AUTORIA MEDIATA NO CONCURSO DE PESSOAS: UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE OS CONCEITOS DE ROXIN E ALFLEN À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Indirect Autorship in Concourse of People: a comparative study between the concepts of Roxin and Alflen under the brazilian legal order

VLAILTON MILANI VIEGAS CARBONARI
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Resumo: O presente artigo científico tem por finalidade realizar um estudo comparativo entre o conceito de domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder do jurista alemão Claus Roxin e o conceito de domínio do fato pelo domínio social por meio de um instrumento punível do jurista brasileiro Pablo Alflen, ambos enquanto critérios para delimitação da autoria mediata do "homem de trás", inseridos no âmbito da teoria do domínio do fato, sob a perspectiva da possibilidade de aplicação no ordenamento jurídico-penal brasileiro. A metodologia utilizada foi a revisão de literatura bibliográfica, a partir da consulta de doutrina e jurisprudência correlatas. Ademais, desenvolveu-se a hipótese de que o conceito preconizado por Alflen se mostra mais adequado e compatível com a ordem jurídico-penal nacional, uma vez estruturado conforme o sistema adotado pelo Código Penal de 1940.

Palavras-chave: Autoria mediata; concurso de pessoas; domínio do fato; Roxin; Alflen.

Abstract: The present scientific article aims to conduct a comparative study between the concept of domain of the fact by the domain of the volition due to of organized apparatus of power of the German jurist Claus Roxin and the concept of domain of the fact by the social domain by means of a punishable instrument of the Brazilian jurist Pablo Alflen, both as criteria for delimitation of the mediate authorship of the "behind man", within the scope of the theory of the domain of the fact, from the perspective of the possibility of application in the Brazilian legal-penal system. The methodology used was the review of bibliographical literature, based on related doctrine and jurisprudence. In addition, the hypothesis was developed that the concept advocated by Alflen is more adequate and compatible with the national legal-penal order, once structured according to the system adopted by the Criminal Code of 1940.

Keywords: Indirect authorship; concourse of people; domain of the fact; Roxin; Alflen.

1. Introdução

Este trabalho buscará abordar o instituto do domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder, desenvolvido pelo jurista alemão Claus Roxin[1][2], e o domínio social por meio de um instrumento punível, desenvolvido pelo jurista brasileiro Pablo Alflen[3][4], ambos construídos enquanto critérios para delimitação da autoria mediata do "homem de trás", pressupondo-se um autor direto punível, com vistas a aferir qual dos conceitos se mostra compatível com o sistema jurídico adotado pelo direito penal brasileiro.

Primeiramente, com o fito de mapear o instituto do domínio por organização e do domínio social em meio às diversas teorias existentes na doutrina[5], discorrer-se-á acerca dos pilares fundamentais do concurso de pessoas, quais sejam: os sistemas unitário e diferenciador de autoria e participação, os conceitos extensivo e restritivo de autoria e as teorias objetivas e subjetiva enquanto complementações destes dois últimos conceitos.[6]

Posteriormente, será elucidado o conceito de teoria do domínio do fato, primeiramente em Welzel, e posteriormente em Roxin e em Alflen, delimitando suas definições, estruturas, desdobramentos e requisitos.

Outrossim, será feita uma análise específica sobre cada um dos critérios de Roxin e de Alflen para que ocorra a autoria mediata do homem de trás através de um executor direto punível, em suas respectivas vertentes de domínio por organização e domínio social por meio de instrumento punível.

---

[1] ROXIN, Claus. ***Autoría y dominio del hecho en derecho penal***. Madrid: Marcial Pons, 2000. 797 p.

[2] ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria.** Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 69. Disponível em <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em: 10 out. 2016. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Título do artigo original: *"Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft"*.

[3] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. 264 p.

[4] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. 264 p. Resenha de DA SILVA, Kelly Susane Alflen. *Revista Jurídica Cesumar* - Mestrado, v. 14, n. 2, p. 577-579, jul/dez. 2014. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3708/2464>. Acesso em: 23 out. 2016.

[5] "São várias as teorias a respeito da natureza do concurso de agentes quando se procura estabelecer se existe na hipótese um só ou vários delitos [se referindo às teorias monista, dualista e pluralista, que não serão trabalhadas no presente estudo, por não se relacionarem com o paradigma da distinção entre autor e partícipe], delas defluindo soluções diversas quanto à aplicação da pena". MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 30ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. v. 1, p. 212.

[6] Sobre as teorias monistas, dualistas e pluralistas que, como dito acima, não serão aqui trabalhadas, cf. exposição de Greco: "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". 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. 14.

Ademais, serão trabalhados três casos hipotéticos e três casos reais, retirados da jurisprudência pátria, com o fito de elucidar os reflexos práticos da adoção das teorias preconizadas por Roxin e Alflen, concluindo-se, em seguida, qual concepção se mostra compatível com a ordem jurídico-penal brasileira.

2. Concurso de pessoas: conceito e desenvolvimento histórico

O Código Penal brasileiro, no título IV de sua parte geral, trata do tema concurso de pessoas entre os artigos 29 e 31. Por sua vez, dispõe o art. 29, *caput*, que "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade"[7].

Magalhães Noronha aduz que "o crime é um fato humano e como tal pode ser praticado por uma ou várias pessoas"[8]. Neste sentido, assevera Nucci que o concurso de pessoas se trata da "cooperação desenvolvida por mais de uma pessoa para o cometimento de uma infração penal"[9]. Portanto, muito embora o Código Penal brasileiro, em sua parte especial, bem como nas leis penais esparsas de um modo geral, positive o verbo núcleo do tipo penal no singular, como no art. 121, *caput*, ("matar alguém"), art. 155, *caput*, ("subtrair"), art. 297, *caput*, ("falsificar"), o crime, nas palavras de Mirabete, "pode ser praticado por uma ou várias pessoas em concurso".[10]

Para Bitencourt, as razões que podem levar um indivíduo a "consorciar-se para a realização de uma empresa criminosa" podem ser as mais variadas, tais como "assegurar o êxito do empreendimento delituoso, garantir a impunidade, possibilitar o proveito coletivo do resultado do crime ou simplesmente satisfazer outros interesses pessoais".[11]

O concurso de pessoas tem como requisitos, segundo Estefam e majoritária doutrina: a) pluralidade de condutas; b) relevância causal das condutas; c) liame subjetivo; d) identidade de crime para todos os envolvidos[12].

Sendo a pluralidade de condutas requisito indispensável para a caracterização do concurso de pessoas, Greco aduz que "o próprio nome induz sobre a necessidade de, no mínimo, duas pessoas que, envidando esforços conjuntos, almejam praticar determinada infração penal"[13].

No tocante ao segundo requisito, qual seja, a relevância causal das condutas praticadas por aqueles que de alguma forma concorreram para o crime, continua o ilustre

---

[7] BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

[8] NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**: introdução e parte geral. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 211. Neste sentido, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 538.

[9] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 337.

[10] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 30ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. v. 1, p. 211.

[11] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 538.

[12] ESTEFAM, André. **Direito penal esquematizado**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 444. Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 320.

[13] GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 17ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 480.

penalista supracitado asseverando que "se a conduta levada a efeito por um dos agentes não possuir relevância para o cometimento da infração penal, devemos desconsiderá-la e concluir que o agente não concorreu para a sua prática"[14].

Capez, por sua vez, diz ser também imprescindível o terceiro requisito, isto é, o liame subjetivo entre os concorrentes, igualmente chamada de unidade de desígnios, consubstanciada mediante a vontade de todos em produzir um resultado típico, uma vez que "sem que haja um concurso de vontades objetivando um fim comum, desaparecerá o concurso de agentes, surgindo em seu lugar a chamada autoria colateral"[15].

Por fim, no que se refere ao último requisito – muito embora para outros doutrinadores, como Jesus, não seja considerado propriamente um requisito, e sim uma "consequência jurídica em face das outras condições"[16] – a identidade de crime para todos os envolvidos, cunhada por Mirabete de identidade de fato[17], para que reste caracterizada, nas palavras de Cunha "todos os concorrentes devem contribuir para o mesmo evento (previamente determinado e escolhido pelos agentes)"[18].

Para Zaffaroni, não sendo o delito, em muitos casos, obra de uma única pessoa, à semelhança do que ocorre na vida cotidiana, cabe, então, à doutrina penal, fazer a distinção entre quem são os autores do fato e os outros que dele participam sem serem autores[19].

Além da distinção entre autor e partícipe (sistemas unitário e diferenciador), várias teorias foram desenvolvidas com o objetivo de responder questões relacionadas à delimitação do conceito de autor (conceitos restritivo e extensivo), bem como complementações a estes conceitos (teorias objetivas e subjetiva).[20]

Muito embora a noção de diferença entre as modalidades de participação para o resultado delitivo remonte à antiguidade, sobretudo entre os romanos, conforme assevera Mommsen[21], citado por Alflen[22], é na jurisprudência italiana da Idade Média que se observa os primeiros esboços teóricos acerca de uma fundamentação científica da delimitação do conceito de autoria, onde este se distinguia entre o "*mandatum*", "*auxilium*" e "*consilium*", tendo este critério perdurado até metade do século XVIII[23].

---

[14] *Ibidem*. *Op. cit.* p. 480.

[15] CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1, p. 365-366.

[16] Neste sentido, afirma Damásio: "Não se trata, propriamente, de um requisito, mas de consequência jurídica em face das outras condições. O CP, em seu art. 31, reza que 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. Extrai-se da interpretação da disposição o seguinte: se o Código exige crime tentado ou consumado para que haja participação, é evidente que todos os participantes respondem pelo mesmo delito. Mudando o *nomen juris* do crime para um dos participantes, a operação de desclassificação estende-se a todos". JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 466.

[17] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 30ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. v. 1, p. 215.

[18] CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 358.

[19] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 593.

[20] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 311-312.

[21] MOMMSEN, Theodor. ***Römisches Strafrecht***. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1899. p. 98, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 21.

[22] ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 21.

[23] Neste sentido, Alflen aduz: "o *'mandatum*' se caracterizava pelo ato de um indivíduo que ordenava a outro o cometimento de um crime, ou seja, tratava-se da figura do mandante. Este, por sua vez, distinguia-se da figura do

Após a Revolução Francesa (1789 – 1799) e a crescente industrialização da Europa[24], os juristas da época, conforme ensina Miguel Reale, diante da influência positivista do século XIX[25], que teve Augusto Comte como seu precursor, bem como pelo pensamento kantiano, com o objetivo de aproximar o direito ao *status quo* de ciência tal qual as ciências naturais e exatas[26], iniciaram os estudos e consequente desenvolvimento das linhas gerais do conceito analítico de crime[27], o que culminou na chamada Escola Clássica, representada por Liszt, Beling e Radbruch.[28]

Assim, assevera Pacelli que "no causalismo clássico (Liszt-Beling), havia nítida separação entre aspectos objetivos e subjetivos do crime, reservando-se ao injusto – ação tipicamente ilícita – todos os elementos de natureza objetiva", de maneira que acabava restando à culpabilidade "a definição da forma de atribuição da responsabilidade (dolosa ou culposa) e a identificação da consciência da ilicitude de agir". Sendo, portanto, o dolo e a culpa, "forma de culpabilidade e não seus elementos".[29]

Em meio a tal desenvolvimento, vislumbra-se, sobretudo na Alemanha, o crescente conceito de causalismo lógico-natural kantiano (Kleinschrod, Feuerbach e Stübel), bem como vertentes causalistas orientadas por critérios de aspecto subjetivo (Köstlin, Berner, Barth e Glaser), e critérios de aspecto objetivo, tanto a partir de concepções baseadas na equivalência das condições (Buri, Liszt, Barreto e Binding)[30], como concepções baseadas na distinção entre causa e condição (Bar e Birkmeyer)[31].

'consilium', o qual compreendia toda espécie de contribuição intelectual ao autor físico, sem que houvesse qualquer interesse próprio no fato". SCHROEDER, Friedrich-Christian. ***Der Täter hinter dem Täter***. Berlim: Duncker & Humblot, 1965. p. 17; LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal allemão**. p. 349, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit*. p. 22.

[24] CHARTIER, Roger. **Origens culturais da Revolução Francesa**. Tradução de George Schlesinger. São Paulo: UNESP, 2009. p. 19.

[25] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 14.

[26] Neste sentido, Eugênio Pacelli, ao apresentar a obra de Roxin, Arzt e Tiedemann, discorre acerca dos sistemas clássico e neoclássico, aduzindo: "[...] influenciados por movimentos da filosofia neokantiana [referindo-se à Mezger], esboçou-se a preocupação de se incluir elementos valorativos no interior do sistema penal, que, assim, passou a ser conhecido como neoclássico. No entanto, tanto um quanto outro [sistema clássico] estruturavam suas bases ainda em concepções científicas do tipo causal, à maneira das ciências naturais". ROXIN, Claus *et al*. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. XIX.

[27] "O conceito analítico de crime não tem, por sua vez, origens muito precisas no tempo. Ele surge, praticamente, na fase dos avanços científicos do século XIX e começo do século XX [...] com a finalidade de, isolando as partes componentes do delito, aprofundar o estudo do desenvolvimento interno das normais penais e, assim, facilitar a aplicação do direito, com o conseqüente enquadramento lógico dos fatos concretos nas respectivas fases de valoração, da *tipicidade*, *antijuridicidade* e *culpabilidade*". TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 1.

[28] ESTEFAM, André. **Direito penal esquematizado**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 270-271.

[29] ROXIN, Claus *et al*. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. XIX.

[30] TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 17 e ss.

[31] Assim, discorre Alflen acerca dos conceitos primordiais da causalidade clássica, p. 25: "Ao analisar os sistemas de filosofia desenvolvidos na Alemanha no século XIX, Michelet esclarece que desde Kant parte-se da ideia de que não há outra causalidade, senão a causalidade de acordo com as leis da natureza. De acordo com isso, todo acontecimento pressupõe uma condição precedente que é a sua causa, e essa condição - como algo que ocorre em si mesma - pressupõe novamente uma causa e assim por diante. Logo, a causa, na acepção de Kant,

Referidos juristas buscavam fundamentar a autoria sobre diferentes critérios. Assim, Kleinschrod, por exemplo, aduz ser a causalidade o critério para determinação da autoria, no sentido de que, ocorrendo a causa (conduta do autor), o resultado delitivo não pode deixar de ocorrer.[32] Já Feuerbach considera autor "a pessoa em cuja vontade e ação está contida a causa suficiente, e que produz o crime como sua consequência"[33], divergindo de Kleinschrod, que considera o autor como causa necessária do crime.[34]

Köstlin, a seu turno, entende a autoria enquanto autodeterminação do sujeito, devendo esta ser analisada em dois momentos: um subjetivo, onde "a conduta resulta direta ou indiretamente da autodeterminação livre do sujeito", e outro objetivo, onde "o resultado da conduta deve ter como princípio determinante a vontade do sujeito".[35] Glaser, partidário da corrente subjetivo-causalista de Köstlin, afirma que autor é aquele que quer o fato como próprio, e os demais como fato alheio.[36]

Dentre os doutrinadores clássicos da corrente objetiva, cujas concepções são baseadas na equivalência das condições, temos, segundo Alflen, em Liszt[37] "uma das principais contribuições para o desenvolvimento da dogmática da autoria"[38], vez que este "ao distinguir de forma bastante clara as suas modalidades" afirma ser "autor, em primeiro lugar, aquele que executa por si mesmo, de forma ilícita e culpável, a conduta executória, que realiza por si o tipo legal de crime (autor individual) ".[39]

No que tange às concepções baseadas na distinção entre causa e condição, von Bar contribui para a noção desta como critério de autoria, ao elucidar que "para o indivíduo ser submetido a uma pena (e, portanto, ser caracterizado como autor) é imprescindível verificar se ele é causa do resultado". Desta feita, partindo da diferença entre causa e condição, sentencia o jurista que "se queremos investigar as leis da natureza, então tudo o que é produzido pelas mãos humanas, é condição e não causa".[40]

---

supunha a própria ação, daí ressaltar que se deveria distinguir entre causa suficiente e causa necessária". ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 25-55.

[32] KLEINSCHROD, Gallus Aloys. ***Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfalzbaierischen Staaten***. Verlagsort: München. 1802, Hübschmann. p. 10, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 26.

[33] FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. ***Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts***. Heyer, Giessen, 1801 p. 80, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 28.

[34] No direito penal norte-americano, a noção de relação de causalidade se expressa, basicamente, pela ideia de ato humano ("*human act*"): "*Starting with a human act, we must next find a causal relation between the act and the harmful result; for in our law – and, it is believed, in any civilized law – liability cannot be imputed to a man unless it is in some degree a result of his act*". BOYCE, Ronald N.; DRIPPS, Donald A.; PERKINS, Rollin M. ***Criminal Law and Procedure:*** *cases and materials*. 11º Ed. New York: Thomsom Reuters, 2010. p. 529.

[35] KÖSTLIN, Christian Reinhold. ***System des Deutschen Strafrechts***. Tübingen, 1855, Bd. 1, p. 257, a*pud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 32.

[36] GLASER, Julius von. ***Ueber Thäterschaft und Beihilfe***. p. 29-30, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 40-41.

[37] TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 17 e ss.

[38] ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 39.

[39] LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal allemão**. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal. Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça. 2006, p. 355, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 44. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000147.pdf>. Acesso em 17 out. 2016.

[40] BAR, Carl Ludwig von. ***Die Lehre von Causalzusammenhang: besonders im Strafrecht***. Leipzig, 1871. p. 4 e 7, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 52.

Em síntese, Alflen elenca tais correntes como precursoras do sistema causalista[41], uma vez que foi a partir destes estudos que foram lançadas as sementes para o desenvolvimento da teoria do domínio do fato, tanto em Hans Welzel (domínio final do fato) como em Claus Roxin.[42]

Logo, estando o domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder ligado diretamente à teoria do domínio do fato de Roxin, com o fito de sistematizar e mapear a teoria do domínio por organização, bem como do domínio social por meio de um instrumento punível, far-se-á um estudo pormenorizado acerca das teorias relacionadas ao concurso de pessoas.

3. Teorias relativas ao concurso de pessoas

3.1. Sistemas unitário e diferenciador

3.1.1. Sistema unitário

O sistema unitário parte da noção de que não há diferença qualitativa nos pesos daqueles que contribuem para o cometimento do fato delitivo, mas tão somente no tocante à aplicação da pena. Assim, esclarece Jescheck que "todo aquele que concorre deve ser considerado autor do fato ilícito e culpável, sem levar em conta as qualidades delitivas da contribuição dos demais participantes (dolosa ou culposa)" bem como sem ter em vista nada mais do que "um vínculo causal com o desenvolvimento das contribuições dos demais, sendo que a intensidade da contribuição fática é levada em conta somente no âmbito da determinação da pena".[43]

Ademais, o sistema unitário passou a ser subdivido em unitário formal, unitário funcional e unitário reduzido.[44] Unitário formal, enquanto vertente mais radical, "parte de um conceito amplo e indiferenciado de autor" vez que "não distingue conceitual nem valorativamente os diferentes tipos de contribuição para o fato".[45] Já o unitário funcional "reconhece diferentes formas de autoria" se sujeitando à mesma pena cominada, sendo que "a

---

[41] "Os fundamentos do sistema Liszt-Beling radicam no conceito natural de ação. A ação desempenha já aqui uma função básica no conceito de delito [...] A ação é valorativamente neutra, sendo identificada como um movimento corpóreo voluntário, que produz uma modificação no mundo exterior. Compreende-se, assim, no conceito de ação, a verificação dos seguintes componentes: *vontade*, *expressão externa* dessa vontade através de um movimento corpóreo e o *resultado*". TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 17. LISZT, Fran von. **Direito penal alemão**. Tradução de José Higino. Rio de Janeiro, 1899. v., p. 198, *apud* TAVARES, Juarez. *op. cit.*, p. 17.

[42] Neste sentido, Alflen: "O paradigma causalista, indubitavelmente, forneceu importantes aportes para o desenvolvimento ulterior do debate acerca da ideia de autoria, sobretudo, da autoria mediata". ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 81.

[43] JESCHECK, Hans-Heinrich. ***Lehrbuch des Strafrechts***, p. 525, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 57.

[44] "Todavia, a falta de uniformidade conceitual acerca do sistema unitário de autor, levou Kienapfel, no ano de 1971, a realizar a diferenciação entre os sistemas unitário formal e unitário funcional, sendo que, alguns anos depois, Burgstaller incluiu ao lado destes o chamado sistema unitário reduzido". ROTSCH, Thomas. ***"Einheitstäterschaft" statt Thatherrschaft***, p. 13, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 57.

[45] ROTSCH, Thomas, *op. cit.*, p. 133, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 57-58.

diferenciação deve se dar de forma puramente conceitual, de acordo com o tipo penal".[46] Por sua vez, o sistema unitário reduzido entende que "todos que concorrem para o crime respondem pela mesma pena cominada", onde, contudo, "atribui-se às diferentes espécies de contribuições no caso concreto significado diverso sob o ponto de vista da determinação da pena".[47]

3.1.2. Sistema diferenciador

Partindo basicamente de uma distinção entre autor e partícipe, o sistema diferenciador entende que "as diferentes contribuições fáticas são concebidas de acordo com seu peso material, sendo que o injusto típico orienta-se pelo respectivo autor descrito nos crimes em espécie, distinguindo já todos os participantes no próprio tipo".[48]

As críticas feitas ao sistema diferenciador assentam no fato da necessidade de se desenvolver critérios para delimitação entre autoria e participação, o que levaria, segundo Kühl, a um trabalho legislativo extremamente complexo em razão das particularidades de determinados crimes.[49]

3.2. Conceitos extensivo e restritivo como critério de autoria

Os conceitos extensivo e restritivo aparecem na doutrina sob estas denominações, segundo Alflen, "somente no ano de 1929, com Leopold Zimmerl, o qual se apropria da representação inequívoca do conceito extensivo de autor, delineada por Ernst Winter, no trabalho publicado no ano de 1917, sob o título '*Die mittelbare Täterschaft*"[50].

3.2.1. Conceito extensivo

Conforme os ensinamentos de Luiz Regis Prado, tal concepção "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" e complementa o jurista, citando Welzel, que esta "relacionava a autoria com a causação de uma realização típica, de maneira que a instigação e a cumplicidade - por serem também causantes da realização do tipo - aparecem materialmente como formas de autoria".[51]

Bombardelli, citando Greco[52], explica que esse conceito "baseia-se na concepção 'tradicional' (mais antiga) de tipo: ele seria a causação de um resultado". E continua aduzindo

---

[46] SCHÖBERL, Wolfgang. ***Die Einheitstäterschaft als europäisches Modell***. p. 58, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 58.
[47] ROTSCH, Thomas, *op. cit.*, p. 140-141, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 60-61.
[48] ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 61.
[49] KÜHL, Kristian. ***Strafrecht, AT***, p. 760, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 61.
[50] ZIMMERL, Leopold. ***Grundsätzliches zur Teilnahmelehre***. ZStW, v. 49, Heft 1, 1929. p. 40, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 61.
[51] PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 458.
[52] GRECO, Luís *et al*. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 49.

que "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"[53].

Zimmerl, citado por Alflen[54], aduz que o conceito extensivo de autoria parte da premissa de que "os tipos legais devem ser concebidos de forma a considerar que qualquer um que seja causa para a realização de um tipo atua tipicamente e por isso deve ser punido, contanto que seja suficientemente culpável", de maneira que "qualquer um que seja causa para a morte de um homem, age tipicamente, desde que cause o resultado culpavelmente, de forma dolosa ou culposa"[55].

Desta feita, os dispositivos legais a respeito do auxílio e da instigação passam a ser considerados "*lex especialis* em relação ao respectivo tipo, sendo criadas com a finalidade de impor uma punição mais leve ou também mais estrita", resultando que uma vez que tais disposições específicas não podem ser aplicadas incide a disposição geral, onde "todo aquele que culpavelmente se torna causa para realização do tipo penal deve ser punido como autor"[56].

Insta ressaltar que o conceito extensivo sempre sofreu muitas críticas, dentre outras razões, "por ser demasiado amplo, perder-se na eventualmente abstrata aferição de causalidade ou mesmo por descuidar de elementos volitivos do sujeito ativo"[57]. Nas palavras de Nilo Batista:

> Assinala-se ainda como consequência da concepção ora examinada a constatação embaraçosa de que, na linha de nivelamento por ela produzida, o protagonista do delito apareça como "producto residual: como aquel causante que no es participe". Porém aquela consequência que nos sensibiliza mais profundamente está na "relativización de la función de garantia 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"[58].

3.2.2. Conceito restritivo

O conceito restritivo de autoria, cuja principal colaboração é atribuída à von Beling, aduz ser autor, nas palavras de Alflen, "aquele que preenche os elementos do tipo, mais precisamente, aquele que comete a ação típica por si mesmo"[59]. Assim, a principal diferença em relação ao conceito extensivo está no ponto de partida para aferição da autoria, vez que, para determinar a conduta típica, "Beling não parte do bem jurídico, como o fazia Schmidt em relação ao conceito extensivo, e sim da descrição da ação contida no tipo penal, de modo que

---

[53] BOMBARDELLI, Pablo. **Domínio do fato em Welzel e em Roxin**: critérios de conceito restritivo de autoria. Porto Alegre: UFRGS, 2014. p. 14.
[54] ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 61-62.
[55] ZIMMERL, Leopold, *op. cit.*, p. 40. Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 312.
[56] ZIMMERL, Leopold, *op. cit.*, p. 40, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 62.
[57] BOMBARDELLI, Pablo. **Domínio do fato em Welzel e em Roxin**: critérios de conceito restritivo de autoria. Porto Alegre: UFRGS, 2014. p. 15.
[58] BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 34.
[59] BAUMANN, Jürgen. ***Strafrecht***, AT, p. 483, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 66-67.

é o verbo contido no tipo que determina o seu alcance, delimita a autoria e a distingue da participação"[60].

Logo, uma vez que para o conceito restritivo "somente o autor realiza a ação prevista nos tipos penais da parte especial", a possibilidade de punição daqueles que não realizam a ação típica, os partícipes, "ocorre através de uma ampliação da punibilidade e não de uma restrição, como era feito partindo de um conceito extensivo de autoria"[61].

As principais falhas apontadas pela doutrina[62] no tocante ao conceito restritivo de autoria se referem à participação e à autoria mediata, uma vez que tão somente o critério de que "quem é autor, não é partícipe" não são suficientes para alcançar todas as possíveis condutas colaborativas dentro de um fato típico[63].

Por fim, saliente-se que os supracitados déficits, tanto no tocante ao conceito restritivo, como no que se refere ao conceito extensivo de autor, levaram a doutrina a desenvolver duas outras diretrizes teóricas: as teorias objetivas e a teoria subjetiva no conceito de autoria, que serão analisadas no tópico a seguir.

3.3. Teorias objetivas e subjetiva

Conforme dito acima, em razão dos inúmeros déficits apresentados pelos conceitos restritivo e extensivo, a doutrina passou a desenvolver as teorias objetivas e subjetiva, onde, segundo Alflen, por meio das mesmas, "tenciona-se elaborar uma complementação aos conceitos extensivo e restritivo, permitindo desenvolver a distinção entre as diversas formas de contribuição para o fato delitivo", de maneira que se leva em conta "o grau de exteriorização da participação no fato, ou a direção da vontade dos participantes"[64].

3.3.1. Teorias objetivas

Segundo aduz Cirino dos Santos, "as teorias objetivas definem autor e partícipe pela relação real com a ação típica"[65]. Por sua vez, Alflen destaca que tais teorias "partem basicamente de um conceito restritivo de autor e veem o critério decisivo para a delimitação da autoria no lado meramente objetivo do fato punível, tendo em vista a descrição da conduta

---

[60] ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 66.

[61] GRECO, Luís *et al*. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 13.

[62] Neste sentido, Prado, partindo de um conceito restritivo conjugado com uma teoria objetivo-formal, entende que, *in verbis*: "Esse conceito - elaborado por Beling - não explica, porém, as formas de autoria mediata. Em tais hipóteses, não poderia ser considerado como autor - do ponto de vista da concepção restritiva - quem se vale de outra pessoa como instrumento para a prática da conduta delituosa, já que não realiza nenhum elemento do tipo penal". PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 458.

[63] "Como refere Gropp, esta concepção estabelece um conceito primário de autor, seguindo a proposição 'quem é autor, não é partícipe' ou, ainda, 'só pode ser partícipe, quem não é autor'. Nesse sentido, como a realização da ação típica constitui objetivamente algo totalmente diferente do que o seu auxílio, resulta que os conceitos de autoria e de participação devem ser distinguidos de acordo com critério objetivos. Além disso, tal concepção não fornece critérios suficientes para delimitar o conceito de autoria mediata". GROPP, Walter. ***Strafrecht, AT***. p. 352; WOLLF, Ernst Amadeus. ***Die Tatherrschaft als Merkmal der Täterschaft***. p. 33, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. p. 68-69:

[64] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 69.

[65] SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do crime**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. p. 74.

típica"[66]. Ambos autores também asseveram a subdivisão das teorias objetivas em duas vertentes: teoria objetivo-formal e teoria objetivo-material, aquela "desenvolvida pelo modelo causal" e esta "introduzida pelo modelo final de crime"[67].

A teoria objetivo-formal[6869], capitaneada por Liszt, Beling, Schmidt e Zimmerl, assenta em dois aspectos fundamentais: é *objetiva* "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 *formal*, "porque para esta delimitação objetiva ela recorre aos tipos penais da parte especial do respectivo Código Penal"[70]. Por seu turno, Nilo Batista prescreve que, segundo a teoria formal-objetiva, "seria autor aquele que realizasse a ação executiva, a 'ação principal' do delito, a ação (depois de Beling) típica", e continua explicando que, segundo este critério, "é autor aquele que realiza, com a própria conduta, o modelo legal do crime"[71].

Sendo, portanto, o autor, dentro da lógica objetivo-formal, "quem realiza por si mesmo, total ou parcialmente, a conduta típica", partícipe, por sua vez, "é quem contribui com a realização do tipo tão só por meio de atos preparatórios e de apoio"[72].

Quanto à teoria objetivo-material, muito embora existam divergências sobre sua definição[73], Alflen menciona que esta, ao procurar suprir lacunas da teoria objetivo-formal, "em vez da execução da ação típica, tal teoria parte da análise da maior perigosidade que, portanto, deve caracterizar a contribuição para o fato por parte do autor em face ao partícipe"[74]. Ademais, Cirino dos Santos, entende que a teoria objetivo-material "define autor e partícipe pela relação de domínio da ação típica", situando-a, desta forma, dentro de um conceito amplo de domínio do fato[75].

3.3.2. Teoria subjetiva

Segundo Nilo Batista, para um critério subjetivo, "a distinção entre autor e partícipe residiria em que o primeiro atua com vontade de autor (*Täterwille* ou *animus actoris*), e deseja a ação como própria (*als eigene*)", enquanto que o segundo "atua com vontade de

---

[66] ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 69. Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 196.

[67] SANTOS, Juarez Cirino dos, *op. cit.*, p. 74.

[68] "*Autor* é quem realiza diretamente a ação típica". FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 312.

[69] "A teoria objetivo-formal é insuficiente para fundamentar a autoria mediata e algumas hipóteses de realização do delito com a utilização de um instrumento de poder". MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

[70] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 69-70.

[71] BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 60. Neste sentido, cf. PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 461

[72] ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 70. Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 312.

[73] "A teoria *objetivo-material* atualmente tem sido objeto de divergência quanto à sua própria definição, sendo que, na doutrina, encontram-se aqueles que, por um lado, consideram-na um equivalente da teoria do domínio do fato (ou essa um equivalente daquela), e aqueles que, por outro lado, consideram-na uma subespécie da teoria objetiva diversa da *teoria do domínio do fato*". ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 72-73.

[74] ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 72-73. Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 196.

[75] SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do crime**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. p. 74.

partícipe (*animus socii*), seja de instigador ou cúmplice (*Anstifterwille* ou *Gehilfenwille*), e deseja a ação como alheia (*als fremde*)"[76].

Neste sentido, Alflen destaca que o nascedouro da teoria subjetiva se deu no Tribunal do Reich onde, por influência de Köstlin e Buri, o tribunal alemão admitiu a teoria da equivalência das condições, abarcando o entendimento de que todas as condições têm o mesmo valor para a causação do resultado, tornando-se, por conseguinte, impossível delimitar a distinção entre todos aqueles que concorreram para o fato[77]. Conclui o autor, por fim, que "não houve outra possibilidade senão a de separar a autoria da participação com base exclusivamente no direcionamento da vontade dos participantes"[78].

As principais críticas à teoria subjetiva[79] se referem, de modo geral, pelo fato da mesma, partindo de um conceito extensivo, se apoiar exclusivamente na categoria da causalidade, "de modo que não coaduna com um sistema de orientação finalista nem funcionalista". Ademais, tal modelo subjetivo contraria o "princípio estruturante do direito penal vigente, segundo o qual os tipos penais devem ser delimitados e circunscritos por critérios claramente objetivos"[80].

4. Teoria do domínio do fato

Como se pode notar, os debates da doutrina clássica causalista giravam em torno da busca por critérios precisos para delimitar e conceber um conceito de autor, bem como as modalidades de participação, de maneira que, sobretudo no tocante à autoria mediata, embora tenham sido fornecidos importantes aportes para seu desenvolvimento, ainda subsistiam inúmeros déficits e dificuldades para sua aferição[81].

---

[76] BATISTA, Nilo, *op. cit.*, p. 67.

[77] Greco lembra dos casos absurdos da jurisprudência alemã baseados na teoria subjetiva: "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, BGHSt 18, 87 [1962])" Cf. GRECO, Luís *et al*. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 23.

[78] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 73. Neste sentido, cf. BAUMANN, Jürgen. ***Strafrecht, AT***. p. 495; ROXIN, Claus. ***Täterschaft und Tatherrschaft.*** p. 56, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 80-81.

[79] "A teoria subjetiva se baseia no ânimo concreto que tenha o interveniente no delito. [...] Mas, como a regulamentação legal não prescinde do aspecto material da contribuição para o delito, está claro que esta teoria não leva em conta que o dolo do responsável por um delito (autor ou partícipe) nada tem a ver com a circunstância de ele ter o fato como próprio ou alheio, e sim a consciência e a vontade de intervir na realização de um delito, quaisquer que sejam as razões ou motivos pelos quais ele aja. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 196.

[80] ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 74-75. Neste sentido, cf. ROXIN, Claus. ***Strafrecht, AT***. p. 12; HAAS, Volker. ***Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen***. p. 9; JESHECK, Hans-Heinrich***. Lehbuch des Strafrechts***. p. 530 – *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 80-81.

[81] "Assim, por exemplo, em Kleinschrod, Feuerbach e Stübel reconhece-se o instituto da autoria mediata, porém, unicamente em relação àquele que determina a vontade de outrem à produção do resultado, bem como equiparando o autor mediato ao instigador (***Anstifter***); em Köstlin e Berner reconhece-se a autoria mediata unicamente para os casos em que o executor é um sujeito capaz de determinar-se à prática da conduta real, pois,

Desta maneira, antes de discorrermos sobre a teoria do domínio do fato em Roxin, necessário se faz debruçar sobre a teoria do domínio do fato em Welzel, uma vez que esta surge na doutrina de concepção finalista, que passou a desenvolver uma "terceira via para construção da ideia de autoria"[82].

4.1. Teoria do domínio final do fato em Welzel

Conforme lição de Pacelli, "foi com o finalismo de Hans Welzel, nos anos que se seguiram ao pós-guerra, que se promoveu, então, uma mudança radical do pensar jurídico-penal" no sentido de que se estabeleceu "um sistema que se baseava em estruturas reais que deveriam subordinar a sua construção". E continua o mestre aduzindo que:

> Ao entendimento de que o homem poderia controlar cursos causais por meio da antecipação de sua ação e do resultado dela advindo, o finalismo retirou o dolo (e a culpa) da culpabilidade para alojá-los no próprio tipo, instituindo a ação final como um dado que não poderia ser ignorado pelo sistema penal.[83]

Embora a primeira aparição do termo *domínio do fato* remeta à Hegler, em 1915[84], é em Hans Welzel que surge a primeira tentativa real de se criar uma teoria do domínio do fato propriamente dita, com critérios bem estruturados e definidos[85].

Assim, pode-se conceituar o domínio final do fato como uma teoria que consiste no 'pressuposto fático da autoria (terceiro pressuposto, ao lado dos pressupostos objetivo e subjetivo), o qual parte de que o autor é o senhor sobre a decisão e a execução da vontade final de realizar o fato"[86]. O conceito final de autor, nas próprias palavras de Welzel:

---

sendo um mero instrumento ("Werkzeug") sem vontade, não há autoria mediata [...] já em Liszt, Schmidt, Binding e, mais tarde, em Zimmerl, reconhece-se a autoria mediata tão só para aqueles casos em que alguém que se serve de outrem como instrumento impunível." ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 81.

[82] ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 81-82.

[83] ROXIN, Claus *et al*. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. XIX.

[84] "Disso se observa que 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 em 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 tocante ao domínio do fato, inclusive, torna difícil proporcionar uma panorama histórico-dogmático da teoria do domínio do fato, de modo que seu ponto de partida deve ser necessariamente da concepção de Welzel." ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 85-86.

[85] *Ibidem*, p. 86.

[86] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 103-104.

> *Surge de las determinaciones fundamentales del concepto final de acción y del concepto personal de lo injusto para la 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.*[87]

Por fim, saliente-se que Welzel divide as formas de autoria em direta (autoria imediata), autoria mediata e coautoria. Por autoria direta entende-se a "realização direta e conscientemente final do fato por quem, tendo preenchido os pressupostos objetivos e subjetivos do tipo, possui o domínio sobre a sua decisão e execução"[88]. Autoria mediata, por sua vez, é a "realização do fato de forma conscientemente final por quem, possuindo o domínio pleno do fato, serve-se de um instrumento, que o executo de maneira direta"[89]. E por coautoria, Welzel entende ser "a execução comum dividida entre muitos indivíduos, dos atos parciais de uma decisão comum, naquela, ao mesmo tempo em que nenhum domina plenamente o fato, domina a sua respectiva parte"[90].

5. Teoria do domínio do fato em Roxin

Conforme as lições de Greco[91], a teoria do domínio do fato – que para o mesmo é uma inovação dogmática, uma vez que rompe com diversos postulados causais – assim como toda boa teoria, nasce da necessidade de resolver um problema concreto, assentando premissas lógicas fundantes para construção de um determinado sistema de ideias[92]. Logo, o problema que a teoria do domínio do fato se propõe a resolver, assim como as demais já mencionadas, é a de distinguir com precisão quem é autor e quem é partícipe de um

---

[87] WELZEL, Hans. ***Derecho penal aleman****: parte general*. 11ª ed. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chila, 1997, p. 120. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez.

[88] *Ibidem*, p. 122. Cf. WELZEL, Hans. ***Studien zum System des Strafrechts***, p. 164, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 89.

[89] WELZEL, Hans. ***Derecho penal aleman****: parte general*. 11ª ed. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chila, 1997, p. 123. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez.

[90] WELZEL, Hans. ***Studien zum System des Strafrechts***, p. 169, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 91.

[91] GRECO, Luís *et al*. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 22.

[92] "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. 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. *Ibidem*, p. 22.

determinado delito, não se tratando, a seu turno, de se determinar se o agente será ou não punido[93].

Alflen, por sua vez, lembra que Roxin, ao estabelecer as diretrizes teóricas para o desenvolvimento de sua teoria, determinou a mesma no seio de um conceito aberto, por considerar mais vantajoso, vez que se baseia em um elemento de procedimento descritivo e outro de caráter regular, onde o procedimento descritivo, em suas palavras, "pode ser essencialmente mais realista do que uma definição abstrata sobretudo porque não limita formalmente o conceito de autor e abarca novos fatos regulados por novos tipos penais criados"[94], devendo, pois, em conjugação com o segundo elemento diretivo, o domínio do fato, não ser um conceito teleológico, ontológico ou exclusivamente descritivo, mas sim normativo[95].

Neste diapasão, partindo da ideia de que autor é "figura central do acontecer típico (*Zentralgestalt des tatbestandsmäbigen Geschehens*)", Greco aduz que o conceito de autor é primário e tem significado central no injusto típico[96]. No mesmo sentido, Alflen destaca a evolução da teoria de Roxin, *in verbis*:

> Já em seu Strafrecht, refere que o autor é sempre "a figura central de um acontecimento executório" ("Ausfürhrungseschehen"), isto é, "a figura central da conduta executória" ("Ausführungshandlung") e que a "figura central do processo delitivo é quem domina o acontecimento dirigido à realização do delito". Daí referir expressamente que autor é aquele "que domina o fato, isto é, que desempenha o papel decisivo na realização do tipo". Em outras palavras, afirma Roxin que "tem o domínio do fato e é autor, quem aparece como a figura central, a figura-chave na realização do delito, por meio de sua influência decisiva para o acontecimento".[97]

5.1. Tríplice vertente do domínio do fato em Roxin

Partindo da ideia fundamental de autor enquanto figura central do acontecer típico, temos que o domínio do fato roxiniano se expressa em três vertentes: a) *domínio da ação* (autoria imediata); b) *domínio funcional* (coautoria) e; c) *domínio da vontade* (autoria mediata).[98]

O *domínio da ação* (*Handlungsherrschaft*) ocorre quando o sujeito "pratica em sua própria pessoa a conduta típica".[99] Nos dizeres de Greco: "quem aperta o gatilho tem o domínio da ação e nunca poderá ser mero partícipe, ao contrário do que, como vimos, muitas

---

[93] GRECO, Luís *et al*. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 22.
[94] ROXIN, Claus. ***Täterschaft und Tatherrschaft***, p. 123, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 105-106.
[95] ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 321, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 106.
[96] GRECO, Luís *et al*., *op. cit.*, p. 24.
[97] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 110-111. Cf. ROXIN, Claus. ***Strafrecht, AT***. Bd. II. p. 9 e 14, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 111.
[98] ROXIN, Claus. ***Autoría y dominio del hecho en derecho penal***. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 153 e ss, *apud* BOMBARDELLI, Pablo. **Domínio do fato em Welzel e em Roxin**: critérios de conceito restritivo de autoria. Porto Alegre: UFRGS, 2014. p. 43.
[99] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 111.

vezes decidira a jurisprudência alemã, partindo de uma teoria subjetiva extrema", logo, "aquele que domina a ação permanece autor ainda que aja a pedido ou a mando de outrem".[100]

O *domínio funcional* (*funktionelle Tatherrschaft*) ocorre quando o sujeito "realiza, no curso da execução, uma contribuição funcionalmente relevante".[101] No exemplo de Greco: "A aponta uma pistola para a vítima (grave ameaça), enquanto B lhe toma o relógio do pulso (subtração de coisa alheia)" e infere "aqui, seria inadequado que A respondesse apenas pelo delito [...] de constrangimento ilegal [...] e B apenas pelo furto", concluindo que "se duas ou mais pessoas, partindo de uma decisão conjunta de praticar o fato, contribuem para a sua realização com um ato relevante de um delito, elas terão o domínio funcional do fato" logo, "A e B responderão, assim, ambos pelo delito de roubo (art. 157, CP)".[102]

Por sua vez, o *domínio da vontade* (*Willensherrschaft*) ocorre quando o sujeito "executa o fato por meio de outrem, cuja vontade, de acordo com as diretrizes jurídicas, não é livre" e, portanto, "diferentemente do homem de trás, não compreende o sentido de seu agir ou o compreende em medida mínima ou, ainda, quando no marco de um aparato organizado de poder, é substituível"[103]. Neste sentido, assevera Greco que, para Roxin, a autoria mediata "encontra sua razão última no conhecimento superior (*überlegenes Sachwissen*) do homem de trás, que lhe permite controlar, dominar o homem da frente como se esse fosse uma marionete".[104]

5.2. Tríplice vertente do domínio da vontade

Na busca por uma fundamentação jurídica para a configuração da autoria mediata, uma vez que falta ao homem de trás uma conduta executória plena (própria da autoria imediata), Roxin passa a fundamenta-la no "poder de conduzir a vontade" de outrem. Este "poder de condução da vontade", por sua vez, se desdobra em três vertentes, quais sejam: a) *domínio da vontade em virtude da coação*; b) *domínio da vontade em virtude de erro*, e; c) *domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder*.[105]

O *domínio da vontade em virtude de coação* ocorre quando "o homem de trás ("*Hintermann*") domina o fato na medida em que coage o executor imediato à realização do tipo"[106], referindo Roxin ser essa a forma "mais simples de dominar a vontade de alguém"[107], que se expressa no famoso exemplo de Otto, lembrado por Alflen: "A ameaça matar B, se este não matar X. Por medo da ameaça contra sua própria vida, B mata X. A é autor de homicídio de X, pois ele dominava a vontade de B"[108].

---

[100] GRECO, Luís *et al*. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 25.
[101] ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 111.
[102] GRECO, Luís *et al*., *op. cit.*, p. 25-26.
[103] ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 111.
[104] GRECO, Luís *et al*., *op. cit.*, p. 27. Cf. ROXIN, Claus. ***Täterschaft***, p. 212 e ss., *apud* GRECO, Luís *et al.*, *ibidem*, p. 27.
[105] ROXIN, Claus. ***Autoría y dominio del hecho en derecho penal***. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 167 e ss, *apud* BOMBARDELLI, Pablo. **Domínio do fato em Welzel e em Roxin**: critérios de conceito restritivo de autoria. Porto Alegre: UFRGS, 2014. p. 45.
[106] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 124-125.
[107] ROXIN, Claus. ***Täterschaft und Tatherrschaft***, p. 143, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 127.
[108] OTTO, Harro. ***Grundkurs Strafrecht***. p. 303, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 127.

O *domínio da vontade em virtude de erro* ocorre quando "o homem de trás induz o executor em erro, mantendo-o sem saber do seu planejamento delitivo"[109]. No exemplo de Greco, "A dá a B uma arma supostamente descarregada e convence-o a 'assustar' C, apertando o gatilho: o 'susto' é mortal", devendo, portanto, "A" ser responsabilizado como autor mediato de homicídio doloso[110].

Por fim, o *domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder*, objeto deste estudo, ocorre quando o homem de trás, "servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis" visto que "funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados"[111].

Por ora, não faremos maiores aprofundamentos quanto aos requisitos do domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder, visto que este será objeto de tópico próprio, a ser trabalhado mais a frente. De fato, passaremos agora a uma análise conjuntural a respeito do surgimento deste instituto.

5.3. Domínio por organização: surgimento e contexto histórico

O Brasil possui hoje uma das taxas mais altas de violência do mundo, com números absolutos de homicídio próximos a 60 (sessenta) mil pessoas por ano[112], além do cometimento em larga escala de diversos outros crimes, como furto, roubo, estupro e tráfico de drogas.

Não obstante tais dados coletados pelo próprio Estado, segundo aduz Schabbach, citando Albanese[113], "em geral as estatísticas policiais não contabilizam especificamente o crime organizado; quando o fazem, cobrem apenas aspectos restritos do fenômeno, que se referem mais à atuação policial do que ao próprio fato"[114]

Neste contexto, muito embora não existam números precisos, sabe-se que grande parte dos crimes ocorridos, tanto no Brasil, como no restante do mundo, estão correlacionados, direta ou indiretamente, com o crime organizado[115].

Buscando um conceito de crime organizado, nos deparamos com a Nova Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) que, conforme discorre Bitencourt[116], assim o define:

---

[109] ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 124-125.
[110] GRECO, Luís *et al*. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 26.
[111] GRECO, Luís *et al*., *op. cit.*, p. 27-28.
[112] BRASIL. **Atlas da Violência 2016**. Brasília: IPEA; Governo Federal, 2016. p. 5. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/atlas_da_violencia_2016_ipea_e_fbsp.pdf>. Acesso em: 12 out. 2016.
[113] ALBANESE, Jay; DAS, Dilip. Introduction: A framework for understanding. In: ALBANESE, J. S.; DAS, D. K.; VERMA, A. ***Organized Crime:*** *World Perspectives*. New Jersey: Prentice Hall, 2003.
[114] SCHABBACH, Letícia Maria. **O crime organizado em perspectiva mundial.** Sociologias. Porto Alegre, v. 15, n. 34, p. 278-293, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222013000300012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 out. 2016.
[115] UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crime. ***World Drug Report 2015***. Vienna, 2015. p. 5. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/wdr2015/World_Drug_Report_2015.pdf>. Acesso em: 13 out. 2016.
[116] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 23.

> Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.
> § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.[117]

É cediço que, além da criminalidade organizada em sua forma como é conhecida na atualidade, uma outra espécie vigorou durante o século XX, sobretudo nos regimes totalitários emergentes na Segunda Guerra Mundial e Guerra Fria, como o Terceiro Reich do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães (Partido Nazista), liderado por Adolf Hitler, responsável pelo holocausto de 6 (seis) milhões de judeus[118], o regime do Partido Comunista da União Soviética, liderado por Josef Stalin, cujas estimativas apontam entre 20 (vinte) e 60 (sessenta) milhões de mortes provocadas[119], bem como do governo comunista de Mao Tsé-Tung à frente da República Popular da China entre 1949 e 1976, onde se estima que tenham morrido 50 (cinquenta) a 70 (setenta) milhões de pessoas[120].

É diante deste cenário que surge a figura jurídica do domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder, quando, em 1963, o penalista alemão Claus Roxin desenvolve pela primeira vez referida teoria em seu artigo intitulado "*Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*"[121].

A razão que levou Roxin a desenvolver tal instituto fora o processo ajuizado em Jerusalém contra o burocrata nazista Otto Adolf Eichmann[122], considerado responsável pelo

---

[117] BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa** e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 13 out. 2016.

[118] FLEMING, Gerald. ***Hitler and the Final Solution***. Berkeley & Los Angeles, CA: University of California Press, 1987. p. 16.

[119] GETTY, J. Arch. ***Victims of the Soviet Penal System in the Pre-War Years****: A First Approach on the Basis of Archival Evidence.* The American Historical Review, v. 98, n. 4, 1993. p. 1017-1049. Disponível em: <http://home.ku.edu.tr/~mbaker/cshs522/GettyNumbers.pdf>. Acesso em: 13 out. 2016.

[120] FENBY, Jonathan. ***Modern China****: The Fall and Rise of a Great Power, 1850 to the Present*. Ecco, 2008. p. 351.

[121] ROXIN, Claus. ***Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit***. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik. München, 2006. p. 293-300. Disponível em: <http://www.zis-online.com/dat/artikel/2006_7_44.pdf>. Acesso em: 14 out. 2016.

[122] Assim discorre Roxin: "Minha ideia era a de transpor este conceito cotidiano às precisas categorias da dogmática jurídica. A razão imediata para este esforço era justamente o processo promovido em Jerusalém contra Adolf Eichmann, um dos principais responsáveis pelo assassinato de judeus no período nazista." ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria.** Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 70. Disponível em <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em: 14 out. 2016. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Título do artigo original: *"Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft"*.

desenvolvimento da "solução final" do regime nazista, que levou milhões de judeus à morte nos campos de concentração da Segunda Guerra Mundial[123].

Capturado na Argentina pelos "*kidon"* do Mossad – o serviço secreto de Israel – Eichmann respondeu pelo processo entre 2 de abril e 14 de agosto de 1961, sendo condenado à morte e enforcado na prisão de Rammallah, em 1º de junho de 1962[124].

Desta forma, Roxin, segundo aponta Alflen, ao desenvolver a teoria do domínio por organização, buscara uma forma de *fundamentar* a autoria mediata nos casos em que o executor direito (autor imediato) se apresentava como agente culpável, não sendo coagido nem induzido a erro, mas sim como mais uma "peça" fungível da engrenagem delitiva[125].

5.3.1. Conceito de domínio por organização

A figura jurídica do domínio por organização, nas palavras de seu próprio mentor, Claus Roxin:

> Se baseia na tese de que em uma organização delitiva os homens de trás, que ordenam fatos puníveis com poder de mando autônomo, também podem ser responsabilizados como autores mediatos, se os executores diretos igualmente forem punidos como autores plenamente responsáveis. Estes homens de trás são caracterizados, na linguagem alemã corrente, como "autores de escritório" (Schreibtischtäter). Minha ideia era a de transpor este conceito cotidiano às precisas categorias da dogmática jurídica.[126]

Conforme assevera Alflen, o jurista alemão busca fundamentar sua tese sobre três pilares:

> Em primeiro lugar, refere Roxin que em determinados casos de autoria mediata quem possibilita ao homem de trás a execução de suas ordens não é só o "instrumento" [...], mas sim o próprio aparato organizado. [...] Em segundo lugar, afirma que o executor e o homem de trás possuem formas diferentes de domínio do fato, ou seja, o primeiro possui o domínio da ação, ao passo que o segundo possui o domínio da organização [...]. Em terceiro lugar, considera que não se pode deduzir a autoria e o domínio do fato de algum déficit do instrumento [...] o domínio do fato do homem de trás baseia-se em que por meio de uma ordem sua, através do aparato existente, ele pode causar o resultado com maior segurança, como no próprio caso de domínio por erro ou por coação.[127]

Zaffaroni, por sua vez, aduz que esta forma de autoria mediata pressupõe "uma 'máquina de poder', que pode ocorrer tanto num Estado em que se rompeu com toda

---

[123] ARENDT, Hannah. ***Eichmann in Jerusalem****: A Report on the Banality of Evil*. New York: Penguin Books. 1994.

[124] FRATTINI, Eric. **Mossad – Os Carrascos do Kidon**: a história do temível grupo de operações especiais de Israel. Adaptação de Alessandra Miranda de Sá. 1ª ed. São Paulo: Seoman, 2014. p. 35.

[125] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 137.

[126] ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria.** Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 69-70. Disponível em <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em: 14 out. 2016. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Título do artigo original: *"Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft"*

[127] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 187-88.

legalidade, como numa organização paraestatal [...], ou como uma máquina de poder autônoma 'mafiosa'"[128].

Depreende-se, portanto, que o conceito de domínio por organização preconizado por Roxin, se manifesta, *a priori*, como critério de delimitação de autoria mediata, diante do viés funcionalista, cujos objetivos político-criminais intrínsecos buscam aumentar a responsabilidade jurídico-penal dos agentes manipuladores[129] ("chefes das organizações criminosas").

5.3.2. Pressupostos do domínio por organização

Roxin assenta a teoria do domínio por organização em quatro pressupostos: a) *poder de mando*; b) *a desvinculação do direito pelo aparato de poder*; c) *a fungibilidade do executor direto* e; d) *a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato.*[130]

a) Poder de mando

Para Roxin, o autor mediato somente pode ser "quem tem um poder de mando dentro de uma organização conduzida rigorosamente e o exerce para produzir realizações típicas"[131], onde o mesmo lembra o caso do comandante de um campo de concentração nazista.

Por sua vez, Alflen adverte que "para exercer seu poder de comando, evidentemente, o homem de trás deve conhecer as condições básicas determinadas pelas estruturas da organização" uma vez que "somente tal conhecimento permite com que ele se aproveite da estrutura para a prática de delitos"[132].

b) A desvinculação do direito pelo aparato organizado de poder

Este pressuposto[133] consiste na necessidade de desligamento do aparato de poder do ordenamento jurídico, não significando, contudo, uma desvinculação total, mas tão somente,

---

[128] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 608.

[129] SVENSON, Gustavo. **Observações suscitadas pela teoria do domínio do fato**: a responsabilidade jurídico-penal do "homem de trás" no âmbito da criminalidade organizada. Revista Jus Societas, Ji-Paraná, v. 3, n. 2, p. 1-16, 2009. Disponível em: <http://revista.ulbrajp.edu.br/ojs/index.php/jussocietas/article/view/1098/402>. Acesso em: 15 out. 2016.

[130] ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria.** Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 80 e ss. Disponível em <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em: 14 out. 2016. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Título do artigo original: *"Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft"*. Cf. Pablo Rodrigo. **O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas**. Direito em Revista. v. 3, n. 1, p. 8-16.

[131] *Ibidem*. p. 81. Cf. AMBOS, Kai. ***Sobre la "organización" en el dominio de la organización***. *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, 2011. p. 5.

[132] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 138.

[133] "[U]n problema central reside en la cuestión relativa a qué concepto de organización adopta realmente esta teoría como base. En este sentido, Roxin ha sido criticado recientemente por sostener un concepto de organización ligado al Estado burocrático, que no tiene en cuenta, suficientemente, las nuevas formas de organización de los actores militares en el marco de los conflictos armados internacionales". AMBOS, Kai. ***Sobre la "organización" en el dominio de la organización***. *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, 2011. p. 5.

conforme Roxin, "no marco dos tipos penais realizados por ele", lembrando que as medidas tomadas pela DDR e pelo Estado nazista "moveram-se em muitos setores dentro do direito vigente"[134].

O jurista alemão também destaca que para que ocorra a desvinculação do direito "não interessa a visão do antigo sistema, senão a avaliação jurídica do atual", asseverando que os assassinatos cometidos pelo regime nazista se enquadrariam neste pressuposto, ainda que cometidos de forma legal, ao invés de por meio de ordens secretas[135].

c) A fungibilidade do executor direto

Tal pressuposto, que para Roxin sempre fora um elemento essencial do domínio por organização, assenta na "possibilidade de substituição daquele que na conduta delitiva do aparato organizado de poder praticou os últimos atos parciais de preenchimento do tipo penal".[136]

Destaca o jurista de Munique uma espécie de caráter assecuratório deste pressuposto em relação à consecução dos fins do autor mediato, uma vez 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".[137]

Em relação às críticas sobre a fungibilidade do executor, Roxin menciona a de Schroeder[138], que argumenta sua objeção afirmando "que especialistas imprescindíveis enquanto executores não seriam substituíveis, apesar do homem de trás ser o autor mediato", e rebate tal crítica aduzindo que "com isso é abandonado o âmbito do domínio por organização, que é orientado pela 'automatização' descrita e, em regra, também por uma multiplicidade de acordo com o mesmo esquema de crimes correntes".[139]

d) A disposição essencialmente elevada dos executores ao fato

Embora não previsto originalmente em seu artigo de 1963[140], a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato, adverte o jurista alemão, complementa de maneira mais segura os outros três pressupostos já mencionados.[141]

---

[134] ROXIN, Claus, *op. cit.,* p. 81.
[135] *Ibidem.* p. 81-82.
[136] ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria.** Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 82. Disponível em <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em: 14 out. 2016. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Título do artigo original: *"Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft"*.
[137] *Ibidem*. p. 82.
[138] Cf. SCHROEDER, Friedrich-Christian. ***Der Täter hinter dem Täter****: Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*. Duncker & Humblot: Berlin, 1965, p. 168, *apud* ROXIN, Claus, *op. cit.,* p. 83.
[139] ROXIN, Claus. *op. cit.,* p. 83.
[140] "Tal aspecto não havia sido referido por Roxin em sua concepção originária (de 1963), de modo que somente foi apresentado na palestra proferida em 2006 [referindo-se ao artigo intitulado '*Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft'*]". ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 143-144
[141] ROXIN, Claus. *op. cit.*, p. 84-85.

Roxin leciona que parte daquele 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", vez que "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 delinquente" e uma vez 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"[142].

6. Teoria do domínio do fato em Alflen

6.1. Fundamentos jurídico-filosóficos

O jurista brasileiro Pablo Alflen, em sua tese de doutorado apresentada ao programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul[143][144] defendeu uma nova teoria do domínio do fato partindo do paradigma ontológico-relacional (ou onto-antropológico)[145], em detrimento dos paradigmas causalista (sistema clássico e neoclássico), finalista (de Welzel) e funcional-normativista (de Roxin), uma vez que, segundo ele, o primeiro teria falhado por "tentar extrair institutos jurídicos de premissas exclusivamente naturalísticas", o segundo por "se apegar a um ontologicismo puro" e o terceiro por "deduzir um conceito de autoria válido, baseado na mais absoluta generalização", além de que, "qualquer sistema jurídico que pretenda deduzir suas categorias de maneira exclusivamente intrassistêmica ou extrassistêmica, sem levar em conta o homem *em suas relações*, como referencial, será equivocado".[146]

Assim, partindo de uma fundamentação jurídico-filosófica de nomes como Lukács e Kaufmann, Alflen advoga pela ideia de uma ontologia que tenha por fundamento o "ser social enquanto complexo de relações que mantém com outros homens e com as coisas", uma vez que "todo o ordenamento jurídico tem um *caráter relacional*"[147], na medida em que, nas

---

[142] ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria.** Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 85-86. Disponível em <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em: 14 out. 2016. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Título do artigo original: *"Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft"*

[143] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Domínio do fato e autoria em direito penal**: critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial. 2012. 277 p. Tese (Doutorado) - PUCRS. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4902/1/443808.pdf>. Acesso em: 24 out. 2016.

[144] "O autor é Professor Concursado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e conhecido do público brasileiro, em particular, pelo vasto trabalho de traduções que desenvolve há mais de uma década". ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. 264 p. Resenha de DA SILVA, Kelly Susane Alflen. *Revista Jurídica Cesumar* - Mestrado, v. 14, n. 2, p. 577-579, jul/dez. 2014. – Ademais, sua estadia como pesquisador-visitante na Universidade de Göttingen, por onde passaram nomes como Rudolf von Ihering, Max Weber, Hans Welzel e o próprio Claus Roxin, possibilitou aprofundamentos sem precedentes na história da doutrina penal brasileira.

[145] *Ibidem.* p. 272.

[146] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 159-160.

[147] *Ibidem.* p. 160.

palavras de Kaufmann, "as relações pessoais do homem são o que identifica o discurso jurídico enquanto tal, pois no fundo o direito se legitima sempre pelo fato de garantir a cada um o que lhe compete como pessoa", corroborado pelo fato de que "os direitos do homem são protegidos sempre apenas na sua relação com os direitos dos outros"[148], o que, na visão de Alflen, sempre esteve ligado à questão, colocada por Kaufamann, acerca do "como me devo comportar com os outros"[149], o que respalda, de certo modo, a premissa do princípio da responsabilidade.

Desta feita, trazendo esta concepção ontológica do homem enquanto ser social para o direito penal – e interpretando todo o direito enquanto uma ordem relacional – Alflen busca construir uma nova estrutura para o instituto da autoria, fixando como postulados fundamentais: a) o próprio caráter relacional do ordenamento jurídico; b) a função do direito penal enquanto protetor de bens jurídicos; c) a definição de bem jurídico enquanto "manifestação de um interesse ou valor pessoal ou comunitário", sendo o bem jurídico o ponto de interligação entre os sujeitos envolvidos no delito; d) a ofensa ao bem jurídico enquanto "noção de resultado jurídico como a pedra angular do ilícito-típico" e; e) conceito de resultado enquanto elemento fundamental da estrutura do delito, em detrimento do conceito de ação.[150]

6.2. Código Penal brasileiro

Assim dispõe o item 25, da Exposição de Motivos do Código Penal brasileiro, com a reforma da parte geral de 1984:

> Ao reformular o Título IV, adotou-se a denominação "Do Concurso de Pessoas", decerto mais abrangentes, já que a co-autoria não esgota as hipóteses do **concursus delinquentium**. O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monística do Código italiano, como corolário da *teoria da equivalência das causas* (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). Em completo retorno à experiência passada, curva-se, contundo, o Projeto aos critérios dessa teoria, ao optar, na parte final do artigo 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a *autoria de participação*. Distinção, aliás, reclamada com eloqüência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas.[151]

Em vista disso, Alflen aduz ter o Código Penal brasileiro de 1940 adotado o *sistema unitário funcional*, "uma vez que admite a diferenciação entre as respectivas modalidades de autoria" não estabelecendo[152], porém, "a acessoridade do autor mediato"[153], justificando a

---

[148] KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**, p. 433, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 160.
[149] FARIA COSTA, José de. **As linhas rectas do direito**. p. 15, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 160-161.
[150] ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 162-165.
[151] BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.
[152] "Contudo, o legislador brasileiro, apesar de aderir à teoria unitária [sistema unitário], evitou uma concepção generalista, ao fazer referência à culpabilidade, e inseriu, assim, uma "cláusula salvatória", contra os excessos a que poderia levar uma interpretação literal e radicalizante da teoria monista." ALFLEN, Pablo Rodrigo. **O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas**. Direito em Revista. v. 3, n. 1, p. 8-16.

criação de uma nova teoria do domínio do fato justamente em razão das teorias de Welzel e Roxin não serem compatíveis com um sistema unitário, uma vez calcadas no sistema diferenciador.[154]

Assevera o jurista que apesar do entendimento de que "o legislador brasileiro estava determinando a equiparação de todos os participantes no crime à figura de autores e, por conseguinte, aplicando-se lhes as mesmas penas, qualquer que fosse a natureza, a forma ou a importância da sua participação", a jurista brasileira Esther Ferraz ressaltou que "a parificação legal dos agentes do crime não tem o condão de fazer desparecer as diferenças reais que distinguem as várias formas de participação"[155]. Ainda, Alflen justifica detalhadamente o porquê de se entender que o legislador brasileiro optou por um sistema unitário funcional, *in verbis*:

> Entretanto, desde o ponto de vista brasileiro, a primeira questão que surge a partir daí é: no que consiste este chamado sistema "unitário temperado" adotado pelo legislador em 1984 e quais suas consequências? Alguns aspectos devem ser levados em conta para responder a essa questão, a saber: *a)* o legislador brasileiro deixou claro que o conceito unitário não é incompatível com a distinção entre as modalidades de autoria e participação; *b)* ademais, o legislador não definiu os conceitos, porém estabeleceu no Código Penal critérios que norteiam a doutrina nessa tarefa, assim: por um lado, no art. 29, faz-se referência à expressão "na medida de sua culpabilidade", esclarecendo-se, portanto, que as penas serão distintas; no art. 62, I, faz-se referência àquele que *"dirige a atividade dos demais agentes"*, e, portanto, identifica-se a hipótese de autoria mediata, a qual é corroborada pelo art. 5º, XLIII, da CF, ao fazer referência aos *"mandantes"*; no art. 62, IV, faz-se referência àquele que *"executa o crime"*, e, com isso, identifica-se a autoria direta; no art. 16, da Lei n. 8.137/90 e no art. 25, da Lei n. 7.492/86, faz-se menção aos crimes *"cometidos em... coautoria"* e no art. 3º, par. único, da Lei n. 9.605/98, faz-se menção às pessoas "físicas [...] coautoras", identificando-se, assim, a coautoria; por outro lado, identificam-se, ainda, as modalidades de participação, de indução, instigação e auxílio nos arts. 31; 62, II e III; e 122 do CP, respectivamente, com as disposições *"a determinação, a instigação e o auxílio"*, *"induz outrem"*, *"instiga ou determina"*, *"induzir, instigar e auxiliar"*. Ademais, no art. 31 do CP, o legislador consolidou a regra da acessoridade da participação, dispondo que *"não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado"*. Logo, a diferenciação entre as modalidades de concorrência para o crime é uma consequência necessária do sistema adotado, pois a pena deverá ser graduada de acordo com a respectiva modalidade de participação no fato punível.[156]

6.3. Conceito de domínio do fato em Alflen

Conforme leciona Alflen, deve-se entender o domínio do fato como a "possibilidade de controlar, em razão do poder de condução, a realização típica - com todas as suas

---

[153] ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 166.
[154] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Domínio do fato e autoria em direito penal**: critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial. 2012 Tese (Doutorado) - PUCRS. Porto Alegre, 2012. p. 271-272.
[155] FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A codelinquência no direito penal brasileiro**. p. 4 e 7. *apud* ALFLEN, Pablo. *op. cit.*, p. 165.
[156] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 167-168.

circunstâncias, no momento e na forma mais apropriada - e o respectivo resultado delitivo", ou, em outras palavras, o "domínio sobre a ofensa ao bem jurídico".[157]

Tal conceito assenta sobre três aspectos fundamentais. O primeiro deles é o *domínio do fato como único critério para delimitação da autoria*, no sentido de que, na visão de Alflen, tal ponto de partida é mais correto, pois a jurisprudência e legislação brasileira deixam claro que o critério do domínio do fato é suficiente para determinar a autoria.[158]

O segundo aspecto fundamental é o do *domínio do fato como domínio da ofensa ao bem jurídico,* partindo da perspectiva do direito enquanto ordem relacional que tem o *outro* como detentor do bem jurídico protegido pelo Estado, no sentido de uma conexão entre o "*ser-autor"* e "*ser-vítima"* por meio da ofensa ao bem, onde tal ofensa se traduz na ideia do *resultado* – calcada na noção do desvalor desta – de onde se extrai, então, o domínio do fato como domínio do resultado.[159]

O terceiro aspecto assenta o *domínio do fato como conceito orientado materialmente*, no sentido de alguém que "*detém nas mãos*" o curso da ofensa ao bem jurídico, se traduzindo pela "*possibilidade de realizar, interromper, impedir ou dar continuidade a um fato*".[160] Além de que o domínio do fato somente se aplica aos crimes comissivos e omissivos dolosos, não significando isto que seja o domínio do fato uma teoria do dolo, mas sim pelo fato dos crimes culposos ocorrerem justamente "*de um déficit de domínio do fato em relação ao resultado*".[161]

6.4. Tríplice vertente do domínio do fato em Alflen

Baseado nos pressupostos supratranscritos, o jurista passa a dividir o domínio do fato em três categorias, a saber: a) *domínio do resultado* (autoria imediata); b) *domínio operacional* (coautoria); c) *domínio social* (autoria mediata).[162]

a) Domínio do resultado

Para Alflen, autor imediato (ou direto) "*é aquele que possui, por si mesmo, de forma direta, o poder de condução sobre a realização, interrupção, impedimento ou continuidade do fato típico direcionado à produção da ofensa ao bem jurídico*", ou seja, aquele que "domina por si mesmo", sem colaboração de terceiros, de forma direta, a ofensa ao bem jurídico-penal tutelado.[163] Lembra, ainda, o dispositivo previsto no Código Penal no art. 62, IV, que se refere àquele que "*executa o crime"*.[164]

Para exemplificar a precisão de seu conceito, Alflen destaca: "'A' efetua um disparo de arma de fogo na direção de "B", atingindo-o em região letal do corpo, de modo que, se "B" não for urgentemente socorrido morrerá" ocorrendo, portanto, o chamado "perigo

---

[157] *Ibidem*. p. 184.
[158] *Ibidem*. *loc. cit.*
[159] *Ibidem.* p. 186-87.
[160] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Domínio do fato e autoria em direito penal**: critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial. 2012 Tese (Doutorado) - PUCRS. Porto Alegre, 2012. p. 274.
[161] *Ibidem*. p. 274.
[162] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 195 e ss.
[163] *Ibidem*. p. 196.
[164] BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

controlável" de produção de resultado.[165] E conclui o eminente jurista, "logo, se mediante a intervenção de "C", o qual socorre "B", não sobrevém a morte deste, não está excluída a ofensa direcionada objetivamente ao resultado (ocorrendo, portanto, tentativa de homicídio)".[166]

b) Domínio operacional

Alflen destaca que a coautoria, enquanto modalidade de domínio do fato pelo domínio operacional, "deve ser caracterizada pela realização conjunta de um fato ofensivo ao bem jurídico, por meio do desmembramento da realização típica entre vários participantes, os quais, para a realização integral do fato, operacionalizam suas contribuições" de acordo, pois, "com a atribuição de papéis a serem desempenhados, em prol da consecução do resultado", sendo suficiente a concorrência mínima de dois indivíduos.[167]

O domínio operacional, assim, tem como pressupostos: a) o acordo objetivo de condutas; b) a realização conjunta do fato ofensivo ao bem jurídico, e; c) a relevância causal das contribuições para a causação da ofensa ao bem jurídico.[168] O primeiro pressuposto se caracteriza pelo desmembramento fático e normativo da realização típica, no sentido de uma "*obra coletiva*" dos concorrentes. O segundo pressuposto se expressa no sentido de que "cada coautor deve realizar uma contribuição que seja compreendida como parte da atividade do outro". Por fim, o terceiro pressuposto se baseia na ideia de que a relevância das contribuições "deve ser suficiente para a ocorrência da ofensa ao bem jurídico, de tal forma que esta não ocorra sem aquela".[169]

c) Domínio social

A autoria mediata, assim como a autoria direta e coautoria acima descritas, deve ter como ponto de partida o domínio do fato, se expressando, por sua vez, por meio do domínio social, seja de um instrumento impunível, como de um instrumento punível. Logo, a categoria do domínio social é conceituada como "*o controle - em razão do seu poder de condução - da produção do resultado, enquanto ofensa ao bem jurídico, a qual é realizada por meio de um instrumento punível ou impunível, em suas relações fático-sociais*".[170]

Portanto, aqui a noção de "instrumento" ganha relevo fundamental para a caracterização da autoria mediata, uma vez entendida como a utilização de terceiro, pelo "homem de trás", para a produção do resultado delitivo, na medida em que há uma "*mediação*" entre o autor mediato e o executor direto.[171]

São parâmetros normativos encontrados na legislação brasileira, apontados por Alflen, a ideia do "'*mandante'* (art. 5º, XLIII, da CF), daquele que *'promove* [...] ou *dirige* a atividade dos demais agentes' (art. 61, I, do CP) ou daquele que *'determina* a cometer o crime

[165] ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 197-8.
[166] *Ibidem. loc. cit.*
[167] ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 201.
[168] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 201.
[169] *Ibidem.* p. 202-10.
[170] *Ibidem*. p. 211-12.
[171] *Ibidem.* p. 212.

alguém sujeito à sua autoridade *ou não punível*' (art. 62, III, do CP)"[172], evidenciando-se, assim, a opção do legislador brasileiro tanto por um instrumento punível, como não punível.[173]

Assim, Alflen elenca cinco requisitos para que se identifique alguém como autor mediato, a saber: a) ser o mesmo um sujeito capaz; b) exercer o controle mediato da produção do resultado ofensivo ao bem jurídico; c) não praticar atos materiais direcionados ao resultado (atos executórios); d) servir-se de outro indivíduo, enquanto instrumento para a prática da ofensa ao bem jurídico; e) ter conhecimento da *disposição condicionada* do instrumento em realizar o fato.[174]

No tocante ao "instrumento" utilizado pelo autor mediato, Alflen identifica dois grandes grupos a partir do Código Penal:

> a) autoria mediata com o uso de instrumento impunível:
> 1) que atua de forma atípica;
> 2) que atua de forma lícita;
> 3) que atua de forma inculpável;
> b) autoria mediata com o uso de instrumento punível (responsável).[175]

O primeiro grupo, qual seja, da autoria mediata com o uso de instrumento impunível, note-se que as três variantes correspondem, respectivamente, à tripartição do conceito analítico de crime em *fato típico, ilícito* e *culpável*.[176]

Assim, o primeiro dos instrumentos impuníveis, o que *atua de forma atípica* (*sem dolo*) pode ocorrer "em virtude de *erro de tipo*, ausência de vontade ou falta de consciência (como no caso de sonambulismo ou hipnose) em relação à ofensa ao bem jurídico-penal".[177]

Quanto ao segundo instrumento impunível, que *atua de forma lícita*, ou seja, ao abrigo da antijuridicidade, Alflen leciona através do exemplo onde "o cliente 'A' relata ao advogado 'B' uma situação falsa, e faz com que este dê causa à instauração de inquérito policial contra 'C', cuja inocência conhece, neste caso 'A' é autor mediato de denunciação caluniosa (art. 339 CP)".[178]

O terceiro instrumento impunível, que *atua de forma inculpável*, pode-se estabelecer como hipóteses, "aquelas em que o instrumento é inimputável, age sob coação moral irresistível, sob obediência hierárquica e em erro de proibição".[179]

Por fim, o segundo grupo, qual seja, da *autoria mediata com o uso de instrumento punível*[180], objeto deste estudo comparativo, será analisado em maior profundidade no tópico que segue.

---

[172] BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.
[173] BARRETO, Tobias. **Do Mandato Criminal**, p. 241, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 212.
[174] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 213-14.
[175] *Ibidem*. p. 216.
[176] *Ibidem*. p. 216 e ss. Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 3.
[177] ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 216-17.
[178] *Ibidem*. p. 218. Cf. GROPP, Walter. ***Strafrecht. AT***. p. 364, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 218.
[179] ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, 2014. p. 219.
[180] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 219 e ss.

6.5. Domínio social por meio de um instrumento punível

Como antes mencionado, as bases legais que apontam a ideia de instrumento punível são encontradas no art. 62, I, do CP, que dispõe que será agravada a pena em relação ao agente que "promove, ou organiza a cooperação no crime ou *dirige a atividade dos demais agentes*", bem como no inciso III do mesmo artigo, prescrevendo a agravante no caso do agente que "*determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade*".[181]

Contudo, adverte Alflen que para incidência desta categoria dogmática, a mesma deve possuir "contornos bem definidos orientados por critérios precisos e que sirvam de respaldo para esclarecer também a problemática da autoria, sobretudo, no marco da criminalidade organizada e empresarial"[182], uma vez que estão ligadas à hipótese do executor nos casos do "*autor de escritório*" preconizado por Roxin.[183]

Uma vez que o "homem de trás" segue a mesma estrutura do autor mediato – com os mesmos elementos destacados anteriormente – mesmo nos casos de instrumento punível, para ser caracterizado como tal, deve este "possuir o domínio, em razão do seu poder de condução, da produção do resultado, enquanto ofensa ao bem jurídico", onde tal domínio "compreende a possibilidade de controlar o instrumento punível em suas relações fático-sociais orientadas ao resultado, face à sua *disposição condicionada ao fato*".[184] Logo, assevera Alflen que esta última figura destacada, qual seja, a *disposição condicionada ao fato*, constitui "o critério decisivo para a caracterização do instrumento punível".[185]

O critério da disposição ao fato tem como caráter principal o estabelecimento de uma segurança (ou confiança) ao autor mediato de que sua ordem será cumprida, e, portanto, atingido o resultado delitivo. Nas palavras de Alflen, tal critério, em termos mais específicos, "do uso da disposição do executor em obedecer às ordens do autor mediato é decisivo para a caracterização da autoria por meio do executor (instrumento) punível", uma vez que "a disposição ao fato exclui a insegurança relativa à ocorrência do resultado, a qual é própria da instigação"[186], tornando-se, portanto, certa, para o autor mediato, a ocorrência e produção da ofensa ao bem jurídico.

Outrossim, Alflen diz não ser ainda suficiente tão somente o critério da disposição ao fato, destacando a necessidade de uma disposição *condicionada* a este, no sentido de uma submissão às ordens do autor mediato por parte do executor direto punível (autor mediato), em razão, por exemplo, de uma súbita modificação de sua situação ou posição perante uma organização criminosa ou mesmo legal.[187] Em suas palavras, este critério "implica a absoluta disposição do executor em se submeter ou se sujeitar ao homem de trás, de forma *condicionada à manutenção ou alteração de sua posição ou situação*" como, por exemplo, "a

---

[181] BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.
[182] ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 219-20.
[183] ROXIN, Claus. ***Straftaten in Rahmen organisetorischer Machtapparate***. p. 201, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 219-20.
[184] ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 219-20.
[185] *Ibidem*. p. 222-23.
[186] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 224.
[187] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 224.

manutenção de um cargo, a ascensão na carreira, o medo da perda de uma posição, ou, ainda, no exemplo de Schroeder, o 'pagamento de uma quantia em dinheiro'".[188]

Portanto, em vista da disposição condicionada ao fato por parte do executor punível, "elimina-se a insegurança em relação à ocorrência do resultado", tornando-se certa para o autor mediato a sua ocorrência, de modo que "o controle sobre a realização do resultado ofensivo ao bem jurídico permanece nas mãos do autor mediato". Ademais, qualquer grau de insegurança no que diz respeito à produção do resultado "conduziria à caracterização da mera instigação por parte do homem de trás".[189]

Para não restar mais nenhuma dúvida, Alflen traz um elucidativo exemplo, retirado da jurisprudência:

> "A" determina a seu funcionário, "B", caseiro de sua fazenda, que corte árvores da área lateral direita de sua propriedade, que consiste em área de preservação permanente, em virtude de que atrapalhavam a construção de uma cerca divisória. Por se tratar de área de preservação permanente, seria necessária autorização do órgão competente para o corte. Embora ambos tivessem conhecimento disso, "B" obedece a ordem de seu chefe, "A", e pratica o fato, o qual se amolda ao art. 40 da Lei n. 9.605/98. À luz da teoria do domínio do fato pelo domínio social, "A" figura como autor mediato e "B" como executor punível, face a sua disposição condicionada em realizar o fato, sob ordens de "A". Em tal caso, a condição deve encontrar seu fundamento no fato de que o indivíduo realiza a ofensa ao bem jurídico, a fim de assegurar sua posição.[190]

Desta feita, o ponto decisivo para que se caracterize a autoria mediata com o uso de instrumento punível é o domínio social por parte do homem de trás, que somente se torna possível em face da disposição condicionada do executor, que, enquanto sujeito capaz, age dolosamente "praticando atos materiais direcionados à produção do resultado condicionalmente à manutenção ou alteração de sua posição ou situação".[191]

7. Estudo comparativo entre os conceitos de Roxin e Alflen

Diante de todo o conteúdo exposto até o presente momento, verificou-se que o jurista alemão Claus Roxin, com a finalidade de fundamentar uma autoria mediata em relação a autores diretos puníveis, desenvolveu a chamada teoria do domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder, inserindo-se esta como vertente de sua teoria do domínio do fato a partir do sistema funcional-normativista.[192] Por sua vez, o jurista brasileiro Pablo Alflen, com a mesma finalidade de fundamentar uma autoria mediata com executor punível,

---

[188] *Ibidem*. p. 223-4. Cf. SCHROEDER, Friedrich-Christian. ***Der Täter hinter dem Täter***. p. 152, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 225.
[189] *Ibidem*. p. 226.
[190] *Ibidem. loc. cit.* Cf. TJSP, Apelação Criminal nº 1.116.140.3-2, Décima Primeira Câmara Criminal, Relator Aben-Athar, Acórdão publicado em 7 jan. 2009, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 226.
[191] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 226.
[192] ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria.** Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 69 e ss.

desenvolveu a chamada teoria do domínio social por meio de um instrumento punível, enquanto vertente de sua teoria do domínio do fato ancorada no sistema ontológico-relacional.[193]

Logo, faz-se a seguinte pergunta: qual teoria poderia ser aplicada conforme o ordenamento jurídico-penal brasileiro? Para responder tal pergunta, faremos uma análise de ambas teorias a partir dos seguintes casos, sendo três hipotético-elucidativos e outros três fáticos, retirados da jurisprudência nacional relativa ao tema.[194]

7.1. Autoria mediata e Administração Pública

"A", governador do Estado "WC", determina a "B", funcionário de confiança de "A", que solicite vantagem indevida de "C", diretor da empreiteira "TERRA S.A", como condição para que esta possa contratar com o governo a construção de uma determinada rodovia estadual. "B", de maneira consciente e voluntária, solicita a quantia "R$ X" do diretor da empreiteira, praticando, assim, o crime de corrupção passiva (art. 317, *caput*, CP). Pergunta-se: o governador "A" pode ser responsabilizado pelo crime citado? Se sim, a que título?

Partindo da *teoria do domínio do fato de Roxin* à luz do ordenamento jurídico brasileiro, o governador "A" responderá, no máximo, a título de partícipe, na modalidade de instigador ou indutor, uma vez que, para que haja a configuração de autoria mediata, Roxin exige que o mesmo detenha o domínio da vontade do executor direto, em virtude de coação, erro ou de um aparato organizado de poder.[195]

Saliente-se que, no caso apresentado, o funcionário "B" agiu de maneira voluntária, consciente e dolosa, excluindo-se, assim, as hipóteses de coação e erro. Ademais, para que ocorra a autoria mediata por meio do domínio da vontade em virtude de um aparato organizado de poder, o jurista alemão elenca quatro pressupostos, os quais são: a) poder de mando; b) a desvinculação do direito pelo aparato de poder; c) a fungibilidade do executor direto e; d) a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato.[196]

---

[193] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Domínio do fato e autoria em direito penal**: critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial. 2012 Tese (Doutorado) - PUCRS. Porto Alegre, 2012. 277 p.

[194] Sobre a Ação Penal n. 470, o famoso "caso mensalão", *vide* conclusões de Alflen: "O exame realizado até aqui permite concluir que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da APn 470, não adotou a *teoria do domínio final do fato*, desenvolvida por Welzel, nem a *teoria do domínio do fato*, desenvolvida por Roxin, mas sim, utilizou uma anomalia resultante da conjugação dos critérios de ambas as concepções, o que conduziu a uma absoluta contradição. Ademais, tal equívoco foi decorrente da própria dificuldade que a doutrina brasileira apresentou (e apresenta) no tocante à compreensão de ambas as concepções e de suas diferenciações, o que, inevitavelmente, se refletiu em uma práxis jurisdicional incongruente e, por ora, em uma decisão absolutamente incorreta. Por fim, cabe ter em vista que a teoria do domínio do fato de Roxin não é compatível com a ordem jurídico-penal brasileira, em virtude da opção do legislador brasileiro por um sistema unitário funcional no tocante ao concurso de pessoas. Todavia, isso não implica o rechaço à ideia de domínio do fato, mas a necessidade de construção de uma teoria compatível com a ordem jurídica nacional." ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**: incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 85, 2013.

[195] SVENSON, Gustavo. **Observações suscitadas pela teoria do domínio do fato**: a responsabilidade jurídico-penal do "homem de trás" no âmbito da criminalidade organizada. Revista Jus Societas, Ji-Paraná, v. 3, n. 2, p. 7, 2009.

[196] ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria.** Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 80 e ss.

No caso, embora se possa afirmar que o governador detenha o poder de mando da estrutura administrativa do Poder Executivo estadual, bem como o caráter fungível do funcionário "B" e sua disposição essencialmente elevada em executar o fato típico, não há o atendimento ao pressuposto da desvinculação do direito pelo aparato de poder, uma vez que, *em tese*, o Estado age de maneira totalmente vinculada ao ordenamento jurídico, sendo os crimes "exceções" à *práxis* da máquina estatal.[197]

Partindo da *teoria do domínio do fato de Alflen* à luz do ordenamento jurídico brasileiro, o governador "A" responderá como autor mediato do crime de corrupção passiva (art. 317, *caput*, CP), conforme, ainda, a agravante do art. 62, III, do CP ("*determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade*")[198]. Isto se deve, pois, em razão de todos os pressupostos da autoria mediata com uso de instrumento punível terem sido verificadas.

Alflen elenca cinco requisitos para que o homem de trás seja classificado como autor mediato: a) ser um sujeito capaz; b) exercer o controle mediato da produção do resultado ofensivo ao bem jurídico; c) não praticar atos materiais direcionados ao resultado (atos executórios); d) servir-se de outro indivíduo, enquanto instrumento para a prática da ofensa ao bem jurídico; e) ter conhecimento da *disposição condicionada* do instrumento em realizar o fato.[199]

In casu, o governador "A" era um sujeito plenamente capaz que exercia o controle mediato da produção do resultado ofensivo ao bem jurídico, uma vez que detinha o poder de *realizar*, *interromper*, *impedir* ou *dar continuidade* à ofensa.[200] Ademais, como visto, não praticou nenhum ato executório propriamente dito, servindo-se de seu funcionário "B" como instrumento para a prática da ofensa ao bem jurídico tutelado (administração pública), tendo conhecimento da disposição condicionada de seu funcionário "B" (instrumento punível) em realizar o fato, uma vez que este executou tais fatos condicionadamente à manutenção de sua posição de funcionário de confiança do governador "A".

---

[197] "Em primeiro lugar, o aparato de poder não precisa ter se desvinculado do direito em todos os aspectos, senão apenas no marco dos tipos penais realizados por ele. As medidas tomadas pela DDR e mesmo pelo Estado Nacional-Socialista moveram-se em muitos setores dentro do direito vigente; porém os âmbitos de atuação, como o «impedimento de fuga da República através de disparos mortais» ou, apenas para mencionar o caso mais assustador, a «solução final para o problema relativo aos judeus», caracterizam atividades absolutamente desvinculadas do direito. E, em segundo lugar, para a desvinculação do direito não interessa a visão do antigo sistema, senão a avaliação jurídica atual". ROXIN, Claus. *op. cit.*, p. 81.

[198] "Art. 62. A pena será ainda agravada em relação ao agente que: [...] III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal". BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

[199] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 213.

[200] "Nesse sentido, o *domínio do fato* deve ser entendido como a *possibilidade de controlar, em razão do poder de condução,* e isso *se traduz como a possibilidade de realizar, interromper, impedir ou dar continuidade a um fato.* Tal fato, entretanto, deve ser o fato punível em sua totalidade, o qual tem seu ponto de conexão relacional no resultado. Logo, o referencial é o tipo e sua realização, *com todas as suas circunstâncias, no momento e na forma mais apropriada para atingir o resultado*, representado pela ofensa ao bem jurídico." ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Domínio do fato e autoria em direito penal**: critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial. 2012 Tese (Doutorado) - PUCRS. Porto Alegre, 2012. p. 274.

7.2. Autoria mediata e organizações empresariais

"A", diretor da empresa "FELLER S.A", responsável pela exploração de petróleo de certa região, determina a seu funcionário, "B", que denuncie "C", diretor da empresa "FALCON S.A", concorrente da empresa de "A" na exploração de petróleo da mesma região, pelo crime de corrupção ativa, com intenção de prejudicar a empresa de seu concorrente. Tanto o diretor "A", como o funcionário "B", sabem que a denúncia é falsa e que "C" é inocente. Contudo, o funcionário "B", de modo consciente e voluntário, vai à delegacia da Polícia Federal e denuncia o diretor "C", dando início à instauração de um inquérito policial, o que faz com que as ações da empresa "FALCON S.A" caiam imediatamente, possibilitando uma vantagem econômica à empresa "FELLER S.A". Pergunta-se: o diretor "A" pode ser responsabilizado pelo crime de denunciação caluniosa (art. 339, *caput*, CP)? Se sim, a que título?

Partindo da *teoria do domínio do fato de Roxin* à luz do ordenamento jurídico brasileiro, o diretor "A" poderá ser responsabilizado pelo crime a título de partícipe, uma vez que induziu (ou instigou)[201] o funcionário "B" à prática delituosa. Não responderá como autor mediato em virtude dos pressupostos para configuração desta não terem sido preenchidos. Dividindo-se o domínio do fato de Roxin em domínio da ação, domínio funcional e domínio da vontade[202], tem-se que nenhuma dessas três categorias restaram verificadas.

O domínio da vontade se desdobra em virtude de coação, erro ou de aparatos organizados de poder.[203] No caso em tela, o funcionário "B" agiu de maneira dolosa, consciente e voluntária, sabendo, inclusive, da condição de inocente do diretor "C", não podendo ser enquadrado, pois, como executor direto coagido ou errante.

Quanto à possibilidade de imputação da qualidade de autor mediato por parte do diretor "A" pelo domínio da vontade do funcionário "B" em virtude de um aparato organizado de poder (empresa "FELLER S.A"), tem-se que esta também deve ser rechaçada. Roxin elenca quatro pressupostos para que ocorra a modalidade de autor mediato pelo domínio da organização: a) poder de mando; b) desvinculação do direito pelo aparato de poder; c) fungibilidade do executor direto e; d) disposição essencialmente elevada dos executores ao fato.[204] Embora o diretor "A" possuísse o legítimo poder de mando em sua empresa "FELLER S.A", bem como o caráter substituível do funcionário "B" e uma plausível disposição essencialmente elevada do mesmo à execução do fato consubstanciassem o domínio da vontade do diretor "A" em relação ao funcionário "B", tem-se que não houve o preenchimento do pressuposto da desvinculação do direito pelo aparato de poder, uma vez

---

[201] "Instigar é determinar a prática do delito, atuando sobre a vontade do agente. O instigador faz nascer a decisão de praticar o crime em pessoa capaz de executá-lo com consciência e vontade. Nisso distingue-se a instigação da autoria mediata, pois nesta o agente se serve de terceiro não culpável, que funciona como mero instrumento [correspondente ao instrumento inculpável de Alflen]". FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 318.

[202] ROXIN, Claus. ***Autoría y dominio del hecho en derecho penal***. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 527, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 111.

[203] *Ibidem*. p. 528.

[204] ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria.** Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 80 e ss.

que a empresa "FELLER S.A", pessoa jurídica de direito privado, age vinculada ao ordenamento jurídico, não podendo-se presumir ser a mesma uma organização criminosa.[205]

Não obstante, partindo da *teoria do domínio do fato de Alflen* à luz do ordenamento jurídico brasileiro, o diretor "A" poderá responder como autor mediato do crime de denunciação caluniosa (art. 339, *caput*, CP), uma vez que todos os pressupostos do domínio social por meio de um instrumento punível foram preenchidos.

Alflen divide a teoria do domínio do fato em três frentes: a) autoria direta como domínio do resultado; b) coautoria como domínio operacional; e c) autoria mediata como domínio social. O domínio social, a seu turno, se desdobra naqueles por meio de instrumentos impuníveis e por meio de instrumentos puníveis.[206] No tocante ao domínio social por meio de um instrumento punível, elenca o jurista brasileiro cinco requisitos para que o homem de trás seja classificado como autor mediato: a) ser um sujeito capaz; b) exercer o controle mediato da produção do resultado ofensivo ao bem jurídico; c) não praticar atos materiais direcionados ao resultado (atos executórios); d) servir-se de outro indivíduo, enquanto instrumento para a prática da ofensa ao bem jurídico; e) ter conhecimento da *disposição condicionada* do instrumento em realizar o fato.[207]

No caso apresentado, o diretor "A", enquanto sujeito capaz, exercia o controle mediato da produção do resultado ofensivo ao bem jurídico (administração da justiça), uma vez que detinha o poder de *realizar*, *interromper*, *impedir* ou *dar continuidade* à ofensa.[208] Ademais, não praticou nenhum ato material direcionado ao resultado (art. 339, *caput*, CP – "*dar causa à instauração de investigação policial"*)[209], servindo-se de outro indivíduo (funcionário "B") enquanto instrumento para a prática da ofensa ao bem jurídico, tendo, por fim, pleno conhecimento da disposição condicionada do funcionário "B" em realizar o fato, já que sua negativa poderia levar à uma demissão do cargo que ocupava, modificando sua posição ou situação na empresa "FELLER S.A".

7.3. Autoria mediata e organizações criminosas

"A", chefe de uma organização criminosa que atua no narcotráfico, determina a "B", "capanga" do cartel, que mate "C", suspeito de ser um agente da polícia civil infiltrado na organização. "B" atende prontamente a determinação de "A" e desfere cinco tiros de arma de fogo em "C", que vem a óbito. Pergunta-se: o chefe "A" pode ser responsabilizado pelo crime de homicídio (art. 121, *caput*, CP)? Se sim, a que título?

---

[205] "[A]s empresas econômicas, contanto que não estejam envolvidas desde o princípio em atividades criminosas, como regra, não trabalham desvinculadas do direito." ROXIN, Claus. *op. cit.* p. 90.

[206] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 211.

[207] "No que diz respeito à autoria mediata, verificou-se a necessidade de aferir, no caso de instrumento punível, a 'disposição condicionada para o fato'. [...] A autoria mediata, como em qualquer caso regular, deve assentar no controle integral da realização típica dirigida à causação da ofensa ao bem jurídico, por parte do homem de trás, de modo que este possa *determinar* sua realização, interrupção, impedimento ou continuidade, em qualquer etapa do fato punível perpetrado pelo instrumento." ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Domínio do fato e autoria em direito penal**: critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial. 2012 Tese (Doutorado) - PUCRS. Porto Alegre, 2012. p. 277.

[208] ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 274.

[209] BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

Partindo da *teoria do domínio do fato de Roxin* à luz do ordenamento jurídico brasileiro – embora Alflen advirta pela incompatibilidade total da teoria em razão do Código Penal brasileiro ter adotado o sistema unitário funcional[210] – o chefe "A" poderá ser responsabilizado como autor mediato do crime em questão.

Roxin prescreve quatro pressupostos para que o homem de trás possa responder como autor mediato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder: a) poder de mando; b) desvinculação do direito pelo aparato de poder; c) fungibilidade do executor direto e; d) disposição essencialmente elevada dos executores ao fato.[211]

In casu, o chefe "A" possuía pleno poder de mando do cartel de drogas, sendo este aparato de poder, por óbvio, totalmente desvinculado do ordenamento jurídico. Ademais, o executor direto "B" possuía caráter fungível, uma vez que poderia ser facilmente substituído por outro "capanga" igual e essencialmente disposto a executar o fato.

Outrossim, partindo da *teoria do domínio do fato de Alflen* à luz do ordenamento jurídico brasileiro, temos que o chefe "A" da organização criminosa também poderá ser responsabilizado como autor mediato do crime de homicídio.

O jurista gaúcho destaca cinco pressupostos para que o homem de trás venha a responder como autor mediato por meio de um instrumento punível: a) ser um sujeito capaz; b) exercer o controle mediato da produção do resultado ofensivo ao bem jurídico; c) não praticar atos materiais direcionados ao resultado (atos executórios); d) servir-se de outro indivíduo, enquanto instrumento para a prática da ofensa ao bem jurídico; e) ter conhecimento da *disposição condicionada* do instrumento em realizar o fato.[212]

No caso em tela, o chefe "A", enquanto sujeito plenamente capaz, exerceu o controle mediato da produção do resultado ofensivo ao bem jurídico (vida), uma vez que detinha o poder de *realizar, interromper, impedir* ou *dar continuidade* à ofensa. Ademais, não praticou nenhum ato material direcionado ao resultado (art. 121, *caput*, CP: "*matar alguém*"), servindo-se de outro indivíduo enquanto instrumento ("capanga B") para a prática da ofensa ao bem jurídico, tendo conhecimento da disposição condicionada do capanga em realizar o fato, uma vez que sua negativa poderia levar, além de uma "demissão" dos quadros do cartel, até mesmo à sua morte, condicionando a prática de seus atos materiais à manutenção de sua situação ou posição na organização criminosa.[213]

---

[210] "Entretanto, da análise da concepção de domínio do fato, de Roxin, concluiu-se pelo seu rechaço, tanto em razão dos déficits apresentados quanto em razão da absoluta incompatibilidade com a ordem jurídico-penal brasileira. Nesse sentido, verificou-se que tal teoria é absolutamente vaga e incipiente, principalmente, porque o jurista não define o conceito de domínio do fato, mas tão só baseia-se na expressão 'figura central', a qual é excessivamente genérica e não constitui um critério. Com isso, a concepção de domínio do fato do jurista alemão padece do déficit identificado por ele mesmo em relação às concepções anteriores (de Hegler, Bruns, von Weber, Berges, Lobe, Schmidt e Welzel)." ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Domínio do fato e autoria em direito penal**: critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial. 2012 Tese (Doutorado) - PUCRS. Porto Alegre, 2012. p. 271.

[211] ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria.** Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 80 e ss.

[212] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 211.

[213] "[O] autor mediato, face à disposição condicionada do instrumento, se vale das circunstâncias estruturais do aparato e de seu poder de condução exercitado pela determinação ao mesmo da conduta ofensiva ao bem jurídico." ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Domínio do fato e autoria em direito penal**: critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial. 2012 Tese (Doutorado) - PUCRS. Porto Alegre, 2012. p. 277.

7.4. Autoria mediata e crimes contra o Sistema Financeiro Nacional

Trata-se o caso de ação penal em que o Ministério Público Federal imputa a "M", "D" e "G" a prática do crime definido no artigo 19, parágrafo único, da Lei 7.492/86[214], porquanto, no dia 5 de julho de 1999, obtiveram, mediante a utilização de CND falsificada, a liberação de financiamento junto ao BNDES em favor da empresa "PAD Ltda".

> EMBARGOS INFRINGENTES. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO MEDIANTE FRAUDE. AUTORIA DO *FALSUM*. IRRELEVÂNCIA. MANDATÁRIO DA EMPRESA. AUTOR MEDIATO. DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO. CRIME CARACTERIZADO.
> 1. Responsabilidade do embargante como incurso nas sanções do art. 19, parágrafo único, da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, dado que agiu com dolo eventual, ao permitir o envio da CND falsificada por fax ao agente financeiro, o que propiciou a indevida liberação do financiamento junto ao BNDES, sendo irrelevante a autoria da contrafação. 2. Caracterizada a autoria mediata, assim compreendido como sendo o agente que não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o da organização.[215]

Após as alegações finais, o réu "M" restou absolvido pelo juiz singular, vez que este entendeu não ter sido demonstrada prova da autoria delitiva. Com o recurso do *parquet*, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região reformulou a sentença de primeiro grau, condenando o réu "M" como autor mediato do crime, presumindo-se que este teria "ciência" da origem falsa da CND apresentada ao BNDES, o que faria do mesmo autor mediato em razão do domínio da organização. Assim justificou um dos desembargadores do processo:

> A criminalidade contemporânea, sobretudo nos delitos ditos empresariais, é caracterizada, quase sempre, por um verdadeiro e intrincado sistema de divisão do trabalho delituoso no qual são repartidas, entre os agentes executores da ação criminosa, uma multiplicidade de tarefas, cada qual fundamental à consecução do fim comum. As categorias tradicionais de coautor e partícipe, assim, em vista do modelo organizacional que passou, na época moderna, a caracterizar a prática delitiva societária, não se mostram mais suficientes para a atribuição da responsabilidade penal individual. Foi assim que, a partir de uma formulação idealizada por Claus Roxin em sua monografia *Täterschaft und Tatherrschaft* ("Autoria e Domínio do Fato") para estabelecer a responsabilidade oriunda dos crimes cometidos pelo Estado nacional-socialista alemão, construiu-se o conceito de autor mediato, ou seja, aquele que, atuando na cúpula da associação criminosa, dirige a intenção do agente responsável pela prática direta do ato delituoso. *O autor mediato não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o domínio da organização* [...] Na espécie, o contexto probatório carreado aos autos revela, à saciedade, *que atuou "M", sim, como "agente de trás"*, dedicando-se a

[214] "Art. 19. Obter, mediante fraude, financiamento em instituição financeira: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é cometido em detrimento de instituição financeira oficial ou por ela credenciada para o repasse de financiamento." BRASIL. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. **Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

[215] TRF4. **Embargos Infringentes e de Nulidade nº 2001.70.09.001504-1/PR**. Quarta Seção, Relator Des. Federal Tadaaqui Hirose. Publicado em 24 jul. 2007.

> engendrar e pôr em prática, através de interpostas pessoas, a fraude que propiciou o levantamento irregular do financiamento alcançado perante o BNDES. Nesse sentido, evidenciando a ingerência do réu "M" sobre os fatos delituosos, observa-se que, muito embora o codenunciado "D" tenha mencionado na acareação que desconhecia o momento em que o gestor da empresa tomou conhecimento da falsificação da CND, não se pode ignorar que este acusado também afirmou categoricamente, em sua primeira manifestação na fase policial, que o réu "M" tinha ciência da falsidade perpetrada, bem como descreveu minuciosamente o contexto fático-delitivo no qual fica evidente a pressão do réu "M" sobre a empregada "G". [*Grifo nosso*][216]

Desta feita, percebe-se que os desembargadores do TRF4, ao tentarem fundamentar sua decisão, utilizam a ideia de domínio do fato de Roxin, aduzindo que, pelo fato do réu "M" ter utilizado o documento falso para liberação de fundos do BNDES, presumindo-se que sabia ou deveria saber falso, praticou o crime do art. 19, parágrafo único, da Lei 7.492/86 (Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional), na qualidade de autor mediato, vez que, em razão do seu cargo de administrador da empresa "PAD Ltda" (que foi beneficiária dos recursos do BNDES), detinha o "domínio da organização".

Como já foi demonstrado anteriormente, Roxin elenca quatro pressupostos para que ocorra a modalidade de autoria mediata pelo domínio da organização: a) poder de mando; b) desvinculação do direito pelo aparato de poder; c) fungibilidade do executor direto e; d) disposição essencialmente elevada dos executores ao fato.[217]

Em uma rápida análise dos fundamentos da decisão do TRF4 e dos pressupostos de Roxin para ocorrência do domínio por organização, percebe-se que praticamente nenhum deles foram atendidos. À exceção do poder de mando, plausível na condição de "M" de administrador da empresa beneficiária dos recursos do BNDES mediante o uso de documento falso, tem-se que os outros três passaram longe de estar ligado ao presente caso. O próprio Roxin rechaça o uso de sua teoria no âmbito da criminalidade empresarial[218], não estando, *in casu*, a empresa "PAD Ltda" desvinculada do direito. Igualmente não se pode afirmar existir uma fungibilidade dos executores diretos ("G" e "D"), em razão de suas especialidades contábeis, além de que uma disposição essencialmente elevada dos executores ao fato é no mínimo questionável.[219]

---

[216] *Ibidem*.

[217] ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria.** Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 80 e ss.

[218] "O domínio do fato em virtude de aparatos organizados de poder baseia-se concretamente em quatro dados: no poder de mando, na desvinculação do direito pelo aparato de poder, na fungibilidade e na disposição essencialmente elevada do executor ao fato. Como estes pressupostos existem apenas no injusto do sistema estatal, no «Estado criminoso dentro do Estado», assim como a Máfia e formas semelhantes de manifestação da criminalidade organizada, não se pode transferir esta figura jurídica aos fatos puníveis em empresas econômicas, ao contrário da opinião do Supremo Tribunal Federal alemão." ROXIN, Claus.*op. cit.*, p. 94.

[219] "*Schroeder* apresentou a outra objeção afirmando que especialistas imprescindíveis enquanto executores não seriam substituíveis, apesar do homem de trás ser o autor mediato. Porém, com isso é abandonado o âmbito do domínio por organização, que é orientado pela «automatização» descrita e, em regra, também por uma multiplicidade de acordo com o mesmo esquema de crimes correntes. Se um serviço secreto precisa recrutar um especialista que possua, somente ele, condições de executar um determinado delito, a organização não ostenta desde o princípio o modo específico de atuação. Também um autor isolado pode se engajar como tal homem. No entanto, existe apenas uma instigação, uma vez que não é exercida nenhuma pressão coercitiva de acordo com o § 35 do StGB." ROXIN, Claus.*op. cit.*, p. 83.

Do ponto de vista do domínio social por meio de instrumentos puníveis de Alflen, que elenca para sua configuração os pressupostos: a) ser o homem de trás um sujeito capaz; b) exercer o controle mediato da produção do resultado ofensivo ao bem jurídico; c) não praticar atos materiais direcionados ao resultado (atos executórios); d) servir-se de outro indivíduo, enquanto instrumento para a prática da ofensa ao bem jurídico; e) ter conhecimento da *disposição condicionada* do instrumento em realizar o fato.[220] Conforme dispõe Alflen e o Código Penal brasileiro, imprescindível o homem de trás "determinar" (art. 62, III, CP)[221] ao executor direto a prática do fato típico. Ora, como os próprios desembargadores reconhecem, em momento algum o réu "M" *determinou* aos corréus "G" e "D" que praticassem a falsificação da CND, o que prejudica de plano todos os demais pressupostos do domínio social por meio de um instrumento punível.

7.5. Autoria mediata e crimes tributários

No presente caso, "V", administrador da empresa "PP Ltda.", foi denunciado na qualidade de coautor juntamente com "J", contador da empresa, como incursos nas penas do art. 1º, I, II e III da Lei n. 8.137/90[222] combinado com o art. 29 e 71 do Código Penal, pois teriam omitido informações relativas às receitas auferidas pela empresa "PP Ltda." no ano de 1998 e 1999, bem como teriam prestado declarações falsas às autoridades fazendárias, suprimindo tributos (IRPJ, PIS, CSLL e COFINS) no montante de mais de quinhentos mil reais.[223]

---

[220] ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 211.

[221] BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

[222] "Art. 1°. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;" BRASIL. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

[223] "Os denunciados, acima qualificados, sendo o primeiro na condição de sócio administrador e o segundo na qualidade de contador da empresa "PP LTDA"., inscrita no CNPJ nº [...], estabelecida na [...] em coautoria, omitiram informações relativas às receitas auferidas pela referida pessoa jurídica de R$ 1.081.250,14 (um milhão oitenta e um mil duzentos e cinquenta reais e quatorze centavos), no ano de 1998, e de R$ 1.339.437,26 (um milhão trezentos e trinta e nove mil quatrocentos e trinta e sete reais e vinte e seis centavos) no ano de 1999, bem como prestaram declarações falsas, ao inserirem elementos inexatos, às autoridades fazendárias, através das Declarações de Informações Econômico Fiscais (DIPJ), relativas aos anos calendário de 1998 e 1999, que eram discrepantes e a menor quando comparadas com os registros dos livros fiscais e contábeis, como o Livro Registro de Saídas, Livro Registro de Apuração do ICMS e Livro de Apuração do IPI. [...] Através do procedimento administrativo fiscal [...] a fiscalização apurou, a partir da comparação entre os valores das receitas informadas nas Declarações de Informações Econômico Fiscais (DIPJ) da pessoa jurídica com aqueles constantes nos registros da empresa, em sua escrita contábil e fiscal, que os denunciados, mediante as condutas descritas acima, deixaram de recolher valores, em virtude da ilícita redução de tributos, referentes aos anos calendário de 1998 a 1999, o crédito tributário, com os consectários legais, foi reduzido na ordem de R$ 506.230,79 (quinhentos e seis mil duzentos e trinta reais e setenta e nove centavos)" TRF4. **Apelação Criminal nº 2005.71.00.003278-7/RS**. Oitava Turma, Relator Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Publicado em 25 set. 2008.

> PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. REDUÇÃO OU SUPRESSÃO DE IMPOSTOS FEDERAIS (IRPJ, PIS COFINS, CSLL). AUTORIA. TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE PENAL.
> 1. Comete crime contra a ordem tributária o agente que, dolosamente, suprime o pagamento de tributos, omitindo do Fisco a percepção de rendimentos sujeitos à tributação.
> 2. Diante da insuficiência das categorias tradicionais de coautor e partícipe para a atribuição da responsabilidade penal individual, em vista do modelo organizacional que passou, na época moderna, a caracterizar a prática delitiva societária, construiu-se, doutrinariamente, o conceito de autor mediato, assim compreendido como sendo o agente que não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o da organização , o que sobressai mormente quando o superior hierárquico *"sabe más sobre la peligrosidad para los bienes juridicos que su proprio subordinado"* (DIEZ, Carlos GómezJara. ¿Responsabilidade penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. In Revista IberoAmericana de Ciências Penais. Porto Alegre: ESMP, 2005. n. 11, p. 13).
> 3. A responsabilidade penal, em crimes fiscais, é personalíssima, não havendo falar em "culpa concorrente" do profissional de contabilidade que, no mais, não restou demonstrada.[224]

Condenado pelo juiz singular, o réu "V" apelou ao TRF4, alegando o desconhecimento da conduta delituosa de seu contador "J", argumento que foi negado pelo tribunal, mantendo-se sua condenação em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão em regime aberto, sustentando os desembargadores federais que o réu "V" "na qualidade de administrador do empreendimento, estava ciente da ocorrência do delito e tinha condições para impedir sua concretização.

Ademais, aduziu o tribunal:

> Independentemente de a pessoa responsável pelo recolhimento da receita fiscal (autor) ter ou não determinado a prática de qualquer das condutas arroladas nos incisos do *caput* do art. 1º da Lei 8.137/90 para iludir a fiscalização tributária, caso tome conhecimento da ocorrência de alguma hipótese entre as tipificadas nos incisos do *caput*, e, conscientemente, utilize-se da situação fática proporcionada para praticar a supressão ou redução da carga tributária, é autor do delito pelo domínio do fato.

Misturando as teorias do domínio do fato de Roxin e Welzel[225], o tribunal em momento algum fundamentou sua decisão nos pressupostos dos referidos juristas, limitando-

---

[224] TRF4. **Apelação Criminal nº 2005.71.00.003278-7/RS**. Oitava Turma, Relator Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Publicado em 25 set. 2008.

[225] "A noção de domínio do fato é contemporânea ao finalismo de Hans Welzel que propugnava ser o autor, nos crimes dolosos, aquele que detém o controle final do fato. Superando as teorias puramente objetivas e subjetivas, a teoria do domínio do fato atua no plano objetivo-subjetivo, que pressupõe o controle final do ponto de vista subjetivo, sem desconsiderar que a posição objetiva do sujeito determine o efetivo domínio da circunstância (ou da organização). No caso em tela, o domínio do fato não se equipara ao domínio sobre as Ciências Contábeis e Jurídicas, mas as circunstâncias que levaram à supressão do tributo. [...] As categorias tradicionais de coautor e partícipe, assim, em vista do modelo organizacional que passou, na época moderna, a caracterizar a prática delitiva societária, não se mostram mais suficientes para a atribuição da responsabilidade penal individual. Foi assim que, a partir de uma formulação idealizada por Claus Roxin em sua monografia *Täterschaft und*

se a utilizar as expressões "domínio por organização" e "domínio do fato" para justificar seu decreto condenatório.

Ademais, à luz da teoria do domínio por organização de Roxin, tem-se por impossível qualificar o réu "V" como autor mediato do crime de sonegação fiscal, posto que, embora seja plausível supor um "poder de mando" da parte de "V" em relação à sua empresa, os demais pressupostos não são preenchidos, não estando o "aparato de poder" desvinculado do direito, nem se podendo afirmar uma fungibilidade do executor direto (contador "J"), em razão de suas especialidades contábeis, sendo igualmente questionável uma disposição essencialmente elevado à execução do fato por parte deste.[226]

7.6. Autoria mediata e tráfico de drogas

Depreende-se do acórdão abaixo que a senhora "L" fora flagrada por policias militares da Unidade de Polícia Pacificadora da comunidade Cidade de Deus transportando 742g (setecentos e quarenta e duas gramas) de cocaína acondicionados em 2.810 (dois oitocentos e dez) pequenos invólucros plásticos, tendo oferecido, quando da sua captura, a quantia de R$ 12.000,00 (doze mil reais) aos policias para que estes a libertassem.

Após o devido trâmite, a ré "L" foi condenada às penas de 10 (dez) anos de reclusão e 1.210 (mil duzentos e dez) dias-multa, como incurso nos artigos 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006 (tráfico e associação para o tráfico) combinado com o art. 333 do Código Penal (corrupção ativa) na forma do art. 69 do CP (concurso material de crimes).

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA FINS DE TRÁFICO E CORRUPÇÃO ATIVA. CONDENAÇÃO ÀS PENAS DE 10 (DEZ) ANOS DE RECLUSÃO E 1.210 (MIL DUZENTOS E DEZ) DIAS-MULTA. RECURSO DE DEFESA. REIJEIÇÃO DA ARGUIÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL E DOS PEDIDOS DE ABSOLVIÇÃO. MANUTENÇÃO DA RESPOSTA PENAL.
> [...]
> 2. Crime de associação para fins de tráfico - A fungibilidade dos executores é inerente aos aparatos organizados de poder, que não afasta a caracterização do delito, em que pese a idade avançada da apelante. A dinâmica automática de substituição dos executores é o fator responsável pela continuidade ininterrupta das atividades ilícitas da organização criminosa, e o conjunto probatório demonstra a participação da recorrente na societas sceleris. Vislumbra-se, *in casu*, a típica especialização das funções da organização criminosa, notadamente a dos indivíduos encarregados pelo transporte da droga, denominados "mulas", indivíduos estes selecionados de modo minudenciado, de acordo com as peculiaridades de cada órgão fiscalizatório do sistema repressivo estatal. Ademais, a intenção dos traficantes ao aliciar pessoas como a recorrente é a de que, por possuírem tais características,

Tatherrschaft ("Autoria e Domínio do Fato")" TRF4. **Apelação Criminal nº 2005.71.00.003278-7/RS**. Oitava Turma, Relator Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Publicado em 25 set. 2008.

[226] "Eu parto 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." ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria.** Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 85-6.

> fogem do estereótipo do indivíduo suspeito, tendo, com isso, maior êxito na consecução dos crimes, como o transporte de drogas entre favelas em análise.[227]

Com a apelação da ré, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento ao recurso da mesma, sustentando que a sentença deveria ser mantida em razão da quantidade de drogas, em que pese a idade avançada da mesma.

Ademais, utilizou uma passagem de Kai Ambos[228] relativa ao conceito de domínio por organização de Roxin para elucidar o caráter fungível dos executores diretos e, por conseguinte, "fundamentar" a manutenção de sua pena, aduzindo que "em que pese a idade avançada da apelante, bem como a situação financeira precária e o uso contínuo de remédios controlados, estas condições não a eximem de culpa".[229]

Logo, não se vislumbrou ligação lógica entre os conceitos de domínio por organização de Roxin e a suposta "fundamentação" da manutenção da pena da ré "L", uma vez que tal teoria fora desenvolvida para delimitar a autoria mediata do homem de trás em virtude do domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder.

Contudo, embora explicitamente os argumentos do tribunal tenham sido de certo modo controvertidos, denota-se que no caso em apreço a senhora "L" se tratava de executora direta do crime de tráfico de drogas, atuando, pois, a partir do poder de mando do homem de trás, que se utilizou de um aparato organizado de poder desvinculado do direito, em razão do caráter fungível da mesma, bem como da questionável disposição essencialmente elevada da executora ao fato.[230]

Do ponto de vista da teoria do domínio do fato de Alflen, o domínio social por meio de um instrumento punível, enquanto critério para delimitação da autoria mediata do homem de trás, tem-se que a ré "L" atuou como legítimo instrumento punível, uma vez que agiu de modo consciente e voluntário, podendo-se enquadrar, ainda, o traficante chefe como autor

---

[227] TJRJ. **Apelação Criminal nº 0039586-66.2010.8.19.0203**. Terceira Câmara Criminal, Relatora Des. Suimei Meira Cavalieri. Data do julgamento: 4 mai. 2012.

[228] "Ainda acerca da fungibilidade do executor nos aparatos organizados de poder, nas palavras de Kai Ambos: 'Esta última forma de domínio da vontade, que Roxin também denomina de 'domínio por organização', consiste no 'modo específico de atuação do aparato que se encontra à disposição do homem de trás da organização. Este funciona sem que dependa da pessoa individual do executor, como que automaticamente...'. Em razão da possibilidade de substituição (fungibilidade) do executor, que não precisa conhecer o homem de trás, este poderia confiar que suas ordens sejam cumpridas, pois caso um executor não cumpra sua tarefa, um outro imediatamente entrará em seu lugar; portanto ele não pode impedir o ato pela sua negativa de cumprir a ordem, senão apenas subtrair sua participação no mesmo. " (Direito Penal. Fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos. Ed. Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre/2006, pg. 50). TJRJ. **Apelação Criminal nº 0039586-66.2010.8.19.0203**. Terceira Câmara Criminal, Relatora Des. Suimei Meira Cavalieri. Data do julgamento: 4 mai. 2012.

[229] *Ibidem.* p. 6.

[230] "A integração de uma organização provoca, como tal, uma tendência à adaptação. Espera-se que os membros se adaptem concretamente. Isto pode levar a uma adesão irrefletida a condutas que jamais passariam pela cabeça de pessoas incorporadas a tal organização. Porém, um fenômeno típico da organização é também o obsequioso zelo excessivo, seja pela ambição na carreira, pela ostentação, pelo deslumbramento ideológico ou também em razão de impulsos sádicos ou mesmo criminosos, os quais o membro de uma tal organização acredita poder fornecer impunemente. Além disso, também há uma participação interna de membros opositores, em conseqüência de uma resignada reflexão: «se eu não faço, de qualquer forma outro o fará». " ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria.** Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 86.

mediato, desde que esse, além de ser identificado, seja um sujeito capaz que exerça o controle mediato da produção do resultado ofensivo ao bem jurídico, não praticando atos executórios e servindo-se de outro indivíduo (ré "L") como instrumento para prática do delito, tendo conhecimento da disposição condicionada da mesma à prática do fato. [231]

8. Considerações finais

Ante todo o exposto, conclui-se que a teoria do domínio do fato preconizada pelo jurista brasileiro Pablo Alflen, em sua vertente do domínio social como autoria mediata pelo uso de um instrumento punível, enquanto critério para delimitação e responsabilização do homem de trás, se mostra mais adequada e compatível com o ordenamento jurídico-penal brasileiro do que a teoria do domínio do fato desenvolvida pelo jurista alemão Claus Roxin em sua vertente do domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder, em razão daquela se amoldar à legislação vigente (art. 62, I e III do CP), respeitando o sistema unitário funcional de autor adotado pelo Código Penal brasileiro de 1940.

Ademais, frise-se que o jurista Pablo Alflen desenvolveu uma teoria do domínio do fato a partir da legislação penal vigente, buscando nas bases jurídico-filosóficas do sistema ontológico-relacional uma fundamentação coerente com o sistema penal brasileiro, em contraponto com Claus Roxin, que, a seu turno, desenvolveu uma teoria do domínio do fato a partir de bases funcional-normativistas, dentro de um sistema diferenciador de autor, o que, como já demonstrado, não coaduna com nosso ordenamento jurídico.

Entretanto, imperioso lembrar que a teoria do domínio do fato do eminente jurista alemão Claus Roxin é considerada por quase toda doutrina internacional como uma das mais bem estruturadas teorias, sendo desnecessário reconhecer os méritos milenares das contribuições científicas deste gigante do mundo jurídico.

Desta feita, tem-se que o domínio social como autoria mediata pelo uso de um instrumento punível, bem como a teoria do domínio do fato desenvolvida por Alflen em sua totalidade, se mostram como dogmas promissores na doutrina nacional, uma vez que surgem em momento necessário, preenchendo uma lacuna que há tempos o direito penal brasileiro sentia, contribuindo, desta forma, com o aprimoramento de nossa ciência penal.

Referências Bibliográficas

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Domínio do fato e autoria em direito penal**: critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial. 2012 Tese (Doutorado) - PUCRS. Porto Alegre, 2012.

_____, Pablo Rodrigo. **O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas**. Direito em Revista. v. 3, n. 1, p. 8-16.

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

231 ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 211.

_____, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. 264 p. Resenha de DA SILVA, Kelly Susane Alflen. *Revista Jurídica Cesumar* - Mestrado, v. 14, n. 2, p. 577-579, jul/dez. 2014. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3708/2464>. Acesso em: 23 out. 2016.

_____, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**: incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 63-86, 2013.

AMBOS, Kai. ***Sobre la "organización" en el dominio de la organización***. *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, 2011.

ARENDT, Hannah. ***Eichmann in Jerusalem****: A Report on the Banality of Evil*. New York: Penguin Books. 1994.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1,

BOMBARDELLI, Pablo. **Domínio do fato em Welzel e em Roxin**: critérios de conceito restritivo de autoria. Porto Alegre: UFRGS, 2014.

BOYCE, Ronald N.; DRIPPS, Donald A.; PERKINS, Rollin M. ***Criminal Law and Procedure****: cases and materials*. 11ª Ed. New York: Thomsom Reuters, 2010.

BRASIL. **Atlas da Violência 2016**. Brasília: IPEA; Governo Federal, 2016. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/atlas_da_violencia_2016_ipea_e_fbsp.pdf>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

_____. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. **Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

_____. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

_____. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa** e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

CHARTIER, Roger. **Origens culturais da Revolução Francesa**. Tradução de George Schlesinger. São Paulo: UNESP, 2009.

CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

ESTEFAM, André. **Direito penal esquematizado**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

FENBY, Jonathan. ***Modern China****: The Fall and Rise of a Great Power, 1850 to the Present*. Ecco, 2008.
FLEMING, Gerald. ***Hitler and the Final Solution***. Berkeley & Los Angeles, CA: University of California Press, 1987.
FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
FRATTINI, Eric. **Mossad – Os Carrascos do Kidon**: a história do temível grupo de operações especiais de Israel. Adaptação de Alessandra Miranda de Sá. 1ª ed. São Paulo: Seoman, 2014.
GETTY, J. Arch. ***Victims of the Soviet Penal System in the Pre-War Years****: A First Approach on the Basis of Archival Evidence.* The American Historical Review, v. 98, n. 4, 1993. p. 1017-1049. Disponível em: <http://home.ku.edu.tr/~mbaker/cshs522/GettyNumbers.pdf>. Acesso em: 13 out. 2016.
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. 17ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal allemão**. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal. Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça. 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000147.pdf>. Acesso em 17 out. 2016.
MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 30ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. v. 1.
NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**: introdução e parte geral. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 211. Neste sentido, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.
NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
ROXIN, Claus. ***Autoría y dominio del hecho en derecho penal***. Madrid: Marcial Pons, 2000.
_____, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria.** Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 69. Disponível em <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em: 10 out. 2016. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Título do artigo original: *"Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft"*.
_____, Claus. ***Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit***. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik. München, 2006. p. 293-300. Disponível em: <http://www.zis-online.com/dat/artikel/2006_7_44.pdf>. Acesso em: 14 out. 2016.
_____, Claus; ARZT, Gunther; TIEDMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do crime**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.
SCHABBACH, Letícia Maria. **O crime organizado em perspectiva mundial.** Sociologias. Porto Alegre, v. 15, n. 34, p. 278-293, 2013. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222013000300012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 out. 2016.

SVENSON, Gustavo. **Observações suscitadas pela teoria do domínio do fato**: a responsabilidade jurídico-penal do "homem de trás" no âmbito da criminalidade organizada. Revista Jus Societas, Ji-Paraná, v. 3, n. 2, p. 1-16, 2009. Disponível em: <http://revista.ulbrajp.edu.br/ojs/index.php/jussocietas/article/view/1098/402>. Acesso em: 15 out. 2016.

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TJRJ. **Apelação Criminal nº 0039586-66.2010.8.19.0203**. Terceira Câmara Criminal, Relatora Des. Suimei Meira Cavalieri. Data do julgamento: 4 mai. 2012.

TRF4. **Apelação Criminal nº 2005.71.00.003278-7/RS**. Oitava Turma, Relator Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Publicado em 25 set. 2008.

_____. **Embargos Infringentes e de Nulidade nº 2001.70.09.001504-1/PR**. Quarta Seção, Relator Des. Federal Tadaaqui Hirose. Publicado em 24 jul. 2007.

UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crime. ***World Drug Report 2015***. Vienna, 2015. p. 5. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/wdr2015/World_Drug_Report_2015.pdf>. Acesso em: 13 out. 2016.

WELZEL, Hans. ***Derecho penal aleman****: parte general*. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 11ª ed. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.