmo crime como autores de uma obra comum, sem fazer qualquer distinção de qualidade entre as condutas praticadas, ou b) considerar o crime praticado como o resultado da atuação de *sujeitos principais* (autor, coautor e autor mediato), e de *sujeitos acessórios* ou *secundários* (partícipes), que realizam condutas qualitativamente distintas. O primeiro modelo é conhecido como *sistema unitário* de autor, e o segundo, como *sistema diferenciador*. (p. 541)

Ao adentrar o domínio do fato, o autor cita Welzel e Roxin **sem** informar que suas visões são muito diferentes, o que induz o leitor a amalgamar ambas concepções:

Essa teoria surgiu em 1939 com o finalismo de Welzel e sua tese de que nos crimes dolosos *é autor quem tem o controle final do fato*. Mas foi através da obra de Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft* inicialmente publicada em 1963, que a *teoria do domínio do fato* foi desenvolvida, adquirindo uma importante projeção internacional, tanto na Europa como na América Latina. (p. 549)

O autor tenta classificar o domínio do fato como um critério ao mesmo tempo objetivo e subjetivo (o que é uma contradição, além de o próprio Welzel ter expressamente se oposto a isso). No mesmo trecho, é citado Jescheck de forma a insinuar que a concepção dele é igual à de Welzel. Não obstante, destaca-se que o autor acerta ao classificar o domínio do fato como um critério enquadrado no conceito de autoria restritivo:

Nem uma teoria *puramente objetiva* nem outra *puramente subjetiva* são adequadas para fundamentar a essência da autoria e fazer, ao mesmo tempo, a delimitação correta entre autoria e participação. A *teoria do domínio do fato*, partindo do conceito restritivo de autor, tem a pretensão de sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, impondo-se como uma *teoria objetivo-subjetiva*. Embora o *domínio do fato* suponha um controle final, “aspecto subjetivo”, não requer somente a *finalidade*, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato. Autor, segundo essa 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). Como ensina Welzel, “a conformação do fato mediante a vontade de realização que dirige de forma planejada é o que transforma o autor em senhor do fato”. Porém, como afirma Jescheck, não só a vontade de realização resulta decisiva para a autoria, mas também a importância material da parte que cada interveniente assume no fato. (p. 549)

Logo depois de introduzir o critério baseando-se em Welzel, o autor, sem aviso algum, expõe as consequências do domínio do fato conforme a concepção de Roxin (“domínio funcional”), novamente induzindo o leitor a misturar as concepções:

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 a outrem como instrumento (autoria mediata); 3ª) é autor o coautor que realiza uma parte necessária do plano global (“domínio funcional do fato”) embora não seja um ato típico, desde que integre a resolução delitiva comum. (p. 549 e 550)

#### 5.4 BRUNO<sup>217</sup>

Analisa-se essa obra especialmente por ser a primeira a mencionar o domínio do fato no Brasil. Na época de sua publicação, bem antes da reforma de 1984 do código penal, o paradigma do tipo ainda era o causalismo, não o finalismo. Entretanto, o autor não desconhece e aborda o conceito restritivo e o sistema diferenciador de autoria.

Logo depois de reconhecer que a redação do código penal adotou um conceito extensivo (o qual é referido como “totalitário”) e um sistema unitário de autoria, o autor apela para o ontologismo (“conformidade com a realidade”) para defender o sistema diferenciador:

O código unifica, por assim dizer, os vários partícipes em uma só categoria. Mas admitindo-se, embora, em princípio, o conceito totalitário a que se ajusta o Código, decorrente de rigorosa interpretação da teoria da equivalência das condições, no sentido de que cada partícipe, qualquer que seja o fragmento da ação que contribua para o resultado típico, é considerado autor do fato punível total, uma atitude mais conforme com a realidade e com os elementos que integram conceitualmente a ação punível conduz naturalmente a distinguir pelos menos as duas posições essenciais da participação primária e da participação secundária – autoria e participação em sentido estrito –, uma que realiza a ação típica, outra que, de qualquer modo, serve à atuação da primeira. (p. 640 e 641)

---

<sup>217</sup>BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo 2º. Rio de Janeiro: Editôra Nacional de Direito LTDA, 1956.

Uma vez que o código parametrizou as contribuições causais dos agentes do crime, o autor considera que é tarefa da doutrina diferenciar autores e partícipes:

[...] A equiparação total das várias espécies de participação, na realidade, é só aparente; a diferenciação contínua, e nisso há um convite à doutrina para que prossiga em especificar e caracterizar, como tão laboriosamente tem feito a ciência do Direito Penal, desde os práticos da fase intermediária, as situações que resultam, com reflexo na responsabilidade, do grau de participação real no atuar típico e da intensidade da deliberação no seu cometimento, sendo certo que a definição das categorias fundamentais da co-delinquência, na doutrina, representa, em relação à concepção unitária que vigorou em certo período, notável progresso científico.

De princípio, as formas de concurso de agentes podem ser classificadas em dois grupos – a co-autoria propriamente dita e a participação, conforme se trata do fato principal ou de fatos secundários, da realização típica ou de atos concorrentes. Na participação se abrangem a instigação e a cumplicidade. (p. 462)

Quando a autoria é propriamente abordada, pode-se perceber a escolha do critério objetivo formal como base para se aferir autoria. Depois de exposto esse critério, que é corretamente relacionado com um conceito restritivo de autoria, ressalva-se que ele não é o critério adotado pelo código penal:

Autor diz-se, em princípio, aquele que realiza a ação típica – aquele do qual se pode dizer que *matou* alguém, que *subtraiu* para si ou para outrem coisa alheia móvel, etc. É o agente do fato principal, em volta do qual se podem desenvolver tôdas as formas de concurso. A sua posição subsiste, com as suas consequências jurídico-penais, mesmo se com êle colabora ou cessa de colaborar a atividade de outrem. Essa é uma compreensão restritiva e bem definida do conceito de autor, que se afasta do ponto de vista em que se colocou o Código. (p. 462 e 463)

Então, dentro da abordagem da autoria, em nota de rodapé, o autor faz referência bastante tangencial ao critério welzeliano de domínio do fato (característica fática), nem mesmo mencionando as características pessoais da autoria conforme Welzel:

[...] Welzel, dentro de sua teoria finalista da ação, considera autor quem, consciente do fim, tem o domínio sobre o fato, negando que seja autor quem simplesmente deu causa ao resultado. (p. 644, nota de rodapé n. 7)

Fica muito perceptível o paradigma ainda causalista da obra quando é abordada a modalidade mediata de autoria. Escreve-se que nessa modalidade o instrumento age sem culpabilidade, especialmente por estar ausente o dolo (considera-se o dolo elemento psíquico da culpabilidade, não do tipo):

Fala-se em autoria mediata, quando o agente realiza a ação típica por intermédio de outrem que atua sem culpabilidade. Êste serve sem consciência e vontade juridicamente válidas, à semelhança de um instrumento nas mãos do agente, e então a responsabilidade jurídico-penal se transporta dêsse executor, incapaz de suportá-la, por faltar-lhe o elemento psíquico da culpabilidade, sobretudo o dolo, ao agente mediato, que é o verdadeiro autor. Sòmente a êste cabe sofrer as consequências penais do fato. (p. 645)

Mesmo tendo reconhecido, como já destacado anteriormente, que o texto do código penal adotou o conceito extensivo e o sistema unitário de autoria, o autor escreve sobre a diferenciação de autor e partícipe, abordando especificamente a participação. Note-se que a obra em análise tem mais de meio século de existência e, mesmo assim, diferentemente de muitas obras atuais, a instigação denominada impropriamente de “autoria intelectual” não é classificada como uma modalidade de autoria, e sim, como uma espécie de participação:

Instigador é aquêle que determina outrem à prática de um crime. Êste outrem deve ser capaz de responsabilidade penal. É a hipótese que a doutrina menciona sob a denominação de autoria intelectual ou psíquica. (p. 650)

A impropriedade do termo e a impossibilidade de autoria meramente intelectual, pelo menos em um sistema diferenciador, são explicitadas em nota de rodapé:

A designação, em rigor, é imprópria, porque o partícipe, de qualquer categoria que seja, concorre sempre com uma ação para a realização do fato; a interferência do concorrente vai sempre além do puramente intelectual. (p. 650, nota de rodapé n. 14)

## 5.5 BUSATO<sup>218</sup>

O autor considera que a distinção entre os sistemas unitário e diferenciador constitui-se de diversidade na distribuição de responsabilidade, em vez de diferentes formas de intervenção no delito (independentemente de se prever ou não diferentes marcos penais para essas diferentes formas de intervenção):

A primeira pergunta a ser feita é sobre se devemos repartir a responsabilidade dos diversos concorrentes por igual, adotando, assim, um sistema unitário, ou se é melhor distribuir a responsabilidade de modo desigual, adotando um sistema diferenciador. (p. 702)

Logo depois, ele expõe as “teorias” pluralista, dualista e monista sobre a quantidade de crimes no concurso eventual de pessoas como se se tratasse de subdivisões dos sistemas unitário e diferenciador (p. 702 e 703). Então, afirma vigorar uma “mescla” entre os sistemas unitário e diferenciador (coexistência), o que seria como dizer: “*Tal figura, em princípio, é um círculo, mas ela tem quatro cantos.*”:

[O] Código Penal brasileiro adota uma mescla entre a teoria unitária e a dualista. O princípio é unitário, porém, expressamente se reconhece a necessidade de matizações e bipartições que obrigam a considerar a hipótese de necessária diferenciação entre autores e partícipes. (p. 703-4)

---

<sup>218</sup>BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

Ao discorrer sobre o critério subjetivo de diferenciação entre autor e partícipe, inclusive mencionando os famosos “caso da banheira” e “caso Staschynskij”<sup>219</sup>, o domínio do fato é mencionado como se fosse consequência do critério subjetivo:

Depois de uma longa prevalência da teoria objetivo-formal na doutrina e jurisprudência brasileiras, recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça têm apontado para a teoria do domínio do fato como critério diferenciador de autores e partícipes. (p. 706)

Apesar das questões expostas até agora, o autor apresenta a vantagem de reconhecer que há grande diferença entre o domínio do fato de Welzel e o de Roxin. Por fim, ele adota a posição de Roxin. Veja-se:

A primeira construção melhor elaborada de um critério objetivo-material se costuma atribuir a Welzel, que à raiz de sua teoria finalista de ação, propôs a adoção de um critério de *domínio final do ato [sic]*, sustentando que a par de requisitos pessoais (as posições especiais de dever que eventualmente o autor possua e os elementos subjetivos especiais do injusto), a autoria deveria exigir como requisito típico [*na linguagem de Welzel, “característica fática”*] o domínio final, ou seja, que o autor seja dono e senhor do fato, enquanto realiza sua decisão de vontade com sentido. (p. 708)

Roxin, em sua famosa monografia *Täterschaft und Tatherrschaft*, foi quem mais desenvolveu o tema do domínio do fato como fundamento da identificação do autor, abrindo muito mais a discussão sobre o tema e desenvolvendo o que, em Welzel, era apenas esboçado [*melhor seria escrever: “estabelecendo explícita oposição à concepção de Welzel”*].

Roxin entende que os critérios objetivos e subjetivos previamente apresentados não são suficientes para a identificação do autor e do partícipe,

---

<sup>219</sup>Esses casos são paradigmáticos quanto ao uso jurisprudencial de um critério subjetivo de distinção autor-partícipe. No “caso da banheira” (1940), a tia de uma criança “ilegítima” recém-nascida, afogou-a em uma banheira a pedido da própria mãe. O tribunal entendeu que a tia não quis a conduta como própria, agindo apenas no interesse de sua irmã, condenando a tia como partícipe, e a mãe como autora. No “caso Staschynskij” (1962), um agente do KGB matou em território alemão dois exilados russos por ordem do alto escalão soviético. O tribunal entendeu que o agente não quis o fato como próprio e agiu sem interesse próprio. O agente foi condenado como partícipe, já que autores seriam os emissores da ordem (KGB). Para mais detalhes, conferir ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 75 a 79.

devendo ser sintetizados em torno de uma concepção que acrescenta outros elementos. O centro de onde parte a teoria é o controle a respeito da realização do crime. (p. 709)

De qualquer modo, com vistas a uma breve explicação a respeito da teoria, toma-se por base o posicionamento de Roxin a respeito da mencionada teoria. (p. 709)

Assim, dentro de uma ideia geral de *domínio do fato*, estão incluídas todas as formas de autoria, a saber, a autoria direta, onde o sujeito que realiza direta e imediatamente o delito tem o *domínio da ação*, pois efetiva a realização jurídica do delito diretamente; a autoria mediata, onde o sujeito, conquanto não realize pessoalmente o núcleo do tipo, possui o *domínio da vontade*, valendo-se de terceiro como seu instrumento, logrando impor sua própria pretensão a despeito do que queira aquele que é instrumentalizado; e, finalmente, a coautoria, onde o repartir de tarefas entre os coautores traduz um *domínio funcional* do fato, traduzido pelo cumprimento de funções que são distribuídas entre os coautores. (p. 710)

## 5.6 CAPEZ<sup>220</sup>

O autor expõe 3 “teorias” para se definir autoria: a unitária, a extensiva e a restritiva. O que se percebe é que, nisso, há confusão dos sistemas com os conceitos de autoria. Ao expor a teoria extensiva (que seria o conceito extensivo de autor), confunde-a com a existência de critérios de aplicação da pena:

[...] do mesmo modo que o conceito unitário, toma por base a teoria da equivalência dos antecedentes (*conditio sine qua non*) e não faz qualquer diferenciação entre autor e partícipe: todos são autores. Entretanto, mais moderada que a perspectiva unitária, tal corrente admite a existência de causas de diminuição de pena, com vistas a estabelecer diferentes graus de autor. [...] Passam a existir a figura do autor e do cúmplice (autor menos relevante). (p. 363)

---

<sup>220</sup>CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Ao expor as “teorias” (critérios) de autoria que se enquadram no conceito restritivo de autor, é abordado o domínio do fato mencionando-se Welzel. No entanto, o que é exposto nada tem a ver com Welzel (nem com Roxin). Veja-se:

Teoria do domínio do fato: partindo da teoria restritiva, adota um critério objetivo-subjetivo, segundo o qual autor é aquele que detém o controle final do fato *[Welzel]*, dominando toda a realização delituosa, com plenos poderes para decidir sobre sua prática, interrupção e circunstâncias *[Maurach]*. Não importa se o agente pratica ou não o verbo descrito no tipo legal *[isso seria um conceito extensivo]*, pois o que a lei *[a lei, em um sistema expressamente diferenciador, como o alemão, dá as diretrizes normativas sobre as modalidades de autoria; a análise fática de domínio do fato não é abordada por ela]* exige é o controle de todos os atos, desde o início da execução até a produção do resultado *[só na autoria direta pode haver tamanho controle (que se dá sobre a própria ação)]*. Por essa razão, o mandante, embora não realize o núcleo da ação típica, deve ser considerado autor, uma vez que detém o controle final do fato até a sua consumação, determinando a prática delitiva. (p. 363)

O autor tenta aproximar a ideia de “autoria intelectual” da ideia de “domínio do fato”. Para tanto, não chega a mencionar a exigência de aferição das características pessoais de autor (objetivas e subjetivas) para configurar autoria conforme exige a concepção welzeliana, dando margem a uma expansão da autoria. Além disso, não menciona a polêmica em torno da imputação de autoria sobre atos preparatórios, algo que, p. ex., Roxin combate muito em Welzel.

Da mesma forma, o chamado “autor intelectual” de um crime é, de fato, considerado seu autor, pois não realiza o verbo do tipo, mas planeja toda a ação delituosa, coordena e dirige a atuação dos demais. É também considerado autor qualquer um que detenha o domínio pleno da ação, mesmo que não a realize materialmente. (p. 363)

Depois de apresentar a ideia de Welzel sobre domínio do fato e de misturar autoria intelectual com isso, menciona Wessels, cuja concepção é marcadamente roxiniana, como se fosse a mesma coisa que as demais:

Wessels, partidário dessa corrente, ensina que “autor é quem, como 'figura central' (= figura-chave) do acontecimento [*termos roxinianos*], possui o domínio do fato (dirigido planificadamente ou de forma coconfigurada) e pode, assim, deter ou deixar decorrer, segundo a sua vontade, a realização do tipo. Partícipe é quem, sem um domínio próprio do fato, ocasiona ou de qualquer forma promove, como 'figura lateral' do acontecimento real [*termos roxinianos novamente*], o seu cometimento. Assim, autor é quem dirige a ação, tendo o completo domínio sobre a produção do resultado, enquanto partícipe é um simples concorrente acessório. (p. 363 e 364)

Então, o autor reproduz trecho de obra de Damásio de Jesus (adiante abordada), que pretende demonstrar como “o domínio do fato” estaria amplamente aceito pela doutrina. Nesse trecho, autores com concepções diversas e até antagônicas são listados sem qualquer advertência:

Damásio E. de Jesus, partidário dessa teoria [*até então foram abordadas, pelo menos, quatro concepções diferentes: finalista, autoria intelectual, a de Maurach e a de Wessels*], em complementação à restritiva, já que sustenta serem ambas conciliáveis, observa: “apresentando a finalidade como fundamento, é amplamente adotada pela doutrina: Welzel, Stratenwerth, Maurach, Wessels, Roxin, Schröder, Jescheck, Gallas, Blei, Zaffaroni, Muñoz Conde, Córdoba Roda, Rodríguez Devesa, Mir Puig, Bacigalupo, Enrique Cury e Bockelman. No Brasil: Manoel Pedro Pimentel, Alberto Silva Franco, Nilo Batista, Luiz Régis Prado, Cezar Bitencourt, Pierangelli e Luiz Flávio Gomes. É a teoria que passamos a adotar. De notar-se que a teoria do domínio do fato não exclui a restritiva. É um complemento.” [*lembra-se aqui que o domínio do fato é um critério pertinente ao conceito restritivo de autoria*] (p. 364)

Por fim, o autor critica o domínio do fato por ele não responder bem aos crimes culposos. No entanto, tanto Welzel como Roxin deixaram bem claro que esse critério não é aplicável aos delitos de infração de dever (dentre os quais, os culposos). Logo, o autor inventa uma pretensão para o domínio do fato, produzindo uma crítica vazia:

A teoria do domínio do fato não explica satisfatoriamente o concurso de agentes no crime culposo, pela prosaica razão de que, neste delito, o agente não quer o resultado, logo, não pode ter domínio final sobre algo que não deseja. [...] Somente o critério formal-objetivo pode, com exatidão, aplicar a participação ao delito culposo. Assim, será autor aquele que realizar o verbo do tipo culposamente, isto é, com imprudência, negligência ou imperícia, e partícipe, o que tiver concorrido com culpa, sem, no entanto, realizar o verbo do tipo.<sup>221</sup> Por exemplo: motorista imprudente atropela e mata um pedestre. Ele é o autor, pois foi ele quem matou a vítima. O acompanhante que, ao lado, o excitava, instigando-o a imprimir maior velocidade, é o partícipe. (p. 365)

## 5.7 DOTTI<sup>222</sup>

O autor inicia sua explanação sobre a autoria adotando implicitamente o conceito restritivo de autoria:

*Autor* é a pessoa física que realiza o verbo contido no tipo de ilícito. Tal realização pode ser *direta* (chamada *autoria imediata*) ou *indireta* (chamada *autoria mediata*). (p. 435)

Ao explicar a autoria mediata, menciona o domínio do fato conforme a concepção de Maurach, que entende o domínio do fato como “deter nas mãos o curso do acontecimento

<sup>221</sup>Em Welzel pode-se encontrar severas críticas à admissão de participação em crimes não dolosos: “La admisión de una participación en un hecho no doloso hace desaparecer la tipicidad [...]. La “participación en hechos principales no dolosos es “participación” sin autor y por ello no es una participación “real”, “verdadera”, sino “causatividad” (Urheberschaft).” WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, p. 136.

Ainda: “Únicamente en los tipos dolosos existe la diferencia entre autoría y participación, y sólo aquí esta diferencia es exigida por la materia misma. Quien no toma en consideración lo anterior, incurre en graves errores de interpretación en la teoría de la participación.” WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, p. 119.

<sup>222</sup>DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

típico”, o que significa poder escolher “deixar prosseguir, impedir ou interromper” a realização do tipo<sup>223</sup>:

A nota marcante da autoria mediata consiste em que o domínio do fato pertence exclusivamente ao autor e não ao executor. Em outras palavras: o autor é o sujeito que detém o domínio subjetivo do ato, podendo decidir sobre a sua interrupção ou continuidade. (p. 435)

O autor considera que a reforma de 1984 do código penal trocou o sistema unitário pelo diferenciador e o conceito extensivo pelo restritivo. Para explicar tal posição, cita Reale Júnior (adiante também abordado individualmente), que, por sua vez, tenta fundamentar o sistema diferenciador com jusnaturalismo, ou seja, “a partir de diretrizes absolutamente naturalísticas (orientadas por uma ontologia pura obsoleta)”<sup>224</sup>:

A propósito do rompimento da teoria unitária adotada pela redação original da Parte Geral do CP que equiparava autores e partícipes sob a moldura da causalidade objetiva, disse muito bem Reale Júnior: “Esta remissão à legislação e aos doutrinadores do passado justifica-se, pois por essa via demonstra-se que quando se atende ao real, acolhendo a distinção entre autores e cúmplices, sem a amarra identificadora da equivalência das condições, transplantada donexo de causalidade para a relação entre os agentes e a ação coletiva, passa-se a ter como dado fundamental da codelinquência o acordo de vontades visando a um fim comum, do qual participam autor e cúmplice, devendo cada qual responder na medida de sua culpabilidade [...]. (p. 443)

Ao tratar do partícipe, o autor demonstra adotar o critério objetivo formal para defini-lo, mesmo que esse critério não abranja a anteriormente exposta modalidade de autoria mediata. Depois disso, nada mais é abordado diretamente sobre conceitos, sistemas ou critérios de autoria:

---

223MAURACH, **Deutsches Strafrecht**: Allgemeiner Teil. Karlsruhe: C.F. Müller, 1954. p. 504, *apud*, ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**: incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras, p. 74.  
224ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, p. 108.

*Participe* é a pessoa física que concorre na ação (ou omissão) de outrem, contribuindo para a realização do tipo de ilícito. Segundo acepção comum, participar é tomar parte em algo, é colaborar para um fato alheio. Ocorre a participação quando o agente, não praticando atos executivos do delito, concorre de qualquer modo para a sua produção. Ele não cumpre o verbo descrito pela norma (“matar”, “subtrair”, “falsificar”), porém realiza uma atividade intelectual ou física que contribui para a realização do tipo. (p. 441)

## 5.8 ESTEFAM<sup>225</sup>

Ao expor as “teorias” sobre o concurso de pessoas (monista, dualista e pluralista), o autor confunde, como é comum na doutrina pátria, o monismo do concurso de pessoas com o conceito de autoria extensivo:

A primeira (*monista*), adotada como regra em nossa legislação (CP, art. 29, *caput*), determina que todo aquele que concorre para o crime responde pelas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Isto é, *atribui um só crime a todos os concorrentes*. Assim, exemplificativamente, respondem pelo crime de latrocínio (CP, art. 157, § 3º, última figura) tanto o agente que empunha a arma e efetua o disparo quanto o que, ciente de tudo, limita-se a dar-lhe cobertura.

A teoria unitária (CP, art. 29, *caput*) guarda profunda relação com a teoria da equivalência dos antecedentes (CP, art. 13, *caput*), segundo a qual se considera causa do resultado todo e qualquer fator que para ele tenha contribuído, ainda que minimamente. De modo semelhante, a infração considera-se produto da conduta de cada um, independentemente do ato praticado, desde que tenha tido alguma relevância causal para o resultado. (p. 305)

O autor anuncia três conceitos sobre autoria, mas, na prática, expõe os dois conceitos de autoria ao lado do domínio do fato, como se ele fosse um terceiro conceito em vez de um dos critérios aplicáveis no conceito restritivo:

---

225ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

a) *Conceito amplo ou extensivo de autor*: todo aquele que concorre para o crime é seu autor, mostrando-se suficiente a relevância causal e o vínculo psicológico. Como resultado, essa teoria não distingue o autor do partícipe.

b) *Conceito restritivo ou restrito de autor*: autor é aquele que realiza a conduta descrita no tipo penal, ou seja, executa a ação consubstanciada no verbo núcleo do tipo. O partícipe, por sua vez, apenas coopera com o delito, induzindo, instigando ou auxiliando materialmente seu autor.

c) *Teoria do domínio do fato*: autor é todo aquele que tem o domínio do fato, isto é, seu controle final. Seu criador foi Hans Welzel. Para muitos, trata-se de uma construção superior às anteriores. De fato, é a única que dá satisfatória explicação à figura da autoria mediata. Por *autor mediato*, entende-se aquele que, sem executar a conduta típica, controla ou manipula terceiro para que cometa o crime, utilizando-o como instrumento de sua vontade. (p. 309)

Quando trata da participação, o autor defende a utilização do critério objetivo formal:

O enquadramento penal do comportamento de um partícipe, por não se subsumir diretamente no preceito primário do tipo incriminador, dá-se mediante um procedimento de adequação típica por subordinação mediata (ou indireta), empregando-se uma norma de extensão pessoal, contida no art. 29 do CP. (p. 310)

No entanto, na página seguinte, ao expor um eventual caso concreto, defende o uso do critério do domínio do fato para configurar autoria mediata (que é incompatível com o critério objetivo formal):

[...] Quando *C* reage, em legítima defesa, mata o agressor (*B*), realizando-se o plano de *A*. Note que, pela teoria da acessoriedade limitada, *A* não seria punido, porque a conduta a que induziu resultou em legítima defesa (fato típico porém lícito). De ver, contudo, que em tais casos deve

aplicar-se a teoria do domínio do fato, figurando *A* como autor mediato. Note que sua manipulação o tornou senhor da situação, fazendo ele uso de *C* como instrumento de sua vontade. (p. 311)

Algumas páginas depois, o autor aborda diretamente o domínio do fato. Escreve que esse critério foi desenvolvido por Welzel, nada menciona sobre Roxin, e baseia todo o resto de sua exposição na concepção de Pierangeli e Zaffaroni (analisada adiante), que difere tanto da de Welzel como da de Roxin (ressalta-se que não se critica aqui a adoção da concepção de Pierangeli e Zaffaroni, apenas se expõe o tratamento do autor analisado quanto ao domínio do fato):

Desenvolvida por Hans Welzel, a teoria do domínio do fato considera *autor aquele* que detiver o *poder de decisão sobre a configuração central do fato*.

[...]

Há um setor doutrinário, representado por Pierangeli e Zaffaroni, que restringe o alcance da teoria do domínio do fato, somente a admitindo quando o sujeito se utiliza de outra pessoa que age sem dolo, atipicamente ou justificadamente, sem incluir, portanto, os casos de emprego de pessoas atuando sem culpabilidade (inculpavelmente). Segundo eles, “a falta de reprovabilidade da conduta do interposto não dá o domínio do fato ao determinador.” Nesses casos, há a figura da instigação, que é, para eles, espécie de participação. (p. 315)

## 5.9 FRAGOSO<sup>226</sup>

O autor inicia sua exposição sobre concurso de pessoas afirmando que o código penal adota o sistema unitário e então, necessariamente, também o conceito de autoria extensivo:

A lei brasileira resolveu em termos simples a questão da co-delinquência, partindo da teoria da equivalência dos antecedentes, adotada quanto à relação de causalidade. Assim como não se distingue entre os

---

<sup>226</sup>FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. 13ª ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

vários antecedentes causais do delito, não se distingue também entre os vários partícipes na empresa delituosa comum: todos são co-autores e responderão pelo crime segundo a mesma escala penal. Somente se distingue entre os diversos partícipes na aplicação da pena, que dependerá da culpabilidade maior ou menor de cada um. (p. 251)

No entanto, já na página seguinte, apela para direito natural para defender o conceito restritivo e o sistema diferenciador:

Se a lei não distingue entre autor e partícipe (em sentido estrito), considerando co-autores todos quanto concorrem para a ação delituosa, tal distinção, no entanto, está na natureza das coisas e não pode ser desconhecida pela doutrina, pois dela resultam conseqüências jurídicas.

*Autor* é quem realiza diretamente a ação típica ou quem realiza através de outrem, nos casos da chamada *autoria mediata*. *Partícipe*, em sentido amplo, é todo aquele que, de qualquer forma, concorre para a ação delituosa; em sentido estrito, é todo aquele que, *sem realizar conduta típica*, contribui para a ação típica de outrem. (p. 252)

O autor tenta aproximar a ideia de “autoria intelectual” da ideia de “domínio do fato”. Para tanto, não chega a mencionar a exigência de aferição das características pessoais de autor (objetivas e subjetivas) para configurar autoria conforme exige a concepção welzeliana, dando margem a uma expansão da autoria. Além disso, não menciona a polêmica em torno da imputação de autoria sobre atos preparatórios, algo que, p. ex., Roxin combate muito em Welzel.

Nos *crimes dolosos*, a doutrina moderna tem caracterizado como autor quem tem o *domínio final do fato*, no sentido de decidir quanto à sua realização e consumação, distinguindo-se do partícipe, que apenas cooperaria, incitando ou auxiliando. A tipicidade da ação não seria, assim, decisiva para caracterizar o autor. Necessário seria ter o agente o controle subjetivo do fato e atuar no exercício desse controle. Assim, seria autor não apenas quem realiza a conduta típica (objetiva e subjetivamente) e o autor mediato, mas também, por exemplo, o chefe de uma quadrilha que, sem

realizar a ação típica, planeja e decide a atividade dos demais, pois é ele que tem, eventualmente em conjunto com outros, o domínio final da ação. (p. 252)

Após demonstrar o domínio do fato sem aprofundamentos, o autor defende que, em vez dele, seja usado um acoplamento entre o critério objetivo formal e a modalidade de autoria mediata. Não seria mesmo a ideia de domínio de fato welzeliana ou a roxiniana (ambas concepções compreendem a autoria mediata) que o autor prefere, tendo, porém, confundido o domínio do fato com “autoria intelectual”? Veja-se:

[...] entendemos que deve ser mantida a chamada teoria formal objetiva, que delimita, com nitidez, a participação e a autoria, completada pela ideia de autoria mediata. (p. 252)

Ao abordar a participação, o autor reafirma a adoção do conceito restritivo de autor ao defender a adoção do sistema diferenciador:

Como já vimos, a participação é necessariamente acessória (*Bockelman*), porque está em função da conduta típica realizada através de conduta penalmente relevante, que acede ao fato principal, adquirindo relevância apenas quando, pelo menos, o autor inicia a execução. (p. 255)

#### 5.10 GOMES; MOLINA<sup>227</sup>

Os autores tentam encontrar três teorias dentro do conceito extensivo de autor, chamando-as de teorias negativas (porque seria negativa a resposta à pergunta “*Há diferença entre autor e partícipe no direito penal?*”). No entanto, as duas primeiras são iguais, e a terceira mostra-se apenas uma, dentre tantas, consequência do conceito extensivo focalizada (já que o acordo prévio pode ser visto como uma das contribuições causais para o resultado delitivo<sup>228</sup>):

<sup>227</sup>GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablo de. **Direito penal**: parte geral. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>228</sup>“Ao se adotar essa concepção causal de tipo, chega-se a um *conceito extensivo de autor*: quem contribui de forma causal para o resultado é autor, não importando o modo e a intensidade da contribuição.” GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 49.

Dentre as teorias *negativas* destacam-se:

1. A *teoria extensiva*, que tem fundamento na teoria da equivalência dos antecedentes causais (*conditio sine qua non*). Todos que concorrerem para o delito são autores. Ela, portanto, não distingue o autor do partícipe. Quem é condição do resultado é autor.

2. A *teoria unitária (ou da associação criminal)*: todos os que concorrem para o delito (todos os *socius sceleris*) são autores, mesmo porque o delito é um fenômeno unitário.

3. A *teoria do acordo prévio*: o prévio acordo entre todos os participantes é o suficiente para concebê-los como autores, sem se distinguir a contribuição de cada um. (p. 363)

Na página seguinte, os autores expõem critérios do sistema diferenciador sob o título de “teorias positivas” (porque seria positiva a resposta à pergunta “*Há diferença entre autor e partícipe no direito penal?*”). Note-se que o critério subjetivo pode ser empregado (e é comum que o seja) na vigência de um conceito de autoria extensivo. Portanto, pode causar confusão introduzi-lo ao lado de critérios empregados estritamente na vigência de um conceito de autoria restritivo. Os autores ainda mencionam a existência de “teorias mistas”, que, *s.m.j.*, não se trata de outra coisa além de resultado da confusão e incerteza na jurisprudência.

Dentre as *teorias positivas* (também chamadas restritivas) acham-se:

1. As *teorias subjetivas*: quem atua com *animus auctoris* é autor; diferentemente, quem age com *animus socii* é partícipe. Importa para a distinção o aspecto subjetivo do agente. O problema dessa teoria é que para a distinção entre autor e partícipe temos que levar em conta obrigatoriamente também requisitos objetivos (efetiva contribuição) e valorativos.

2. As *teorias objetivas formais*: dizem que autor é quem realiza o verbo núcleo do tipo; partícipe é quem contribui de outra maneira para o delito.

3. As *teorias objetivas materiais*: levam em conta a efetiva contribuição do agente para o resultado final. O que importa é a magnitude e

importância da conduta de cada participação, impondo-se distinguir entre causa e condição. Quem é responsável pela causa é autor; participe é quem contribui com uma condição.

4. As *teorias mistas (subjetivas e objetivas)*: admitem a distinção entre autor e participe conforme cada caso, ora preponderando o critério objetivo (realização do injusto penal), ora o subjetivo (conforme a reprovabilidade do agente). Essa combinação de critérios não pode ser aceita porque conduz a uma aplicação insegura do Direito penal. (p. 364)

Os autores abordam o domínio do fato com brevíssima menção a Welzel, já que filiam-se ao funcionalismo de Roxin (e à imputação objetiva). A brevidade não dá conta de explicar que o domínio do fato, para Welzel, não é o único requisito que compõe a autoria:

[...] foi desenvolvida a teoria do domínio do fato, que foi formulada em primeiro lugar por Welzel (é autor quem tem o domínio final do fato). Essa doutrina, em Welzel, acabou se vinculando com a teoria do injusto pessoal. Justamente por isso é que resultou refutada pela dogmática penal majoritária. Até porque, sabe-se que a antijuridicidade é predominantemente objetiva (não pessoal). (p. 364)

Na mesma página, aborda-se o domínio do fato conforme Roxin. Note-se que as três modalidades apresentadas como oriundas da concepção roxiniana (autoria direta, indireta e coautoria), conforme exposto anteriormente, pré-existiam a Roxin e já haviam sido trabalhadas por Welzel.

[...] quem aprimorou e delimitou de maneira vantajosa e superior o conteúdo da teoria do domínio do fato, entretanto, foi Roxin. A partir de sua doutrina, admite-se como autor: (a) quem tem o domínio da própria ação típica; (b) quem domina a vontade de outra pessoa; (c) quem tem o domínio funcional do fato (casos de co-autoria). (p. 364)

Na página 365, os autores mencionam, além de autoria direta, indireta e coautoria, uma quarta modalidade: “quem tem o domínio organizacional da ação típica (quem organiza, quem planeja etc.)”. Isso parece ser confusão de uma ramificação da autoria indireta

conforme o pensamento de Roxin (autoria por domínio de aparatos de poder organizados) com a ideia de autoria intelectual, ou mesmo com a possibilidade welzeliana de coautoria por meio de colaboração em atos preparatórios, porém, despida da exigência das características pessoais do autor. É esse tipo de confusão que justificaria a opinião dos autores de que “[o] conceito de autoria, depois da contribuição de Roxin, ficou bastante ampliado.” (p. 364)

Ao mencionar a autoria por meio de aparatos de poder organizados, os autores, mesmo declarando-se filiados à concepção de Roxin, não explicitam os critérios roxinianos para se aferir essa autoria, ou mesmo os confundem, já que, nessa modalidade específica, o instrumento é o aparato de poder, não o *intransiens*. Isso pode ensejar uma expansão indevida da delimitação de autoria.

Conforme o texto analisado, a autoria por meio de aparatos de poder organizados dá-se:

[...] quando o agente instrumento atua dentro de uma estrutura e poder (podendo agir de modo diverso, acaba agindo conforme as ordens emanadas do superior) (p. 367)

[...] quando o agente imediato, que serve de instrumento, atua dolosamente, mas dentro de uma estrutura de poder (organização criminosa, v.g.). O agente “instrumento” mata uma pessoa por determinação do superior. (p. 369)

Nem Welzel nem Roxin admitiam a coautoria em crime de mão própria. No entanto, os autores, mesmo filiando-se expressamente à concepção roxiniana, escrevem que o domínio do fato enseja tal categorização:

A doutrina clássica, que definia co-autor como executor do verbo núcleo do tipo, não admitia co-autoria nos crimes de mão própria. A doutrina moderna (do domínio do fato) posiciona-se em sentido contrário. Caso a ação verbal possa ser praticada pelo autor de mão própria e ainda por um terceiro, então surge a possibilidade de co-autoria. (p. 374)

Na página 381, os autores voltam a defender que o domínio do fato enseja coautoria em crime de mão própria. No entanto, até mesmo por ser um critério de autoria de conceito

restritivo de autor, segundo o domínio do fato, nunca haveria coautoria no crime de infanticídio (CP, art. 123), que é usado como exemplo:

Está previsto no art. 123 do CP, que é um tipo autônomo (não derivado). Tudo que se lê neste artigo são elementares, que se comunicam entre os agentes. Logo, quem concorre para infanticídio (sabendo de todas as elementares desse delito) responde também pelo mesmo crime. Essa responsabilidade pode dar-se a título de participação ou de co-autoria. Não há dúvida de que cabe co-autoria no crime de infanticídio quando se admite a teoria do domínio do fato. Exemplo: co-autor funcional (o co-autor segura a vítima para que a mãe possa praticar a execução do delito). (p. 381)

Novamente encontra-se grave confusão entre o domínio do fato (desta vez, do domínio por meio de aparatos de poder organizados) e a noção de autoria intelectual. Dessa forma, não é de se estranhar que tenha se espalhado a ideia de que o domínio do fato seja um critério “expansivo” da delimitação de autoria:

*Co-autor intelectual*: é o que tem o domínio organizacional ou direcional do fato e, desse modo, organiza ou planeja ou dirige a atividade dos demais. É também chamado de “co-autor de escritório”. Não se confunde com o “autor ou agente ou homem de trás”, que é o autor mediato. (p. 374)

### 5.11 GRECO<sup>229</sup>

No início da exposição sobre concurso de pessoas verifica-se confusão entre monismo (possível resposta para a pergunta “*Quantos crimes há em um concurso eventual de pessoas?*”) e sistema unitário (ausência de diferenciação entre autores e partícipes). Note-se que o sistema unitário funcional não deixa de ser, obviamente, unitário, não configurando o sistema diferenciador:

Embora o código penal tenha adotado como regra a teoria monista ou unitária, na verdade, como bem salientou Cezar Bitencourt, “os

---

<sup>229</sup>GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

parágrafos do art. 29 aproximaram a teoria monística da teoria dualística ao determinar a punibilidade diferenciada da participação”, razão pela qual Luiz Regis Prado aduz que o Código Penal adotou a teoria monista de forma “matizada ou temperada”. (p. 474)

O autor apela para direito natural (natureza das coisas, imanência etc.) para defender o sistema diferenciador. Logo em seguida classifica o domínio do fato ao lado dos conceitos de autoria (extensivo e restritivo), como se fosse um terceiro:

[...] antes de serem conceitos jurídicos, autoria e participação são conceitos imanes ao homem, isto é, já existem dentro de nós antes de qualquer definição jurídica.

Partindo desse conceito, que acompanha a nossa natureza, chegaremos às principais teorias que chamaram para si a responsabilidade de, juridicamente, identificá-los. Foram criados conceitos restritivos e extensivos de autor como situações extremas para, posteriormente, surgir uma outra conceituação, que podemos denominar de intermediária, trazida pela teoria do domínio do fato. (p. 475)

O autor confunde o conceito restritivo de autor com o critério objetivo formal:

Para aqueles que adotam um conceito restritivo, autor seria somente aquele que praticasse a conduta descrita no núcleo do tipo penal. Todos os demais que, de alguma forma, o auxiliassem, mas que não viessem a realizar a conduta narrada pelo verbo do tipo penal seriam considerados partícipes. (p. 474)

O domínio do fato é introduzido como uma “posição intermediária entre as teorias objetiva e subjetiva” (p. 478), criada por Welzel. Pretenderia o autor, com isso, afirmar que se trata de um critério intermediário entre o objetivo formal e o subjetivo (análises de ânimo e de interesse)? De qualquer forma, isso não estaria correto com base em Welzel nem com base em Roxin.

Poucas linhas depois (e com toques de filme *noir*), o autor mistura domínio do fato com autoria intelectual. Para tanto, não chega a mencionar a exigência de aferição das

características pessoais de autor (objetivas e subjetivas) para configurar autoria conforme exige a concepção welzeliana, dando margem a uma expansão da autoria. Além disso, não menciona a polêmica em torno da imputação de autoria sobre atos preparatórios, algo que, p. ex., Roxin combate muito em Welzel. Veja-se:

Pode acontecer, contudo, que o agente, em vez de ser o autor executor, seja o “homem inteligente do grupo”, e a sua função seja limitada a elucubrar o plano criminoso. A estratégia a ser assumida pelo grupo, a fim de praticar a infração penal, será de sua responsabilidade. Depois de confeccionar o plano, o mentor intelectual esgota a sua tarefa, pois que não é ágil o suficiente para acompanhar o grupo, e os aguarda em seu esconderijo. (p. 479)

Cinco linhas depois, o autor mistura termos roxinianos que nada têm a ver com a concepção welzeliana, sem advertência alguma ao incauto leitor:

A teoria do domínio funcional do fato, adotada por um grande número de doutrinadores, resolve o problema com argumentos das teorias objetiva e subjetiva, acrescentando, ainda, um dado extremamente importante, qual seja, a chamada *divisão de tarefas*. (p. 479)

Ao tratar especificamente da coautoria, a mixórdia entre as concepções de Welzel e de Roxin fica ainda mais evidente, já que o autor parte expressamente de Welzel e emenda “domínio *funcional* do fato”:

Na lapidar lição de Welzel,

“a co-autoria é autoria; sua particularidade consiste em que o domínio do fato unitário é comum a várias pessoas. Co-autor é quem possuindo as qualidades pessoais de autor é portador da decisão comum a respeito do fato e em virtude disso toma parte na execução do delito.”

Se autor é aquele que possui o domínio do fato, é o senhor de suas decisões, co-autores serão aqueles que têm o domínio funcional dos fatos, ou seja, dentro do conceito de divisão de tarefas, serão co-autores todos os que tiverem uma participação importante e necessária ao cometimento da

infração, não se exigindo que todos sejam executores, isto é, que todos pratiquem a conduta descrita no núcleo do tipo. (p. 481)

Por fim, o autor volta especificamente à autoria intelectual, citando Damásio de Jesus (abordado adiante individualmente) e corroborando que essa ideia é fundamentada pelo domínio do fato, mas sem esclarecer qual concepção (de qual autor) a fundamentaria:

Fala-se em autoria intelectual quando queremos nos referir ao “homem inteligente” do grupo, aquele que traça o plano criminoso, com todos os seus detalhes. Segundo as lições de Damásio, “na autoria intelectual o sujeito planeja a ação delituosa, constituindo o crime produto de sua criatividade”.

Pode acontecer, inclusive, que ao autor intelectual não seja atribuída qualquer função executiva do plano criminoso por ele pensado, o que não afasta, contudo, o seu *status* de autor. Pelo contrário. Pela teoria do domínio do fato percebe-se, com clareza, a sua importância para o sucesso da infração penal. (p. 488)

## 5.12 JACOB<sup>230</sup>

O autor inicia colocando um critério de autoria restritiva ao lado dos dois conceitos de autoria, obviamente misturando conceitos com critérios:

Três critérios disputam o conceito de *autoria*: o *extensivo*, o *restritivo* e o do *domínio do fato*. (p. 215)

Ao expor o domínio do fato (critério) como uma alternativa aos conceitos (extensivo e restritivo) de autoria, o autor o descreve como um aperfeiçoamento do conceito restritivo:

Recentemente aperfeiçoamento dogmático desta noção restrita de autoria, o critério do *domínio do fato* é ainda mais exato. Autor é quem detém o poder de decidir com supremacia ou hegemonia o curso do fato, o “se” e o “como” da obra comum. Ele predomina os demais.

---

230JACOB, Elias Antonio. **Direito penal**: parte geral. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

Como senhor do fato, cabe ao autor, não só liderar o desencadeamento causal, mas imprimir-lhe direção, sentido. Por isso, *a conduta de autor é a realização do tipo objetivo e do tipo subjetivo*. (p. 216)

Em seguida, explica que há quatro modalidades de autoria a partir do domínio do fato. A primeira é a direta, a segunda é a mediata. Em vez de a terceira e última ser a coautoria, são expostas mais duas “modalidades” que nada têm a ver com domínio do fato:

3) *autoria intelectual* é a atribuída a quem concebe, planeja e decide a realização, em comum, do tipo, ainda que não exteriorize seu domínio através de atos de execução. Esta espécie de autoria amolda-se às características das sofisticadas organizações criminosas;

4) *autoria colateral* é a realização simultânea do tipo objetivo, sem que os autores tenham finalidade comum. É caso de autoria singular porque os diversos autores não compartilham a intenção delituosa, desconhecendo mesmo a simultaneidade de ações. Cada qual responde pelo crime que cometeu. (p. 216 e 217)

Algumas linhas depois, a coautoria é abordada separadamente, como uma distinção da autoria colateral. Além disso, até então haviam sido usados só termos welzelianos. Porém, aqui o autor emprega termo da concepção roxiniana: “domínio funcional”, sem advertir o leitor de que isso difere-se muito da coautoria welzeliana:

[...] duas ou mais pessoas dedicam-se à *realização simultânea da conduta típica, como tarefa comum*. Os co-autores detêm, *comunitariamente, o domínio funcional do fato*. (p. 217)

### 5.13 JESUS<sup>231</sup>

Ao iniciar sua exposição sobre concurso de pessoas, o autor, em um mesmo parágrafo, mistura o critério objetivo formal, a modalidade mediata de autoria e a ideia de autoria intelectual:

---

231JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

*Autor*, em princípio, é o sujeito que executa a conduta expressa pelo verbo típico da figura delitiva. É o que *mata, provoca* aborto, *induz* alguém a suicidar-se, *constrange, subtrai, sequestra, destrói, seduz* ou *corrompe*, praticando o núcleo do tipo. É também autor quem realiza o fato por intermédio de outrem (autor mediato) ou comanda intelectualmente o fato (autor intelectual). (p. 449)

O domínio do fato é apresentado como uma teoria criada por Welzel (na verdade, Welzel nunca falou em “teoria” do domínio do fato). Ainda, afirma tratar-se de um critério “objetivo-subjetivo” (Welzel nunca escreveu isso<sup>232</sup>), ou uma “tese mista”<sup>233</sup>:

Welzel, em 1939, ao mesmo tempo que criou o finalismo, introduziu no concurso de pessoas a “teoria do domínio do fato”, partindo da tese restritiva e empregando um critério objetivo-subjetivo: autor é quem tem o controle final do fato, domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstâncias (“se”, “quando”, “onde”, “como” etc.) [...] Não é inteiramente objetiva nem subjetiva. É mista. Por isso é denominada “objetivo-subjetiva”. (p. 449)

Com intuito de apoiar sua própria adesão ao “domínio do fato”, o autor cita muitos nomes de doutrinadores que teriam também aderido a esse critério. No entanto, vários desses autores têm ideias exclusivas sobre o que entender sob o termo “domínio do fato”, inclusive incompatíveis entre si se comparadas umas às outras. Note-se ainda que, apesar de partir da concepção welzeliana (finalismo), o autor cita até Roxin, sem ressalva alguma, entre os autores que teriam “adotado” o domínio do fato<sup>234</sup> (*qual das várias concepções?*):

Apresentando a finalidade como fundamento, como na teoria finalista da ação, é amplamente adotada pela doutrina: Welzel, Stratenwerth, Maurach, Wessels, Roxin, Schröder, Jescheck, Gallas, Blei, Zaffaroni, Muñoz Conde, Córdoba Roda, Rodríguez Devesa, Mir Puig, Bacigalupo,

<sup>232</sup>Conferir acima “4.2 DOMÍNIO DO FATO EM HANS WELZEL”.

<sup>233</sup>O mesmo também encontra-se em JESUS, Damásio E. de. **Código penal anotado**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 176; e em JESUS, Damásio E. de. **Teoria do domínio do fato em concurso de pessoas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 17.

<sup>234</sup>O mesmo se encontra em JESUS, Damásio E. de. **Teoria do domínio do fato em concurso de pessoas**, p. 18.

Enrique Cury e Bockelman; no Brasil, Manoel Pedro Pimentel, Alberto Silva Franco, Nilo Batista, Luiz Régis Prado, Cezar Bittencourt, Pierangelli e Luiz Flávio Gomes. (p. 450)

Na mesma página, consta que o código penal, com a reforma de 1984, instituiu um conceito de autoria restritivo com vigência do critério objetivo formal (autor é quem executa pessoalmente o verbo típico), ao qual (o critério) o autor parece referir-se empregando o termo “teoria restritiva”. A partir dessa confusão, defende usar o domínio do fato como uma ideia anexa (“conjugada”) ao critério objetivo formal para abranger a autoria mediata. Porém, o mais esquisito é o autor defender a adoção do critério objetivo formal, depois utilizar o domínio do fato para distinguir a autoria da participação (mesmo tendo partido do critério objetivo formal, que chama de “teoria restritiva”) e depois trazê-lo novamente “somente” (como se não o tivesse utilizado antes) para abarcar a autoria mediata:

Nosso CP adotou a teoria restritiva, uma vez que os arts. 29 e 62 fazem distinção entre autor e partícipe. Assim, o art. 62, III, agrava a pena em relação ao agente que “*executa* o crime, ou nele *participa*, mediante paga ou promessa de recompensa” (destaques nossos). Quem *executa* o crime é autor; quem induz, instiga ou auxilia, considera-se partícipe, desde que não detenha o domínio do fato. Isso, entretanto, não resolve certos problemas, como o da autoria mediata, em que o sujeito vale-se outrem para cometer o delito. Daí a necessidade de a doutrina socorrer-se da teoria do domínio do fato que, aliada à restritiva, conjugam-se para dar adequação apropriada aos casos concretos. (p. 450)

O autor tenta aproximar a ideia de “autoria intelectual” da ideia de “domínio do fato”, colocando-a mesma como uma quarta modalidade de autoria. Para tanto, não chega a mencionar a exigência de aferição das características pessoais de autor (objetivas e subjetivas) para configurar autoria conforme exige a concepção welzeliana, dando margem a uma expansão da autoria.<sup>235</sup> Além disso, não menciona a polêmica em torno da imputação de autoria sobre atos preparatórios, algo que, p. ex., Roxin combate muito em Welzel. Veja-se:

---

<sup>235</sup>O mesmo também encontra-se em JESUS, Damásio E. de. **Código penal anotado**, p. 177; e em JESUS, Damásio E. de. **Teoria do domínio do fato em concurso de pessoas**, p. 18.

Na teoria do domínio do fato, a autoria abrange:

- 1.º autoria propriamente dita (autoria direta individual e imediata);
- 2.º autoria intelectual;
- 3.º autoria mediata; e
- 4.º coautoria (reunião de autorias).

[...]

Na autoria intelectual o sujeito planeja a ação delituosa, constituindo o crime produto de sua criatividade. É o caso do chefe de associação criminosa que, sem efetuar comportamento típico, planeja e decide a ação conjunta. (p. 451 e 452)

O autor parte da concepção welzeliana de domínio do fato (ao menos cita o autor e emprega seus termos finalistas). Porém, ao abordar a coautoria, divide-a em direta (“todos os sujeitos realizam a conduta típica”) e parcial e, ao explicar esta, usa termo roxiniano (“domínio funcional do fato”), sem advertência alguma sobre a diferença entre as concepções de Welzel e de Roxin:

Na coautoria (reunião de autorias), que constitui forma de autoria, o coautor realiza o verbo típico ou concretiza parte da descrição do crime, ainda que, no último caso, não seja típica a conduta perante o verbo, desde que esteja abarcada pela vontade comum de cometimento do fato. É a prática comunitária do crime. Cada um dos integrantes possui o domínio da realização do fato conjuntamente com o outro ou outros autores, com os quais tem plano comum de distribuição de atividades.

[...]

Na coautoria parcial ou funcional há divisão de tarefas executórias do delito. Trata-se do chamado “domínio funcional do fato”, assim denominado porque alude à repartição de atividades (funções) entre os sujeitos. (p. 452)

No final das linhas sobre participação, há um resumo do até então exposto, em que se pode perceber graves misturas e confusões entre as concepções welzeliana e roxiniana, entre o critério objetivo formal e o do domínio do fato, e entre o domínio do fato e a ideia de autoria intelectual:

Distinguem-se autor, coautor e partícipe. O autor detém o domínio do fato; o coautor, o domínio funcional do fato, tendo influência sobre o “se” e o “como” do crime; o partícipe só possui o domínio da *vontade* da própria conduta, tratando-se de um “colaborador”, uma figura lateral, não tendo o domínio finalista do crime. O delito não lhe pertence: ele colabora no crime alheio. O mandante é autor intelectual e não partícipe, uma vez que detém o domínio do fato. (p. 454)

Na obra “*Teoria do domínio do fato em concurso de pessoas*”<sup>236</sup>, partindo da concepção welzeliana e de exemplo concreto muito semelhante ao usado pelo próprio Welzel, o autor chega a conclusão totalmente oposta à do autor alemão.<sup>237</sup> No caso, para Welzel, o vigia seria mero partícipe, pois lhe faltaria o pressuposto fático da autoria: o próprio domínio do fato. Já para Damásio de Jesus, “segundo o domínio do fato”, a contribuição objetiva do vigia não importa para configurá-lo como autor, do que se constata que Damásio dá traços do critério subjetivo ao domínio do fato, ensejando fazê-lo parecer um critério de conceito extensivo de autoria:

Admita-se que a participação do vigia tenha somente apressado a fuga dos meliantes. Excluída, haveria delito da mesma forma, somente retardada a retirada do local. Para a teoria tradicional, incidindo o art. 13, *caput*, do Código Penal, não seria partícipe do roubo por ausência do nexó de causalidade. Tal solução não se sustenta. No caso, o sentinela deve responder pelo assalto, indispensável ou não sua conduta, desprezando-se o requisito da relação causal. (p. 8)

Por fim, na mencionada obra também se encontra menção à “autoria intelectual”, que o autor mistura com crime de mando e domínio do fato. Além disso, usa um dispositivo sobre dosimetria da pena (CP, art. 61, inc. I) para tentar alicerçar a autoria intelectual no código penal, como se agravantes e atenuantes significassem uma distinção entre autor e partícipe:

Na autoria intelectual o sujeito planeja a ação delituosa, constituindo o crime produto de sua criatividade. É o caso do chefe de

236JESUS, Damásio E. de. **Teoria do domínio do fato em concurso de pessoas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

237Conferir acima “4.2 DOMÍNIO DO FATO EM HANS WELZEL”.

quadrilha que, sem efetuar comportamento típico, planeja e decide a ação conjunta. A Constituição da República refere-se ao autor intelectual quando, determinando a inafiançabilidade dos crimes hediondos e assemelhados, emprega a expressão “mandante”. O Código Penal agrava a pena do autor intelectual, referindo-se ao sujeito que “promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes” (art. 62, I). (p. 19)

#### 5.14 MAGGIO<sup>238</sup>

A parte sobre autoria é perceptivelmente baseada nas obras de Damásio E. de Jesus (autor já abordado acima). Portanto, o domínio do fato é posicionado como se fosse um terceiro conceito de autoria (ao lado do extensivo e do restritivo) e dele se deriva a autoria intelectual. Além disso, ao expor a autoria mediata, Maggio confunde o instrumento com uma pessoa “sem condições de discernimento”, que seria utilizada “como se fosse uma arma ou um animal irracional”, quando, corretamente classificado, isso seria caso de autoria direta (como acontece, p. ex., na situação de coação física irresistível). Ainda, pode-se verificar o “acoplamento” entre o critério objetivo formal e a modalidade mediata de autoria na definição de “autor” (no último parágrafo colacionado):

**Teoria extensiva** – É a que não distingue *autor* de *partícipe*, ou seja, autor é também todo aquele que, de qualquer modo, concorre para o crime [*notar que, na verdade, pode haver conjugação entre conceito extensivo e sistema diferenciador, por meio do critério subjetivo*]

**Teoria restritiva** – É a que distingue o *autor* do *partícipe*, ou seja, autor é só aquele que realiza a conduta típica.

[...]

**Teoria do domínio do fato** – é uma outra concepção que consiste na ponte entre as teorias extensiva e restritiva. Por esta teoria introduzida por Hans Welzel (1929), *autor* é quem tem o controle final do fato, domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstâncias (*se, quando, como, onde* etc). Agindo no exercício desse

---

238MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Direito penal**. 7ª ed. Campinas, SP: Millennium, 2009.

controle, distingue-se do partícipe, que não tem o domínio do fato, apenas cooperando, induzindo, instigando ou auxiliando secundariamente. Assim, a autoria abrange:

a) *autoria propriamente dita* (autoria direta individual e imediata) – o autor ou executor realiza sozinho a conduta típica (ele tem o domínio da conduta);

b) *autoria intelectual* – o sujeito planeja a ação delituosa, constituindo o crime produto de sua criatividade. É o caso do chefe de quadrilha que, sem efetuar comportamento típico, planeja e decide a ação conjunta;

c) *autoria mediata* – *autor mediato* é aquele que se serve de outra pessoa, sem condições de discernimento para realizar, por ele, a conduta típica. A pessoa é usada como mero instrumento de atuação, como se fosse uma arma ou um animal irracional. O executor atua sem vontade ou sem consciência e, por essa razão, considera-se que a conduta principal foi realizada pelo autor mediato.

[...]

*Autor* é o sujeito que executa a conduta correspondente ao verbo núcleo do tipo, ou seja, é quem realiza a conduta principal na infração penal. É o que *mata, constrange, subtrai, destrói, seduz, corrompe*, etc. É também autor quem realiza o fato por intermédio de outrem (autor mediato).” (p. 155 e 156)

#### 5.15 MAYRINK DA COSTA<sup>239</sup>

Primeiramente, ressalta-se o reiterado cunho jusnaturalista sempre presente quando o autor defende o conceito restritivo:

Filiamo-nos à posição de *rejeição* da *teoria unitária*, na qual todos que concorrem para o delito são equiparados, como também à *teoria extensiva* do autor, aceitando a *[sic]* conceito restritivo (ôntico e real de autor). (p. 1622)

---

239MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Direito penal**: parte geral, vol. 2. 8ª ed. Rio de Janeiro: 2009.

[...] conceitos como *autoria*, *autoria mediata*, *co-autoria*, *instigação* e *cumplicidade* devem manter perante o Direito um conteúdo que tenha equivalência ao seu sentido natural. (p. 1625)

Conceitos como *autoria*, *autoria mediata*, *co-autoria*, *indução*, *cumplicidade* devem ficar ajustados juridicamente ao sentido da natureza das coisas. (p. 1630)

Segundo o autor, a reforma de 1984 do código penal acarretou o abandono do sistema unitário (e conseqüente adoção do diferenciador) e, ao mesmo tempo, a introdução do critério do domínio do fato de Welzel, já que o código foi reformulado conforme o finalismo:

*A teoria do domínio do fato* foi adotada pela Reforma da Parte Geral do Código Penal brasileiro *ex vi* da Lei nº 7.209, de 11.7.1984, estabelecendo a diferença relativa à culpabilidade de cada autor ao partícipe do fato, observada na situação típica (*na medida de sua culpabilidade*). O juiz penal, ao proceder a individualização da pena diante da situação típica, observará aquele que ao obrar tinha o domínio do fato em suas múltiplas variantes, diferenciando dos demais autores no planejamento e execução delitiva (*autoria e participação*). (p. 1633)

O autor mistura ideias de domínio do fato distintas e inverte dados cronológicos. O domínio do fato assentou-se como um critério de delimitação de autoria (um requisito da autoria, dentre outros dois possíveis) primeiramente com Welzel. Roxin, posteriormente, foi quem deu o maior impulso ao domínio do fato, e o fez precipuamente refutando a concepção de Welzel. No entanto, consta na obra analisada:

Este é o objetivo da doutrina do domínio do fato [*no texto não se esclarece qual é o pretendido objetivo*] que, iniciada por Löbe, foi impulsionada por Roxin, devendo-se a Welzel, com antecedentes em Hegel [*seria Hegler?*], Hermann Bruns e Hellmuth von Weber, a sua elaboração, alcançando posição de destaque nas legislações modernas, tendo como ponto de partida o conceito restritivo de autor [*essa parte está correta*] com sua vinculação ao tipo legal. (p. 1637)

Ao abordar a coautoria, o autor, como é comum no Brasil, mistura inconsequentemente as divergentes concepções welzeliana e roxiniana de domínio do fato. No exemplo que ilustra a mixórdia, fala em “domínio subjetivo”, o que não encontra guarida na visão de Welzel nem na de Roxin:

Para a teoria do *domínio funcional do fato*, que se identifica com o finalismo, é *autor quem obra com a vontade e possui o domínio final da ação*. Basta que se trate de uma parte *necessária* da execução do plano global dentro de uma divisão de trabalho ou papéis. É imperioso que o autor tenha o domínio subjetivo do fato e obre como tal (v.g.: o chefe de uma quadrilha de estelionatários, para dar um golpe, tem a vontade de autor e domina o ato enquanto o planeja, quando dá a ordem de execução e conta com o atuar de seus comandados). (p. 1640)

O autor mostra conhecer individualmente tanto a concepção welzeliana de domínio do fato como a roxiniana (inclui-se aí a idiossincrática e polêmica autoria por meio de aparatos de poder organizados), já que as expõe. Portanto, é curioso como ele não percebe que elas são divergentes e inconjugáveis, e insiste em amalgamá-las:

Escreve Welzel que a autoria de um injusto doloso pertence em geral ao domínio final sobre o fato, como elemento genérico pessoal do injusto nos tipos dolosos, agregando-se, em alguns casos, elementos pessoais do autor (características pessoais objetivas e subjetivas do injusto). Assim, formariam parte do *conceito do autor o domínio final sobre o fato*, com as características pessoais do autor; **(a)** subjetivo-pessoais (lascívia, torpeza, crueldade); **(b)** objetivo-pessoais (médico, funcionário público). Finaliza Welzel ressaltando que o *domínio final do fato* é a característica geral da autoria e que os momentos pessoais do autor são pressupostos. (p. 1640)

O *autor* não necessita cumprir com suas próprias mãos os atos, em cada uma de suas fases, apenas colocar em seus fins no obrar de outrem (*domínio funcional e final do fato*). (p. 1641)

A *teoria do domínio do fato* não permite uma solução igualitária para os problemas de distinção entre autor e partícipes na totalidade do

injusto. Outrossim, o conceito admite distinguir: **a)** *domínio da ação* (realização *per se* da ação típica); **b)** *domínio da vontade* (que é próprio da autoria imediata, emanada da coação exercida sobre o autor imediato, aproveitando-se do erro deste e da utilização do “*aparato organizado de poder*”); **c)** *domínio funcional do fato*, com base na divisão de trabalho, fundamento da co-autoria. (p. 1641)

No final de sua exposição sobre autoria direta, apesar de manter o emprego de termos roxinianos, o autor aborda a coautoria e contraria a ideia de domínio funcional de Roxin, afirmando que se não houver estrita separação na execução dos elementos do tipo, não há coautoria, mas “co-execução”. A justificativa mostra-se incompreensível:

Na *co-autoria* ninguém realiza *per se*, só, todos os elementos do tipo. Assim, quando vários intervenientes realizam *todos os* elementos do tipo, há uma *co-execução* de um *co-domínio de ação*, mas não uma *co-autoria*, pois ninguém tem o *domínio da ação*, somente um *domínio funcional do fato* (divisão de trabalho). (p. 1660)

Três páginas depois, o autor mistura, em um mesmo parágrafo, o finalismo de Welzel, o conceito de domínio do fato de Maurach e a modalidade de autoria mediata, tudo dentro da coautoria. Então, no parágrafo seguinte, retorna à concepção roxiniana:

*O co-autor possui o formal e material domínio do fato, sendo que este deriva do conceito final de ação.* Diz ainda Maurach que a co-autoria é a persecução com divisão de trabalho de um resultado típico, em cada um dos cooperadores, sem que deixem de ser instrumentos uns dos outros (*autoria* mediata), pois deve-se entender por domínio do fato doloso *possuir em mãos* o curso do acontecimento típico.

Em suma, pelo critério de *imputação aos co-autores*, observamos que há a concorrência plúrima de pessoas na realização do ato típico, observada a divisão de caráter estritamente necessário (divisão de trabalho), acordada em comum *antes* e *durante* a execução. Os elementos básicos ou fundamentais são a execução do fato em comum, o aporte essencial ou necessário e o acordo de vontades. Tal critério se define como *funcional*, devido à parcial realização do ato típico por vários partícipes. (p. 1663)

O autor primeiramente reconhece que, para Roxin e Welzel, não basta apenas planejar ou organizar a atividade criminosa para configurar autoria (para Roxin, mesmo a colaboração na fase de execução precisa ser “essencial”). No meio do caminho, há uma confusão (impossibilidade cronológica): a concepção de Welzel teria ampliado o domínio funcional de Roxin. No entanto, o domínio do fato de Welzel apareceu em 1939, e o de Roxin, em 1963.

Por fim, citando indiretamente um dispositivo sobre dosimetria da pena (CP, art. 61, inc. I) como se ele tratasse de distinção entre autor e partícipe, o autor tenta fundamentar a ideia de autoria intelectual (quem “dirige ou organiza a atividade criminosa”) no domínio funcional de Roxin. Porém, nesse caso, conforme Roxin, se não houver um (expresso) dispositivo de extensão da autoria (norma de extensão), tratar-se-á de instigação ou auxílio. Veja-se:

O critério *domínio funcional do fato* constitui uma estratégia dogmática alternativa para solver vários *casos* em que se exige a correlação do fato na fase executória e que afetam a posição do *organizador*. Há necessidade de que o preparador tenha dado início à realização típica obrando diretamente. A função diretora e organizadora deve se atualizar na fase da execução (o organizador atua também na direção da execução). A questão não é pacífica na doutrina, defendendo Welzel uma posição relativista de que o domínio do fato na co-autoria deve ser constatado na *fase de realização* ou *execução do injusto da ação*, ampliando o *domínio funcional do fato*, para dar oportunidade ao *organizador* entre os *co-autores*, quando for na verdade um co-autor.

[...]

O que dirige ou organiza a atividade criminosa é objeto de tratamento específico no Código Penal de 1940, cuja co-autoria tem fulcro no domínio funcional do fato. (p. 1663 e 1664)

Ao abordar a autoria mediata, o autor tenta fundamentá-la com o domínio funcional (que só existe na coautoria de Roxin). Além disso, o exemplo que segue à exposição trata-se, na verdade (ao menos tanto conforme Welzel como Roxin), de instigação, não de autoria

mediata, já que a “coação” mencionada não é suficiente para dominar a vontade do suposto instrumento:

Na *autoria mediata*, a sua determinação material se dá com a avaliação de que o instigador tenha operado com o domínio funcional do fato (v.g.: Caio, que tem amplo domínio psíquico e sexual sobre Mary Kay, determina-lhe que mate seu marido Semprônio, sob a ameaça de abandoná-la, dando-lhe o veneno e as instruções para a operacionalidade do ato executório. Haverá por parte de Caio domínio do fato e, com isso, o *critério material da autoria mediata*). (p. 1667)

Algumas páginas depois, ainda dentro da autoria mediata, após dar um exemplo de “autoria por determinação” (que, melhor analisado, trata-se de uma instigação) o autor aborda muito ligeiramente o domínio do fato por meio de aparato organizado de poder (Roxin). Entretanto, não há menção alguma aos critérios roxinianos (limites), o que ampliaria selvagemmente a delimitação de autoria:

É *autor mediato* de injusto do tipo de furto aquele que manda seu empregado, de má-fé, colher frutos na propriedade de seu vizinho com o objetivo de deles se apropriar. Também obra com *domínio do fato* com patamar no aparato do poder de organização [*aparato organizado de poder*] “quem atua atrás de uma mesa de despacho”, em cujas mãos está a organização; será sempre *autor mediato*. (p. 1670)

#### 5.16 MESTIERI<sup>240</sup>

Já foi exposto nessa obra a dupla possibilidade de interpretação do código penal quanto ao sistema de autoria adotado. A leitura da exposição de motivos é clara quanto a se tratar do sistema unitário. Porém, a reforma de 1984 ensejou a vigência do sistema diferenciador (distinção entre autores e partícipes), embora não de forma clara.

O que não se pode aceitar é uma matização entre os sistemas, algo como um sistema meio unitário meio diferenciador. Um exclui lógica e automaticamente o outro (não existe “meia” diferenciação entre autor e partícipe; diferencia-se ou não). Trata-se de sistema

---

240MESTIERI, João. **Teoria elementar do direito criminal**: parte geral. Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990.

unitário mesmo quando se distingue formas de autoria conforme o grau de culpabilidade de cada autor: é o já abordado sistema unitário funcional (que alguns chamam de “teoria unitária temperada”).

Nada disso é levado em conta quando se afirma que a regra do código penal é o sistema unitário havendo “exceções/princípios/tendências” do sistema diferenciador. E esse é o caso do trecho citado, que, além disso, parte do critério formal objetivo apelando para direito natural (“imperativo lógico e natural”) para desembocar na impossível coexistência de sistemas unitário e diferenciador:

[...] frente ao novo texto legal, seria mais correto dizer-se que o legislador adotou uma teoria unitária *temperada*, pois o instituto do concurso de agentes está subordinado à teoria da culpabilidade (Art.29, c.p.: “... na medida de sua culpabilidade”) e com isso se distingue, ainda que tacitamente, entre autoria e participação, além de limitar a punição à contribuição *pessoal* de cada protagonista.

[...]

Na progressão típica uns partícipes realizam o comportamento expresso pelo verbo ativo principal (matar, subtrair, etc.) ou qualquer ato tipicamente referido na lei incriminadora; outros limitam-se a levar a cabo condutas que, embora não sejam típicas no sentido técnico do termo, concorrem para o resultado. Por aí se vê ser a distinção entre autoria principal e secundária imperativo lógico e natural. O código, embora adotando a teoria unitária, contemplou determinados princípios tendentes a disciplinar certos graus de participação. (p. 253)

O autor defende o uso do critério do domínio do fato, porém, breve e superficialmente. Não são abordados diretamente Welzel nem Roxin, e pode-se visualizar a concepção de Maurach (“podendo decidir sobre o prosseguimento ou paralisação”). Porém, posteriormente, ao citar outro autor, fala-se em “domínio funcional”, o que implica a concepção roxiniana:

No determinar-se a noção de *autor* é sobremaneira dominante a **teoria do domínio do fato**. Por essa teoria, é autor aquele que detém o domínio da realização do fato típico, mantém o controle sobre o desenrolar

do comportamento, podendo decidir sobre o prosseguimento ou paralisação no *iter criminis*. Já o partícipe não tem esse poder, sua participação é fundamentalmente acessória por não ter ele *o domínio sobre o fato típico*.

[...]

A autoria plúrima ou co-autoria é aquela em que se dá a convergência de propósitos, sendo que todos os integrantes têm o domínio do fato, ou seja, são autores. Como ensina Juarez Cirino dos Santos o domínio *comum* do fato típico aparece como domínio *funcional* da realização da conduta típica, assim integrado: a) subjetivamente: decisão comum de realizar a conduta típica; b) objetivamente: realização comum da conduta típica decidida (divisão de trabalho). (p. 255 e 256)

#### 5.17 MIRABETE; FABBRINI<sup>241</sup>

Ao exporem as “teorias” sobre o concurso de pessoas (“monista”, “pluralista” e “dualística”), como é comum na doutrina pátria, os autores confundem o monismo do concurso de pessoas com o conceito unitário de autor. No mesmo passo, aproximam a “teoria dualística” ao sistema diferenciador e depois a confundem com o critério de autoria objetivo formal (ao afirmarem que ela não coaduna com a modalidade de autoria mediata):

Segundo a concepção tradicional da teoria *monista*, unitária ou igualitária, o crime, ainda quando tenha sido praticado em concurso de várias pessoas, permanece único e indivisível. Não se distingue entre as várias categorias de pessoas (autor, partícipe, instigador, cúmplice etc.), sendo todos *autores* (ou coautores) do crime.

[...]

Para a teoria *dualística*, ou dualista, no concurso de pessoas há um crime para os autores e outro para os partícipes. Existe no crime uma ação principal, que é a ação do autor do crime, o que executa a ação típica, e as ações secundárias, acessórias, que são as realizadas pelas pessoas que instigam ou auxiliam o autor a cometer o delito. Deve-se lembrar, entretanto, que o crime é um fato só e que, por vezes, a ação do executor é

---

<sup>241</sup>MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato M. **Manual de direito penal**: parte geral. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

menos importante que a do partícipe (casos de mandato, de coação resistível etc.). Ademais, a teoria não se ajusta aos casos de autoria mediata. (p. 212 e 213)

Ainda misturando as perguntas “*Quantos crimes há no concurso eventual de agentes?*” e “*Há distinção entre autor e partícipe?*”, os autores parecem tratar os sistemas de autoria como se fossem princípios (um poderia recuar diante do outro), além de confundirem determinação da pena com delimitação de autoria:

A ressalva legal de que se atenderá na aplicação da pena à culpabilidade de cada um dos agentes [...] e o disposto no § 2º do art. 29, que determina a punição pelo crime menos grave do concorrente que quis participar desse delito e não do realmente praticado, reduzem de muito a aplicação do princípio da unidade do crime no que diz respeito à fixação da pena em concreto no concurso de agentes. No art. 29, *caput*, determina-se que todos os que deram causa ao resultado respondam por este, mas as ressalvas desse dispositivo e do § 2º impõem a verificação quanto a cada um dos concorrentes do elemento subjetivo do crime (dolo ou culpa) e da censurabilidade da conduta. Nessas exceções, a lei aproxima-se da teoria dualista, distinguindo a *coautoria da participação*. (p. 213)

Os autores entendem que o código penal adota o conceito extensivo e o sistema unitário de autoria, e apelam para direito natural em defesa do conceito restritivo:

Quando na lei se inscreve uma descrição do crime, a ameaça da pena dirige-se àquele que realiza o tipo penal, ou seja, ao sujeito que realiza a ação tipificada. Pratica homicídio quem “mata” a vítima, pratica furto quem “subtrai” a coisa etc. O art. 29 não distingue, em princípio, entre o autor da conduta típica e o que colabora para a ocorrência do ilícito sem realizar a ação referente ao verbo-núcleo do tipo penal, considerando como autores todos quantos concorrerem para ação delituosa. Esta distinção está, porém, na natureza das coisas, ou seja, na espécie diferente de causas do resultado por parte de duas ou mais pessoas, devendo ser assinalada a distinção entre autor, coautor e partícipe. (p. 215)

O conceito restritivo de autoria é confundido com um de seus possíveis critérios, o objetivo formal, e o conceito extensivo de autoria é confundido com o critério objetivo material (que é um critério do conceito restritivo):

Quanto à conceituação de quem é “autor” do crime, foram criadas três teorias. A primeira delas fornece um conceito *restritivo* de autor, em um critério *formal-objetivo*: autor é aquele que pratica a conduta típica inscrita na lei, ou seja, aquele que realiza a ação executiva, a ação principal. É o que mata, subtrai, falsifica etc. [...] Esse conceito limitado exclui, porém, aquele que comete o crime valendo-se de quem não age com culpabilidade (menor, insano mental etc.), confundindo *autor mediato* com *partícipe*.

Uma segunda corrente formula um conceito *extensivo* de autor, em um critério *material-objetivo*: autor é não só o que realiza a conduta típica, como também aquele que concorre com uma causa para o resultado. Não se faz assim distinção entre autor e partícipe, já que todos os agentes concorreram para o resultado ao contribuírem com uma causa para o evento. (p. 216)

Paralelamente ao critério objetivo formal (aos quais os autores referiram-se como “conceito restritivo de autor”) e ao conceito extensivo de autor (aos quais os autores referiram-se como “critério material objetivo”), é exposto o domínio do fato citando-se Welzel, como uma terceira via (seria, então, um terceiro conceito de autoria):

Numa terceira posição, formulada principalmente pela doutrina alemã, conceitua-se como “autor” aquele que tem o *domínio final do fato*. Trata-se, como diz Nilo Batista, de um critério *final-objetivo*: autor será aquele que, na concreta realização do fato típico, consciente, o *domina* mediante o poder de determinar o seu modo e, inclusive, quando possível, de interrompê-lo. Autor é, portanto, segundo essa posição, quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. É não só o que executa a ação principal, o que realiza a conduta típica, como também aquele que se utiliza de uma pessoa que não age com dolo ou culpa (autoria mediata) [*na verdade, nesse caso o autor realiza, sim, a conduta típica, mas indiretamente: por meio do instrumento*]. O agente tem o controle subjetivo do fato e atua no exercício desse controle. Conforme Welzel, autor é aquele que, mediante a direção

consciente do curso causal dirigido à produção do resultado típico, tem o domínio da realização do tipo. O autor diferencia-se do mero partícipe pelo domínio finalista do acontecer; o partícipe, ou bem limita-se a colaborar no fato, dominado pelo autor de modo finalista, ou determina sua realização. (p. 216)

Apesar de exporem o domínio do fato com óbvios contornos welzelianos, sem tentarem misturar com a concepção roxiniana nem com a ideia de autoria intelectual, os autores afirmam filiar-se ao uso do critério objetivo formal “complementado” pela modalidade mediata de autoria. Sendo o domínio do fato a melhor resposta à problemática de um critério de conceito restritivo que abarque a autoria mediata, não se entende por que os autores o refutam e tentam emendar ao critério objetivo formal uma modalidade de autoria com este totalmente incongruente (essa incompatibilidade, aliás, foi determinante para que os juristas desenvolvessem o domínio do fato), para chegar ao resultado já alcançado pelo critério do domínio do fato:

Adotamos a teoria *formal-objetiva*, que delimita, com nitidez, a ação do autor (autoria) e a do partícipe (participação), complementada pela ideia da autoria mediata. *Autor* é quem realiza diretamente a ação típica, no todo ou em parte, colaborando na execução (autoria direta), ou a quem a realiza por meio de outrem que não é imputável ou não age com culpabilidade (autoria mediata). São autores, por exemplo, tanto os que desfecham golpes contra a vítima como os que a imobilizam para ser golpeada (autoria direta) e quem induz um menor a praticar um furto (autoria mediata). São coautores os que conjuntamente realizam a conduta típica. Os demais, ou seja, aqueles que, não sendo autores mediatos, colaboram na prática do delito sem realizar a conduta típica, sem participar da execução, são partícipes. (p. 217)

5.18 NUCCI<sup>242</sup>

O autor parece confundir o conceito extensivo de autoria com o critério subjetivo (o critério de diferenciação autor-partícipe que pode ser usado quando são equiparadas as contribuições causais):

O Código Penal de 1940 equiparou os vários agentes do crime, não fazendo distinção entre o coautor e o partícipe, podendo o juiz aplicar, igualmente, a pena para todos (é a denominada teoria subjetiva, ou seja, conceito extensivo de autor). (p. 375)

Segundo o autor, a reforma de 1984 estabeleceu no código penal o conceito restritivo de autoria. Ele afirma haver dois critérios dentro desse conceito: o objetivo formal (que chama de “teoria formal”) e o do domínio do fato (que chama de “teoria normativa”). Ao expor o domínio do fato, como é comum na literatura jurídico-penal brasileira, deriva dele a “autoria intelectual”. Ainda, no mesmo exemplo, tenta configurar um mandante como autor mencionando o domínio do fato:

a) *teoria formal*: autor é quem realiza a figura típica e partícipe é aquele que comete ações fora do tipo, ficando praticamente impune, não fosse a regra de extensão que o torna responsável. [...] Exemplo: quem aponta o revólver, exercendo a grave ameaça, e quem subtrai os bens da vítima são coautores de roubo, enquanto o motorista do carro que aguarda para dar fuga aos agentes é o partícipe (os dois primeiros praticaram o tipo do art. 157; o último apenas auxiliou);

b) *teoria normativa* (teoria do domínio do fato): autor é quem realiza a figura típica, mas também quem tem o controle da ação típica dos demais, dividindo-se entre “autor executor”, “autor intelectual” e “autor mediato”. O partícipe é aquele que contribui para o delito alheio, sem realizar a figura típica, nem tampouco comandar a ação. Assim, exemplificando, por essa teoria, o chefe de um grupo de *justiceiros*, que ordenou uma execução, bem como o agente que diretamente matou a vítima são coautores. (p. 375)

---

<sup>242</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Após defender o uso do critério objetivo formal, o autor escreve que o domínio do fato obriga o julgador a sempre fixar pena menor ao partícipe em face da pena do autor. Porém, o domínio do fato é um critério de delimitação de autoria, não de determinação da pena. Lembra-se aqui que a distinção entre autor e partícipe em si nada diz sobre a dosimetria da pena. “[A]inda que a autor e partícipe se cominasse a mesma pena, seria possível falar em um conceito restritivo, como se faz, em parte, na Alemanha, em que o instigador recebe a mesma pena que o autor (§ 26 StGB).”<sup>243</sup>

A teoria do domínio do fato somente tem sentido para as legislações que adotam nítida distinção entre autor e partícipe, obrigando o juiz a fixar sanção menor para quem for considerado partícipe. Foi o que aconteceu em Portugal, com a edição do Código Penal de 1982, estabelecendo que ao cúmplice deve ser aplicada a mesma pena estabelecida para o autor, *especialmente atenuada [note-se que é a lei portuguesa que assim dispõe, não o critério do domínio do fato]* (p. 376)

Por fim, menciona-se que, apesar de o autor ter expressamente filiado-se ao uso do critério objetivo formal em vez de ao do domínio do fato, ele admite a modalidade mediata de autoria, que é totalmente incompatível com o critério objetivo formal:

Em nossa visão, melhor é a teoria objetivo formal, ou seja, coautor é aquele que pratica, de algum modo, a figura típica, enquanto ao partícipe fica reservada a posição de auxílio material ou suporte moral (onde se inclui o induzimento, a instigação ou o comando) para a concretização do crime. (p. 375)

*[A autoria mediata]* [t]rata-se de uma modalidade de autoria, ocorrendo quando o agente se vale de pessoa não culpável, ou que atua sem dolo ou culpa, para executar o delito.

São situações que admitem a autoria mediata: a) valer-se de inimputável (doente mental, criança ou embriagado). [...] b) coação moral irresistível; c) obediência hierárquica; d) erro de tipo escusável, provocado por terceiro; e) erro de proibição escusável, provocado por terceiro. (p. 380)

---

<sup>243</sup>GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 72.

5.19 PRADO<sup>244</sup>

O autor confunde gravemente enfoques sobre o concurso eventual de pessoas (“*Quantos crimes há no concurso eventual de pessoas?*”) com conceitos de autoria. Tanto que expõe as “teorias pluralística, dualística e monística” no item “**Autoria e participação**”. Nisso, confunde a visão monística com o conceito extensivo de autoria. Logo depois, confunde o sistema unitário funcional (que distingue várias formas de contribuição prevendo os mesmos marcos penais para todas) com o sistema diferenciador, o que resulta no tratamento dos sistemas como se fossem “matizáveis” um pelo outro:

c) *Monística (unitária ou igualitária)* – como corolário da teoria da equivalência das condições, não faz ela qualquer distinção entre autor, coautor e partícipe: todos os que concorrem para o crime são autores dele. A participação não é entendida como *accessória*. O partícipe é sempre um coautor e responde inteiramente pelo evento. A sua origem legislativa está no Código Penal italiano (art. 110). Não se descreve as formas de realização do fato punível, todo que nele participa é seu autor. Dá lugar a um conceito unitário formal de autor, fundamentado na teoria da equivalência causal de todas as condições na produção do resultado. A principal característica desse modelo, em relação aos outros, encontra-se no fato de refutar a acessoriedade de determinadas formas de intervenção.

O Código Penal reformado (1984) adota essa teoria, ainda que de forma *matizada* ou *temperada*, já que estabeleceu certos graus de participação e um verdadeiro reforço do princípio constitucional da individualização da pena (*na medida de sua culpabilidade*). Essa diretriz, em sua origem, como corolário da teoria da equivalência das condições, não faz, em princípio, qualquer distinção entre autor, coautor e partícipe. (p. 567)

O autor só aborda os conceitos de autoria (extensivo e restritivo) – não se entende por quê – no item “**Autoria e coautoria**”. Nessa parte, há muita confusão (e não só terminológica, mas de conteúdo também) entre os conceitos extensivo e restritivo e alguns critérios de autoria (objetivo formal, subjetivo e domínio do fato). Ainda, cabe mencionar que no subitem “c)” o autor expõe, com outras palavras, o mesmo conteúdo do subitem “a)”:

---

244PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

a) *Conceito unitário ou monista* – autor é todo aquele que contribui do modo causal para a realização do fato punível (não há distinção entre autor e partícipe). Então, define-se como autor todo aquele que intervém causalmente em um fato é condição ou causa de seu resultado, e em igual medida.

b) *Conceito restritivo ou objetivo formal de autor* – autor é aquele que realiza ação típica (ou alguns de seus elementos) prevista na lei penal. A contribuição causal deve estar subsumida ao conteúdo descritivo do tipo. A autoria é determinada “pelo momento de execução de uma ação típica, enquanto que as formas de participação (instigação, cumplicidade) são entendidas como causas de extensão da punibilidade.

[...]

c) *Conceito extensivo de autor* – funda-se na teoria da *conditio sine qua non*, sendo autor aquele que concorre de qualquer modo para o resultado. Não distingue entre coautoria e participação. Esse conceito “relacionava a autoria com a causação de uma realização típica, de maneira que a instigação e a cumplicidade – por serem também causadoras da realização do tipo – apareceram materialmente como formas de autoria. Autor é aquele que coopera com a prática do delito impondo uma condição para tal. É decorrência da teoria subjetiva causal; no dizer de Welzel, é um fruto tardio da doutrina causalista da ação. (p. 568)

O domínio do fato é abordado sob o termo “conceito finalista de autor”. Por óbvio, adere-se à concepção de Welzel. No entanto, logo depois, é defendido o uso do critério objetivo formal “complementado” pela ideia welzeliana e “com correções”. Daí o autor conclui que o critério mais adequado é o roxiniano (até menciona “domínio funcional”). É difícil de entender, já que a concepção de Roxin foi construída como uma crítica ao domínio do fato de Welzel. Veja-se:

e) *Conceito finalista de autor* – fundamenta-se na doutrina finalista da ação, formulada por Welzel. Define autor como aquele que tem o domínio finalista do fato (delito doloso). No caso de delito culposo, autor é todo aquele que contribui para a produção do resultado que não corresponde ao cuidado objetivamente devido. Todo aquele que participa da finalidade

(delito doloso) e toma parte na divisão do trabalho é coautor. A consequência de os autores terem o domínio do fato é decorrente de sua qualidade de autor *[note-se que, segundo Welzel, é ao contrário: é por cumprir o requisito material de ter o domínio do fato que se enseja a qualificação como autor]*. Separa-se em termos conceituais a noção de autor e de executor. No caso, por exemplo, de autoria mediata, o autor não executa a tarefa, utiliza-se, para tanto, de outro. O partícipe não possui a finalidade característica do autor, restringe-se a colaborar, contribuir, com atividades secundárias e complementares (no “empreendimento”), na ação delitiva do autor. Entende-se, ainda, que esse conceito de autor não é decorrência do conceito de ação *[totalmente contraditório para com a concepção welzeliana]*, mas da concepção de injusto que inspira o Código.

Tem-se como preferível o agasalho de um conceito misto, isto é, um objetivo-formal, como impõe a estrita legalidade penal, sendo autor aquele que realiza a conduta típica, complementado por um critério material, representado pelo conceito finalista de autor, com algumas correções. Assim, para a mais cabal delimitação entre coautoria e participação o critério roxiniano do domínio funcional do fato parece ser o mais acertado. (p. 569)

Além de saltar indiscriminadamente da concepção welzeliana para a roxiniana, o autor considera possível que alguém execute a conduta típica sem ter o domínio do fato, o que só seria possível na concepção welzeliana, nunca no âmbito do domínio funcional do fato (Roxin):

[...] tem-se como mais ajustado ao agasalho de uma concepção pessoal de injusto um conceito de autor que considere também aquele que detém o domínio funcional do fato: autor é não apenas quem realiza a ação típica, mas também aquele que detém o domínio funcional do fato. É, portanto, autor quem realiza a conduta típica ou tenha o domínio do fato. (p. 570)

Algumas linhas depois, ainda dentro do item “Autoria e coautoria”, o autor menciona mais “teorias” sobre autoria e participação. Ele aborda o critério objetivo formal, o objetivo material e, novamente, o domínio do fato. Entretanto, aqui ele mistura em umas poucas linhas Welzel, Maurach e Roxin:

c) *Teoria do domínio do fato, objetiva final ou objetiva-subjetiva* de base finalista (Welzel, Maurach), 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 que o “autor final é o senhor e dono de sua decisão e execução (...)”. Vale dizer: “tomar nas mãos o decorrer do acontecimento típico compreendido pelo dolo.” Pode ele se expressar em domínio de vontade (autor direto e mediato) e domínio funcional do fato (coautor) [Roxin]. Tem-se como autor aquele que domina finalmente a realização do tipo de injusto doloso, visto que no injusto culposos não cabe falar em domínio final do fato. (p. 571)

Poucas linhas depois, ao expor a modalidade direta de autoria, o autor surpreende o leitor ao colocar, do nada, a autoria intelectual como integrante dessa modalidade e fundamentada no domínio do fato. Não é mencionada a exigência de aferição das características pessoais de autor (objetivas e subjetivas) para configurar autoria conforme exige a concepção welzeliana, dando-se margem a uma expansão da autoria. Além disso, o autor não menciona a polêmica em torno da imputação de autoria sobre atos preparatórios, algo que, p. ex., Roxin combate muito em Welzel:

a) *Autor direto ou imediato* – é aquele que pratica o fato punível pessoalmente. Pode ser: autor executor (*realiza materialmente a ação típica*) e autor intelectual (*sem realizá-la de modo direto, domina-a completamente*). (p. 571)

## 5.20 QUEIROZ<sup>245</sup>

O autor aborda o domínio do fato misturando muito Welzel e Roxin. Cita ambos como se tivessem impulsionado a mesma coisa, em vez de, na verdade, a concepção roxiniana ter surgido como crítica à welzeliana. Sem adentrar em cada concepção individualmente, Paulo Queiroz não demonstra como chegou à conclusão de que o mandante é autor em face do critério do domínio do fato:

---

<sup>245</sup>QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Para a teoria do domínio do fato, uma teoria mista que combina critérios objetivos e subjetivos, especialmente impulsionada por Welzel e Roxin, autor, como sugere a denominação, é a pessoa que detém o domínio da conduta delituosa, isto é, decide, em linhas gerais, o “se” e o “como” de sua realização; ou, como diz Welzel, autor é o senhor da realização do tipo, o qual, por meio do domínio final da ação, distingue-se, assim, do mero partícipe, que é quem o auxilia num ato denominado finalmente pelo autor ou que o incita à decisão de delinquir. Por conseguinte, na hipótese de “crime de mando” (v. g., um homicídio), tanto é autor o mandante do crime quanto o mandatário (executor); ambos são coautores, mesmo porque a coautoria é uma forma de autoria, cujo domínio do fato é comum a várias pessoas. (p. 289 e 290)

A concepção de Roxin (“domínio funcional”) parece ser misturada à de Welzel, uma vez que, para ser coautor, conforme Roxin, é necessário muito mais do que participar da resolução criminosa: além de ter de atuar na fase de execução, essa colaboração tem de ser “essencial”. Veja-se:

c) é autor ou coautor quem realiza uma parte necessária da execução do plano global (domínio funcional do fato), ainda que não seja um fato típico em sentido estrito, mas participando da resolução criminosa. (p. 290)

Algumas linhas depois, abordando mais diretamente a coautoria, o autor volta a aderir à concepção welzeliana, porém mistura-a com o critério subjetivo de autoria (análise do “ânimo”). Nesse trecho, em nota de rodapé (n. 25), cita Welzel, mesmo que o autor alemão tenha refutado energicamente o critério subjetivo:

A coautoria é, pois, uma forma de autoria, cuja peculiaridade consiste em que o domínio do fato unitário é comum a várias pessoas e, diferentemente da participação, em que o partícipe atua com *animus socii*, ou seja, quer o fato como alheio, o coautor atua com *animus auctoris*, isto é, ele quer o fato como próprio, de sorte que a diferença decisiva entre um e outro reside no âmbito subjetivo. (p. 291)

5.21 REALE JÚNIOR<sup>246</sup>

Ressalta-se que o autor, já no início de sua exposição sobre autoria, apela para direito natural (como se do ôntico se pudesse derivar algo deôntico) para defender o sistema diferenciador em face do unitário:

Esta busca de simplificação do fenômeno do concurso de pessoas contraria a natureza das coisas, pois há uma diferença nas condutas de autor e cúmplice que a realidade impõe como dado fático presente na experiência cotidiana [...] (p. 311)

Como tornou-se comum no Brasil, o autor mistura (ou, no mínimo, alterna seguida e indiscriminadamente) elementos da concepção de domínio do fato de Welzel com elementos da concepção roxiniana, e cita outro autor (Bottke):

Autor, portanto, será aquele que, como figura central da prática da ação típica [*Roxin*], tem o domínio do fato, ou seja, é a quem pertence a obra realizada, a quem se atribui a ação, visto exercer de modo efetivo e atual a soberania de configuração da ação, no dizer de Bottke.

De acordo com Welzel, a distinção entre autor e cúmplice não reside no aspecto exterior, e sim na circunstância de que o autor tem o domínio finalístico sobre o fato delituoso, participando de um plano comum a ser realizado, mas com governo que pode exercer sobre o fato mais do que qualquer outro.

Autor, portanto, é aquele que diretamente executa a ação típica, tendo o domínio da configuração por meio da atuação corporal, como diz Bottke, tendo o domínio da ação [*concepção roxiniana*]. O autor mediato, o autor atrás de outro autor, também tem o domínio superior de configuração da ação típica, o domínio da vontade, e o co-autor tem o domínio de configuração acordado e equivalente a de outro co-autor, um domínio funcional sobre o fato [*Roxin novamente*]. (p. 311 e 312)

Ao escrever sobre a reforma de 1984 do código penal, o autor aborda a autoria mediata e confunde o domínio da vontade (que pode configurar autoria) com a participação

---

<sup>246</sup>REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

em promoção ou organização da atividade delitiva, que não são mais do que instigação e auxílio. É como derivar, sem mais, a ideia de autoria intelectual do domínio do fato (algo infelizmente comum em grande parte da doutrina brasileira):

Mantiveram-se, por outro lado, as circunstâncias agravantes do concurso de pessoas previstas no art. 62 do Código Penal e relativas àqueles que detêm superior domínio do fato, como domínio da vontade, por promover ou organizar a cooperação delituosa, [...] (p. 314)

## 5.22 ROCHA<sup>247</sup>

Primeiramente, ressalta-se o mérito desse autor ao bem destacar em sua obra que não é qualquer direto natural, e sim, a vontade humana que determina o conceito e o sistema de autoria de um ordenamento jurídico. Concorde-se plenamente com essa posição:

Importa notar que não há uma resposta certa para o problema da incriminação no caso de concurso de pessoas. A decisão por uma ou outra solução é política, tomada por razões de conveniência na produção de determinados resultados práticos. (p. 411)

A reforma legislativa [*do código penal, em 1984*] evidencia que a distinção entre autoria e participação não é determinada pela natureza das coisas, mas pelo ponto de vista predominante. O Direito exerce intervenção essencialmente valorativa da realidade sobre a qual tem incidência. As diversas contribuições para a realização do fato punível só adquirem relevância jurídico-penal sob a ótica de uma apreciação axiológica. Em outras palavras, a distinção entre autoria e participação somente é necessária se o legislador entender conveniente atribuir respostas diferenciadas a autores e partícipes. Naturalisticamente, todas as contribuições são igualmente necessárias para a realização do fato típico, da forma como ocorreu. A identificação da contribuição mais relevante decorre de tomada de posição sobre o fato natural, ou seja, do ponto de vista de quem interpreta a realidade objetiva. A identificação do autor e do partícipe no concurso de pessoas permite individualizar pena de cada um. *Autoria e participação* são

---

247ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal**: parte geral. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

conceitos cunhados para produzir determinados efeitos práticos e não estão condicionados pela natureza das coisas, como pretendem alguns doutrinadores. (p. 423)

O autor expõe as “teorias” sobre o concurso de pessoas (“monista”, “pluralista” e “dualista”) e, como é comum na doutrina pátria, confunde o monismo do concurso de pessoas com o conceito unitário de autor. Da mesma forma, confunde a “teoria dualista” com o sistema diferenciador. Lembra-se aqui que não se pode confundir possíveis respostas para duas perguntas bem distintas: “*Quantos crimes há no concurso eventual de agentes?*” e “*Há distinção entre autor e partícipe?*”. Veja-se:

***Teoria unitária ou monista.*** A teoria unitária sustenta que, mesmo diante da intervenção de várias pessoas, verifica-se um só crime. Tal teoria fundamenta-se em critérios objetivos e considera que as diversas condutas não são praticadas autonomamente, mas convergem para a realização de um único objetivo. Por isso, deve ser único o resultado que decorre da intervenção conjunta. [...] A teoria unitária ainda encontra fundamento no princípio da causalidade, mais precisamente na concausalidade das contribuições que determinam a ocorrência do fato punível. (p. 408 e 409)

***Teoria dualista.*** Outra forma de entender a concorrência de pessoas em fatos puníveis é sustentada pela teoria dualista. Considerando a colaboração emprestada pelas diversas pessoas à produção do fato punível em duas ordens de grandeza, a teoria dualista distingue autores e partícipes, atribuindo-lhes responsabilidade por delitos autônomos. [...] Só quem realiza a ação principal deve ser considerado autor do delito. Aqueles que instigam ou ajudam o autor devem ser considerados meros partícipes. Nessa concepção, a intervenção dos partícipes somente é reprovável diante da realização do fato principal. (p. 408 e 409)

No mais, ao abordar os conceitos de autoria e seus respectivos critérios, o autor expõe com propriedade os conceitos extensivo e restritivo e os critérios subjetivo, objetivo formal, objetivo material e o domínio do fato. Os termos usados não guardam plena

equiparação com os escolhidos nesta monografia, mas em nada impedem o reconhecimento da congruência do conteúdo.

Com exceção da breve interposição entre Welzel, Roxin e uma terceira concepção, o autor adere à concepção welzeliana de domínio do fato e mantém-se congruente a ela. Não chega a adentrar especificamente na concepção roxiniana. Veja-se:

[...] autor do crime é o participante que, possuindo o controle de todo o processo causal, do começo ao fim, determina a sua ocorrência, bem como o modo pelo qual o tipo se concretizará. Na concreta realização do fato típico, o autor conscientemente domina o fato mediante o poder de determinar o seu modo de realização e, inclusive, quando possível, de terminar a sua interrupção [*concepção de Maurach*]. Assim, pode-se dizer que o autor é a figura central do fato [*Roxin*]. O partícipe, por sua vez, desenvolve um papel coadjuvante, é figura lateral que não domina os acontecimentos e empresta simples colaboração no contexto dos acontecimentos dirigidos pelo autor. Certamente, tal elaboração considera a objetiva disponibilidade sobre a execução do delito, mediante a consciente manipulação dos meios causais por uma intervenção finalisticamente orientada. (p. 427)

Por fim, menciona-se que o autor corretamente reconhece que (1) o critério do domínio do fato parte de um conceito restritivo de autoria e que (2) não se confunde com o critério objetivo formal nem com o objetivo material:

Sem dúvida, a teoria do domínio do fato é a opção teórica que melhor identifica a contribuição penalmente relevante e, por consequência, aquela que justifica a qualidade de autor. Não está adstrita às formalidades da descrição típica, mas observa a potencialidade lesiva ao bem jurídico. Embora estabeleça um critério restritivo de autor, na medida em que não reconhece a qualidade naquele participante que não domina o fato, não é mero complemento às teorias formal-objetiva e material-objetiva, mas sim verdadeira alternativa a estas. (p. 428)

5.23 SANTOS<sup>248</sup>

O autor reconhece que o texto do código penal é oriundo da vontade legislativa de instituir o sistema unitário de autoria (ao qual o autor se refere como “paradigma monístico”), porém, defende que a reforma de 1984 implantou o sistema diferenciador e, por conseguinte, teria também ensejado a aplicação do critério do domínio do fato<sup>249</sup>:

A lei penal brasileira adota, em princípio, a teoria *unitária* de autor, mas a introdução legal de critérios de distinção entre *autor* e *partícipe* transforma, na prática judicial, o paradigma *monístico* da teoria unitária em paradigma *diferenciador*, admitindo o emprego de teorias modernas sobre autoria e participação, como, por exemplo, a teoria do *domínio do fato*, cujos postulados são inteiramente compatíveis com a disciplina legal de autoria e participação no Código Penal – aliás, a Exposição de Motivos reconhece que o legislador decidiu “*optar, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a **autoria** da **participação***”, reclamada pela doutrina por causa de decisões injustas. (p. 277)

Welzel é apenas mencionado, e o autor concentra-se mesmo na concepção roxiniana de domínio do fato. Nisso, não acata a diferença entre o domínio do fato e o critério objetivo material. O problema maior é não ter deixado claro que as concepções de Welzel e de Roxin são bem distintas (uma não é um desenvolvimento da outra), além de não ter dado a devida importância à contribuição de Welzel<sup>250 251</sup>:

A teoria do *domínio do fato*, também chamada teoria objetiva material ou teoria *objetivo-subjetiva*, desenvolvida especialmente por Roxin – embora, anteriormente, Welzel tivesse falado em *domínio final do fato* –,

248 SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

249O mesmo encontra-se também em SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 347.

250Isso já fora percebido e comentado em outro texto: “[...] cumpre destacar a confusão causada por Cirino dos Santos, o qual afirma ter sido a teoria do domínio do fato “desenvolvida essencialmente por Roxin – embora, anteriormente, Welzel tivesse falado em *domínio final do fato*”. O equívoco na afirmação está em que Welzel não apenas “falou” em *domínio final do fato*, pois o jurista alemão criou, de forma absolutamente original e coerente, a primeira teoria propriamente dita do domínio do fato, sendo que isto foi reconhecido não só pelo próprio Roxin como pela doutrina alemã em geral.” ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**: incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras, p. 70.

251O mesmo encontra-se também em SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral, p. 345 e 346.

parte da premissa de que teorias somente *objetivas* ou somente *subjetivas* não oferecem critérios seguros para identificar autor e partícipe do fato punível. (p. 275 e 276)

O autor adota a concepção roxiniana de domínio do fato, já que, ao expor a autoria mediata, defende que, para ela acontecer, o instrumento tem de ser impunível. Então, no primeiro exemplo que segue a isso – e não se compreende por quê – é exposto um caso de autoria direta (código penal, art. 122)<sup>252</sup>:

As principais situações de *autoria mediata* aparecem nas hipóteses em que o instrumento realiza a ação típica, ou atua em erro (ou sem dolo), ou conforme ao direito, ou sem capacidade de culpabilidade, ou em erro de proibição inevitável, ou sem liberdade por força de coação ou de obediência hierárquica, ou sem intenção especial. Nas situações de autoria mediata, a pena do *autor mediato* é agravada e o *instrumento* é impunível, como se demonstra:

a) o instrumento realiza *ação típica* por *erro* provocado pelo autor mediato: o poder do líder de seita religiosa conduz o adepto ao suicídio voluntário, pela ilusão de alcançar vida nova no paraíso, induzida pela confiança cega do crente no mentor espiritual (definido no art. 122, CP, como *induzimento, instigação ou auxílio a suicídio*); (p. 278 e 279)

#### 5.24 SILVA<sup>253</sup>

O autor pretende expor duas “teorias” para o conceito extensivo de autor, quando, na verdade, uma é o conceito extensivo conjugado com o sistema unitário, e a outra é o conceito extensivo conjugado com o sistema diferenciador (utilizando o critério subjetivo de autoria). A contradição na exposição da “teoria extensiva” é enorme (“não se faz distinção entre autor e partícipe mas cabe ao juiz verificar a vontade de autor ou de partícipe”):

**Teoria unitária:** não faz distinção objetiva entre autor e partícipe. Foi adotada na redação original do Código Penal de 1941 (art. 25) e abandonada na reforma de 1984.

<sup>252</sup>O mesmo encontra-se também em SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**, p. 349.

<sup>253</sup>SILVA, Davi André Costa. **Direito penal**: parte geral. 3ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

**Teoria extensiva:** também não faz distinção entre autor e partícipe, mas identifica a importância da atuação de cada agente, punindo com menor rigor o que contribuiu de forma menos gravosa para o delito. Tal diferenciação é dada pela *teoria subjetiva da participação*, também denominada de teoria *subjetiva-causal*. Assim, caberia ao Juiz verificar a intenção de cada agente, ou seja, vontade de ser autor (*animus auctoris*) ou de ser partícipe (*animus socii*). (p. 390)

Ao abordar o conceito restritivo de autoria, o autor expõe os três critérios existentes para esse conceito: o objetivo formal, o objetivo material e o domínio do fato. Cabe ressaltar a semelhança entre o que o autor chama de “teoria objetivo material” com o que expôs sob a denominação “teoria extensiva”:

**Teoria objetivo material:** autor é aquele cuja *contribuição objetiva é a mais relevante* para a prática delituosa e, partícipe, o que colabora de forma menos importante na causação do resultado. Essa teoria peca, porque deixa ao exclusivo alvedrio do Juiz a análise da “relevância” da conduta, o que, pelo subjetivismo que representa, compromete a segurança jurídica. (p. 391)

Logo depois, o autor adentra o domínio do fato. Escreve que a concepção welzeliana foi “aperfeiçoada” por Roxin (quando, em verdade, pretendeu-se refutá-la). Usa termos de Welzel (como “domínio final do fato”) mas adere ao pensamento roxiniano ao citar a autoria mediata (pois esta só se daria com a utilização de instrumento “inculpável”). E pior, deriva do domínio do fato as ideias de autoria intelectual e de autoria por mandato (/por determinação):

**Teoria do domínio do fato (objetivo-final ou objetivo-subjetiva)**

Seu idealizador é Hans Welzel a partir da concepção da teoria finalista da ação e foi aperfeiçoada por Claus Roxin. A teoria do domínio do fato também faz perfeita distinção entre autor e partícipe. Autor é o agente que possui o *domínio (ou controle) final da ação*, mesmo que não realizando diretamente a conduta descrita no tipo. Assim, essa teoria enquadra, como autor, as seguintes hipóteses:

1. Aquele que realiza diretamente a conduta (*autor direto, imediato ou executor*);

2. Quem se utiliza de uma pessoa inculpável, servindo como instrumento do crime para a prática delituosa (*autor indireto ou autor mediato*);
3. Quem planeja ou coordena o crime (*autor intelectual*);
4. Quem determina a execução do crime (*mandante*) (p. 391 e 392)

O autor esboça uma crítica ao domínio do fato escrevendo que esse critério falharia ao tentar cuidar de crimes culposos. No entanto, como já exposto, Welzel e Roxin foram bem claros ao explicar que o domínio do fato só é cabível na aferição de autoria em crimes dolosos, não em crimes por violação de dever (dentre os quais, os culposos). Portanto, a crítica do autor é parametrizável à crítica de alguém que reclama que um martelo não aperta eficientemente um parafuso. Veja-se:

Embora pareça a mais abrangente, a teoria do domínio do fato, também apresenta falha, na medida em que *não se aplica aos crimes culposos*, que se produzem exatamente pela perda do domínio do agente, ou seja, por imperícia, imprudência ou negligência. (p. 392)

Por fim, menciona-se o conselho dado pelo autor ao leitor. Ele deixa patente o atual caos do ordenamento brasileiro na questão de autoria e participação:

#### **Atenção!**

Diante da divergência doutrinária a respeito da teoria que o Código Penal adotou para explicar o conceito de autor e, com isso, fazer a diferenciação do partícipe, sugere-se que, em provas de concursos, os candidatos observem a tendência da banca examinadora. (p. 392)

#### 5.25 TEOTÔNIO; LEONI<sup>254</sup>

Analisou-se o citado artigo porque ele objetivou tratar especificamente do domínio do fato. Além disso, artigos, por serem mais rápidos de se ler do que livros, podem influenciar de verdadeiros operadores do direito.

---

<sup>254</sup>TEOTÔNIO, Paulo José Freire; LEONI, Rafaela Aparecida Parizi. **Breves esclarecimentos conceituais sobre a teoria do domínio do fato**. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 58, p. 15-28, fev/mar 2014.

Os problemas encontrados no texto são enormes. Para começar, apesar de os autores identificarem o domínio do fato como critério de diferenciação entre autor e partícipe, pretendem que ele seja também um “colmatador” de lacunas probatórias:

Vale destacar, nesse passo, a repercussão da teoria em comento na definição de partícipe, pois sendo este um terceiro que contribui em crime alheio, seja auxiliando materialmente ou moralmente, nunca obterá o domínio do fato. Adversamente, será o *longamano* daquele que conduz finalisticamente o evento.

Assim, diante de casos *sub judice*, na maioria das vezes, ocorrerão dificuldades em se obter a prova de que determinada pessoa incidiu em atos executórios. Porém, caracterizando a sua dominação sobre os outros agentes, a sua sentença condenatória poderá ser provida com fundamento na teoria do domínio do fato. (p. 16 e 17)

Os autores confundem autoria mediata com eventual mandante de crime, o qual, conforme o domínio do fato tanto de Welzel como de Roxin, não passa de instigador:

Conforme a teoria em comento, autor é aquele que possui o poder de decisão sobre a realização do fato. É não apenas o sujeito que pratica a ação típica, mas, também, quem usa de outrem como instrumento para a execução da conduta típica.

Dessa forma, é uma teoria que possui aquiescência em princípios ligados ao comportamento e não ao resultado.

Assim, elevada importância é dada à atual figura do mandante do crime, uma vez que se trata, na realidade, do responsável direto da ideia introduzida no pensamento do executor do comportamento típico. (p. 17)

Os autores defendem que o código penal, com a reforma de 1984, adotou o conceito restritivo de autoria (e, conseqüentemente, um sistema diferenciador). Para fundamentar isso, usam o argumento de que o código penal agrava a punibilidade do executor em um crime ocorrido por determinação (/por mandato). Ou seja, é confundida a mera questão de determinação da pena com a questão da diferenciação entre autor e partícipe:

Nesse sentido, o Código Penal adotou a teoria restritiva, uma vez que os arts. 29 e 62 do Código Penal fazem diferença entre autor e a *[sic]* partícipe.

Dessa feita, no art. 62, inciso IV, do Código Penal, a pena aplicada em relação ao agente “executor” do delito ou que nele participa por meio de paga ou recompensa é agravada. (p. 20)

Os autores atribuem a Welzel uma definição de domínio do fato que amolda-se à concepção de Maurach, mas não à de Welzel. Então aduzem a ideia roxiniana de “figura central”, logo antes de retornar a Maurach, como se tudo fosse a mesma coisa:

Para essa doutrina, autor é o sujeito que possui o domínio final do fato, ou seja, é quem tem o controle finalístico do decurso do delito e determina a sua prática, interrupção e circunstâncias.

[...]

Portanto, para esse entendimento doutrinário, autor é o sujeito que, como “figura central”, tem o domínio do fato e dessa maneira pode deter ou deixar fluir, conforme a sua vontade, a prática da infração penal. (p. 21)

Como de praxe no Brasil, e não encontrando substrato em Welzel nem em Roxin, além de autoria direta, mediata e coautoria, uma quarta modalidade é atribuída ao domínio do fato, a “autoria intelectual”:

A autoria na teoria do domínio do fato divide-se em:

[...]

b) *Autoria intelectual*: esta espécie de autoria define o autor como aquele que planeja a infração penal, sendo o delito o resultado de sua criatividade, como, por exemplo, o chefe de quadrilha que, sem praticar conduta típica, planeja e determina a ação conjunta. (p. 22)

Depois de tantos enganos, os autores concluem, em meio a um discurso estatisticamente vazio e já desgastado de “impunidade” que o domínio do fato é um critério que “amplia o conceito de autor”. O artigo trata-se de um forte exemplo de como um critério

de conceito restritivo atingiu a fama de ampliar a delimitação de autoria: sendo muito mal compreendido pela doutrina brasileira. Veja-se:

Em resumo, a teoria do domínio do fato amplia o conceito de autor, possibilitando uma punição mais adequada ao caso concreto, evitando-se a tão propalada e malfadada impunidade, cerne de tantos lamentos da população brasileira. Necessário, contudo, entendê-la convenientemente, para que, com a devida aplicação no cotidiano forense, possa minorar o *status quo* de lastimável impunidade que assola nossa pátria. (p. 27)

Reproduz-se aqui, para uma análise comparativa, alguns trechos de obra de Damásio de Jesus (autor já abordado acima) e outros do artigo em questão (os quais, salienta-se, não trazem nota de rodapé). Com isso é possível aferir como se espalha a pseudociência sobre o domínio do fato:

<p>Welzel, em 1939, ao mesmo tempo em que criou o finalismo, introduziu no concurso de pessoas a “teoria do domínio do fato”, partindo da tese restritiva e empregando um critério objetivo-subjetivo.<sup>255</sup></p>	<p>Em 1939, Hans Welzel, simultaneamente à elaboração da teoria do finalismo, inseriu no concurso de pessoas “a teoria do domínio do fato”, tendo como ponto de partida a teoria restritiva e aplicando o critério objetivo-subjetivo. (p. 21)</p>
<p><b>4.2.1. Autoria propriamente dita</b></p> <p>Na autoria propriamente dita (autoria direta individual e imediata), o autor ou executor realiza materialmente a conduta típica (executor material individual), age sozinho, não havendo indutor, instigador ou auxiliar. Ele tem o domínio da conduta.</p> <p><b>4.2.2. Autoria intelectual</b></p> <p>Na autoria intelectual o sujeito planeja a ação delituosa, constituindo o crime produto de sua criatividade. É o caso do chefe de quadrilha que, sem efetuar comportamento típico, planeja e decide a ação conjunta.<sup>256</sup></p>	<p>a) <i>Autoria propriamente dita (autoria direta individual e imediata)</i>: nesta modalidade de autoria, o autor ou executor pratica materialmente o comportamento típico (executor material individual), age sozinho, não existindo indutor, instigador ou auxiliar. Ele possui o controle da conduta.</p> <p>b) <i>Autoria intelectual</i>: esta espécie de autoria define o autor como aquele que planeja a infração penal, sendo o delito o resultado de sua criatividade, como, por exemplo, o chefe de quadrilha que, sem praticar conduta típica, planeja e determina a ação conjunta. (p. 22)</p>

255JESUS, Damásio E. de. **Teoria do domínio do fato em concurso de pessoas**, p. 17.

256JESUS, Damásio E. de. **Teoria do domínio do fato em concurso de pessoas**, p. 18 e 19.

5.26 ZAFFARONI; PIERANGELI<sup>257</sup>

Os autores adotam de pronto o conceito restritivo (e, conseqüentemente, o sistema diferenciador) de autoria. Porém, ressalta-se que tentam fundamentá-lo ontologicamente, com argumentos que se mostram muito fracos:

[...] os conceitos de autor, cúmplice e instigador não são conceitos criados pelo direito penal, e sim tomados da vida cotidiana, da realidade, do ôntico. Numa conduta de escrever um livro o conceito de autor não se distingue, fundamentalmente, do conceito de autor na conduta de escrever uma carta injuriosa. (p. 574)

Os autores abordam o conceito extensivo de autor e sua possível conjugação com o sistema diferenciador por meio do critério subjetivo. Em seguida, abordam também o conceito restritivo e, brevemente, os critérios objetivo formal e objetivo material. Então, adentra-se no domínio do fato. Não são mencionados Welzel nem Roxin (em verdade, estranhamente, não há nota de rodapé alguma no texto inteiro sobre autoria e participação), mas pode-se identificar termos que remetem às concepções de ambos:

Possui o domínio do fato quem detém em suas mãos o curso, o “se” e o “como” do fato, podendo decidir preponderantemente a seu respeito; dito mais brevemente, o que tem o poder de decisão sobre a configuração central do fato (Samson). [...]

Embora requeira uma valoração concreta, o critério do domínio do fato, isto é, o critério segundo o qual é autor quem tem o domínio sobre a configuração central do fato, tem algumas conseqüências gerais que logo veremos. Não obstante, antes de abordá-las, devemos destacar que o critério do domínio do fato rege-se por aspectos tanto objetivos quanto subjetivos, posto que o senhorio do autor sobre o curso do fato é proporcionado tanto pela forma em que se desenvolve a causalidade em cada caso como pela direção que é imprimida a ela, não devendo ser confundida com o dolo, porque dolo também há na participação (o cúmplice e o instigador agem com dolo), sem que haja domínio do fato. (p. 577)

---

257ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Ao abordarem a autoria mediata, os autores resumem, em quadro sinótico, que é autor mediato quem se vale de um terceiro que age sem dolo, ou atipicamente ou justificadamente (p. 579). Isso lembra muito a concepção roxiniana de autor mediato por domínio da vontade. Porém, os autores divergem de Roxin ao não aceitar a autoria mediata por meio de uso de instrumento inculpável (haveria mera instigação). Como não se mostraram adeptos da concepção roxiniana, não se critica a postura dos autores (pois não confundiram concepções, e sim, expuseram uma nova ideia), apenas demonstra-se no que se diferem:

Costuma-se afirmar que há autoria mediata, quando o sujeito se vale de outro que é inculpável, isto é, de outro que comete um injusto inculpável, como acontece com quem se vale de um inimputável, de um sujeito em erro de proibição invencível ou de alguém em situação de necessidade exculpante. De nossa parte, não cremos que esta hipótese configure autoria mediata, por entender que *a falta de reprovabilidade da conduta do interposto não dá o domínio do fato ao determinador*. (p. 579)

Ao abordarem a coautoria, os autores demonstram filiar-se à concepção roxiniana, mesmo sem mencionar o autor. Empregam o termo “domínio funcional do fato”, salientam a análise de eventual planejamento conjunto e defendem a necessidade de a contribuição na execução ser essencial para se configurar a coautoria:

A explicação, para esses casos [*de coautoria*], é dada pelo chamado “domínio funcional do fato”, isto é, quando a contribuição que cada um traz para o fato é de tal natureza que, de acordo com o plano concreto do fato, sem ela o fato não poderia ter sido realizado, temos um caso de coautoria e não de participação. Isto deve ser avaliado em consonância com cada fato concreto, e tendo em conta o seu planejamento. (p. 581)

Por fim destaca-se que os autores, ao contrário de ampla maioria na literatura jurídico-penal brasileira, acertadamente não misturam autoria por determinação com domínio do fato. Eles reconhecem no código penal, art. 29, uma cláusula de extensão da punibilidade

e, a partir dela, e não do critério do domínio do fato, encontram guarida para a figura do “autor de determinação”. Isso fica claro no seguinte trecho:

Deve ficar claro, que não se trata de autoria do delito, mas de um tipo especial de concorrência, em que autor só pode ser apenado como autor da determinação em si, e não do delito a que tenha determinado. A mulher não é apenada como autora de estupro [*isso na redação antiga desse tipo penal*], mas lhe será aplicada a pena deste crime por haver cometido o delito de determinar para o estupro; o sujeito não é apenado como autor de corrupção passiva, mas como autor da determinação à corrupção passiva. (p. 585)

## 5.27 BREVES COMENTÁRIOS

A imensa e intensa disparidade de conteúdo entre os autores é (sem hipérbole) assustadora. E não se trata da comum divergência doutrinária que ocorre no direito (uma diferença de opiniões que manifesta-se nos ramos dos conteúdos e geralmente ganha unidade pela jurisprudência). Nesse âmbito (concurso de pessoas, conceitos e sistemas de autoria), as discrepâncias encontradas ocorrem em ideias e estruturas fulcrais da teoria e da aplicação do direito penal. Trata-se de uma profunda fonte de insegurança jurídica.

Como se não bastasse a grande diferença de opiniões e exposições entre os juristas, também abunda a total irregularidade no uso dos termos “teoria”, “conceito”, “sistema”, “critério”. Muitas vezes eles são usados intercaladamente, até nas mesmas obras (ex.: em um só livro, pode-se encontrar “conceito unitário”, “teoria unitária”, “sistema unitário” referindo-se à mesma coisa).

Concordar com a ideia de que “quanto mais simples for o arranjo, melhor é a solução” não significa admitir forçar uma solução simplificada mesmo quando ela nada resolve. Seria como traçar uma linha reta como plano de fuga para um labirinto: só fingindo que não há as paredes. É o que ocorre quando não se atenta para os diferentes significados dos termos.

Com relação à recepção e transmissão das concepções welzeliana e roxiniana do domínio do fato, a situação é igualmente ruim. Apesar de os dois autores terem se esforçado para refutar o conceito de autoria extensivo e até mesmo o critério subjetivo, na literatura jurídico-penal brasileira é muito comum o domínio do fato, seja de Welzel ou de Roxin, ser confundido com os mencionados conceito extensivo e critério subjetivo.

Não bastasse esse problema, também muito frequentemente as concepções de Welzel e de Roxin são amalgamadas ou tratadas indistintamente. Não obstante, elas apoiam-se em fundamentos de sistema da teoria do delito distintos (respectivamente, finalismo e funcionalismo). O próprio Roxin (mais jovem do que Welzel) criticou expressamente e propôs-se a superar o “domínio final do fato” (concepção welzeliana). Ainda, às vezes a mixórdia de concepções envolve até mesmo a de outros autores, como Maurach.

Uma vez que ainda é possível interpretar o texto da parte geral do código penal como estabelecedor de um conceito de autoria extensivo, não se entende por que se tentaria importar o domínio do fato (um critério de autoria formatado para um ordenamento jurídico-penal com conceito de autoria restritivo) com vistas a ampliar a delimitação de autoria.<sup>258</sup> Isso porque, descartando-se a responsabilidade objetiva, nada parece poder ampliar a autoria mais do que o faz a parametrização das contribuições causais (ideia de equivalência dos antecedentes).

A partir dessa análise, pode-se dizer que, no tocante ao critério do domínio do fato, a maior parte da literatura nacional é tão útil quanto um martelo de cristal, pois se despedaçaria em qualquer tentativa séria de uso.<sup>259</sup>

Não há espaço (físico) aqui para se adentrar nos (não poucos) problemas verificáveis na jurisprudência ao mencionar o domínio do fato.<sup>260</sup> Muito provavelmente, eles têm raízes na

---

258No mesmo sentido: GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 81 e ss.

259Sobre o posicionamento errôneo da doutrina nacional sobre o domínio do fato, já se criticou que é feita “uma ciência penal de ouvir-dizer, o que seria divertido, se se tratasse de um jogo de telefone sem fio, mas se torna trágico, quando o que se segue desse “segundo Roxin...” é uma sentença condenatória que enjaula alguém por tantos e tantos anos.” GRECO, Luís; *et alii*. **Autoria como domínio do fato**, p. 37.

260 “[...] verifica-se a utilização, por parte dos tribunais nacionais, de ideias de domínio do fato, mas não necessariamente de uma teoria uníssona e coerente como fundamento de suas decisões, que possibilite caracterizar a autoria de forma legítima. Com isso se quer dizer que, algumas vezes, é apenas mencionada a expressão domínio do fato sem ser apresentada uma fundamentação da autoria com base em critérios que informem quando o indivíduo detém tal domínio e, outras vezes, assim como ocorre na doutrina, conjugam-se critérios das teorias de Roxin e Welzel.” ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**: incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras, p. 72 e 73.

doutrina. Dada a limitação de páginas, já ameaçada, desta monografia, apenas confere-se ao leitor interessado, em nota de rodapé, referências a algumas obras que já abordaram essa questão.<sup>261</sup>

---

261 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**: incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: Revista eletrônica de direito penal e política criminal - UFRGS - vol. 1, n.º 1, 2013.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. **A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira**. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 236 e ss. Disponível em [[http://www3.esmpu.gov.br/ linha-editorial/outras-publicacoes](http://www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes)].

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Domínio do fato como critério de delimitação da autoria e a Ação Penal N. 470 do STF**. In: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 6/2014. Disponível em [[www.zis-online.com](http://www.zis-online.com)].

GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 123 e ss.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 170 e ss.

## 6 CONCLUSÕES

**6.1** Os conceitos de autoria extensivo e restritivo, os sistemas de autoria unitário e diferenciador e os critérios de autoria subjetivo, objetivo formal, objetivo material e domínio do fato não se confundem, são coisas distintas entre si.

**6.2** Se for adotado um conceito extensivo de autoria (parametrização das contribuições causais), a única maneira de não se optar concomitantemente por um sistema unitário é por meio de um critério subjetivo de diferenciação autor-partícipe (fórmula do ânimo ou do interesse).

**6.3** Todo conceito restritivo de autor, necessariamente, conjuga-se com um sistema diferenciador, cujos critérios podem ser o objetivo formal, o objetivo material ou o domínio do fato. É ilógico falar em combinação desses critérios, pois a adoção de um automaticamente exclui a dos demais.

**6.4** A redação de 1940 do código penal brasileiro dispunha claramente de um conceito de autoria extensivo conjugado a um sistema unitário. A reforma de 1984 ensejou uma dupla possibilidade interpretativa, restando ao arbítrio judicial a decisão sobre a adoção de um sistema de autoria unitário ou diferenciador.

**6.5** As concepções welzeliana e roxiniana de domínio do fato são baseadas, respectivamente, no finalismo e no funcionalismo. Roxin pretendeu superar a concepção de Welzel. Não há uma concatenação ou aprimoramento entre suas concepções, e sim, pretendida e concretizada refutação do domínio final do fato por parte de Roxin.

**6.6** A aplicação do domínio do fato conforme Welzel tem consequências diversas da aplicação do domínio do fato conforme Roxin. Uma tentativa de amálgama entre ambas concepções pode dar origem a uma teoria doutrinária com poder de ampliar imprevisivelmente a delimitação de autoria.

**6.7** A maior parte da literatura jurídico-penal brasileira, ao recepcionar e transmitir o domínio do fato de Welzel e o de Roxin, não distingue claramente ambas concepções, confunde-as com um critério subjetivo ou até mesmo mistura-as com o critério de domínio do fato de outros autores, como se tudo se tratasse de uma coisa só.

**6.8 Tanto a concepção welzeliana como a roxiniana de domínio do fato são critérios de autoria que se enquadram em um sistema de autoria diferenciador conjugado a um conceito de autoria restritivo.**

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Domínio do fato como critério de delimitação da autoria e a Ação Penal N. 470 do STF**. In: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 6/2014. Disponível em [www.zis-online.com]. Acesso em 14/jul/2014.

\_\_\_\_\_. **O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas**. In: Direito em revista, vol. 3, n.º 1, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Teoria do domínio do fato: incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras**. In: Revista eletrônica de direito penal e política criminal – UFRGS – vol. 1, n.º 1, 2013.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, **Código penal: decreto-lei n. 2.828 de 7 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1941.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. Tomo 2º. Rio de Janeiro: Editôra Nacional de Direito LTDA, 1956.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. **Curso de direito penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. **A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira**. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

Disponível em [<http://www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes>]. Acesso em 14/jul/2014.

ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. 13ª ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablo de. **Direito penal**: parte geral. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Luís. **Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de código penal**: projeto de lei 236/2012 do Senado Federal. In: Revista Liberdades, edição especial, reforma do código penal. IBCCrim, 2012. Disponível em [[http://www.revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/13/artigo2.pdf](http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/13/artigo2.pdf)]. Acesso em 14/jul/2014.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **Claus Roxin, 80 anos**. In: Revista Liberdades n° 7 – maio-agosto de 2011 – ISSN 2175-5280.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

JACOB, Elias Antonio. **Direito penal**: parte geral. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

JESUS, Damásio de. **Código penal anotado**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito penal**: parte geral. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Teoria do domínio do fato em concurso de pessoas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Direito penal**. 7ª ed. Campinas, SP: Millennium, 2009.

MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Direito penal**: parte geral, vol. 2. 8ª ed. Rio de Janeiro: 2009.

MERTON, Robert. **Sociologia**: teoria e estrutura. São Paulo: Ed. Mestre Jou, 1970. Tradução de Miguel Maillat.

MESTIERI, João. **Teoria elementar do direito criminal**: parte geral. Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato M. **Manual de direito penal**: parte geral. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal**: parte geral. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo.
- \_\_\_\_\_. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. In: Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal. Ed. Panóptica. Número 17/nov/2009. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Disponível em [panoptica.org/novfev2009pdf/04\_2009\_2\_nov\_fev\_69\_94pp.pdf]. Acesso em 14/jul/2014.
- \_\_\_\_\_. **Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (Organisationsherrschaft)**. In: Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. Tradução de Raquel Lima Scalcon.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Direito penal**: parte geral. 5ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.
- SILVA, Davi André Costa. **Direito penal**: parte geral. 3ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.
- TEOTÔNIO, Paulo José Freire; LEONI, Rafaela Aparecida Parizi. **Breves esclarecimentos conceituais sobre a teoria do domínio do fato**. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 58, p. 15-28, fev/mar 2014.
- WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**: parte general. 11ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez.
- WESSELS, Johannes. **Direito penal**: aspectos fundamentais. Porto Alegre: Fabris, 1976. Tradução e notas de Juarez Tavarez.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.