

LUÍS GRECO  
ALAOR LEITE  
ADRIANO TEIXEIRA  
AUGUSTO ASSIS

AUTORIA COMO DOMÍNIO DO FATO  
Estudos introdutórios sobre o concurso  
de pessoas no Direito Penal brasileiro

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

## SUMÁRIO

Apresentação.....	9
Esclarecimentos terminológicos .....	13
Autores.....	15
O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal LUÍS GRECO E ALAOR LEITE.....	19
Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro LUÍS GRECO E ADRIANO TEIXEIRA.....	47
O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa LUÍS GRECO E AUGUSTO ASSIS .....	81
Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal ALAOR LEITE.....	123
A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012) LUÍS GRECO E ALAOR LEITE.....	169
Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade LUÍS GRECO.....	203

## APRESENTAÇÃO

O livro que o leitor tem em mãos reúne seis estudos escritos por quatro autores. Esperamos que, por trás da multiplicidade de autores e de trabalhos, o leitor reconheça uma *unidade* que se manifesta em três planos: no que diz respeito ao objeto dos estudos, ao contexto no qual eles se originaram, e principalmente, à atitude que neles se manifesta.

A unidade se apresenta, primeiramente, no que diz respeito ao *objeto* dos artigos aqui reunidos. Eles cuidam da teoria do domínio do fato, isto é, de um reconhecido critério para a distinção entre autor e partícipe no direito penal. Desde o histórico julgamento do caso *Mensalão* (AP 470/STF), a ideia de domínio do fato vem despertando vivo interesse naqueles que lidam com o direito penal, seja na qualidade de estudantes, de aplicadores do direito ou mesmo de possíveis imputados. Os dois primeiros artigos (GRECO; LEITE, «O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal»; GRECO; TEIXEIRA, «Autoria como realização do tipo: Uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro») pretendem-se didáticos: aqui, o objetivo é explicar as linhas mestras da teoria e desfazer muitos dos severos mal-entendidos que vêm sendo propalados mesmo por nossos mais altos tribunais e mais respeitados juristas. O primeiro dos estudos tem feição primariamente histórica e descritiva, além de ocupar-se de forma alongada de vários enganos em curso na discussão nacional. O segundo deles é de natureza mais dedutiva e sistemática. O objetivo é explicitar a correlação entre o conceito de autor e o de tipo e demonstrar como é possível interpretar o direito brasileiro à luz de uma teoria que diferencie autor e partícipe. O terceiro dos estudos (GRECO; ASSIS, «O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa») examina – e refuta – aquele que talvez seja o motivo do recente interesse pela ideia de domínio do fato: a esperança de que, com base nela, seria

finalmente possível responsabilizar pessoas que ocupam posições de comando, que, supostamente, permaneceriam impunes segundo a leitura tradicional de nosso art. 29 do CP. Ver-se-á que, exceção feita a uma hipótese (a da chamada coautoria alternativa), o novo modelo de autoria e participação, quando muito, restringe a punibilidade em comparação com o modelo tradicional. Os próximos estudos, o quarto e o quinto, cuidam do uso que vem sendo feito da ideia de domínio do fato por duas de nossas mais importantes instâncias: de um lado, pelo Supremo Tribunal Federal na AP 470/STF (LEITE, «Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal»), que compreendeu a teoria erroneamente como uma responsabilização por deter uma posição; de outro, pelo Senado Federal, no Projeto 236/2012, que, num impensado afã de inovação, sacrificou a única verdadeira vantagem do sistema tradicional, sua simplicidade, sem qualquer ganho que compense esse sacrifício (GRECO; LEITE, «A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no Projeto de Código Penal [PLS 236/2012]»). O último estudo, mais específico, propõe-se a examinar e refutar o chamado princípio da autorresponsabilidade, que por muitos é usado como objeção à ideia de que possa existir uma responsabilização a título de autoria se alguém atua atrás de pessoa plenamente responsável (GRECO, «Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade»).

Em segundo lugar, a unidade diz respeito ao *contexto de origem* dos presentes estudos. Eles foram escritos por um grupo de brasileiros reunidos na Universidade Ludwig Maximilian, de Munique, Alemanha, que desenvolvem suas pesquisas com base em um convívio e discussão diários e sob a orientação de dois dos mais reputados defensores da ideia de domínio do fato, os professores Claus Roxin e Bernd Schünemann. Talvez já se possa falar, assim, em algo como um grupo brasileiro em Munique.

Possivelmente se perguntará se há algo que caracteriza esse grupo além de uma contingência geográfica (brasileiros em Munique) e científico-genealógica (orientados por Claus Roxin e Bernd Schünemann). Queremos crer que esse traço distintivo se encontra menos na aceitação de certas teses, teorias ou, para usar termos da moda, paradigmas ou marcos teóricos, e sim numa *atitude* – com o que chegamos ao terceiro e mais importante plano em que a unidade do livro deve manifestar-se. Essa atitude pode ser sintetizada com base em duas características: uma preocupação com problemas concretos e um compromisso com a integridade e independência da crítica científica.

A *preocupação com problemas concretos* significa que somos, em princípio, céticos em relação a teorias que se apresentam como fins em si mesmos. Idealmente, teorias têm de ser criadas para resolver problemas, casos reais que se apresentarão no dia-a-dia da prática judiciária. Uma teoria que

pretende suplantar uma concorrente tem de mostrar que casos ela soluciona de modo diverso e por que sua solução é de preferir-se. Pensamos, assim, que importam menos os «ismos», os paradigmas, do que as respostas que se darão a questionamentos bem concretos. As manifestações mais claras dessa atitude são provavelmente o terceiro estudo (GRECO; ASSIS, «O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa»), que se esforça por esclarecer se a teoria do domínio do fato expande ou não a punibilidade do diretor de uma empresa, e o quarto (LEITE, «Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal»), que busca o real sentido que o Supremo Tribunal Federal conferiu ao termo «domínio do fato», ao fazer uso da ideia em sua argumentação. Isso não significa ecletismo ou superficialidade, mas apenas uma exigência de que a reflexão teórica preste contas a respeito de suas implicações práticas. Isso também significa que atentamos não apenas a como autores e os tribunais – principalmente nossos tribunais – descrevem uma teoria em suas manifestações ou ementas, mas principalmente aos casos em que eles a aplicam.

E a segunda nota característica de nossa atitude é um *compromisso com a integridade e independência da crítica científica*. A ciência busca razões e não autoridades. Razões não precisam envergonhar-se de ser apenas isso, razões, e de por vezes desafiar autoridades. Somos animados, assim, pela convicção de que a crítica é o *modus operandi* da ciência, de que a ciência não apenas não precisa, como não pode desculpar-se por dela fazer uso. Autoridade não é uma razão, mas é o objeto primário do escrutínio crítico que sai à busca de razões: daí nossa preocupação em examinar o domínio do fato segundo o STF ou o Projeto de CP em trâmite, ou segundo manifestações de autores de renome. O livro apresenta uma atitude que superou definitivamente a empoeirada cultura do *data venia*, ainda que isso signifique que brios e sensibilidades possam ser feridos. A permissão (*venia*) já foi dada, e isto de modo implícito, pelo mero fato de haver-se publicamente afirmado algo. Quem se ofende por ser destinatário de crítica científica, desqualificando-a como denúncia invejosa, confessa implicitamente que se considera fonte de autoridade e não porta-voz de razões.

Por fim, cumpre agradecer aos amigos Heloísa Estellita e Gustavo Quandt, pela ajuda na revisão dos estudos, e à editora Marcial Pons, nas pessoas de Marcelo Porciuncula, de meus dois colegas Iñigo Ortiz e Ramón Ragués e de Ida Gouveia.

Munique, março de 2014.

LUÍS GRECO

## ESCLARECIMENTOS TERMINOLÓGICOS

Em livro escrito a oito mãos, 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.

Utilizaremos, preferencialmente, o par conceitual *sistema unitário* e *sistema diferenciador* para designar os dois modelos mais gerais que historicamente se apresentaram como modelo de compreensão das formas de intervir no delito. O sistema unitário é aquele que (a) iguala todas as contribuições causais para o delito e prevê marcos penais idênticos para todas (*sistema unitário formal*), ou (b) que distingue no plano conceitual entre várias formas de contribuição, mas continua a prever os mesmos marcos penais para todas (*sistema unitário funcional*). O sistema diferenciador 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. As *teorias subjetiva*, *objetivo-formal* e do *domínio do fato* são teorias que almejam delinear os critérios de distinção entre autores e partícipes. Essas teorias pressupõem, assim, um sistema diferenciador.

É preciso, igualmente, diferenciar entre um *conceito restritivo* e um *conceito extensivo* de autor. Para 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 intervenção. Essa norma de imputação é, portanto, uma norma extensiva de punibilidade. Para 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 da punibilidade.

Por fim, três considerações. O termo *coautoria*, provavelmente por influência do CP de 1940 (Título VI, Parte Geral: «Da coautoria»), é ainda usado no Brasil como sinônimo de concurso de pessoas. Na literatura espanhola, em tradução do termo alemão *Mittäterschaft*, coautoria significa uma forma específica de autoria, uma autoria em que todos os concorrentes agem em conjunto, cada qual respondendo pelo comportamento dos demais (imputação recíproca). É esse o sentido em que o termo é aqui utilizado. Frise-se: coautoria não é o mesmo que concurso de pessoas. Talvez fosse mais adequado falar em autoria conjunta ou comum, mas preferimos não inovar, por receio de incrementar a já existente confusão. O termo *monismo*, difundido no Brasil, nada tem a ver com a discussão sobre os sistemas de autoria e participação acima descritos. 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, tantos delitos quantos intervenientes houver? Essa discussão é, do ponto de vista teórico, duvidosa e, de uma perspectiva prática, irrelevante; o leitor não encontrará muito a respeito dela nas páginas que seguem. Por fim, nós utilizaremos preferencialmente a expressão mais ampla *delitos especiais* para aquele grupo de delitos que possuem uma restrição do círculo de autores (o peculato, art. 312 do CP, por exemplo). Esses delitos são chamados por alguns autores de *delitos de dever* ou delitos de infração de dever.

OS AUTORES

## **AUTORES**

### **LUÍS GRECO**

Professor substituto na Universidade de Augsburg; Livre-docente pela Universidade Ludwig Maximilian, Munique; doutor e LL.M. pela mesma instituição.

### **ALAOR LEITE**

LL.M. pela Universidade Ludwig Maximilian, Munique; doutorando na mesma instituição.

### **ADRIANO TEIXEIRA**

LL.M. pela Universidade Ludwig Maximilian, Munique; doutorando na mesma instituição.

### **AUGUSTO ASSIS**

LL.M. pela Universidade Ludwig Maximilian, Munique; doutorando na mesma instituição.



# O QUE É E O QUE NÃO É A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE AUTOR E PARTÍCIPE NO DIREITO PENAL<sup>1-2</sup>

LUÍS GRECO e ALAOR LEITE

SUMÁRIO: 1. A origem da teoria do domínio do fato e as razões concretas de seu desenvolvimento; 2. A ideia reitora: a figura central do acontecer típico; 3. As três manifestações concretas da ideia de domínio do fato: 3.1. Domínio da ação: autoria imediata; 3.2. Domínio da vontade: autoria mediata; 3.3. Domínio funcional do fato: coautoria; 4. Ausência de pretensão de universalidade. Domínio do fato, delito de infração de um dever e delitos de mão própria: 4.1. Delitos de dever; 4.2. Delitos de mão própria; 4.3. Delitos culposos?; 5. Repercussão; 6. O que não é a teoria do domínio do fato: 6.1. «Segundo a teoria do domínio do fato, o mandante é autor»; 6.2. «Agora, com o domínio do fato, não vai escapar mais ninguém»; 6.3. «X é autor, porque possuía o domínio do fato»; 6.4. «X dominava o fato, porque era o chefe do grupo»: 6.4.1. «Não importa o que X fez; X era o chefe, logo, tinha o domínio do fato»; 6.4.2. «Não importa o que X sabia; X era o chefe, logo, tinha o domínio do fato»; 6.5. «Segundo a teoria do domínio final ou funcional do fato, Bin Laden foi o autor do atentado de 11 de setembro de 2011»; 7. Conclusão.

---

<sup>1</sup> Publicado, com pequenas alterações, em: *RT* 933 (2013), p. 61 e ss.

<sup>2</sup> Dedicamos o texto ao nosso professor, Claus Roxin, por uma dupla razão: pelos seus 82 anos completados em 15 de maio de 2013, e pelos 50 anos de seu livro fundamental, *Autoria e domínio do fato* (ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1. ed., Hamburg, 1963, 8. ed., Berlin, 2006, trad. espanhola da 7. ed., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, por Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Madri-Barcelona, 2000).

Há exatamente cinco décadas, em 1963, publicava Claus Roxin sua monumental monografia sobre *Autoria e domínio do fato*, que iria conferir à chamada *teoria do domínio do fato* sua expressão mais acabada. Ainda assim, apenas há pouco, a quinquagenária teoria, cuja função dogmática é distinguir entre autor e partícipe em sentido amplo,<sup>3</sup> mereceu maior atenção dos penalistas e dos tribunais brasileiros.<sup>4</sup> Do ponto de vista teórico, pode-se atribuir esse quadro de recepção tardia, entre outras coisas, à contingência legislativa de o art. 29 do Código Penal de 1984, nesse aspecto pouco diferindo do art. 25 do CP de 1940,<sup>5</sup> indicar e mesmo inclinar-se a um modelo extensivo e unitário de autor, que não distingue, no plano do injusto, entre autores e partícipes, mas que declara autor todo aquele que, de qualquer forma, concorre para o crime.<sup>6</sup> A razão imediata do interesse é, obviamente, a menção da teoria no contexto do julgamento da Ação Penal 470, o «caso mensalão».

O presente estudo não se reveste de maiores pretensões. O cada vez mais crescente interesse em torno da teoria, somado à inegável relevância prática que ela possui, tornam necessário, antes de qualquer passo mais ousado, um estudo de *caráter introdutório e expositivo*. Mais concretamente: o presente estudo tem como meta, em um sentido positivo, descrever o conteúdo básico da teoria do domínio do fato e, em um aspecto negativo, esclarecer o que ela não é, ou para o que ela não se presta. Uma tomada de posição crítica a respeito da teoria ou uma análise dos inúmeros problemas mais específicos da intrincada dogmática da autoria e da participação são empreendimentos que devem ficar para uma outra oportunidade, e que serão, em boa parte, desenvolvidos nos estudos subsequentes desta coletânea. Os autores não escondem, contudo, estarem convencidos do acerto tanto da teoria, como da generalidade dos resultados aos quais, com base nela, se chega, mas apenas esclarecem que o lugar para justificar essa convicção seria outro estudo, com finalidades mais pretensiosas.

---

<sup>3</sup> Cúmplice e instigador.

<sup>4</sup> A monografia de BATISTA, *Concurso de agentes*, 2. ed., Rio de Janeiro, 2004 (1. ed., 1979) é, segundo nos parece, pioneira em retirar consequências mais concretas da chamada teoria do domínio do fato. Nilo Batista informa que aparentemente foi Aníbal Bruno, em 1956, o primeiro jurista entre nós a mencionar a ideia de domínio do fato, ainda, todavia, sem a conotação que a ela se atrela no estado atual da teoria do delito (BATISTA, *Concurso*, p. 69 e ss.).

<sup>5</sup> Cuja redação era: «Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas».

<sup>6</sup> Ver as considerações de CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal*, Curitiba-Rio de Janeiro, 2006, p. 353: apesar da adoção em princípio da teoria unitária de autor, a lei penal brasileira admite o emprego de teorias diferenciadoras, «como, por exemplo, a teoria do domínio do fato (...)»; no mesmo sentido, com fundamento em razões dogmáticas e também no princípio da legalidade, GRECO, *Cumplicidade através de ações neutras*, Rio de Janeiro, 2004, p. 11 e s. Para um panorama da discussão brasileira, BATISTA, *Concurso*, p. 59 e ss., p. 69 e ss., sobre a teoria do domínio do fato, chamada por Nilo Batista de «critério final-objetivo».

## 1. A ORIGEM DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E AS RAZÕES CONCRETAS DE SEU DESENVOLVIMENTO

Refazer o percurso da chamada teoria do domínio do fato, cujas linhas mestras foram traçadas na já mencionada tese de habilitação<sup>7</sup> de Roxin sobre «Autoria e domínio do fato», publicada originalmente em 1963 e que foi republicada em 8.<sup>a</sup> edição em 2006 – um fato histórico na Alemanha, país em que, pela abundância de boas bibliotecas, é em geral desnecessário que cada jurista construa sua biblioteca particular, de modo que monografias dificilmente chegam a uma segunda edição –, exigiria mais do que um artigo que pretende uma mera introdução descritiva ao problema. É tarefa árdua a de avaliar com exatidão a importância da obra, sua riqueza de ideias e a dimensão de sua influência na doutrina e na jurisprudência, tanto alemã, como estrangeira.<sup>8</sup>

A expressão domínio do fato foi usada, pela primeira vez, por Hegler no ano de 1915, mas ainda não possuía a conotação que se lhe empresta atualmente, estando mais atrelada aos fundamentos da culpabilidade.<sup>9</sup> A primeira formulação da ideia central da teoria do domínio do fato no plano da autoria, em termos assemelhados aos contornos que lhe confere Roxin, deu-se efetivamente em 1933, por Lobe,<sup>10</sup> mas produziu eco apenas quando Welzel a mencionou – sem referir-se, no entanto, ao seu antecessor – em famoso estudo de 1939, referindo-se a um *domínio final do fato* como critério determinante da autoria.<sup>11</sup> Em razão dessa sucessão de referências esparsas e pouco lineares

---

<sup>7</sup> A tese de habilitação equivale, grosso modo, à livre-docência e é requisito para se tornar professor catedrático na Alemanha.

<sup>8</sup> Roxin retornou ao tema da autoria e da participação em vários trabalhos ulteriores, com destaque para os comentários aos dispositivos da autoria e da participação em duas edições do mais renomado dos comentários ao código penal alemão, o *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 10. ed., Berlin, 1978, §§ 25-29; em: JÄHNKE/LAUFHÜTTE/ODERSKY (coords.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11. ed., Berlin, 1993, §§ 25-29) e no segundo volume de seu tratado (ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. II, München, 2003, §§ 25-27).

<sup>9</sup> HEGLER, «Die Merkmale des Verbrechen», *ZStW* 36 (1915), p. 19 e ss., p. 184 e ss. Ver a exposição do próprio ROXIN, *Täterschaft*, p. 60 e ss.

<sup>10</sup> LOBE, *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*, Berlin, 1933, especialmente p. 122 e s.

<sup>11</sup> WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, *ZStW* 58 (1939), p. 491 e ss., p. 539 e ss. Sobre a história ver SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 12. ed., Berlin, 2007, § 25 nm. 7 e ss. Entre nós, Fragoso ensaiou adotar a ideia de domínio final do fato, por «representar mais exata caracterização da autoria, em correspondência com a realidade dos fatos», mas logo depois afirmou manter a chamada teoria formal-objetiva, FRAGOSO, *Lições de direito penal*, 5. ed., Rio de Janeiro, 1983, p. 256. Exposição pouco inteligível, no entanto, apresenta JESUS, *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*, São Paulo, 2. ed., 2001, p. 17 e ss., p. 26 («domínio finalista do fato») que, ao que parece, tenta filiar-se às concepções de Welzel e à teoria do domínio do fato em sua elaboração posterior. O autor introduz designações próprias e equívocas («reunião de autorias» ou «autoria propriamente dita (?)», por exemplo), e

à ideia de domínio do fato é que se pode dizer, sem exagero, que apenas em 1963, com o estudo monográfico de Roxin, a ideia teve os seus contornos concretamente desenhados, o que lhe permitiu, paulatinamente, conquistar a adesão de quase toda a doutrina.<sup>12</sup>

A teoria do domínio do fato, como toda teoria jurídica, direta ou indiretamente, o deve ser, é uma *resposta a um problema concreto*.<sup>13</sup> O problema que a teoria se propõe a resolver, como já se insinuou, é o de *distinguir entre autor e partícipe*. Em geral,<sup>14</sup> assim, não se trata de determinar se o agente será ou não punido, e sim se o será como autor, ou como mero partícipe. Os Códigos penais alemães, tanto o vigente à época da monografia de Roxin, como o atual, exigem que se faça essa distinção. O CP brasileiro (art. 29, *caput*), todavia e como já se observou, não o exige, e mesmo insinua uma interpretação segundo a qual todo aquele que concorre para o crime – quem efetuou o disparo, quem convenceu esse primeiro a que cometesse o delito, quem emprestou a arma – é simplesmente autor do homicídio.<sup>15</sup> Haveria mesmo autores de maior ou menor importância (cf. art. 29, § 1.º, do CP), mas todos os concorrentes seriam autores. O atual CP alemão (StGB) já exclui de antemão essa possibilidade e exige que se diferencie entre autor e partícipe. Veja-se a redação dos dispositivos:

«§ 25. Autoria. (1) É punido como autor, quem comete o fato por si mesmo ou por meio de outrem. (2) Se vários cometem conjuntamente o fato, cada um é punido como autor (coautor). § 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 antiju-

---

chega a conclusões escandalosamente erradas, como a de que «o mandante é autor intelectual e não partícipe, uma vez que detém o domínio do fato» (p. 27), da qual nos ocuparemos infra 6.1.

<sup>12</sup> Embora, evidentemente, não seja uma teoria incontestada, como comprovam as últimas investidas dos críticos (ver infra 5.).

<sup>13</sup> Isso é algo que nunca se deve esquecer, quando se tenta importar uma teoria estrangeira. As teorias jurídicas, ao menos as de qualidade, não surgem no limbo, para satisfazer capricho de algum acadêmico, mas respondem a indagações bem concretas, cf. a respeito já GRECO, *Duas formas de fazer dogmática jurídico-penal*, em: *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, ano 1, fascículo 1 (2009), p. 3 e s. A indagação concreta a que responde a teoria do domínio do fato é se o agente é autor ou partícipe. No direito alemão, a própria lei já obriga a resolver esse problema; no brasileiro, ter-se-ia, antes de importar acriticamente a teoria, estudar se isso é necessário; a respeito infra 6.2.

<sup>14</sup> Sobre a coautoria, que permite uma imputação recíproca, cf. infra 3.3 e especialmente 6.2, nota 91.

<sup>15</sup> Para dizê-lo com 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.

rídico doloso. (2) A pena do cúmplice tem como base a cominação dirigida ao autor. Ele deve ser mitigada segundo o § 49 Abs. 1.»<sup>16</sup>

Concretamente: a teoria do domínio do fato se propõe a auxiliar na subsunção do comportamento do autor ao § 25 StGB.

A importância dessa distinção, no direito alemão, não é meramente simbólica, e sim prática. A cumplicidade – emprestar a arma – é punida com pena atenuada (§ 27 II 2 StGB, que acabamos de transcrever). Sua tentativa é impunível. A instigação – convencer quem atirou a fazê-lo – é punida com a pena do autor (§ 26 StGB, também transcrito). Ocorre que a tentativa de instigação não é punível nos delitos leves (§ 30 I StGB). Mas a importância principal está numa consideração que interessa também para o direito brasileiro. Essa consideração é a de que, se os tipos forem mais do que mera causação, só o autor realiza o tipo.<sup>17</sup> Desenvolver essa consideração será tarefa do próximo estudo dessa coletânea.<sup>18</sup>

A *jurisprudência alemã*, ao contrário, transitava e ainda transita aleatoriamente entre vários critérios, fixando-se, em regra, na chamada *teoria subjetiva da autoria e participação*,<sup>19</sup> cuja ideia fundamental é distinguir entre autor e partícipe (cumplicidade e instigação) segundo a existência de uma vontade de autor (*animus auctoris*) ou de uma vontade de partícipe (*animus socii*).<sup>20</sup> Segundo uma versão *extrema*, hoje não mais defendida, seria possível até que aquele que realiza de mão própria todos os elementos do tipo – quem efetua o disparo que vem a matar a vítima – fosse punido como mero partícipe, no caso, como cúmplice, e não como autor do delito, se lhe faltasse a vontade de autor de que fala a teoria (o agente comete o delito a pedidos insistentes e no exclusivo interesse de outra pessoa). Com base nessas premissas considerou-se que poderiam ser partícipes a mulher que afogou o bebê da irmã, porque a sua atuação estava motivada por fazer um favor a esta (chamado caso da banheira, RGSt 74, 84 [1940]), e o agente do serviço secreto soviético que, a mando de um superior, assassinou uma pessoa em território alemão (caso Staschinsky,

<sup>16</sup> No original:

«§ 25. Täterschaft. (1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht. (2) Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter).

§ 26. Anstiftung. Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat.

§ 27. Beihilfe. (1) Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat. (2) Die Strafe für den Gehilfen richtet sich nach der Strafdrohung für den Täter. Sie ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern.»

<sup>17</sup> Cf. GRECO, *Cumplicidade*, p. 11 e s.

<sup>18</sup> A respeito, também infra, 6.2.

<sup>19</sup> SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar*, § 25 nm. 17 e ss.

<sup>20</sup> ROXIN, AT II, § 25 nm. 17 e ss.

BGHSt 18, 87 [1962]). Na atualidade, a jurisprudência ainda se vale de um ponto de partida subjetivo, principalmente a existência ou não de um interesse próprio na realização do fato, ponto de partida esse que é mitigado por meio de critérios de caráter objetivo. Não há, na jurisprudência alemã, uma linha unitária e coerente, razão pela qual Roxin fala em uma «*teoria normativa da combinação*»,<sup>21</sup> que, ao lado de outros fatores, se vale também do domínio sobre o acontecer típico para adscrever ao agente um «interesse próprio» na conduta, combinando assim o critério do domínio do fato com uma teoria subjetiva.<sup>22</sup>

A situação de instabilidade jurisprudencial, somada à indefinição conceitual que caracterizava a doutrina – faltava uma sistematização do lugar da ideia de domínio do fato na dogmática da autoria –, foram os fatores que motivaram a busca de um critério reitor comum, capaz de, por um lado, estabelecer de forma sólida o traço distintivo do conceito de autor e, por outro, guiar as decisões judiciais, resguardando os cidadãos de decisões judiciais intuitivas e arbitrárias.

## 2. A IDEIA REITORA: A FIGURA CENTRAL DO ACONTECER TÍPICO

Roxin propôs a construção de um sistema da autoria no direito penal levando adiante a ideia, até então meramente insinuada, como já foi dito, de que autor é quem atua com o domínio do fato. 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,<sup>23</sup> e uma teoria subjetiva da autoria e da participação. A ideia de domínio do fato desenvolvida por Roxin é, nesse sentido, uma descoberta, uma inovação dogmática.<sup>24</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*).<sup>25</sup> O conceito de autor é *primário* e possui significado central no injusto típico,<sup>26</sup> no sentido de que as formas de participação (a instigação

---

<sup>21</sup> ROXIN, AT II, § 25 nm. 22 e ss.; exposição pormenorizada do estado atual da jurisprudência em SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar*, § 25 nm. 17 e ss.

<sup>22</sup> Em língua espanhola, o leitor encontrará referências históricas a respeito da ideia de domínio do fato em DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, Barcelona, 1991, p. 545 e ss. Ver, em língua portuguesa, a sucinta e precisa exposição de FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, tomo I, 2. ed., Coimbra, 2007, p. 765 e ss.

<sup>23</sup> ROXIN, *Täterschaft*, p. 34 e ss.

<sup>24</sup> ROXIN, *Täterschaft*, p. 322 e ss., 326.

<sup>25</sup> ROXIN, *Täterschaft*, p. 25 e ss.; AT II, § 25 nm. 10 e ss., 27.

<sup>26</sup> Nesse sentido é que ROXIN fala que o conceito de autor é «indiferente em relação à culpabilidade» e também não é mera questão de merecimento de pena ou determinação judicial da pena, sendo antes uma categoria relacionada ao tipo, ROXIN, *Täterschaft*, p. 330 e s. Essa é uma

e a cumplicidade) são causas de extensão da punibilidade,<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup>

A ideia reitora da *figura central do acontecer típico* retém pretensão de validade geral, e se expressa pelo domínio do fato (nos chamados delitos de domínio, que compreendem, fundamentalmente, os delitos comuns comissivos dolosos, como veremos abaixo no item 3), 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.

### 3. AS TRÊS MANIFESTAÇÕES CONCRETAS DA IDEIA DE DOMÍNIO DO FATO

O domínio do fato como expressão da ideia reitora da figura central do acontecer típico manifesta-se, por sua vez, de três formas concretas, a saber: o domínio da ação (infra 3.1); o domínio da vontade (infra 3.2) e o domínio funcional do fato (infra 3.3).

#### 3.1 Domínio da ação: autoria imediata

O domínio sobre realização do tipo pode manifestar-se, primeiramente, como um *domínio sobre a própria ação (Handlungsherrschaft)*, que é o domínio de quem realiza, em sua própria pessoa, todos os elementos de um tipo, isto é, do *autor imediato*.<sup>29</sup> Trata-se da hipótese do § 25 I StGB, descrita pelas palavras «comete o fato por si mesmo».

Quem aperta o gatilho tem o domínio da ação e nunca poderá ser mero partícipe, ao contrário do que, como vimos, muitas vezes decidira a jurisprudência alemã, partindo de uma teoria subjetiva extrema. Aquele que domina a ação permanece autor ainda que aja a pedido ou a mando de outrem, ou

---

das razões pelas quais está equivocada a ilação de JESUS, *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*, p. 28, de que a teoria do domínio do fato é adotada em nosso código penal na medida em que o legislador determina a agravação da pena daquele «que promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes» (art. 62, I).

<sup>27</sup> Nesse sentido é que se pode dizer que a teorias do domínio do fato adota um conceito restritivo de autor. Cf. ROXIN, *Täterschaft*, p. 26 e ss., 328.

<sup>28</sup> ROXIN, *Täterschaft*, p. 268.

<sup>29</sup> ROXIN, *Täterschaft*, p. 127 e ss.; AT II, § 25 nm. 38 e ss.

mesmo em erro de proibição inevitável determinado por um terceiro (§ 17 do StGB; art. 21 do nosso CP); será um autor exculpado, mas ainda assim autor do fato típico, ainda que não necessariamente o único.<sup>30</sup>

### 3.2 Domínio da vontade: autoria mediata

A segunda maneira de dominar um fato está no chamado *domínio da vontade* (*Willensherrschaft*) de um terceiro que, por alguma razão, é reduzido a mero instrumento.<sup>31</sup> As razões desse domínio, próprio do *autor mediato*, descrito também pelo § 25 I do StGB, por meio da expressão «comete o fato por meio de outrem», são, fundamentalmente, três:

Em primeiro lugar, a *coação* exercida sobre o homem da frente.<sup>32</sup> Aqui propõe Roxin o por ele chamado *princípio da responsabilidade* (*Verantwortungsprinzip*): ao exculpar o homem da frente em certos casos de coação (§ 35 do StGB; art. 22, CP), o legislador dá a entender que quer responsabilizar o homem de trás que provoca ou que se aproveita dessa situação, o que entre nós é expressamente indicado no art. 22 do CP.<sup>33</sup> O princípio da responsabilidade é, para Roxin, o único parâmetro viável nos casos de coação, uma vez que dominar alguém que sabe o que faz é algo, em princípio, excepcional, que só pode ser admitido com base nos parâmetros fixados pelo legislador.

Um segundo grupo de razões para a autoria mediata está no *erro*.<sup>34</sup> Roxin desenvolve uma teoria escalonada dos vários erros que fundamentam autoria mediata, que vão desde o erro de tipo até o erro de proibição evitável.<sup>35-36</sup> A dá a B uma arma supostamente descarregada e convence-o a «assustar» C, apertando o gatilho; o «susto» é mortal. O estudante de direito X diz a Y que não é proibido sair do país portando U\$\$ 30.000 sem declarar à autoridade competente. Aqui, A e X são autores mediatos do homicídio doloso e da evasão de divisas. Para Roxin, e este é um dos aspectos mais controvertidos da teoria, também erros que não excluem nem diminuem o dolo ou a culpabilidade do homem da frente, como o *error in persona* (A diz a B: «pode atirar, é C», mas, como sabia A, se trata de D), ou mesmo erros sobre a quantidade do injusto (A diz a B: «destrua esse quadro, é uma mera cópia de um Rubens»,

<sup>30</sup> ROXIN, AT II, § 25 nm. 43.

<sup>31</sup> ROXIN, *Täterschaft*, p. 141 e ss.; AT II, § 25 nm. 45 e ss.

<sup>32</sup> ROXIN, *Täterschaft*, p. 143 e ss.; AT II, § 25 nm. 47 e ss.

<sup>33</sup> ROXIN, *Täterschaft*, p. 146 e s.; AT II, § 25 nm. 48. Observe-se que Roxin não aceita esse princípio nos casos de erro, que discutiremos a seguir, porque todo conhecimento superior do homem de trás significaria o domínio da vontade do homem frente, cf. *Täterschaft*, p. 172.

<sup>34</sup> ROXIN, *Täterschaft*, p. 171 e ss.; AT II, § 25 nm. 61 e ss.

<sup>35</sup> Sobre os elementos do conceito de «erro de proibição evitável» ver em detalhes LEITE, *Existem deveres gerais de informação no direito penal?* RT 922, 2012, p. 323 e ss., e LEITE, *Dívida e erro sobre a proibição no direito penal*, São Paulo, 2012, p. 35 e ss., p. 143 e ss.

<sup>36</sup> ROXIN, *Täterschaft*, p. 197 e ss.; AT II, § 25 nm. 61.