



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

GERMANNA BLOISE DE ALMEIDA

**A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA AÇÃO PENAL 470: uma análise distintiva  
entre as concepções finalista e funcionalista**

Recife

2025

GERMANNA BLOISE DE ALMEIDA

**A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA AÇÃO PENAL 470: uma análise distintiva  
entre as concepções finalista e funcionalista**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Curso de Direito da Universidade Federal de  
Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como  
requisito parcial para a obtenção do título de  
bacharela em Direito.

**Área de concentração:** Direito Penal.

**Orientador:** Prof. Dr. Teodomiro Noronha  
Cardozo

Recife

2025

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Almeida, Germanna Bloise de .

A teoria do domínio do fato na ação penal 470: uma análise distintiva entre as concepções finalista e funcionalista. / Germanna Bloise de Almeida. - Recife, 2025.

53 p.

Orientador(a): Teodomiro Noronha Cardozo

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2025.

1. Direito penal. 2. Teoria do domínio do fato. 3. Autoria. 4. Participação. 5. Ação Penal 470. I. Cardozo, Teodomiro Noronha . (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

GERMANNA BLOISE DE ALMEIDA

**A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA AÇÃO PENAL 470: uma análise distintiva  
entre as concepções finalista e funcionalista**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
ao Curso de Direito da Universidade Federal de  
Pernambuco, como requisito parcial para  
obtenção do título de bacharela em Direito.

Aprovado em: 31/03/2025

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Doutor Teodomiro Noronha Cardozo (Orientador)  
Universidade Federal de Pernambuco

---

Professor Doutor Leonio José Alves da Silva  
Universidade Federal de Pernambuco

---

Professor Doutor Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas  
Universidade Federal de Pernambuco

## AGRADECIMENTOS

Ao meu bom Deus, que aliviou meu coração e alma quando esta jornada me cansou. A Ele, toda a honra e toda a glória.

À Nossa Senhora da Conceição, que intercedeu por mim quando eu clamei pelo seu socorro, minha mais profunda gratidão.

Aos meus pais, Gislane e Carlos, palavras nunca serão suficientes para expressar o meu amor e agradecimento. Obrigada por tudo e por tanto. O cuidado, o afeto, o direcionamento; vocês são meus maiores exemplos de vida e tudo o que faço é para que sintam orgulho. Neste trabalho tem um pouco de nós, que passamos por isso juntos e fortes como sempre.

Agradeço a minha irmã, Giovanna, que me presenteia com suas palavras de conforto e me incentiva com seu exemplo de inteligência e determinação a ser uma pessoa melhor.

Sou grata a minha avó Meyre, que me ofereceu um lar e afeto por muito tempo. Minha caminhada acadêmica foi mais leve por sua causa.

Agradeço ao meu amado Kássio pelo seu apoio sempre certo, por ler várias vezes e com paciência este trabalho que agora tomou forma e se dispôs a me levar às reuniões de orientação.

Agradeço ao meu orientador, Professor Teodomiro Noronha Cardozo, porque através de suas palavras de ensino tive o primeiro contato com o tema deste trabalho. Obrigada por sua disponibilidade e por me conduzir com tanta atenção durante a elaboração desta monografia.

Ao Grupo de Estudos – Ariane, Ghabriel, Renato e Rona –, com quem caminhei ao longo desses 6 anos, pela parceria constante e amizade eterna. Agradeço também à Fernanda, que se juntou a nós com alegria e foi uma grata surpresa.

A Caio Belarmino, que abriu muitas portas para mim e me presenteou com sua sincera amizade, muito obrigada pelo suporte.

A Claus Roxin, *in memoriam*.

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso aborda o tema “A teoria do domínio do fato na Ação Penal 470: uma análise distintiva entre as concepções finalista e funcionalista”, investigando os pressupostos da autoria e participação no direito penal. O estudo tem como objetivo identificar as premissas das teorias de Hans Welzel e Claus Roxin, compreender as falhas e confusões ao empregá-las ao caso concreto e verificar sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio. Adotando o método hipotético-dedutivo, a pesquisa avalia se sua utilização respeitou os pressupostos dogmáticos que a fundamentam. A partir de revisão bibliográfica e análise jurisprudencial, concluiu-se que a interpretação do STF apresentou inconsistências, como a fusão indevida de concepções distintas, a imputação de responsabilidade objetiva, o emprego inadequado da teoria em delitos de dever e a confusão com a teoria do domínio da organização. O estudo ressalta a importância de uma aplicação rigorosa do domínio do fato, evitando distorções na responsabilização penal.

**Palavras-chave:** Direito penal; Teoria do domínio do fato; Autoria; Participação, Ação Penal 470.

## ABSTRACT

This undergraduate thesis explores the topic "The Theory of Control over the Act in Criminal Case 470: A Distinctive Analysis Between the Finalist and Functionalist Conceptions", investigating the assumptions of authorship and participation in criminal law. The study aims to identify the premises of Hans Welzel's and Claus Roxin's theories, understand the errors and misconceptions in their application to the specific case, and assess their compatibility with the Brazilian legal system. Using the hypothetical-deductive method, the research evaluates whether the application of the theory respected its dogmatic foundations. Through bibliographic review and case law analysis, the study concludes that the interpretation by the Brazilian Supreme Court (STF) exhibited inconsistencies, such as the improper fusion of distinct conceptions, the imposition of objective liability, the misuse of the theory in duty-based offenses, and confusion with the theory of organizational control. The research emphasizes the importance of a rigorous application of the theory of control over the act to prevent distortions in criminal liability.

**Keywords:** Criminal Law; Theory of Control over the Act; Authorship; Participation; Criminal Case 470.

## SUMÁRIO

|                                                      |           |
|------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO .....</b>                            | <b>9</b>  |
| 1.1 Problematização.....                             | 10        |
| 1.1.1 Hipótese de pesquisa .....                     | 10        |
| 1.1.2 Pergunta preliminar .....                      | 10        |
| 1.1.3 Resposta preliminar.....                       | 10        |
| 1.2 Metodologia.....                                 | 10        |
| 1.3 Objetivo geral .....                             | 11        |
| 1.4 Objetivos específicos .....                      | 11        |
| 1.5 Justificativa .....                              | 11        |
| <b>2 A TEORIA DO DOMÍNIO FINAL DO FATO .....</b>     | <b>13</b> |
| 2.1 Concurso de pessoas no Direito Penal .....       | 13        |
| 2.1.1 Teorias sobre o concurso de pessoas .....      | 14        |
| 2.1.2 Teorias sobre autoria .....                    | 16        |
| 2.2 A teoria do domínio final do fato .....          | 18        |
| 2.3 Espécies de autoria .....                        | 19        |
| 2.4 Pressupostos da autoria .....                    | 20        |
| 2.4.1 Pressupostos pessoais .....                    | 20        |
| 2.4.1.1 <u>Objetivo</u> .....                        | 20        |
| 2.4.1.2 <u>Subjetivo</u> .....                       | 21        |
| 2.4.2 Pressuposto fático .....                       | 22        |
| 2.5 Participação .....                               | 23        |
| 2.5.1 Instigação .....                               | 25        |
| 2.5.2 Cumplicidade .....                             | 25        |
| <b>3 A TEORIA FUNCIONAL DO DOMÍNIO DO FATO .....</b> | <b>28</b> |
| 3.1 Domínio da ação.....                             | 29        |

|                                                                                                      |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 3.2 Domínio funcional do fato.....                                                                   | 29        |
| 3.3 Domínio da vontade .....                                                                         | 30        |
| 3.3.1 <i>Sob erro do autor direto</i> .....                                                          | 31        |
| 3.3.2 <i>Sob coação do autor mediato</i> .....                                                       | 33        |
| 3.3.3 <i>Por meio do aparato organizado de poder</i> .....                                           | 34        |
| 3.3.3.1 <u>Poder de comando</u> .....                                                                | 35        |
| 3.3.3.2 <u>Desvinculação do Direito</u> .....                                                        | 36        |
| 3.3.3.3 <u>Fungibilidade</u> .....                                                                   | 37        |
| 3.3.4 <i>Não se aplica a teoria do domínio do fato</i> .....                                         | 38        |
| <b>4 A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO DE ROXIN NA AÇÃO PENAL 470 .....</b>                                | <b>39</b> |
| 4.1 Análise comparativa entre a teoria finalista e a funcionalista do domínio do fato .....          | 40        |
| 4.2 Análise da compatibilidade da teoria do domínio do fato no ordenamento jurídico brasileiro ..... | 41        |
| 4.3 Análise da aplicabilidade da teoria do domínio do fato de Roxin à Ação Penal 470 .....           | 42        |
| <b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>                                                                   | <b>51</b> |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>                                                                             | <b>52</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

Esta monografia apresenta o tema “A teoria do domínio do fato na Ação Penal 470: uma análise distintiva entre as concepções finalista e funcionalista” e se debruça sobre os pressupostos da autoria e participação, bem como sobre a conceituação de “domínio do fato”. Essa expressão foi disseminada ao ser empregada durante o julgamento do caso popularmente denominado como “mensalão”, que provocou grande impacto no cenário político e jurídico brasileiro. Esta última seara é a que nos interessa discutir, já que muito se problematiza, até os dias atuais, acerca da (in)adequação da aplicação desta teoria à AP 470, como também se questiona a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

O trabalho tratará da análise distintiva entre as concepções de Welzel e Roxin como forma de elucidar a confusão conceitual que encontramos no Brasil, feita por parte da doutrina ao traduzir as ideias alemãs. Essa desconexão acaba refletida nas decisões de nosso Judiciário, em que constantemente se mescla a teoria do domínio *final* do fato, de autoria do primeiro jurista, datada de 1939, com a teoria do domínio do fato de autoria do segundo, em 1963.

A teoria de Welzel foi a primeira tentativa de sistematização que se propunha a delinear os limites da autoria. Para ele, o domínio final do fato é um pressuposto fático da autoria, mas não é o único definidor dela, que também carece de pressupostos pessoais (objetivos e subjetivos, a depender da tipificação do ilícito). O jurista alemão refere-se ao “senhor do fato” como detentor da vontade de realização que determina acontecer típico, isto é, autor é aquele que detém a vontade final determinante para a execução do delito.

Já o domínio do fato de Roxin possui caráter funcionalista (em oposição a teoria finalista) e a sua caracterização é suficiente para classificar a autoria. Para ele, o autor é a figura-chave para a realização do delito diante da sua influência decisiva para o acontecimento. A inovação que salta aos olhos na teoria de Roxin é repartição do domínio do fato em três modelos: domínio da ação, da vontade e domínio funcional do fato. Estes se correlacionam com a autoria direta, mediata e coautoria, respectivamente, que já existiam na teoria de Welzel.

A monografia abordará em cenário amplo sobre a compatibilidade da teoria do domínio do fato no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando as concepções de autoria adotadas nacionalmente e suas críticas. No plano específico, será discutida a aplicabilidade desta teoria na AP 470, que versou sobre a articulação dos réus com a finalidade de desviar recursos públicos para financiamento de campanhas políticas do Partido dos Trabalhadores entre os anos de 2002 e 2003, compra de apoio político de parlamentares por meio de mesadas (razão pela

qual o caso ficou conhecido como “mensalão”), obtenção de vantagens indevidas do governo federal e afins.

## 1.1 Problematização

O presente trabalho identifica como problema a utilização da teoria do domínio do fato na práxis jurídica brasileira de forma desconectada com seus pressupostos.

### *1.1.1 Hipótese de pesquisa*

Tem-se como hipótese de pesquisa que essa utilização inadequada decorre da confusão conceitual entre a teoria de Welzel e Roxin, além da interpretação equivocada dos fundamentos da teoria do domínio do fato, levando a um elevado grau de abrangência na responsabilização penal.

### *1.1.2 Pergunta preliminar*

Questiona-se quais são as principais deficiências no transporte das teorias alemãs para o Brasil e quais erros podem ser encontrados no acórdão da AP 470.

### *1.1.3 Resposta preliminar*

De forma preliminar, sem a pretensão de esgotar o tema, aponta-se que a decisão do STF apresenta imprecisões terminológicas, ausência de fundamentação acerca da compatibilidade dos elementos da teoria com o caso concreto, emprego da teoria de Roxin em situações que são expressamente vedadas (como nos delitos de dever), utilização da teoria como justificativa para a responsabilização penal objetiva e junção de teorias incompatíveis entre si.

## 1.2 Metodologia

O método de abordagem utilizado nesta monografia é o hipotético-dedutivo, partindo da hipótese de inadequação do uso da teoria do domínio do fato na AP 470, realizando-se uma análise teórica desta teoria e do julgamento. A partir da dedução sobre como a teoria deveria ser aplicada, busca-se verificar se há congruência entre a teoria e sua aplicação prática no Brasil,

levando a conclusões acerca da adequação ou não da interpretação judicial. Como métodos de procedimento se identificam dois: o comparativo e o método monográfico (ou estudo de caso). O primeiro será empregado para investigar e contrastar as teorias de Claus Roxin e Hans Welzel, com foco na análise das similaridades e diferenças no que tange à delimitação da autoria e participação. Já segundo será aplicado na análise da Ação Penal 470, de forma a observar como o STF interpretou e aplicou as teorias penais no julgamento. A revisão de bibliografia será realizada por meio da análise de literatura jurídica, artigos científicos e periódicos acadêmicos.

### 1.3 Objetivo geral

O objetivo geral deste trabalho é identificar as premissas das teorias de Welzel e Roxin, de modo compreender as falhas e confusões no emprego de ambas aos casos concretos, bem como possibilitar a entendimento de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio.

### 1.4 Objetivos específicos

*1.4.1 Compreender as bases da teoria do domínio final do fato de Hans Welzel;*

*1.4.2 Esmiuçar das premissas da teoria do domínio do fato de Claus Roxin;*

*1.4.3 Analisar o emprego da teoria de Roxin no julgamento da Ação Penal 470 no STF.*

### 1.5 Justificativa

Esta pesquisa se justifica pela disseminação de entendimentos confusos e equivocados sobre essas teorias alemãs supracitadas diante da sua transposição para o Brasil, provocados não apenas em decorrência de desvios de tradução, como também por alterações no sentido original. Não é difícil perceber que conceitos de diferentes tradições jurídicas são inseridos no ordenamento nacional sem uma análise criteriosa de compatibilidade com o nosso sistema jurídico, gerando uma "colcha de retalhos" legislativa que, em muitos casos, carece de coerência interna. Essa confusão de elementos teóricos tem levado a uma aplicação errônea das teorias no âmbito da jurisprudência, como é o caso da Ação Penal 470, em que o Supremo Tribunal Federal utilizou equivocadamente a teoria do domínio do fato, mesclando-a com outras concepções e atribuindo a ela situações inexistentes, o que resultou em fundamentações

errôneas que comprometem a responsabilização penal. Pretende-se com este estudo contribuir para a correta interpretação e uso dessas ideias no Brasil.

## 2 A TEORIA DO DOMÍNIO FINAL DO FATO

### 2.1 Concurso de pessoas no Direito Penal Brasileiro

O concurso de pessoas ocorre quando dois ou mais indivíduos, em união de esforços, concorrem para a prática de uma infração penal. Os delitos de concurso necessário ou crimes plurissubjetivos são compostos por um tipo penal que exige a presença de, no mínimo, duas ou mais pessoas para a sua consumação. A pluralidade de sujeitos é da própria essência do tipo penal, como se visualiza no delito de rixa (artigo 137 do CP). Já os delitos de concurso eventual, também denominados de crimes unissubjetivos (ou monossubjetivos), compõem a maior parte do Código Penal e são aqueles que podem ser praticados tanto por uma pessoa quanto por várias, à exemplo do homicídio e lesão corporal (artigos 121 e 129 do CP, respectivamente).

O artigo 29 do CP, que dispõe “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade” se refere à prática do concurso eventual, visto que por ser um delito que pode ser cometido apenas por um agente, faz-se necessária a tipificação da atuação de mais pessoas com uma finalidade comum.

No concurso de pessoas se encontram presentes os seguintes requisitos: a) pluralidade de agentes e condutas; b) relevância causal de cada uma das ações c) liame subjetivo entre os agentes e d) identidade de infração penal.

Para a ação em concurso é preciso a atuação de várias pessoas e realização de múltiplas condutas para assegurar a realização do crime. Os atos de cada coautor devem ser relevantes para a produção do resultado. Isto é, haver a presença de nexo causal entre a conduta do agente e o resultado<sup>1</sup>, de forma que sem a sua ação, a consumação do resultado não seria possível. Daí dizer o artigo 13 do CP que “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. A identidade da infração penal corresponde à vontade de cometer a mesma infração.

O liame subjetivo entre os agentes corresponde à vontade de cooperar para uma ação comum criminosa. Para Greco, a relevância da presença do liame subjetivo pode ser explicitada no exemplo em que “**A** e **B** atiram contra **C**, sendo que um deles acerta mortalmente o alvo e o outro erra, não se sabendo qual deles conseguiu alcançar o resultado morte”. Há duas situações

---

<sup>1</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte geral. Arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Editora Foco, 2024, p. 437.

possíveis: a) se verificado que os agentes não atuavam conjuntamente para atingir o resultado morte, isto é, inexistia liame subjetivo, ambos responderão por tentativa de homicídio, já que não é possível identificar qual deles acertou fatalmente a vítima. É a denominada autoria colateral.; b) se o crime foi praticado em coautoria, com a verificação da cooperação para alcance da finalidade pretendida, ambos responderão por homicídio doloso<sup>2</sup>.

### *2.1.1 Teorias sobre o concurso de pessoas*

As teorias sobre o concurso de pessoas buscam definir se a atuação dos codelinquentes culmina no cometimento de uma única infração penal por todos ou em uma multiplicidade de crimes que correspondem à atuação de cada agente. As de maior destaque neste seguimento são: a) teoria pluralista; b) teoria dualista e c) teoria monista.

A teoria pluralista defende que há uma infração penal para cada autor e partícipe. Portanto, se **A** e **B** decidem furtar uma casa e **A** arromba a porta e **B** entra no local e furta os bens, **A** apenas responderá por dano e **B** pelo furto. “Seria como se cada autor ou partícipe tivesse praticado a sua própria infração penal, independentemente da sua colaboração para com os demais agentes”<sup>3</sup>.

Há defensores da ideia de bipartição da infração penal, de forma que esta se divide em ação principal (do autor) e ação acessória (do partícipe). Aquela se refere à execução da ação típica enquanto esta corresponde à instigação, indução ou auxílio ao autor.

A teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro é a monista ou unitária, insculpida no artigo 29, *caput*, do CP, dispondo que os agentes que atuam conjuntamente para atingir o mesmo fim realizam um único crime. Juristas como Paulo César Busato e Luiz Regis Prado apontam para a adoção de uma teoria temperada ou mista, que mescla a teoria monista com a dualista. Defendem que pelo fato de autores e partícipes responderem pelo mesmo crime, esta teoria não distingue a ação desses dois tipos de agentes, de forma que “quem empresta a arma tem a mesma pena do homicida, quem indica a casa vazia teria, teoricamente, a mesma pena do ladrão”<sup>4</sup>. Por isso, para eles, os parágrafos §1º e 2º do artigo 29, ao reconhecerem regras que distinguem a autoria da participação, adotam uma teoria diferenciadora em sentido dualista.

---

<sup>2</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. Niterói, RJ: Impetus. Vol. 1. 19. ed., 2017., p. 564.

<sup>3</sup> Ibid., p. 564.

<sup>4</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral, São Paulo: Atlas. Vol. 1. 3. ed., 2017., p. 658.

Em oposição, Mariana Cunha aponta que a adoção da teoria monista não implica negar a existência entre autor e partícipe<sup>5</sup>. Defende que parte da doutrina brasileira equivocadamente adota a posição anterior (de existir uma teoria temperada), provavelmente devido a utilização da expressão “teoria unitária” como sinônimo de “teoria monista” no item 25 da Exposição de motivos da nova parte geral do CP, que enuncia:

[...] 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, contudo, 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 eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas.

Para ela, a adoção dessa expressão fez com que alguns juristas confundissem a teoria monista com o conceito unitário de autor, que não admite a diferenciação entre autor e partícipe<sup>6</sup>. Entretanto, sustenta que “o conceito unitário de autor guarda muito mais proximidade com a teoria pluralística do concurso de pessoas, a qual apregoa a pluralidade de crimes em virtude de condutas individualmente consideradas”<sup>7</sup>.

Existem exceções pluralísticas à teoria monista, ocasiões em que os participantes, mesmo atuando conjuntamente e com a mesma finalidade, respondem por delitos distintos e autônomos. É o caso da segunda parte do artigo 124 do CP (infanticídio), que criminaliza o ato de a gestante consentir que terceiro provoque o aborto nela, enquanto o artigo 126 do CP tipifica a conduta de quem provoca o aborto na gestante. O artigo 235 do CP, igualmente, prevê de forma autônoma tanto a conduta do agente bigamo que contrai novo casamento, quanto da pessoa solteira que sabendo da condição de casado do outro, contrai casamento com ele. Os artigos 317 e 333 do CP (crimes de corrupção ativa e passiva), bem como os artigos 342 e 343 do CP (falso testemunho e corrupção de testemunha) seguem a mesma exceção explicitada.

---

<sup>5</sup> CUNHA, Mariana Tomaz da. **Teoria do domínio do fato e Ação Penal 470**: entre a obra de Claus Roxin e o julgamento do Mensalão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 15.

<sup>6</sup> Ibid., p. 17.

<sup>7</sup> Ibid., p. 18.

### 2.1.2 Teorias sobre autoria

As teorias sobre a autoria foram desenvolvidas doutrinariamente e buscam delimitar quem pode ser considerado autor de um delito, já que o Código Penal Brasileiro não se ocupou em definir o seu conceito. Três são as mais difundidas: a) teoria unitária; b) teoria extensiva; c) teoria restritiva e d) teoria do domínio do fato.

O conceito unitário de autor parte da teoria da equivalência das condições, de forma que é autor todo aquele que de qualquer maneira deu causa a ocorrência do resultado. Não há diferença entre autor e partícipe, já que a instigação, indução ou auxílio seriam também causas do crime e, portanto, os agentes que assim influíram para a sua consumação são considerados autores<sup>8</sup>.

Para o conceito extensivo de autor, existe diferença entre autoria e participação e esta deve estar prevista em lei. Os tipos legais são causa de restrição da pena, pois diante da adoção da teoria dos equivalentes causais, é autor todo aquele que dá causa ao resultado. A lei, portanto, vem para restringir essa regra e possibilitar que determinados tipos prevejam a participação<sup>9</sup>. Adota-se critérios subjetivos de diferenciação entre autor e partícipe, ou seja, é autor quem age com *animus auctoris* e tem o fato como seu. É partícipe quem atua com *animus socii* e tem o crime como fato de outro<sup>10</sup>.

Mir Puig aponta que esta teoria gera incongruências à responsabilização penal, pois castiga “como meros partícipes a sujetos que han realizado por sí mismos todos los elementos del tipo, mientras que han considerado autores a quienes no han tenido intervención material en el hecho”<sup>11</sup>. Cita como exemplo a condenação como cúmplice, pelo Tribunal Alemão, do agente que causa a morte de um recém-nascido a pedido da mãe deste. Como o executor do crime tinha o fato como de outrem, considerou-se que ele era apenas cúmplice da mãe do recém-nascido, que sem realizar materialmente o fato foi imputada como autora.

O conceito restritivo se afasta da teoria causal e compreende como autor aquele que realiza o tipo penal. A participação é causa de extensão da pena, já que, em regra, a punição é para quem executa o tipo. O critério de diferenciação entre autoria e participação é objetivo, porém a doutrina diverge acerca de três teorias aplicáveis: a) teoria objetivo-formal; b) teoria objetivo-material e c) teoria objetivo-subjetiva.

---

<sup>8</sup> MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: parte general. Barcelona: Editorial Reppertor. 9 ed., 2011., p. 377.

<sup>9</sup> Ibid., p. 377.

<sup>10</sup> BUSATO, Op. cit., p. 660.

<sup>11</sup> MIR PUIG, Op. cit., p. 377.

Para a teoria objetivo-formal, é autor quem realiza alguns ou todos os atos executivos previstos expressamente do tipo legal. Sustenta algumas limitações, pois não consegue explicar a autoria mediata ou casos em que o coator não executa nenhum ato típico<sup>12</sup>.

A teoria objetivo-material adota como critério a importância da contribuição de cada agente (valor causal de cada ação) na realização do delito, levando em consideração a diferenciação entre causa e condição para caracterizar a autoria e participação<sup>13</sup>. Mir Puig aponta duas críticas para a referida teoria: que ela não leva em consideração o elemento subjetivo para caracterizar o papel das contribuições (se o executor conhece ou desconhece a situação, por exemplo), bem como a vagueza do critério delimitador da autoria e participação, qual seja, a “maior importância objetiva”<sup>14</sup>.

A teoria objetivo-subjetiva é a adotada pela teoria do domínio do fato. Nas claras palavras de Juarez Cirino:

parte da premissa de que teorias somente objetivas ou somente subjetivas não oferecem critérios seguros para identificar autor e partícipe do fato punível. A teoria do domínio do fato - hoje dominante na dogmática penal - integra o critério objetivo do conceito restritivo de autor (que vincula o conceito de autor à ação do tipo legal), com o critério subjetivo da teoria subjetiva de autor (que incorpora a vontade como energia produtora do tipo de injusto), mas supera os limites de ambas as teorias porque considera a ação na sua estrutura subjetiva e objetiva, pressuposta no controle do tipo de injusto e necessária para mostrar o fato como obra do autor: subjetivamente, o projeto de realização (a vontade criadora) do tipo de injusto; objetivamente, a (magnitude das contribuições para) realização do projeto de tipo de injusto<sup>15</sup>.

No Brasil, a doutrina majoritária entende que foi acolhido o conceito restritivo de autor, com desdobramento na teoria objetivo-formal. Isto é, autor é aquele que realiza a conduta descrita no tipo penal e aqueles que intervêm no delito auxiliando, induzindo ou instigando são partícipes.

Verifica-se no Código Penal, de forma diversa, através do artigo 29, que foi recepcionado um conceito extensivo de autor<sup>16</sup>, que admite ser autor todo aquele que concorre para o crime, apesar de prever também a existência da participação como limitação à punibilidade quando completa que serão aplicadas as penas “na medida de sua culpabilidade”,

---

<sup>12</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Curitiba: ICPC. 6 ed. 2014, p. 346.

<sup>13</sup> AVELAR, Michael Procópio. **Teoria do domínio do fato**: O concurso de pessoas na legislação brasileira. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p. 45.

<sup>14</sup> MIR PUIG, Op. cit., p. 380.

<sup>15</sup> SANTOS, Op. cit., p. 348.

<sup>16</sup> CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Direito penal econômico**: estudos contemporâneos. João pessoas: Ideia, 2025, p. 65-66.

bem como o reconhecimento da participação de menor importância. Através das palavras de Avelar ao descrever este conceito se pode verificar a exata conexão com o citado artigo:

O conceito extensivo de autor, por sua vez, relaciona autoria com a causação de uma realização típica, razão pela qual Welzel o considerou um fruto tardio do causalismo, que buscou trasladar ao conceito de autor de crimes culposos para os dolosos. Seria estabelecido um ponto de identidade ou de aproximação entre autores e partícipes. Os dispositivos concernentes à participação, para essa concepção, seriam limitadores da punibilidade, por trazer um tratamento menos severo para o indivíduo que seria, a rigor, um coautor do crime. Todos os intervenientes seriam, portanto, autores em uma fundamentação dogmática, mas o legislador, ao prever uma punição mais baixa para a categoria da participação estaria reduzindo a imputação de uma espécie de autor por razões de política criminal.<sup>17</sup>

Há, ainda, quem defenda que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o conceito unitário, por não considerar a diferença entre autoria e partícipe da redação do referido artigo 29, nem considerar a expressa diferenciação enunciada no item 25 da Exposição de Motivos à Nova Parte Geral do CP já explicitada neste tópico.

Essas divergências em relação ao conceito de autor adotado no Brasil levantam discussões acerca da recepção da teoria do domínio do fato no ordenamento jurídico pátrio, principalmente no que diz respeito ao instituto da autoria mediata e a concepção do domínio da vontade através do aparato organizado de poder, muito discutido após a Ação Penal 470.

## 2.2 A teoria do domínio final do fato

O termo “domínio do fato” apenas foi utilizado com fins de delimitação da autoria no concurso de pessoas em 1939, por Hans Welzel. Partindo da concepção de que autor é aquele que realiza o núcleo do tipo penal e partícipe é o que age de forma acessória contribuindo para a realização do fato, o jurista considera inadequada a teoria unitária e extensiva de autor que, influenciadas pela teoria dos equivalentes causais, entendem por autor todo aquele que dá causa ao resultado típico. Dessa forma, o jurista considera necessária a gradação da interferência individual dos agentes que atuam em concurso, característica da separação entre autoria e participação no Direito Penal.

Para compreender os pressupostos da teoria do domínio final do fato, faz-se necessário, de início, entender como Welzel interpreta o cerne do acontecer típico, que é a conduta humana. O jurista é o responsável pela criação da teoria finalista, que aponta que a ação humana consiste

---

<sup>17</sup> AVELAR, Op. cit. p. 36.

no exercício de uma atividade finalística<sup>18</sup>. Ou seja, o homem é capaz de idealizar as consequências de sua conduta, de forma que a ação é direcionada à realização do objetivo previamente estabelecido. A importância da vontade do agente se sobrepõe ao fator causal na produção do resultado, pois o querer (dolo) é o responsável pelo direcionamento do curso causal que produzirá efeitos. É a análise desses elementos, portanto, que definirá se a conduta é punível. Essa contribuição do teórico alemão revolucionou os estudos penais acerca da estrutura do delito, posto que gerou como consequência de suas premissas a inclusão do dolo e culpa como constituintes do tipo.

A vontade, que de maneira dolosa direciona finalisticamente o acontecer típico e precede o processo causal, não está presente nos delitos culposos. Para Welzel, esses crimes são tipos de causação, já que a quebra do dever objetivo de cuidado já dá causa ao resultado, sem que o agente tenha o objetivo final de fazê-lo. Por isso, entende que nos crimes culposos não existe participação, mas tão somente autoria, posto que considera que toda conduta que gera como resultado a lesão ao dever de cuidado é realizada por um autor<sup>19</sup>. Diante da inexistência da ação finalística, a teoria do domínio final do fato abrange apenas os crimes dolosos.

### 2.3 Espécies de autoria

Ao entender que a ação parte de um objetivo pré-estabelecido, para o jurista alemão, o autor é aquele que realizará a conduta descrita no tipo penal, com domínio final sobre o acontecer típico<sup>20</sup>. Portanto, a base da definição não se encontra na tipificação, mas na exteriorização de uma conduta que objetiva atingir a prévia vontade do autor no mundo social.

A autoria na concepção finalista se divide em três espécies: autoria direta, mediata e coautoria.

No primeiro caso se entende que autor é quem possui o fato como próprio, sendo esta uma característica objetiva. A autoria também é composta de parcela subjetiva, à medida que a “propriedade” do fato ocorre mediante o domínio final dele pelo agente. Este domínio se dá quando a responsável pelo curso causal da conduta é a vontade desse agente direcionada a um fim. Nesse contexto, “o domínio do fato corresponde àquele que leva à execução, de forma

---

<sup>18</sup> WELZEL. Derecho Penal alemán, p. 53 *apud* PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>19</sup> AVELAR, Op. cit, p. 110.

<sup>20</sup> Ibid., p. 111.

conscientemente final, a decisão de sua vontade”<sup>21</sup>. O autor não precisa, portanto, ser quem executa o fato típico, mas quem detém o domínio final do fato.

A autoria mediata corresponde à utilização de um terceiro como instrumento para executar a conduta e atingir a finalidade desejada pelo homem de trás. Aquele que provoca o resultado pode ou não agir de maneira consciente, mas o domínio do fato consistente na produção da vontade final que leva à execução é retido pelo autor mediato.

O acontecer típico realizado em coautoria pressupõe, para Welzel, que todos os agentes sejam autores de ações individuais que culminarão em uma conduta unificada por um objetivo acordado por seus participantes. Alflen aponta que cada ator detém o domínio parcial do fato ao mesmo tempo que o domínio pleno deste, pois a prática de uma ação individualizada por cada agente assegura a totalidade da atividade criminosa<sup>22</sup>. O teórico estabelece dois pressupostos para a coautoria, quais sejam: a decisão conjunta do fato e a execução conjunta do fato. A decisão comum se refere a anuência tácita ou expressa dos integrantes em participar conjuntamente da conduta criminosa. Já a execução comum diz respeito a prática do decidido em associação.

## 2.4 Pressupostos da autoria

O jurista estabelece pressupostos da autoria cuja presença se faz necessária em todas as espécies citadas acima. São eles:

### *2.4.1 Pressupostos pessoais*

Os pressupostos pessoais são aqueles que primariamente devem ser analisados para a verificação da autoria, posto que se referem aos elementos dispostos no tipo penal. Podem ser objetivos ou subjetivos.

#### 2.4.1.1 Objetivos

Referem-se à posição especial do agente. Pode-se citar como exemplo, no Código Penal Brasileiro, o crime de peculato (art. 312), que pressupõe que o sujeito ativo seja o funcionário

---

<sup>21</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 89.

<sup>22</sup> Ibid., p. 93.

público. Segundo Welzel, para configurar a autoria, o requisito exigido pelo tipo deve ser atendido.

Portanto, para o teórico, quando o autor direto não possui o pressuposto objetivo, mesmo atuando dolosamente, a autoria mediata é imputada a quem o possuía. Nas palavras de Avelar:

O penalista entende que essa qualificação especial, que falta ao executor e é exigida pelo tipo penal, torna o sujeito de trás o detentor do domínio social do fato, considerando que a sua indução é o que possibilita a prática do delito pelo executor. O indutor, portanto, com a qualidade especial exigida pelo tipo, torna-se autor do fato<sup>23</sup>.

Cita como exemplo a inserção de anotação incorreta em livro público por um particular. Se ele a faz sem a indução de um funcionário público há falsidade documental. A participação de um *intraneus* modifica o delito, que se transforma, conforme a legislação alemã, em um crime de atestado falso. Aplicando a teoria é possível compreender que o *extraneus* não atende ao requisito objetivo do atestado falso, qual seja, o autor ser funcionário público, de forma que o particular é cúmplice e o autor mediato é o funcionário<sup>24</sup>.

#### 2.4.1.2 Subjetivos

Correspondem aos elementos subjetivos especiais do tipo, como intenções, tendências ou sentimentos<sup>25</sup>. Do Código Penal nacional pode-se referenciar o crime de extorsão mediante sequestro (artigo 159), que exige, para exaurimento do tipo, a finalidade de obter vantagem para si ou para outrem. Ainda, o crime de injúria (artigo 140), que necessita da investigação da intenção do autor de ofender a dignidade ou o decoro de outrem. Welzel aponta que é possível, nos casos de autoria mediata, que o executor manipulado pelo homem de trás e agindo sem intenção, atue sem a presença do pressuposto pessoal subjetivo.

#### *2.4.2 Pressuposto fático*

O pressuposto fático é o domínio final do fato pelo agente. Considera-se que é o pressuposto geral da autoria, porque podem existir crimes que não possuem em sua composição

---

<sup>23</sup> AVELAR, Op. cit., p.115.

<sup>24</sup> Ibid., p. 115.

<sup>25</sup> Ibid., p. 90.

a exigência de elemento objetivo ou subjetivo especiais, momento no qual esse pressuposto não será exigido para configurar a autoria; mas, não existirá autoria sem domínio final do fato.

O autor é aquele que, mesmo não executando materialmente o crime, detém o controle sobre o curso da ação. O resultado ocorre de acordo com a sua vontade conscientemente dirigida a um fim e, também em razão dela, a ação acontece. Como visto nos tópicos acima, percebe-se que o executor da ação pode agir sem este domínio, razão pela qual não é considerado autor do fato nos termos da teoria de Welzel. Entretanto, não há impedimentos acerca da configuração da autoria mediata nos casos em que, utilizando-se de instrumento com ausência de domínio do fato, aquele que o detém realiza a sua vontade.

Para o jurista, esta situação ocorre quando o autor se utiliza de terceiro que não atua dolosamente. Isto é, existe a possibilidade do instrumento agir com ou sem culpa. O autor manipula outrem para que realize a conduta por si e o executor pratica a ação com a vontade de realização do autor mediato. Como exemplo, Welzel cita o caso de um médico com intenções homicidas que entrega para a enfermeira uma dose letal de substância a ser aplicada no paciente<sup>26</sup>. Fica claro que o domínio do fato advém do médico, que com a finalidade de matar o paciente, inicia o curso causal da ação entregando a terceiro, alheio a sua intenção criminosa, o instrumento que causaria a morte da vítima.

Existe a hipótese do terceiro que, atuando dolosamente, não se encontra nas faculdades de sua liberdade, seja porque está sob coação do autor mediato, seja porque este sujeito de trás se utiliza de incapazes/inimputáveis, como crianças pequenas e pessoas com algum tipo de deficiência mental que as retire a capacidade de expressar a vontade, para cometimento de delitos<sup>27</sup>.

No primeiro caso exemplifica-se com a situação de um criminoso que, visando roubar uma loja e desejando não ser reconhecido, coage uma pessoa mediante grave ameaça, apontando uma arma e afirmando que, caso não cometa o roubo, ele causará dano à vida dela e de sua família. Assim, temendo a ameaça, ela realiza o roubo e entrega o resultado da ação ao criminoso. Por atuar dolosamente, mas sob coação e sem a sua liberdade, Welzel defende que a ação deve ser imputada apenas ao autor mediato.

A última forma que o jurista compreende de utilização de terceiro sem domínio do fato como instrumento do autor mediato é o cumprimento, por militar subordinado

---

<sup>26</sup> Ibid., p. 113.

<sup>27</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 107.

hierarquicamente, com boa-fé, de ordem ilícita emanada de superior<sup>28</sup>. Encontra-se paralelo com o artigo 22 do Código Penal Brasileiro, que isenta de pena aquele que cumpre ordem não manifestamente ilegal de seu superior e pune o responsável pela ordem<sup>29</sup>.

## 2.5 Participação

O finalista introduz a participação como sendo, em sentido amplo, a coautoria. Já em sentido estrito, se subdivide em instigação e cumplicidade, que serão detalhadas à frente.

Welzel aponta que o fundamento interno para a punição do partícipe é o fato de que ele motivou ou fomentou um fato antijurídico intolerável<sup>30</sup>. Partindo desse ponto, deve-se delimitar até que momento se identifica a atuação acessória de alguém no crime do autor. Tem-se que a participação está subordinada a existência de um fato típico e antijurídico cometido por outrem. Não se faz necessária a presença da culpabilidade, defende Welzel, posto que ainda será partícipe aquele que instiga ou age em cumplicidade com o inimputável que executou o delito<sup>31</sup>.

Para haver participação, o fato deve ser consumado ou tentado. Diante da inexistência de ambos, a participação só será imputada se houver um tipo autônomo correspondente<sup>32</sup>.

O ilícito também deve ser cometido pelo autor de forma dolosa. Caso contrário, o delito se torna autônomo (não mais acessório) e a imputação, que dependerá da consumação do resultado, recairá sobre aquele que induziu ou prestou auxílio. Se não houver consumação do ilícito, o agente responderá por tentativa de participação (indução ou cumplicidade), figura existente à época na Alemanha. Existindo consumação, não se imputará a participação, mas a autoria mediata. Isso ocorre porque Welzel entende que o autor não agiu dolosamente ao cometer o ilícito, de forma que apenas o indutor/auxiliar detinha a consciência dirigida ao fim de obter o resultado do crime. Ele era o único que possuía o domínio final do fato. Logo, recai sobre ele a autoria mediata. O jurista entende que a aceitação de uma instigação ao fato principal não doloso conduziria a subversão da situação real e retoma o exemplo do médico e da enfermeira, já citado. Assim, defende:

En el ejemplo del médico, de la p. 106, el médico es el autor principal, no la enfermera; él no ha "instigado" a la enfermera al homicidio culposo (¿qué representación

---

<sup>28</sup> Ibid., 108.

<sup>29</sup> AVELAR, Op. cit., p.114.

<sup>30</sup> WELZEL, Op. cit., p. 121.

<sup>31</sup> Ibid., p. 119.

<sup>32</sup> AVELAR, Op. cit., p.118.

equivocada!), ni ha instigado a la desprevénida al "asesinato", sino que es el asesino (como autor mediato). Solamente ésta es la apreciación del hecho de acuerdo con la realidad y con la conciencia de la generalidad.<sup>33</sup>

Ainda se analisará se quem instiga tem consciência de que o outro não agirá de forma dolosa, pois pode recair sobre ele (instigador) a autoria culposa pelo crime<sup>34</sup>.

Welzel instrui que a participação no crime ocorre com a consumação do ato criminoso. Isto é, depois da consumação, não se pode mais falar em participação. Porém, deve-se atentar que o fato não se esgota com a consumação formal (realização do tipo), mas com a produção do resultado material. Isso importa para os crimes permanentes, em que é possível a participação até o momento em que se encerra a atividade criminosa.

É possível haver concurso de participação, que ocorrerá quando um partícipe, em uma mesma ação e por meio de vários atos de instigação ou cumplicidade, influencia em um mesmo fato principal. Welzel defende que a participação mais leve é absorvida pela mais grave. Também é possível que a instigação origine vários fatos, mas o partícipe é punido por uma única instigação<sup>35</sup>.

Welzel aponta que pode existir instigação mediata e cumplicidade mediata. No primeiro caso, tem-se que há a instigação da instigação. No segundo, a cumplicidade à instigação, a instigação à cumplicidade e a cumplicidade da cumplicidade<sup>36</sup>.

Após a delimitação da atuação acessória que configura a participação, cabe detalhar a atuação do instigador e cúmplice para a realização do delito.

### *2.5.1 Instigação*

A instigação é uma influência psíquica que determina a realização do fato doloso pelo autor, independente dos meios utilizados (desde que o autor continue atuando com dolo, e, não, por coação)<sup>37</sup>. Por meio dela o autor não só idealiza, como também leva a cabo a execução do crime. Welzel considera que aquele que paga um assassino o preço por ele exigido para que ele cometa o delito é um partícipe na categoria de instigador.

---

<sup>33</sup> WELZEL, Op. cit., p. 119-120.

<sup>34</sup> AVELAR, Op. cit., p.118.

<sup>35</sup> WELZEL, Op. cit., p. 125.

<sup>36</sup> Ibid., p. 125.

<sup>37</sup> Ibid., p. 121.

Uma característica importante para a imputação da instigação é que tanto o(s) autor(es) quanto o fato objeto da instigação deve ser determinado, de forma que a incitação a crimes generalizada não é suficiente. Além disso, a ação do partícipe pode ser com dolo eventual.

Para Welzel (e de acordo com a legislação vigente à época), o partícipe era responsabilizado dentro dos limites da pena do fato principal. Contudo, essa punição só ocorre quando o fato cometido pelo autor corresponder ao dolo do instigador. Assim, se ele incentivou uma conduta específica, mas o autor se excedeu ou praticou algo diverso, não será responsabilizado por esse excesso ou desvio. É o caso de quem instiga outrem a pichar um muro e o autor, além de o fazer, também invade e furta os pertences do local. Nesse caso, o partícipe não responderá nas penas do furto, mas da pichação.

### *2.5.2 Cumplicidade*

A cumplicidade, para Welzel, é a prestação dolosa de ajuda ao autor, podendo ser mediante aconselhamento ou omissão quando se tem o dever de agir, de forma a colaborar para que o fato principal se efetive. Nessa situação, o autor também deve agir de maneira dolosa.

Se a participação não influencia para a realização do crime ou se este não se consuma, o jurista entende que há uma tentativa de cumplicidade, que deve estar tipificada para que seja punida. Defende que nesses casos a pena deve ser reduzida ou mesmo afastada, já que se trataria de ato preparatório distante do fato principal. Como na autoria o ato preparatório não é punível, seria insensato punir o cúmplice, que é partícipe<sup>38</sup>.

Acerca da diferença entre coautoria e cumplicidade, Welzel esclarece que a limitação entre teoria objetiva e subjetiva da autoria não é suficiente para sanar os problemas, visto que o autor deve cumprir tanto requisitos objetivos quanto subjetivos para ser identificado.

Não basta dizer que o coautor é aquele que faz parte da execução do fato enquanto o partícipe fica restrito aos atos preparatórios (como faz a teoria objetiva) porque o coautor também pode ser aquele que não participa da execução, desde que participe da decisão comum do fato<sup>39</sup>. Caso contrário, no exemplo em que **A**, **B** e **C** planejam um furto, sendo que **A** fica de campana, **B** arromba a porta e **C** subtrai os pertences, **B** e **C** seriam coautores porque tiveram ações de execução (realizar a ação típica) e **A** seria apenas cúmplice<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Ibid., p. 124-125.

<sup>39</sup> Ibid., p. 117.

<sup>40</sup> Ibid., p. 114.

A teoria subjetiva é igualmente insatisfatória para o jurista alemão, que a considera vazia de sentidos, já que apenas diferencia autor de partícipe pelo *animus* sem explicar o que eles significam, e frágil à medida que não é possível simplesmente mudar o fato de próprio para alheio a sua conveniência.

Welzel prefere, portanto, entender que a coautoria é uma forma de autoria. O coautor deve atender aos requisitos de autoria (pressupostos objetivos e subjetivos), além de deter o domínio final do fato (pressuposto fático), conforme se vê:

Por tanto, cada coautor debe subjetivamente ser coportador de la decisión común del hecho, vale decir, tener junto con los demás la voluntad absoluta de concreción, y objetivamente completar las contribuciones de los demás al hecho, mediante su contribución de hecho.

O cúmplice é, por sua vez, de forma residual aquele que não é coautor. Que age acessoriamente prestando auxílio para que a ação criminosa ocorra.

A teoria do domínio final do fato trouxe inovações significativas ao campo da teoria do delito, superando diversos problemas anteriormente existentes, porém apresenta algumas fragilidades, especialmente pela ênfase excessiva no elemento subjetivo do agente. Essa abordagem coloca o domínio do fato como o critério central para a autoria, vinculando-o à vontade finalisticamente direcionada à realização do crime. Ocorre que a análise dessa vontade é essencialmente subjetiva, gerando questionamentos sobre a viabilidade de sua aplicação prática e resultando em insegurança jurídica, vez que diferentes interpretações podem surgir na análise de casos concretos.

Citando Roxin, Pablo Alflen também aponta a confusão originada pelo conceito de domínio do fato quando destinado à diferenciação entre autoria e auxílio/cumplicidade. Isso porque “a ideia de que se atribui o domínio do fato àquele que leva sua decisão de vontade de maneira conscientemente final à execução, se adapta perfeitamente até mesmo à figura do auxiliador”<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 100.

### 3 TEORIA FUNCIONAL DO DOMÍNIO DO FATO

A teoria funcional do domínio do fato surge pelas mãos de Claus Roxin e é datada de 1963, com a publicação de sua obra *Täterschaft und Tatherrschaft*. Posiciona-se em crítica à concepção finalista de Welzel, por compreendê-la ausente de explicações acerca do significado de domínio do fato, bem como da insuficiência desse conceito em abarcar as mais diversas situações da vida<sup>42</sup>.

O estudo dessa teoria deve partir de definições basilares, como o conceito de autor e o próprio significado de domínio do fato, de forma a tornar possível a melhor compreensão de suas ideias ao decorrer da análise.

Roxin estabeleceu o conceito de domínio do fato como um “conceito aberto”, com o objetivo de criar uma regra abrangente que possa abarcar diferentes tipos de crimes e, para além disso, analisar casos específicos que fogem das normas gerais. Com o intuito de abranger a maior quantidade de situações possíveis, o jurista sugere que o melhor modo de definir o domínio do fato é descrevendo situações reais de crimes, pois isso é mais concreto e prático do que usar definições abstratas, evitando também que o conceito de autor fique limitado e que a teoria seja inaplicável em aspectos importantes.<sup>43</sup>

Já o autor é definido como “a figura central, a figura-chave do acontecimento mediado pela conduta”<sup>44</sup>, ou seja, o cerne da execução do acontecer típico. O jurista alemão defende a utilização do conceito restritivo de autor para a sua teoria, no qual “somente é autor quem realiza a conduta típica descrita na lei, isto é, apenas o autor (ou coautores) pratica o verbo núcleo do tipo”<sup>45</sup>. Portanto, rechaça o conceito extensivo e unitário, que, em sua visão, proporcionaria uma ampliação da punibilidade ao impor que autor é todo aquele que participa do cometimento do injusto penal<sup>46</sup>.

A partir disso, Roxin desenvolveu o domínio do fato sobre um modelo que se manifesta em três tipos de domínio, quais sejam, os domínios da ação, da vontade ou funcional do fato.

---

<sup>42</sup> Ibid., p.105.

<sup>43</sup> Ibid., p. 107-108.

<sup>44</sup> ROXIN, C. *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 25, 108 e 527 *apud* ALFLEN, p. 110.

<sup>45</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 25. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva Jur, 2019, p. 568.

<sup>46</sup> ALFLEN, Op. cit., p. 109

### 3.1 Domínio da ação

O domínio da ação consiste no controle direto que o agente exerce sobre a execução da conduta típica. Trata-se da realização pessoal do injusto, de maneira dolosa e voluntária.

Nos casos em que haja coação ou erro de proibição inevitável, Roxin entende que a conduta foi dolosa e voluntária, porém que incide sobre ela uma exculpante, de forma a entender que o autor não poderia, naquela situação, agir de forma diversa. Este entendimento permite que se admita a participação nas condutas praticadas sob coação, visto que a participação só é possível quando se admite a autoria. Se um agente instiga o autor do ilícito, que está sob coação de terceiro, a consumá-lo e este o faz, o instigador é partícipe, posto que o executor é autor<sup>47</sup>.

### 3.2 Domínio funcional

O domínio funcional do fato se correlaciona com a coautoria delitiva e é composto de três pressupostos fundamentais: a) a existência de um planejamento conjunto dos fatos, b) a execução conjunta do plano criminoso e c) a contribuição essencial para a execução.

O planejamento conjunto pressupõe o estabelecimento de um acordo de vontades entre os coautores e uma divisão de tarefas em que cada agente contribua de forma essencial – de maneira que nenhuma conduta é autônoma, são todas interligadas. Embora, em muitos casos, este planejamento ocorra previamente à ação delituosa, não se exige que o acordo seja feito antes do início do delito, situação na qual se permite a concordância tácita entre os agentes coautores<sup>48</sup>.

Não existe coautoria se os agentes não sabem um do outro, de forma que a cooperação para o delito não é suficiente para a configuração da coautoria. Avelar cita o exemplo de Maurach para explicitar o caso, no qual **A** pretende envenenar **B** e sabe que **C** o fará, porém com dose insuficiente. Então **A** adiciona a sua própria dose para matar **C**<sup>49</sup>. Não há coautoria, porque **B** não sabia de **A** ou de suas intenções, inexistindo o domínio global do fato, bem como a morte de **C** derivou de atuação que a tornou mais gravosa – já que o veneno seria administrado

---

<sup>47</sup> CUNHA, Mariana Tomaz da. **Teoria do domínio do fato e Ação Penal 470**: entre a obra de Claus Roxin e o julgamento do Mensalão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 49-50.

<sup>48</sup> Ibid., p. 120

<sup>49</sup> AVELAR, Op. cit., p. 180.

de forma insuficiente. Há autoria mediata de quarto grau, portanto, segundo Roxin e esta será abordada neste trabalho no tópico seguinte.

A execução conjunta do delito implica que os coautores atuem de maneira coordenada para a consumação do crime. Todavia, o ato conjunto não demanda que os agentes estejam presentes fisicamente no mesmo local ou atuem simultaneamente, desde que essas ações estejam interligadas ao plano criminoso comum<sup>50</sup>. O ato de um coautor complementa o ato do outro, ainda que fisicamente separados. A mera participação na fase preparatória não constitui coautoria, pois Roxin entende que este indivíduo não está no centro do acontecer típico.

O último pressuposto é a participação indispensável de cada coautor. Isso significa que a atuação de cada um deve ser essencial para a concretização do delito, de forma que caso algum dos coautores não execute sua parte, o fato típico não se realizará ou será seriamente comprometido.

A partir desses elementos, deve haver uma divisão de tarefas em que cada um dos agentes envolvidos exerce controle sobre parte específica da execução delitiva. Todos os coautores compartilham o que se denomina domínio conjunto do fato, de modo que a conduta de cada um é indispensável para a consumação do ilícito. Caso algum dos coautores desista ou falhe em sua função, o plano delituoso resta comprometido, pois a atuação de todos é essencial à realização do resultado típico.

### 3.3 Domínio da vontade

O domínio da vontade é possível através da figura do autor mediato, que é aquele que controla a ação, utilizando outra pessoa, o executor, como um instrumento para realizar o fato típico e alcançar seus objetivos. O autor direto não será responsabilizado, "seja porque agiu sem dolo, seja porque atuou sob uma causa da exclusão de ilicitude ou mesmo da culpabilidade"<sup>51</sup>.

Antes da consolidação da teoria do domínio do fato, havia uma significativa controvérsia sobre a responsabilização penal de indivíduos que, embora não realizassem diretamente o ato criminoso, exerciam controle sobre sua execução. Tradicionalmente, esses indivíduos eram classificados como meros partícipes, como os que induzem, instigam ou fornecem meios para o crime. Essa classificação, porém, revela-se insatisfatória, pois subestima o papel determinante desses agentes no acontecimento criminoso. Ao tratá-los apenas como

---

<sup>50</sup> Ibid., p. 121

<sup>51</sup> Ibid, p. 56.

partícipes, a doutrina tradicional negligenciava o fato de que, embora não atuassem diretamente, esses indivíduos detinham um controle estratégico sobre a ação, assumindo uma responsabilidade que ia além da mera influência periférica, característica dos instigadores ou cúmplices.

A teoria do domínio do fato proposta por Roxin, ao trazer o conceito de autoria mediata por via do domínio da vontade, permite sanar este desconforto ao imputar a autoria à figura controladora. Em defesa da existência da autoria mediata, aponta o jurista:

(...) os principais responsáveis por um fato típico devem ser condenados como autores, ao passo que os personagens periféricos (responsáveis secundários) devem ser considerados partícipes.

Do contrário, não seria possível reconhecer nenhum sentido normativo convincente a uma concepção que subestima a dimensão real da condução do acontecimento (Geschehenssteuerung) e do controle do resultado (Erfolgskontrolle).<sup>52</sup>

Esta forma de domínio exercido pelo autor mediato pode se manifestar em três principais contextos: erro, coação e o que Roxin denomina como domínio da organização.

### *3.3.1 Sob erro do autor direto*

Nos casos de erro, o autor mediato domina a vontade do executor porque este age sem pleno conhecimento das circunstâncias. O autor mediato sabe algo que o executor desconhece, o que lhe permite direcionar e controlar a ação. O executor, mesmo agindo dolosamente e detendo o domínio da ação, é manipulado por aquele que tem pleno conhecimento do cenário e usa essa vantagem para realizar o crime, valendo-se do erro do executor.

Para Roxin, a autoria mediata pode ser identificada em diferentes níveis de erro cometidos pelo executor, quais sejam: o erro de tipo, o erro de proibição, o erro sobre os pressupostos do estado de necessidade exculpante e a atuação dolosa e consciente.

No erro de tipo, o autor desconhece que está a cumprir os elementos do tipo penal diante de uma falsa percepção da realidade provocada pelo “homem de trás”. Este ludibria o executor a realizar a conduta ilícita sem que ele perceba que está o fazendo, de forma que detém o completo domínio sobre a concretização do crime. A conduta do executor, diante de seu desconhecimento da realidade dos fatos, é isenta de dolo e representa excludente de tipicidade, portanto, não preenche os requisitos da autoria imediata conforme previsto por Roxin.

---

<sup>52</sup> ROXIN, Claus. **Sobre a mais recente discussão acerca do "domínio da organização" (Organisationsherrschaft)**. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, v. 159, jul. 2012, p. 395-415. Tradução de Raquel Lima Scalcon., p. 8-9.

Entretanto, ao agente que detém o domínio da condução dos fatos por conhecer da total realidade e manipulá-la ou escondê-la perante o executor, induzindo-lhe a erro, é imputada a autoria mediata.<sup>53</sup> É o caso do médico que induz a enfermeira a aplicar injeção mortal no paciente sem que esta soubesse da letalidade de sua ação, exemplo também abordado por Welzel.

O segundo nível é o erro de proibição, que se dá quando o executor conhece os fatos, mas atua acreditando, erroneamente, que sua conduta é lícita. Apesar de ser considerado autor pela teoria do domínio do fato, já que imbuído de dolo realizou a conduta que acreditava ser lícita, não recairá sobre ele a punibilidade, restando em um autor exculpado<sup>54</sup>. Quanto ao agente que sabia da ilicitude do injusto e induziu o executor a prosseguir, lhe será imputada a autoria mediata. Luís Greco e Alaor Leite apontam o seguinte exemplo ilustrativo: “O estudante de Direito **X** diz a **Y** que não é proibido sair do país portando U\$ 30.000 sem declarar à autoridade competente”<sup>55</sup>. **X** é autor mediato do crime de evasão de divisas, posto induzir **Y** a não declarar os valores que sabia ele deveria declarar. Detém, neste sentido, o domínio do fato sobre a vontade de **Y**, que desconhecendo de informação que o homem de trás possui, cumpre os seus desígnios sem que dele se pudesse esperar conduta diversa.

O erro sobre os pressupostos de um estado de necessidade exculpante é a espécie menos recorrente na práxis jurídica. O executor acredita estar agindo para salvar um bem jurídico de um perigo iminente, sem perceber que esse perigo não é real ou não justifica a conduta. O autor mediato, ciente desse erro, induz ou permite que o executor aja com base em uma situação fictícia de perigo, utilizando-o como instrumento. Cunha exemplifica a situação se utilizando da hipótese de um naufrágio, na qual **A** vislumbra a chegada de um barco de resgate, mas faz com que **B** acredite se encontrar em estado de necessidade para que mate a **C**, com o fito de subtrair-lhe a tábua em que se apoiava<sup>56</sup>. Como **B** apenas matou **C** porque acreditava estar em estado de necessidade induzido por **A**, percebe-se que este tinha o total domínio do fato diante da ciência de algo que o executor não sabia e, portanto, o manipulou para atingir os próprios fins. Ele é, portanto, autor mediato do fato.

O quarto nível se refere a atuação dolosa e consciente do executor, que, ainda assim, é controlada pelo autor mediato. Para ser abarcada pela teoria de Roxin, o erro não pode referir-

---

<sup>53</sup> GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Direito Penal & Criminologia, p. 26-27.

<sup>54</sup> CUNHA, Op. cit., p. 60.

<sup>55</sup> GRECO *et. al.*, Op. cit., p. 26.

<sup>56</sup> Ibid., p. 62.

se ao motivo pelo qual o executor realiza o ato ilícito, mas, tão somente, sobre os riscos na execução, de forma a torná-la mais gravosa, ou o erro sobre a pessoa.

No primeiro ponto, o executor dolosamente pretende cometer um crime, porém o autor mediato o faz agir, sob erro, de forma mais gravosa do que o pretendido. Os dois são autores neste aspecto, porém o “homem de trás” não pode ser relegado apenas à figura de partícipe, já que possuía o controle da ação no que se refere a ocorrência de mal mais grave e sabia de algo que o executor não sabia. Sustenta Roxin que ele deve ser responsabilizado na modalidade mais gravosa como autor mediato, além de também como partícipe da modalidade menos gravosa, ao passo que ao autor imediato deve ser imputada a conduta menos gravosa. Neste ponto, a teoria do domínio do fato sofre fortes críticas de Alflen, que aponta a ocorrência de grave *bis in idem* ao imputar ao “homem de trás” a participação e a autoria de um mesmo fato típico. Além disso, questiona se, nesses casos, haveria um real domínio por parte do instigador, visto que a influência “apenas lhe possibilita o domínio sobre o conhecimento idealizado”, não sobre o fato<sup>57</sup>.

O erro sobre a pessoa em que o jurista alemão imputa a autoria mediata seria o caso em que o executor erra a vítima, atingindo outrem, porque o “homem de trás” lhe fez crer que o atingido era quem o executor esperava. Seria como se o responsável pelo injusto à pessoa diversa da planejada fosse o autor mediato, já que ela só foi lesada por causa deste<sup>58</sup>.

### 3.3.2 *Sob coação do autor mediato*

Há que se diferenciar a mera influência sobre a vontade do pleno domínio sobre a vontade para fins de delimitação da autoria. Nesse ponto, Roxin ressalta que a influência decorre de uma instigação ou indução, de forma que se relaciona à participação do agente no ato criminoso. Já o domínio da vontade consiste na ideia de que o “homem de trás” detém total controle sobre o rumo do ilícito, à medida de que não há margens para a livre ação volitiva do executor<sup>59</sup>. Segundo Cunha, a diferença reside na "margem para decisão livre" do executor. Enquanto o autor mediato exerce controle absoluto sobre a ação, o executor não possui plena liberdade de decisão, pois está submetido a uma influência externa que limita sua autonomia<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 134-135.

<sup>58</sup> Ibid., p. 135-136.

<sup>59</sup> Ibid., p. 128.

<sup>60</sup> CUNHA, Op. cit., p. 58.

Ressalta-se que essa coação que consolida a autoria mediata existe quando a ordem jurídica exclui a responsabilidade penal do executor diante da situação criada pelo que detém o controle dos fatos. Visando explicar a responsabilização do autor mediato, expõem Greco e Leite:

O princípio da responsabilidade é, para Roxin, o único parâmetro viável nos casos de coação, uma vez que dominar alguém que sabe o que faz é algo, em princípio, excepcional, que só pode ser admitido com base nos parâmetros fixados pelo legislador.<sup>61</sup>

O princípio da responsabilidade serve, portanto, como base para a punição do autor mediato, mesmo que o executor seja exculpado, posto que a responsabilidade penal deve ser atribuída àquele que, de fato, exerce o controle sobre a ação criminosa e determina seu desfecho, ou seja, o autor que detém o domínio do fato.

Partindo da ideia de que o autor mediato se vale da coação para compelir o executor a realizar o crime, retirando-lhe a liberdade de escolha e que o executor coato, apesar de realizar materialmente o ato, não age com vontade própria, sendo apenas um instrumento nas mãos do autor mediato; cita-se como exemplo a figura de **A**, que, portando uma arma, ameaça **B** dizendo que ele e sua família serão mortos se ele não invadir uma loja e roubar dinheiro. Nesse caso, **B**, mesmo sendo o executor material do crime, age sob coação irresistível e, portanto, não tem pleno controle sobre sua própria vontade, já que atua apenas para evitar a realização de uma ameaça maior.

### *3.3.3 Por meio de aparato organizado de poder*

O domínio da organização baseia-se em três pressupostos, quais sejam, o poder de comando, a desvinculação do Direito no âmbito da atividade criminosa e a fungibilidade dos executores. A partir desses elementos, o jurista alemão estabelece a responsabilidade penal para indivíduos que, mesmo sem realizar diretamente a ação criminosa, garantem a sua execução por meio de ordens dadas aos subordinados.

Nesta esfera de domínio, tanto o homem de trás quanto o executor são autores e possuem o domínio do fato. Na autoria mediata nos tópicos 3.3.1 e 3.3.2, o autor mediato se utiliza de terceiro como instrumento para atingir seus desígnios. Para o domínio da organização, “o

---

<sup>61</sup> GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Direito Penal & Criminologia, p. 26.

verdadeiro instrumento é, ao contrário, o próprio aparato”, pois “o aparato, com seu modo próprio de atuação, lhe assegura o resultado”<sup>62</sup>.

Diante da autoria de todos os agentes, pode-se questionar a razão do domínio da organização não ser a mesma coisa que o domínio funcional. Isto é, se todos detém o domínio do fato, não estariam agindo como coautores? Roxin entende que não, pois restam ausentes todos os requisitos para a presença do domínio funcional. Não há planejamento e decisão conjunta para a realização do fato porque os executores estão cumprindo a ordem emitida pelo detentor do poder de comando, que em regra não conhece os executores – e vice-versa. Há uma estrutura verticalizada nos aparatos organizados de poder, enquanto a coautoria pressupõe uma estrutura horizontal. Não se visualiza execução conjunta do fato, pois tão somente os níveis mais baixos da organização executam a ordem, e nem há contribuição fática no estágio de preparação, de forma diversa da coautoria, em que todos executam o plano, em divisão de tarefas – e pode haver uma participação, mesmo que não presencial, porém essencial de outro coautor<sup>63</sup>.

O domínio da organização igualmente não se confunde com a participação na modalidade instigação, pois esta é atividade acessória à autoria. O homem de trás que detém o poder de comando está no centro da decisão e “decide sobre o “se” do fato”<sup>64</sup>. De forma diversa é o instigador, que está relegado a papel secundário.

#### 3.3.3.1 Poder de comando

O poder de comando decorre do agente que se encontra em uma posição hierárquica elevada dentro da organização e tem a capacidade de emitir ordens que serão executadas por seus subordinados. Conforme explica o jurista alemão, o controle sobre o resultado típico é ampliado para quem dirige um aparato organizado de poder, já que existe a certeza do cumprimento de suas ordens, diante da característica da fungibilidade dos executores. Isto é, o cumprimento da ordem não depende de um executor específico, mas sim de "capangas

---

<sup>62</sup> ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. **Revista Eletrônica Acadêmica de Direito**, 2006, p. 78.

<sup>63</sup> ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. **Revista Eletrônica Acadêmica de Direito**, 2006, p. 71-73.

<sup>64</sup> Ibid., p. 74.

submissos", indivíduos que garantem a execução das ordens sem questionamento<sup>65</sup>. A autoridade da organização não precisa realizar pessoalmente o ato ilícito, mas, devido à sua posição de controle na estrutura hierárquica existente, mantém o poder sobre a consumação do crime. Está justificada a condição de autor mediato.

Ressalta-se que domínio da organização não é necessariamente exercido apenas por quem está no topo da organização, mas por todos aqueles que detenham o poder de ordenar e ter suas ordens cumpridas, conforme aponta Roxin:

quem está inserido em um aparato organizado, de tal modo que pode distribuir suas ordens a seus subordinados, é autor mediato se exerce suas atribuições para a realização de ações puníveis, em virtude do domínio da vontade que detém. É irrelevante que atue por iniciativa própria ou a requerimento de instâncias superiores, pois a única circunstância que é determinante para a autoria é a de que possa dirigir parte da organização que lhe está subordinada, sem que deva deixar livre a realização do delito ao critério de outro.<sup>66</sup>

### 3.3.3.2 Desvinculação do Direito

A desvinculação do Direito é a característica de desligamento do aparato de poder em relação ao sistema jurídico. O jurista alemão esclarece que basta a atuação à margem do Direito no âmbito de suas atividades criminosas, mesmo que em outras esferas o Direito continue vigente<sup>67</sup>. Significa dizer que, embora a organização possa aparentar legalidade em certos aspectos, suas ações criminosas ocorrem em um campo onde o Direito não tem qualquer influência ou eficácia.

Não importa percepção que os membros da organização têm de sua atuação, ou seja, mesmo que o Direito posto aponte à legalidade da conduta (exemplo: é permitido matar), deve-se analisar o caso em consonância com os princípios jurídicos supraleais (no caso do exemplo citado, vê-se que é contrário aos direitos humanos)<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> ROXIN, Claus. **Sobre a mais recente discussão acerca do "domínio da organização" (Organisationsherrschaft)**. Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), v. 159, jul. 2012, p. 395-415. Tradução de Raquel Lima Scalcon, p. 6.

<sup>66</sup> ROXIN, Claus. **Sobre a mais recente discussão acerca do "domínio da organização" (Organisationsherrschaft)**. Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), v. 159, jul. 2012, p. 395-415. Tradução de Raquel Lima Scalcon., p. 18.

<sup>67</sup> ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. **Revista Eletrônica Acadêmica de Direito**, 2006, p. 81.

<sup>68</sup> ROXIN, Claus. **Sobre a mais recente discussão acerca do "domínio da organização" (Organisationsherrschaft)**. Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), v. 159, jul. 2012, p. 395-415. Tradução de Raquel Lima Scalcon., p. 16.

### 3.3.3.3 Fungibilidade

A fungibilidade dos executores se refere à substitutibilidade dos indivíduos que executam as ordens dentro da organização criminosa. O crime não depende da ação de um executor específico, pois se um deles não estiver disponível ou se recusar a agir, outro pode prontamente ocupar seu lugar e garantir que a ordem seja cumprida. A presença de executores fungíveis reforça o poder de controle do autor mediato, o "homem de trás", sobre o resultado típico. Os executores são, assim, meras peças substituíveis dentro de um aparato maior, cuja continuidade do funcionamento criminoso não depende de indivíduos específicos, mas da própria organização<sup>69</sup>.

A disposição ao cumprimento da ordem também é critério relevante do domínio da organização, muito embora não faça parte de seus pressupostos. Tem, entretanto, profunda relação com estes, pois deles deriva. Esta disposição diz respeito à ideia de que o cumprimento das ordens da autoridade hierárquica não trará ao agente executor nenhuma consequência, seja porque partiram de uma determinação superior, seja porque são legitimadas no aparato organizacional do qual faz parte ou em razão da ciência de que ele mesmo é substituível<sup>70</sup>.

Percebe-se, diante do conjunto desses pressupostos, uma atmosfera em que quanto mais afastado da execução é a autoridade, maior é o seu domínio do fato, posto que maior é a sua influência, poder e controle sobre a ocorrência. Quem está no topo tem a certeza de que suas ordens serão cumpridas, como se pode extrair da característica de fungibilidade dos autores diretos perante a influência que o afastamento da ordem jurídica vigente proporciona.

Para imputar a autoria mediata com fundamento no domínio da organização, é necessário o cumprimento dos pressupostos supracitados. Esta figura jurídica foi criada para o sistema de criminalidade estatal e grupos mafiosos, terroristas e afins, sendo esta a razão pela qual Roxin rechaça a aplicação da teoria do domínio organizacional às empresas. Aponta o autor que estas empresas não trabalham desvinculadas do Direito, de forma que a prática de um ilícito pode interromper a organização. Roxin afirma que "nesses casos não se age com o aparato, mas contra o aparato"<sup>71</sup>. Não se vislumbra a característica da fungibilidade, visto que o executor do ilícito precisa de conhecimento específico para a realização de muitas atividades,

---

<sup>69</sup> ROXIN, Claus. **Sobre a mais recente discussão acerca do "domínio da organização" (Organisationsherrschaft)**. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, v. 159, jul. 2012, p. 395-415. Tradução de Raquel Lima Scalcon., p. 16-18.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>71</sup> ROXIN, p. 249, *apud* GRECO *et al*, 2014, p. 29

de forma a tornar difícil a sua substituição. Por se tratar de uma organização que está inserida dentro da ordem jurídica, a prática de um injusto penal e a perspectiva de sua punição reduzem ou até mesmo rechaçam completamente o critério da disposição elevada ao fato<sup>72</sup>. Portanto, seria inviável a aplicação desta teoria aos ilícitos cometidos em empresas.

#### *3.3.4 Não se aplica a teoria do domínio do fato*

A teoria do domínio do fato não abrange todas as espécies de delitos, restando claro que deve ser aplicada apenas aos comissivos dolosos<sup>73</sup>. Os delitos de dever, os de mão própria e os culposos, conseqüentemente, restam fora da abrangência desta teoria.

Nos delitos de dever, compostos por crimes omissivos e próprios, o legislador atribui o ilícito penal a um descumprimento do dever de agir imposto pelo ordenamento jurídico. É o caso, por exemplo, da omissão de socorro e dos crimes ligados a funcionários públicos. A autoria mediata não pode ser aplicada a esses casos, pois a responsabilidade penal recai sobre quem descumpriu o dever imposto, e não por quem sequer o tinha. Parte-se da ideia de que “não se explica a responsabilidade a partir do controle que alguém exerce a respeito da realização do fato, mas sim em função do dever de cuidado a que o agente está obrigado”<sup>74</sup>. Quem contribui para o fato sem estar sujeito a esse dever será considerado, portanto, partícipe.

Os delitos de mão própria são aqueles que exigem a realização pessoal e direta da conduta típica por parte do agente, como é o caso do crime de falso testemunho. A própria natureza do tipo penal impõe que apenas o sujeito ativo específico, descrito na norma, seja o responsável pela conduta ilícita, portanto, a teoria do domínio do fato não se aplica a esses casos diante da impossibilidade de existência de autoria mediata.

Os crimes culposos igualmente não se incluem no âmbito de atuação da teoria elaborada por Roxin, visto que “os ilícitos culposos se caracterizam, justamente, pela perda do domínio factual”<sup>75</sup>. Sugere que a estes seja aplicado o sistema unitário, por retirar a divisão entre autor e partícipe em casos culposos<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 146

<sup>73</sup> CUNHA, Mariana Tomaz da. **Teoria do domínio do fato e Ação Penal 470**: entre a obra de Claus Roxin e o julgamento do Mensalão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 45.

<sup>74</sup> ROXIN, p. 385 *apud* BUSATO; CAVAGNARI, p. 198.

<sup>75</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. Autoria e participação delitiva: da teoria do domínio do fato à teoria da imputação objetiva. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, v. 1, n. 2, out. 2006, p. 144.

<sup>76</sup> GRECO, Luís *et al*, *Op cit.* p. 34.

#### 4 A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO DE ROXIN NA AÇÃO PENAL 470

*“Portanto, Sr. Presidente, a solução do caso não reclama grandes construções teóricas, na verdade, à luz do princípio da legalidade, a resposta está no artigo 29 do Código Penal” – Min. Gilmar Mendes, p. Página 5157*

A Ação Penal 470 teve início com o recebimento da denúncia oferecida pelo então Procurador-Geral da República, Antônio Fernando de Souza, em 11 de abril de 2006. O processo decorreu da investigação de 37 dos 40 indiciados no inquérito nº 2.245, os quais foram acusados de envolvimento em um esquema de corrupção e desvio de recursos públicos. As condutas apuradas configuraram os delitos de organização criminosa, peculato, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta, corrupção e evasão de divisas. O caso ficou amplamente conhecido como "mensalão", em razão da distribuição periódica de recursos financeiros, oriundos do Partido dos Trabalhadores, a parlamentares, com o objetivo de assegurar apoio político ao Governo Federal no período entre 2002 e 2003.

Os Ministros encarregados desse julgamento lançaram mão da teoria do domínio do fato em diversas ocasiões, levando os juristas brasileiros a discutirem a aplicação desta teoria estrangeira no ordenamento brasileiro e apontar incongruências técnicas em sua reprodução. Alguns trechos do acórdão de 8.405 páginas serão apresentados com intuito de discutir e elucidar esses pontos controversos.

A teoria do domínio do fato se manteve objeto de intenso debate na doutrina alemã, com decisões polêmicas prolatadas pelo próprio Tribunal Superior Alemão. Foi introduzida no Brasil em 1979 – 40 anos após a publicação de Welzel – por meio da obra “Concurso de Agentes”, de Nilo Batista, que apresentou as concepções de Hans Welzel e Claus Roxin. Pablo Alflen aponta que a obra não estabeleceu distinções fundamentais entre elas, reverberando na doutrina nacional, que se limitou a abordagens superficiais e pouco criteriosas. Esta falha resultou em interpretações doutrinárias e jurisprudenciais equivocadas, como a presente na AP 470<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira: considerações sobre a APn 470 do STF. **Revista eletrônica de direito penal** (AIDP-GB). Ano 2, v. 2, n. 2. Dez. 2014, p. 140.

#### 4.1 Análise comparativa entre a teoria finalista e a funcionalista do domínio do fato

A teoria do domínio do fato, tanto para Hans Welzel como para Claus Roxin cria critérios para se determinar a autoria e participação nas infrações penais. Entretanto, o domínio do fato tem um papel distinto para cada um deles. A teoria finalista entende o domínio do fato como um pressuposto geral para determinação da autoria, mas que este não é exclusivo. Ou seja, autor é aquele que reúne tanto pressupostos pessoais objetivos e subjetivos inerentes ao tipo (quando existentes), como o pressuposto fático – que é a presença do domínio do fato, definido como “quien lo ejecuta (el hecho) em forma finalista, sobre la base de su decisión de voluntad”<sup>78</sup>.

A teoria de Roxin, diante da recusa de conceituação do termo “domínio do fato”, acaba por identificá-lo a partir da adequação ou não aos critérios definidos pelo jurista, a depender do caso concreto, pois prefere que “no lugar de uma definição exata ou de um conceito indeterminado, deve ser inserida uma descrição (*Beschreibung*), pois a descrição tem a vantagem de poder se adaptar aos diferentes tipos de casos”<sup>79</sup>. Sabe-se que autor é quem detém o domínio do fato, desempenhando papel decisivo na realização do tipo<sup>80</sup>. Diferentemente da teoria finalista, o domínio do fato é pressuposto suficiente para configurar a autoria<sup>81</sup>.

Outra distinção entre as teorias está na classificação das formas de domínio do fato e sua relação com as modalidades de autoria, conforme proposta por Roxin. Ele identifica três tipos de domínio: da ação, da vontade e funcional, que correspondem, respectivamente, à autoria direta, mediata e coautoria. Em contrapartida, Welzel reconhece essas três modalidades de autoria, mas trata o domínio do fato de maneira unificada, sem subdivisões<sup>82</sup>.

As condições para ocorrência de coautoria, segundo Welzel, são a participação na decisão comum do fato, coparticipação na execução do delito e divisão de tarefas. Admite que é possível coautoria com a mera participação em atos preparatórios ou de ajuda, desde que o agente tenha participado da decisão comum do fato<sup>83</sup>. A coautoria para Roxin pressupõe uma

---

<sup>78</sup> WELZEL, Op. cit., p. 105.

<sup>79</sup> ALFLEN, Op. cit., p. 107.

<sup>80</sup> Ibid., p. 110.

<sup>81</sup> BOMBARDELLI, Pablo. **Domínio do fato em Welzel e em Roxin**: critérios de conceito restritivo de autoria. TCC (graduação em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2014, p. 50.

<sup>82</sup> CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Direito penal econômico**: estudos contemporâneos. João pessoas: Ideia, 2025, p. 70.

<sup>83</sup> WELZEL, Op. cit., p. 113-117.

contribuição indispensável para a realização do resultado pretendido pelos agentes, atribuição de tarefas no âmbito de um planejamento global e conjunto do fato e a execução conjunta do fato. Em sua visão, “o que prepara não é coautor (...) aquele que não tomou parte na execução típica não pode ser considerado como figura central do acontecimento do fato”<sup>84</sup>. Michael Avelar elucida que:

Roxin não considera, como Welzel, que para a configuração da autoria o *minus* da cooperação objetiva deve ficar compensado pelo *plus* da cooperação na decisão do crime, pois, para ele, a intervenção no planejamento não supre a falta objetiva do que denomina de domínio conjunto do acontecer típico<sup>85</sup>.

A mera decisão comum do fato, portanto, não basta para afastar a necessidade de participação na execução do crime.

A autoria mediata também é um ponto de divergência entre os juristas comentados. Conforme explicita Alflen, a visão de Welzel de que é possível utilizar da conduta final de terceiro para obter a sua própria finalidade denota uma autoria mediata que permite um instrumento punível ou não (que age conscientemente ou não), desde que este terceiro não possua o domínio pleno do fato. Para Roxin, a autoria mediata é composta justamente por um indivíduo que não atua livremente comandado (coagido, em erro ou inimputável) por outro que detém o domínio do fato (por saber algo que o instrumento não sabe ou por ter o poder de impor a sua vontade contra o outro).<sup>86</sup>.

#### 4.2 Análise da compatibilidade da teoria do domínio do fato no ordenamento jurídico brasileiro

Para a teoria do domínio do fato de Roxin, o conceito de autor é restritivo, conforme demonstrado anteriormente. Por isso, muito se questionou sobre a compatibilidade esta teoria com o ordenamento pátrio, já que a doutrina muito diverge acerca da teoria adotada no Brasil.

Pablo Alflen argumenta pela adoção de um sistema unitário funcional, o qual admite apenas diferenciação entre modalidades de autoria e aponta que Roxin rechaça este sistema, posto que fundou sua teoria de forma contrária a premissas causais-naturalistas. É contrário ao transporte da teoria do domínio do fato no plano brasileiro porque é incompatível com o

---

<sup>84</sup> AVELAR, Op. cit., p. 178-181.

<sup>85</sup> Ibid., p. 179.

<sup>86</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira: considerações sobre a APn 470 do STF. **Revista eletrônica de direito penal (AIDP-GB)**. Ano 2, v. 2, n. 2. Dez. 2014, p. 141-142.

ordenamento jurídico pátrio<sup>87</sup>. Contudo, da mesma forma Victor Trajano, defende que podem ser construídas adaptações para que se permita a aplicação<sup>88</sup>.

Avelar defende que, independentemente do conceito adotado, o nosso Código Penal comporta a teoria do domínio do fato na medida em que admite em seu artigo 29, §§ 1º e 2º, a existência da participação de menor importância e em crime menos grave, além da expressa aderência pelo item 25 da Exposição de motivos deste Código. Em consonância, cita que juristas como Alberto Silva Franco e Nilo Batista, apesar de defenderem a existência do conceito unitário no Código, também sustentam a diferenciação entre autoria e participação de maneira geral, de forma a admitir a compatibilidade com a teoria do domínio do fato<sup>89</sup>.

Em consonância com a opinião de Avelar, este trabalho defende ser possível a compatibilidade entre a teoria do domínio do fato e o ordenamento jurídico brasileiro.

#### 4.3 Análise da aplicação da teoria do domínio do fato de Roxin à Ação Penal 470

Da denúncia se extraiu que a atuação dos réus se dividia em três núcleos: a) político-partidário: os agentes foram acusados de dirigir a ação criminosa, desviando recursos de órgãos públicos e empresas estatais para financiar campanhas políticas futuras do Partido dos Trabalhadores, pagar dívidas de campanha e comprar apoio político de parlamentares por meio de “mesadas”. Composto por José Dirceu, Delúbio Soares, José Genoíno e Sílvio Pereira; b) publicitário: indiciados por desviar verbas pública mediante contratos publicitários superfaturados ou falsos para as empresas SMP&B e DNA Propaganda. e repassar quantias a parlamentares. Formado por Marcos Valério, Ramon Hollerbach, Cristiano Paz, Rogério Tolentino, Simone Vasconcelos e Geiza Dias; c) financeiro: denunciados por possibilitar lavagem de dinheiro e aplicar valores no esquema por meio da concessão de empréstimos irregulares. Composto por líderes do Banco Rural: José Roberto Salgado, Ayanna Tenório, Vinícius Samarane e Kátia Rabello<sup>90</sup>.

Grande discussão decorreu do julgamento da AP 470 em razão do uso da teoria do domínio do fato de forma incoerente com suas premissas, lançando-se mão de imprecisões terminológicas, ausência de fundamentação acerca da compatibilidade dos elementos da teoria

---

<sup>87</sup> ALFLEN, Op. cit., p. 169-170.

<sup>88</sup> RODRIGUES, Victor Trajano de Almeida. **Crimes empresariais e teoria do domínio do fato**. Belo Horizonte, São Paulo: Editora D'Plácido, 2023., p. 113-114.

<sup>89</sup> AVELAR, Op. cit., p. 225-231.

<sup>90</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re/relatorio-jb.pdf>. Acesso em 07 mar. 2025. Ver também CUNHA, Op. cit., p. 94-97.

com o caso concreto, emprego da teoria de Roxin em situações que são expressamente vedadas (como nos delitos de dever) e junção de teorias incompatíveis entre si.

O Min. Gilmar Mendes se opôs ao uso da teoria do domínio do fato, argumentando que o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 29, já estabelece de maneira clara que todos aqueles que concorrem para a prática de um crime são considerados autores, sem necessidade de recorrer a teorias que busquem distinguir entre autores e partícipes<sup>91</sup>. A doutrina de Luís Greco concorda com este argumento, visto que o ordenamento pátrio possui dispositivos suficientes para delimitação da autoria (artigo 29, *caput*, do CP), inclusive de forma até mais ampla do que a apresentada pela teoria do domínio do fato, bastando a demonstração de uma ação ou omissão que é causa para o crime<sup>92</sup>.

A Min. Rosa Weber entende de maneira diversa. Para delimitar a autoria das réis Simone Vasconcelos e Geiza Dias, defendeu que:

Como visto, o fato de se tratar de empregada e, como tal, de trabalhadora subordinada, e de não dispor de poderes sobre o patrimônio da sociedade empresária não afasta, isoladamente, o domínio do fato delitivo, elemento da culpabilidade, cuja presença deve ser aferida tendo em vista a prova produzida em relação à real natureza de sua participação no ilícito, levando-se em conta o seu conhecimento dos fatos e a unidade de desígnios e vontades com os demais agentes<sup>93</sup>.

O erro está na afirmação de que o domínio do fato é um elemento da culpabilidade. Como se pode extrair da obra de Roxin, mesmo um agente exculpado pode ser autor, sendo afastada tão somente a sua punibilidade. Contrariamente, a ausência de dolo – elemento do tipo – exclui a autoria. Portanto, a autoria é uma categoria relacionada ao tipo, sendo o conceito de autor indiferente em relação à culpabilidade<sup>94</sup>.

A expressão "domínio do fato" foi amplamente utilizada sem a devida fundamentação teórica, como se sua mera invocação fosse suficiente para justificar a responsabilização penal dos réus, sem esclarecer os critérios que efetivamente caracterizam o domínio do fato, como se vê abaixo:

O núcleo político tachado pelo Ministério Público como intelectual ou mentor da empreitada criminosa, claro que, dentro dele, com gradações de protagonizações, a legitimar a aplicação da teoria do domínio do fato para responsabilizar, de modo pessoal, porém graduado, os respectivos agentes<sup>95</sup>

---

<sup>91</sup> STF, AP 470/MG, DJ 22/04/2013, p. 5.157.

<sup>92</sup> GRECO, Luís *et. al.* Op. cit., p. 143.

<sup>93</sup> STF, AP 470/MG, DJ 22/04/2013, p. 1.255.

<sup>94</sup> 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. 132.

<sup>95</sup> STF, AP 470/MG, DJ 22/04/2013, p. 5.214.

A Teoria do Domínio do Fato não se limita a uma gradação de protagonismos dentro de um esquema criminoso, devem ser verificados a presença de critérios essenciais que a fundamentam. O mero status hierárquico ou a suposta autoria intelectual não bastam para configurar o domínio do fato.

Durante a realização dos vários debates em plenário se pode observar a reticência no uso da teoria do domínio do fato no caso concreto e a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio. O Min. Ricardo Lewandowski defende a sua inutilidade diante da ausência do requisito fungibilidade. Expõe que:

(...) é preciso que os requisitos para aplicação dessa teoria estejam claramente presentes; e um desses requisitos, dos vários que ele arrola, é exatamente o requisito da fungibilidade. O que é esse requisito da fungibilidade? Segundo este requisito, o agente final, o agente imediato que perpetra o crime deve ser fungível, como acontece nas grandes organizações criminosas. Ou seja, eu disse, na minha fala, que esta é uma teoria que se aplica, por exemplo, aos crimes da máfia, a exemplo daquele que está na ponta final de todo o sistema. (...) O que me preocupa, Senhor Presidente, eminente Decano, é exatamente a banalização dessa teoria (...)<sup>96</sup>.

Ao explicitar que “é preciso que os requisitos para a aplicação dessa teoria estejam claramente presentes” e, posteriormente, apontar para o requisito da fungibilidade, denota uma confusão entre os requisitos do domínio da vontade em aparatos organizados de poder com elementos gerais da teoria do domínio do fato em sua totalidade. A ausência de fungibilidade não exclui totalmente a incidência da teoria do domínio do fato, mas tão somente de uma parte dela, que é o domínio da organização.

Para defender a aplicação da teoria, o Min. Celso de Mello incorre em erro acerca da estrutura basilar desta. Aponta a sua utilização pela Corte sob diversas perspectivas, inclusive a do domínio de vontade e a do domínio das organizações, tanto os aparatos governamentais quanto os aparatos empresariais<sup>97</sup>. É certo que o domínio das organizações é parte do domínio da vontade, não externo a ele, bem como a discordância de Roxin quanto a aplicação de sua teoria às empresas<sup>98</sup>. Acertadamente à frente afirma que o domínio da organização faz parte do domínio da vontade<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> STF, AP 470/MG, DJ 22/04/2013, p. 5.201.

<sup>97</sup> STF, AP 470/MG, DJ 22/04/2013, p. 5.203.

<sup>98</sup> ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. **Revista Eletrônica Acadêmica de Direito**, 2006, p. 93.

<sup>99</sup> STF, AP 470/MG, DJ 22/04/2013, p. 5.207.

Sobre a utilização da teoria do domínio do fato no âmbito da criminalidade empresarial, utilizou-se o discurso de que haveria uma “presunção relativa de autoria dos dirigentes”, porque “domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa”, conforme se vê:

Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final. Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria.

(...)

Importante salientar que, nesse estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. Disso resultam duas consequências: a) é viável ao acusado comprovar que inexistia o poder de decisão; b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma presunção *juris tantum* de autoria

(...)

Ora, se a vontade do homem de trás, sobre quem recai a presunção de autoria do crime, constitui a própria ação final da ação delituosa da empresa, o que se há de descrever na denúncia é como referida empresa desenvolveu suas ações. Basta isso. A autoria presumida do ato é de seus dirigentes. Isso, como se viu, não se aplica aos auxiliares cujo comportamento em nível de colaboração tem de ser esclarecido na peça inicial do acusador<sup>100</sup>.

A Min. Rosa Weber entende, como se pode extrair do enxerto acima, que o poder de mando dos dirigentes do Banco Rural é suficiente para presumir a sua autoria mediata na prática de ilícitos, presunção esta que não recai sob os subordinados – dada a ausência da posição de comando. A acusação, portanto, está desincumbida de provar que o réu cometeu o crime, invertendo-se o ônus da prova para que a própria defesa tenha o dever de provar que o acusado não detinha o poder de mando na empresa. A Ministra fere o princípio da presunção de inocência e instaura uma responsabilidade penal objetiva inexistente no nosso ordenamento, como aponta Mariana Cunha<sup>101</sup>.

A Ministra ainda justifica a referida presunção de culpa com a teoria do domínio do fato, como se extrai: “às vezes a denúncia não explicitava a conduta imputada a cada um. E, por isso, a teoria do domínio do fato ajudava a argumentação que declarava hígida a denúncia justamente pelo tipo do delito que estava sendo descrito naquela peça.”<sup>102</sup>. Porém, estas inferências nunca foram feitas pela teoria de Roxin.

---

<sup>100</sup> STF, AP 470/MG, DJ 22/04/2013, p. 1.161.

<sup>101</sup> CUNHA, Op. cit., p. 104-109.

<sup>102</sup> STF, AP 470/MG, DJ 22/04/2013, p. 5.230.

Ocorre que não se pode presumir ser o dirigente da empresa um “homem de trás”, isto é, autor mediato de um crime, simplesmente por seu cargo elevado. Roxin, sobre isso, brilhantemente apontou em entrevista ao jornal Tribuna do Advogado: “Ocupar posição de destaque não fundamenta o domínio do fato. O ‘ter de saber’ não é suficiente para o dolo, que é o conhecimento real e não um conhecimento que meramente deveria existir”<sup>103</sup>

Ao longo do julgamento se percebe a predominância do uso da teoria do domínio do fato de Claus Roxin com intuito de fundamentar a autoria dos acusados, como nas seguintes passagens: “Nessa ação coletiva dos dirigentes é interessante a lição de Claus Roxin sobre a configuração do domínio do fato”<sup>104</sup>, “Nas palavras de Claus Roxin, principal artífice desta teoria do domínio funcional do fato”<sup>105</sup>, “(...) autor de um delito não é apenas o agente que realiza a figura típica, mas também aquele que detém o **domínio da vontade** e das ações daqueles que executam o núcleo objetivo do tipo penal”<sup>106</sup> (grifou-se).

Encontra-se, apesar disso, uma confusão entre a teoria finalista de Welzel e a teoria do domínio da organização de Roxin, bem como um equívoco acerca da delimitação entre autoria e participação. Elabora em seu voto o Min. Ayres Britto ao se referir ao acusado José Dirceu:

(...) prevaleceu o entendimento de que o conjunto fático encartado no inquérito 2245 autorizava a instauração da ação penal para apurar os crimes de formação de quadrilha e de corrupção ativa debitados a este primeiro denunciado. Isto, em larga medida, pelo fundamento de que autor de um delito não é apenas o agente que realiza a figura típica, mas também aquele que detém o domínio da vontade e das ações daqueles que executam o núcleo objetivo do tipo penal. (...) Ainda na fase pré-processual, consignei que a teoria do domínio do fato, na linha de votos que antecederam a minha manifestação, permitiria a compreensão da setorização das ações dos agentes listados na denúncia e a localização do divisor de águas entre aquelas condutas próprias do cargo e aquelas ilícitas, cometidas em razão do cargo (ou com o abuso dele) (...) Acresce que não há dúvidas razoáveis de que José Dirceu concorreu (e tinha pleno conhecimento) para os delitos impulsionados pelos agentes do núcleo político. Na verdade, a meu aviso, este primeiro denunciado detinha o controle finalístico sobre a ação dos denunciados integrantes dos núcleos financeiro e publicitário. Com efeito, o que se tem dos autos é que o denunciado José Dirceu tinha mesmo o domínio intelectual das ações dos demais acusados, naquilo em que dirigidas para o levantamento de numerário para o pagamento de dívidas e de “mesadas” a parlamentares da base aliada.<sup>107</sup>

<sup>103</sup> Posição hierárquica não fundamenta o domínio do fato. Revista Consultor Jurídico, 15/11/2012, 08h28. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-15/posicao-hierarquica-nao-fundamenta-dominio-fato-explica-claus-roxin/>. Acesso em 08 mar. 2025.

<sup>104</sup> STF, AP 470/MG, DJ 22/04/2013, p. 1162.

<sup>105</sup> STF, AP 470/MG, DJ 22/04/2013, p. 1.551.

<sup>106</sup> STF, AP 470/MG, DJ 22/04/2013, p. 4.565.

<sup>107</sup> STF, AP 470/MG, DJ 22/04/2013, p. 4.565 – 4.568.

O Ministro aponta que “detém o domínio da vontade e das ações daqueles que executam o núcleo objetivo do tipo penal”. Conforme visto no tópico 4.1, apenas Claus Roxin estabeleceu modalidades de domínio do fato, sendo uma delas o domínio da vontade, de forma que apenas à teoria deste se pode referir este trecho. Aponta-se que “a teoria do domínio do fato (...) permitiria a compreensão da setorização das ações dos agentes listados na denúncia e a localização do divisor de águas entre aquelas condutas próprias do cargo e aquelas ilícitas, cometidas em razão do cargo (ou com o abuso dele)”, atribuindo à teoria uma função que não lhe é própria, ou seja, diversa do objetivo de delimitar e distinguir a autoria e participação no crime. Em seguida se fala que o réu “detinha o controle finalístico sobre a ação dos denunciados”, fundamentando a argumentação com a teoria do domínio final do fato, de Hans Welzel, em uma completa mistura de abordagens teóricas.

Observação mais profunda se faz do trecho “José Dirceu tinha mesmo o domínio intelectual das ações dos demais acusados”. Da análise exclusiva da argumentação do Ministro quanto ao réu José Dirceu (sem, portanto, contato com as provas carreadas nos autos, sem levar em consideração o exposto pelos demais Ministros e se limitando às páginas 4.565 a 4.579), se extrai que ao réu está sendo imputada a autoria do crime, posto que se apontou a existência de um “controle finalístico” do réu para com os demais. Porém, o que levou a esta conclusão, conforme aponta, é que “a prova constante dos autos revela que José Dirceu foi o articulador da idéia-força, da idéia matriz, da idéia primaz do esquema criminoso”<sup>108</sup>, citando sua participação em reuniões de planejamento, ligações telefônicas com parlamentares, o conhecimento acerca de empréstimos e afins. Importa recordar que para Roxin a mera contribuição intelectual compõe, em regra, a participação do agente, e não a autoria. Isto porque a prática de uma contribuição essencial no momento da execução, no que se refere ao domínio funcional do fato, é o que caracterizaria a presença do domínio do fato, não bastando ficar adstrito ao planejamento conjunto<sup>109</sup>. Caso estivesse imputando a autoria mediata ao réu, recorda-se que igualmente não se adequa à teoria do domínio do fato a situação narrada porque para a verificação do domínio da vontade é necessária a existência de coação ou erro do instrumento utilizado para o crime, o que não se visualiza na argumentação do Ministro nas páginas indicadas. Não é possível falar de domínio da vontade por meio de aparato organizado de poder porque restam ausentes os elementos da desvinculação do Direito e fungibilidade.

---

<sup>108</sup> STF, AP 470/MG, DJ 22/04/2013, p. 4.579.

<sup>109</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 121.

Alflen aponta para outra solução, tomando por base a concepção de Bottke acerca do domínio da realização desde uma posição relevante:

a fundamentação no sentido de que o acusado executava “*atos de comando, direção, controle e garantia do sucesso do esquema criminoso*” se aproxima da concepção de Bottke, do domínio da realização (*Gestaltungsherrschaft*) desde uma posição relevante, em vez de domínio da vontade, o qual afirma existir autoria mediata quando “dentro de um aparato organizado de poder, com atitude criminógena global, como detentor de posição superior, dá instrução a um subordinado para cometer um crime que, devido à atitude criminosa do coletivo, já estabelecida, ao poder de mando e à disposição, muito provavelmente pode contar com o seu cumprimento”.<sup>110</sup>

O Min. Ayres Britto novamente incorre em equívoco ao falar sobre o aspecto empresarial dos crimes supostamente cometidos pelo núcleo financeiro do esquema. Ele diz: “refiro-me à circunstância de o delito de gestão fraudulenta (na linha dos demais crimes econômicos) estar imbricado com o funcionamento de pessoa jurídica, ou, parafraseando Claus Roxin, com o funcionamento de um “aparato organizado de poder”<sup>111</sup>. Esta correlação pode levar ao falso entendimento de que crimes econômicos se adequam à esfera do domínio da vontade pelos aparatos organizados de poder, afinal, o Ministro equipara o funcionamento de uma pessoa jurídica ao deste aparato. Esta afirmação está equivocada do ponto de vista da teoria do domínio do fato, que não abarca os crimes empresariais no âmbito do domínio da organização, conforme já exposto. Igualmente pode levar a crer que se pode falar de domínio do fato em delitos de infração de dever ou crimes próprios – como é o caso da gestão fraudulenta de instituição financeira – o que é vedado pela teoria de Claus Roxin<sup>112</sup>.

A mesma colocação acerca da indevida aplicação da teoria do domínio do fato para delimitar crimes próprios se impõe ao voto do Min. Gilmar Mendes, que justificou a autoria de Kátia Rabello, integrante do núcleo financeiro e dirigente do Banco Rural, apontando que “Fica claro, igualmente, pela prova oral (inclusive no que tange ao relacionamento comercial antigo com Marcos Valério), que tinha absoluto domínio dos fatos”<sup>113</sup>.

O Min. Luiz Fux também confunde as teorias de Welzel e Roxin, afirmando que a imputação do crime de quadrilha ao réu Antônio Lamas careceria da demonstração que o acusado detinha o domínio final da ação<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira: considerações sobre a APn 470 do STF. **Revista eletrônica de direito penal** (AIDP-GB). Ano 2, v. 2, n. 2. Dez. 2014, p. 150.

<sup>111</sup> STF, AP 470/MG, **DJ** 22/04/2013, p. 2.887.

<sup>112</sup> 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. 31-33.

<sup>113</sup> STF, AP 470/MG, **DJ** 22/04/2013, p. 2.875.

<sup>114</sup> STF, AP 470/MG, **DJ** 22/04/2013, p. 4.083.

Ao tentar aplicar a teoria do domínio do fato à AP 470, espera-se uma congruência por parte dos julgadores. Não se pode aceitar um emprego seletivo de conceitos e abordagens teóricas, sob pena de grandes incertezas jurídicas e criação de precedentes duvidosos.

Alaor Leite identifica mais uma incompatibilidade entre a opinião dos Ministros da Suprema Corte com a teoria do domínio do fato insistentemente por eles utilizada<sup>115</sup>. Após afirmar que o réu José Dirceu “detinha o domínio final do fato”<sup>116</sup>, o Min. Joaquim Barbosa, em debate, aponta: “Senhor Presidente, já faz algum tempo que eu proferi o meu voto, precisamente uma semana, mas eu creio ter deixado bastante claro, bastante explícito que o autor intelectual, o mandante, o controlador, o organizador é autor, e não partícipe”<sup>117</sup>. Mandante é, em regra, partícipe para a teoria do domínio do fato, conforme explicado acima.

No entender de Mariana Cunha, quando o Min. Joaquim Barbosa defende que José Dirceu detinha o domínio final do fato é porque, em verdade, ele identificou elementos que configuram o domínio funcional do fato. Entretanto, utiliza-se de passagens doutrinárias que fazem referência à autoria de escritório. Esta expressão se relaciona ao domínio da organização, que integra o domínio da vontade e se refere a existência de uma autoria mediata – diferente do domínio funcional que se correlaciona à coautoria<sup>118</sup>.

Em sede de debates, outra fala do Min. Ayres Britto foi equivocada do ponto de vista da teoria do domínio do fato:

Agora, essa Teoria do Domínio do Fato pode ser compreendida no plano da fungibilidade, que é da substituição do agente, como também da infungibilidade: o agente não pode ser substituído. Então, quem não podia ser substituído nesse esquema, sob pena de fazer o esquema ruir? Quem era o regente da orquestra? O mais insubstituível ou infungível de todos. A Teoria do Domínio do Fato conduz, também, a esse raciocínio<sup>119</sup>.

Não existem registros da inversão do conceito de fungibilidade para delimitação do domínio do fato nos aparatos organizados de poder, sendo incorreto atribuir este raciocínio à teoria aqui explanada.

Ao fim, explicitamos que Claus Roxin não concorda com a aplicação da teoria do domínio do fato para fundamentar a condenação de dirigentes governamentais em um Estado Democrático de Direito. Explica que para se enquadrar ao conceito de domínio da organização,

---

<sup>115</sup> GRECO, Luis *et. al.* Op. cit., p. 144.

<sup>116</sup> STF, AP 470/MG, **DJ** 22/04/2013, p. 4.673.

<sup>117</sup> STF, AP 470/MG, **DJ** 22/04/2013, p. 5.227.

<sup>118</sup> CUNHA, Op. cit., p. 123.

<sup>119</sup> STF, AP 470/MG, **DJ** 22/04/2013, p. 5.226.

se faz necessário que a referida organização ao qual esses dirigentes fazem parte estejam dissociadas do Direito. Isso só poderia ocorrer, quando se refere a agentes do Estado, se este fosse uma democracia de fachada ou uma ditadura – portanto, dissociados do Direito. O caráter autoritário faria com que a atuação dos agentes fosse pautada com a certeza de que nada iria acontecer. Completa: “Em uma democracia, quando é dado o comando de que se pratique algo ilícito, as pessoas têm o conhecimento de que poderão responder por isso”<sup>120</sup>.

---

<sup>120</sup> Posição hierárquica não fundamenta o domínio do fato. Revista Consultor Jurídico, 15/11/2012, 08h28. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-15/posicao-hierarquica-nao-fundamenta-dominio-fato-explica-claus-roxin/>. Acesso em 09 mar. 2025.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se debruçou sobre a utilização da teoria do domínio do fato na Ação Penal 470, com enfoque em uma análise distintiva entre as concepções finalista e funcionalista desta abordagem teórica.

Visualizou-se que a AP 470, popularmente conhecida como “mensalão”, apurou a responsabilidade penal de 37 réus acusados de envolvimento em um esquema de corrupção e desvio de recursos públicos, cujas condutas configuraram os delitos de organização criminosa, peculato, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta, corrupção e evasão de divisas. Foi aplicada a teoria do domínio do fato de Claus Roxin para definir a autoria e participação dos acusados, porém os votos dos Ministros incumbidos de julgá-los causou polêmica no âmbito jurídico. Juristas suscitaram a impropriedade da referida teoria alemã no ordenamento jurídico brasileiro, a ausência de distinção entre as abordagens de Hans Welzel e Claus Roxin, aplicação inadequada dos institutos teóricos e demais problemáticas explicitadas.

Para verificar a veracidade das críticas inflamadas, se procedeu a um exame comparativo entre as teorias finalista e funcionalista do domínio do fato, expondo as principais diferenças entre elas. Identificou-se, dentre outros pontos, que o domínio do fato para Welzel, é um pressuposto geral para definir a autoria não sendo o único. Roxin, por seu turno, entende o domínio do fato como elemento suficiente para configurar a autoria. Roxin, de forma inovadora, divide o domínio do fato três tipos: da ação, da vontade e funcional, que correspondem, respectivamente, à autoria direta, mediata e coautoria, enquanto Welzel trata o conceito de forma unificada, sem subdivisões.

Percebeu-se a partir de um estudo da compatibilidade da teoria do domínio do fato no ordenamento jurídico brasileiro, que posto que Roxin define ser restritivo o conceito de autor para esta teoria, há divergências doutrinárias acerca do conceito escolhido pelo Código Penal Brasileiro – unitário, extensivo ou restritivo. Porém, apesar da multiplicidade de posicionamentos doutrinários, é possível adaptar a teoria para permitir sua aplicação no Brasil, já que o CP já prevê a distinção entre autoria e participação em certos casos.

Apresentados os argumentos utilizados pelos Ministros da Suprema Corte para justificar a autoria e participação (ou a absolvição) dos réus da AP 470, extraiu-se que a expressão “domínio do fato” foi amplamente utilizada sem a devida fundamentação teórica, como se sua mera invocação fosse suficiente para justificar a responsabilização penal dos réus. Muito se confundiu a teoria do domínio do fato com o domínio da organização, elemento desta,

utilizando-os indevidamente como sinônimos. Entendeu-se que a organização criminosa investigada correspondia ao conceito de aparato organizado de poder, incorrendo em equívocos quanto a aplicação do domínio da organização em empresas privadas e buscando justificar como autoria mediata a ação de dirigentes governamentais – hipótese em que Roxin desconsiderou a presença dos requisitos desvinculação do direito e fungibilidade. Também se aplicou, indevidamente, a teoria do domínio do fato a delitos de dever, disposição vedada pelo jurista alemão.

Percebe-se, portanto, a disseminação de entendimentos confusos e equivocados sobre essas teorias alemãs diante da sua transposição para o Brasil, gerando uma confusão de elementos teóricos e uma aplicação errônea no âmbito da jurisprudência. A consequência direta é o aumento da insegurança jurídica, abrindo margem para concepções perigosas como a da responsabilidade penal objetiva dos agentes.

É preciso mais cuidado ao lidar com teorias estrangeiras e transportá-las ao ordenamento jurídico brasileiro, conhecendo a fundo seus objetivos e implicações para uma aplicação do direito mais justa.

## REFERÊNCIAS

- ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira: considerações sobre a APn 470 do STF. **Revista eletrônica de direito penal (AIDP-GB)**. Ano 2, v. 2, n. 2. Dez. 2014.
- AVELAR, Michael Procópio. **Teoria do domínio do fato: O concurso de pessoas na legislação brasileira**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 25. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.
- BOMBARDELLI, Pablo. **Domínio do fato em Welzel e em Roxin: critérios de conceito restritivo de autoria**. TCC (graduação em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas. V. 1. 3. ed., 2017.
- CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Direito penal econômico: estudos contemporâneos**. João pessoas: Ideia, 2025.
- CONSULTOR JURÍDICO. Posição hierárquica não fundamenta o domínio do fato. **Revista Consultor Jurídico**, 15/11/2012, 08h28. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-15/posicao-hierarquica-nao-fundamenta-dominio-fato-explica-claus-roxin/>. Acesso em: 08 mar. 2025.
- CUNHA, Mariana Tomaz da. **Teoria do domínio do fato e Ação Penal 470: entre a obra de Claus Roxin e o julgamento do Mensalão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Autoria e participação delitiva: da teoria do domínio do fato à teoria da imputação objetiva. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, v. 1, n. 2, out. 2006.
- GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Direito Penal & Criminologia.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. Niterói, RJ: Impetus. Vol. 1. 19. ed., 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte geral**. Arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Editora Foco, 2024.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. Barcelona: Editorial Reppertor. 9 ed. 2011.

RODRIGUES, Victor Trajano de Almeida. **Crimes empresariais e teoria do domínio do fato**. Belo Horizonte, São Paulo: Editora D'Plácido, 2023.

ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. **Revista Eletrônica Acadêmica de Direito**, 2006.

ROXIN, Claus. **Sobre a mais recente discussão acerca do "domínio da organização" (Organisationsherrschaft)**. Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA), v. 159, jul. 2012, p. 395-415. Tradução de Raquel Lima Scalcon.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC. 6 ed. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal 470**. Decisão DJ 22/04/2013. Acesso em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3678648>. Acesso em 07 mar. 2025.

WELZEL, H. Derecho Penal alemán, p. 53 *apud* PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.