

ESTUPRO COLETIVO: POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO?

COLLECTIVE RAPE: POSSIBILITY OF USING THE FACT'S CONTROL THEORY?

Túlio Felipe Xavier Januário.¹

Resumo: A teoria do domínio do fato encontra-se atualmente no centro das discussões doutrinárias da dogmática jurídico-penal. Após sua controversa utilização no julgamento da Ação Penal 470, pelo Supremo Tribunal Federal, popularmente conhecida como “Mensalão”, muitas questões foram levantadas a respeito de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico nacional e da necessidade ou não de sua utilização. Recentemente, no inquérito policial que investiga um caso de suposto estupro coletivo ocorrido no Rio de Janeiro, mais uma vez esta teoria teria sido invocada, mas desta vez, para tentar imputar o crime ao chefe do tráfico de drogas local. Assim, o que se pretende com o presente trabalho é, a partir da opção por um método dedutivo, analisar o sistema de autoria e participação adotado pelo ordenamento penal brasileiro e sua compatibilidade ou não com a teoria do domínio do fato. Posteriormente, será feita uma análise particular do caso supramencionado, para averiguar a eventual possibilidade de utilização desta teoria.

Palavras-chave: Autoria. Participação. Domínio do Fato. Estupro Coletivo.

Abstract: The “fact’s control theory” is, currently, in the nucleus of the doctrinal discussions of the criminal dogmatic. After its controversial use by the Supreme Court in the “Mensalão” Case, several questions were made about its compatibility with national law and the necessity of using it. Recently, in the investigations of an alleged collective rape that took place in Rio de Janeiro, once again this theory have been invoked, but this time, to try to impute the crime to the head of local drug traffic. Therefore, the objective of this study is to analyze the authorship and participation system adopted by Brazilian’s penal law and its compatibility or not with the “fact’s control theory”. Thereafter, a particular analysis of the case above will be made, to inquire about the possibility of using that theory.

Keywords: Authorship. Participation. Fact’s Control Theory. Collective Rape.

1. INTRODUÇÃO

¹ Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Pós-graduando em Direito penal - Parte Geral, pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Universidade de Coimbra, Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - UNESP - Campus de Franca, advogado.

O tema relacionado à autoria, especialmente no que se refere à sua diferenciação para com a participação, tornou-se objeto de acirradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, não apenas no cenário europeu, mas também no sul-americano.

Pode se dizer que, muito embora já houvesse diversos estudos relacionados com esta temática, foi com a obra de Claus Roxin, denominada *Autoria e domínio do fato*, de 1963, que as discussões atingiram um patamar internacional, de maneira que suas construções viessem a ser adotadas em casos de grande repercussão, tais como o do ex-presidente peruano Alberto Fujimori (BARRIENTOS-PARRA, 2010, p. 199-214).

No Brasil, em virtude da redação bastante simplista utilizada pelo legislador no artigo 29 do Código Penal, que, em tese, teria equiparado as figuras do autor e do partícipe para fins de punição, a referida construção doutrinária de Roxin, até o início do presente século, não havia repercutido com a significância merecida.

Ocorre que, com o julgamento da Ação Penal nº 470 pelo Supremo Tribunal Federal, popularmente conhecida como “Mensalão”, o tema tornou-se objeto de intensa discussão, diante da controversa utilização, por diversos ministros, do termo “domínio do fato”, para fundamentar a responsabilização de réus de nível hierárquico superior em uma cadeia de comando (GRECO L.; LEITE, 2014).

Mais recentemente, nas ainda embrionárias investigações a respeito de um suposto caso de estupro coletivo em uma comunidade do Rio de Janeiro, a delegada responsável teria afirmado, em entrevista, que pretendia indiciar, como o fez, o chefe do tráfico de drogas local, porque, no seu entendimento, o mesmo teria “domínio do fato” de tudo que ocorria na comunidade (“O ESTUPRO...”, 2016).

Ocorre, porém, que, apesar da gravidade deste suposto crime, caso venha mesmo a ser comprovado, deve se ter muita cautela na atribuição de responsabilidades, e, especialmente, na sua fundamentação, ainda mais na utilização de construções doutrinárias estrangeiras, tal qual a da “Teoria do domínio do fato”, sob pena de graves e insanáveis equívocos.

De tal forma, o que se pretende com o presente trabalho é, em um primeiro momento, analisar o sistema de autoria e participação adotado pelo Código Penal brasileiro e sua compatibilidade ou não com a teoria do domínio do fato.

Após isso, será feito um estudo particularizado sobre o suposto caso do estupro coletivo no Rio de Janeiro, estudo este, por óbvio, de caráter provisório, em virtude do estágio

inicial do processo. Assim, buscar-se-á, unicamente, averiguar a possibilidade ou não da utilização da teoria em comento nesta modalidade de crimes e, em caso de resposta positiva, quais seriam seus requisitos.

Para tanto, optar-se-á por um método dedutivo, partindo das premissas gerais utilizadas pela doutrina nacional e estrangeira na diferenciação entre as categorias da autoria e da participação, especialmente a chamada “Teoria do domínio do fato”. Também será analisada a possibilidade de aplicação da mesma ao caso concreto e específico em análise, qual seja.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO DA AUTORIA NO BRASIL

O legislador de 1940, ao tratar do tema referente ao concurso de pessoas, optou por método bastante simplificado, se comparado com os textos anteriores, conforme explica Nilo Batista:

O código penal de 1940, inspirando-se confessadamente no código italiano de 1930 quanto à orientação adotada, conferiu-nos as normas mais simplificadas que jamais regeram a matéria no desenvolvimento histórico do direito penal brasileiro. (BATISTA, 2005, p. 15)

Assim previa o antigo artigo 25: “art. 25. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.” (BRASIL, 1940)

Conforme explica Esther de Figueiredo Ferraz (1976, p. 2), o legislador de 1940 optou por equiparar os agentes do crime, de maneira que todos que colaborem para o sucesso típico sejam considerados autores.

Para a autora, na vigência do Código de 1890, a obrigatoriedade da descrição, pela denúncia, da concreta participação do agente fazia com que necessariamente se adentrasse profundamente na raiz do delito. Com o novo texto legal, porém, através da utilização do termo “de qualquer modo”, a autora temia certo comodismo, passando a impressão da desnecessidade de qualquer indagação sobre a natureza da participação do agente (ibid., loc. cit.).

Conforme explica Nilo Batista (op. cit., p. 7), o Código Penal de 1890, em seus artigos 17 e subsequentes, dispunha que os agentes do crime seriam autores ou cúmplices, sendo considerados autores aqueles que diretamente resolvessem e executassem o crime, os

instigadores, sobre cuja atividade havia previsão casuística, os cúmplices necessários e os que executassem diretamente o crime por outrem resolvido. Por sua vez, seriam considerados cúmplices os que, não tendo resolvido ou provocado o crime, fornecessem instruções para sua execução ou a ela prestassem auxílio, os que, antes ou durante, promettessem auxílio para fugir, ocultar ou suprimir instrumentos e provas do crime, os receptadores e “encobridores”.

A doutrina dominante costuma atribuir à previsão do artigo 25 do Código Penal de 1940 a função de corolário do artigo 11 do mesmo diploma, que teria adotado a teoria da equivalência das condições para a aferição do nexo de causalidade. Neste sentido, explica Miguel Reale Jr.:

A Exposição de Motivos do Ministro FRANCISCO CAMPOS, ao se referir à coautoria, fazia remissão ao nexo de causalidade baseado na equivalência das condições, então prevista no art. 11: “...o projeto aboliu a distinção entre autores e cúmplices, todos que tomam parte no crime são autores... Não há nesse critério senão um corolário da teoria da equivalência das condições adotada no art. 11”.

Sob este viés, se toda a condição é causa, qualquer conduta de cooperação à prática do delito era obrigatoriamente essencial, pois se toda ação é causal jamais pode ser acessória, mas sempre principal, não sendo possível distinguir entre autor e cúmplice.

Desse modo, as condutas do autor do fato e do cúmplice são equivalentes, segundo a régua do nexo de causalidade, a ambas aplica-se a mesma pena mínima prevista no tipo legal de crime. Pelo nexo de causalidade, nivelam-se as condutas e restam identificadas por sua importância na produção do evento. (REALE JÚNIOR, 2012, p. 309-310)

Esta parece, de fato, ter sido a intenção do legislador, conforme leciona Heleno Fragoso:

A questão do concurso de agentes constitui difícil e complexa matéria, que nosso vigente CP procurou resolver com simplicidade, inspirado no código italiano. Adotou-se um *conceito extensivo de autor*, com base na teoria da equivalência dos antecedentes. Todos quantos concorrem para o crime são *autores*, estando, em princípio, submetidos à mesma escala penal.

Mestre HUNGRIA elabora, a propósito do tema, com o brilho habitual, o que se poderia chamar de doutrina ortodoxa, recusando admitir distintas categorias de concurso na ação comum e rejeitando, como falsa, a teoria da acessoriedade da participação em sentido estrito. (HUNGRIA; FRAGOSO, 1978, p. 624)

Com a reforma de 1984, porém, houve uma clara mudança de perspectiva, acrescentando-se, ao final do artigo 29, os termos “na medida de sua culpabilidade”,

passando a ser assim disposto: “art. 29 – Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.” (BRASIL, 1984)

Conforme explica Fernando Galvão (2013, p. 508), tomando por base a exposição de motivos da nova parte geral, a partir desta nova dicção, tem-se por evidente a intenção do legislador de diferenciar os autores dos partícipes, para individualizar-lhes adequadamente a punição. Destaca ainda, que o §1º possibilita a diminuição da pena para as participações de menor importância, identificando, no autor, a contribuição mais relevante e, no partícipe, a de menor.

A referida reforma mostrou-se, assim, essencial para um avanço nos estudos relacionados à autoria e à participação, que ainda eram tímidos, na vigência dos diplomas anteriores. Neste sentido:

Se ainda sob o regime do CP 1940 os penalistas brasileiros já se insurgiam contra a camisa-de-força do simplismo causal, após a reforma de 1984 era inevitável que o nível das investigações sobre autoria e participação – acompanhando um movimento que abrangia toda a teoria do delito – se elevasse. (BATISTA, 2005, p. 26)

3. DAS TEORIAS DO CONCURSO DE AGENTES

Tem-se por coautoria, nos termos da doutrina tradicional, quando dois ou mais indivíduos concorrem para produzir a infração, repartindo entre si, os encargos da tarefa criminosa (FERRAZ, 1976, p. 18). Para tanto, haveria uma convergência de vontades para um fim comum, qual seja, a realização do tipo penal. Seria dispensável, porém, a existência de um acordo prévio, bastando a ciência, por parte de um dos delinquentes, de estar participando da conduta de outrem (MIRABETE, 2011, p. 211).

Constatam-se, no ordenamento jurídico penal pátrio, duas modalidades de delitos em que se possibilita o concurso de agentes: nos crimes unissubjetivos, ou de concurso eventual, não se exige a intervenção de várias pessoas para a caracterização da violação à norma, podendo a conduta ser realizada por apenas uma pessoa (GALVÃO, 2013, p. 493).

Por sua vez, nos chamados crimes plurissubjetivos, ou de concurso necessário, exige-se a presença de no mínimo duas pessoas, dependendo do tipo penal, para a configuração do delito. Em virtude desta obrigatoriedade, entende-se que não há necessidade de regra

expressa para os casos de autoria, aplicando-se o artigo 29 somente aos casos de participação nestes crimes (GRECO R., 2014, p. 423).

Para responder à controversa questão referente à possibilidade de a conduta delituosa praticada em concurso constituir um ou mais delitos, foram elaboradas diversas teorias, que podem ser sintetizadas em pluralística, dualística e monística.

Para a teoria pluralística, cada participante responderia por um crime diferente e particular, uma vez que a cada um corresponderia uma conduta e um elemento psicológico próprios e um resultado particular. Para a teoria dualística, por sua vez, haveriam dois crimes, um para os autores, que realizam a atividade principal, e outro para os partícipes, que desenvolvem uma atividade secundária. Por fim, para as teorias monísticas, ou unitárias, não há qualquer distinção entre autor e partícipe, instigação e cumplicidade, de maneira que todo aquele que concorre para o crime responde por ele em sua totalidade (BITENCOURT; MUÑOZ CONDE, 2004, p. 489-490).

Assim:

Embora o crime seja praticado por diversas pessoas, permanece único e indivisível. O crime é o resultado da conduta de cada um e de todos, indistintamente. Essa concepção parte da teoria da equivalência das condições necessárias à produção do resultado. No entanto, o fundamento maior dessa teoria é político criminal, que prefere punir igualmente a todos os participantes de uma mesma infração penal. (MIR PUIG apud *ibid.*, loc. cit.)

Para a doutrina majoritária, o Código Penal brasileiro teria adotado, em seu artigo 29, a teoria unitária, dispondo que, ainda quando praticado por mais de um agente, o crime permaneceria único e indivisível. Este é o entendimento de Júlio Fabbrini Mirabete, que faz, porém, a seguinte ressalva:

A crítica a essa posição deriva não só da dificuldade de se estabelecer a realidade da “equivalência das condições”, bastante discutível, como das próprias exceções da lei, que estabelece, apesar da adoção do princípio unitário, algumas causas de agravamento e atenuação da pena. (MIRABETE, 2011, p. 212)

No mesmo sentido, e elencando diversos exemplos em que o ordenamento jurídico penal pátrio adota a teoria pluralista, Guilherme de Souza Nucci:

Como exceção, o Código Penal adota essa teoria [pluralista] ao disciplinar o aborto (art. 124 – “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque” – e art. 126 – “Provocar aborto com o consentimento da gestante”), fazendo com

que a gestante que permita a prática do aborto em si mesma responda como incurso no art. 124 do Código Penal, enquanto o agente provocador do aborto, em vez de ser coautor dessa infração, responda como incurso no art. 126 do mesmo Código. A teoria se aplica, igualmente, no contexto da corrupção ativa e passiva (arts. 333 e 317, CP) e da bigamia (art. 235, *caput*, e §1º, CP). (NUCCI, 2012, p. 307)

A grande questão que se levanta neste momento, e que será objeto de análise no próximo capítulo, é a da utilidade ou não de uma teoria diferenciadora da autoria para com a participação, tal qual a do domínio do fato, em um ordenamento jurídico penal que, em tese, não admitiria tal distinção.

4. A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Muito embora tenha sido utilizada anteriormente por autores como Hegler, Lobe e Welzel, a expressão “domínio do fato” somente ganhou a sistematização devida e a aderência de boa parte da doutrina com Roxin, em 1963.

Conforme explicam Luís Greco e Alaor Leite (2013, p. 22), esta teoria surgiu como resposta ao concreto problema da diferenciação entre autor e partícipe. Não procura, assim, fundamentar a responsabilização de determinado agente, mas tão somente, averiguar o grau de sua atuação no sucesso típico. Nestes termos:

A teoria do domínio do fato, como toda teoria jurídica, direta ou indiretamente, o deve ser, é uma *resposta a um problema concreto*. O problema que a teoria se propõe a resolver, como já se insinuou, é o de *distinguir entre autor e partícipe*. Em geral, assim, não se trata de determinar se o agente será ou não punido, e sim se o será como autor, ou como mero partícipe. (ibid., loc. cit.)

Claus Roxin classifica os delitos entre crimes de domínio, crimes de infração de dever e crimes de mão própria. Nos primeiros, o critério essencial para a constatação da autoria seria o domínio do fato, ou seja:

[...] figura central del suceso delictivo es quien domina el acontecer que conduce a la realización del delito, mientras que los partícipes, si bien ejercen igualmente influencia en el acontecer, sin embargo, no configuran, de manera decisiva o determinante su ejecución. (ROXIN, 2014, p. 69)

Nos crimes de infração de dever, por sua vez, o autor é aquele que tenha infringido um dever pessoal que não incumbe a qualquer um. Assim, nestes casos, enquanto a figura

central do sucesso delitivo é aquele que realiza o resultado mediante a infração de um dever especial, aquele a quem não incumba este dever pode ser, no máximo, um partícipe, independentemente da importância da sua atuação (ibid., p. 69-70).

Por fim, nos delitos de mão própria, somente pode ser figura central do atuar típico, ou seja, autor, aquele que realiza de própria mão o delito. Exemplo disso seria nos casos de falso testemunho (ROXIN, op. cit., p. 70).

Para o autor, às três modalidades de autoria previstas pelo Código Penal alemão, quais sejam, imediata, mediata e coautoria, corresponderiam três formas distintas de domínio do fato, quais sejam, o domínio da ação, o domínio da vontade e o domínio funcional.

Assim:

En primer lugar, se puede dominar el hecho llevando a cabo su ejecución, de propia mano (más precisamente: de su propio cuerpo, con el propio cuerpo) y convirtiéndose así a través de su acción en el centro del acontecimiento (dominio de la acción que caracteriza a la autoría inmediata). En segundo lugar, se puede dominar el acontecimiento, sin tener que participar en [el momento de] la realización típica o colaborar de otra manera, dominando al ejecutor, v. gr., mediante fuerza o engaño (dominio de la voluntad que confiere su impronta a la autoría mediata). Y, en tercer lugar, se puede dominar la realización típica desempeñando, en división de trabajo con otros, una función esencial para el éxito de hecho en la ejecución (dominio funcional que constituye la esencia de la coautoría). (ROXIN, 2014, p. 75)

Conforme se pode observar, a categoria do domínio da ação não apresenta maiores dificuldades, uma vez que há de se considerar que, a priori, sempre que o agente realizar o tipo de própria mão, estaremos diante de um caso de autoria. Segundo Roxin (op. cit., p. 83), ainda que sob influência de coação ou de erro de proibição, o agente deverá ser considerado autor, ainda que desculpável.

A grande inovação na construção doutrinária do autor se dera, porém, no âmbito do domínio da vontade, motivo pelo qual este é, também, o maior alvo de estudos e discussões da doutrina. Explica ele que haverá domínio da vontade quando uma pessoa, chamada de “sujeito de trás”, utiliza-se de alguém como meio ou instrumento para a realização de seus fins próprios. (ibid., p. 84).

Este domínio da vontade pode dar-se de três formas, quais sejam, por meio de coação, de erro, ou de um aparato organizado de poder, conforme explica Roxin:

En primer lugar, se puede dominar un hecho como sujeto de atrás forzando al ejecutor a la realización de tipo (dominio de la voluntad en virtud de coacción). En

segundo lugar, se puede dirigir el acontecer desde la retaguardia engañando al ejecutor y convirtiendolo así en ejecutante de su plan delictivo (dominio de la voluntad en virtud de error). Y, en tercer lugar, se puede controlar el acontecer de manera determinante o decisiva pudiendo servirse discrecionalmente, como persona que da órdenes, de un aparato organizado de poder, de los órganos de ejecución intercambiales y no dependiendo así ya de la disposición de un autor individual a ejecutar el hecho (dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder). No son concebibles otras formas fundamentales de dominio que estas tres. La autoría mediata en caso de utilización de inimputables, sujetos con inimputabilidad disminuida y jóvenes, que se tratará aparte aquí, es estructuralmente una combinación de dominio en virtud de coacción y en virtud de error. (ibid., p. 85)

Dentre as três formas de domínio da vontade, a que gera maior controvérsia na doutrina e que deverá ser analisada com mais afinco no presente trabalho, é a dos aparatos organizados de poder. Roxin (op. cit., p. 111), no desenvolvimento de seu trabalho de 1963, defendeu que existiam três maneiras de se dominar um acontecimento sem executá-lo diretamente: obrigar o executor a fazê-lo, enganá-lo ou dispor de um aparato em que a execução esteja assegurada pelo aparato em si. A ideia principal, portanto, seria a de que, ao dar uma ordem, o superior hierárquico sabia que algum de seus subordinados a cumpriria.

A ideia básica e principal, portanto, desta construção, é a de fungibilidade, ou seja, a substitutibilidade do autor imediato, uma vez que ele seria intercambiável dentro da engrenagem da estrutura hierárquica (ROXIN, 2014, p. 112).

Assim, explicam Luís Greco e Alaor Leite:

Aquele que, servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados. Isso significa que pessoas em posições de comando em governos totalitários ou em organizações criminosas ou terroristas são autores mediatos, o que está em conformidade não apenas com os parâmetros de imputação existentes na história, como com o inegável fato de que, em estruturas verticalizadas dissociadas do direito, a responsabilidade tende não a diminuir e sim a aumentar em função da distância que se encontra um agente em relação ao acontecimento final. (ROXIN apud GRECO, L.; LEITE, 2014, p. 27-28)

Pode se dizer, portanto, que os requisitos para a configuração de uma autoria mediata por domínio da vontade por meio de um aparato organizado de poder seria a “emissão de uma ordem a partir de uma posição de poder dentro de uma organização verticalmente estruturada (1) e dissociada do direito (2) e a fungibilidade de seus executores (3)” (ROXIN apud ibid., p. 28).

Muito embora seja de uma inegável aceitação majoritária na doutrina internacional, a teoria desenvolvida por Roxin enfrentou algumas críticas pontuais, especialmente no que se refere aos requisitos desta modalidade de autoria.

Friedrich-Christian Schroeder, por exemplo, não entende a fungibilidade como critério fundamental para a configuração do domínio da vontade através de aparatos organizados de poder. Explicando que a principal prova do desacerto de Roxin residiria nas possibilidades de cumprimento da ordem por um especialista, hipótese em que não haveria de se falar em fungibilidade. Schroeder (2013, p. 26) explica que o ponto principal estaria, na verdade, na prévia disposição do autor imediato no cumprimento da ordem.

Outro ponto de discordância entre os referidos autores diz respeito à extensão da aplicação da teoria. Para Roxin, uma vez que adota como um dos requisitos que a estrutura hierárquica seja dissociada do direito, não existiria a possibilidade de aplicação desta construção em empresas ou partidos políticos.

Nestes termos:

Pues en ese caso falta por regla general la intercambialidad de los ejecutores, tal y como se da en las organizaciones que se han desvinculado (o desligado o separado) del Derecho respecto de los tipos penales realizados por ellas (p.ej. de los tipos de homicidio [en sentido amplio]). Tal desvinculación del Derecho existe en los crímenes de Estado, en los delitos terroristas y en los casos de criminalidad organizada. Pero, si p. ej. en una empresa que participa del tráfico económico en el marco del ordenamiento jurídico el jefe de sección incita a un empleado a cometer una falsificación de documento, en caso que se lleve a cabo sólo es inductor del hecho cometido como autor por el empleado. Pues en una organización que opera sobre las bases del Derecho debe esperarse que no se obedezcan instrucciones u órdenes antijurídicas, como prescriben expresamente p. ej. las leyes de funcionarios. (ROXIN, 2014 , p. 121)

Para Schroeder, porém, autor que não se utiliza dos critérios da fungibilidade e da ilegalidade da estrutura de poder, seria possível uma extensão dos casos de autoria mediata para empresas e estruturas de organização estatal, conforme explica:

O BGH não cuida em sua sentença do que *Roxin* denomina “aparatos organizados de poder”, mas sim do aproveitamento “por meio de estruturas de organização de determinadas condições marco”. Enquanto *Roxin* admite como possíveis os “aparatos organizados de poder” somente dentro de um mesmo domínio do Estado, assim como no marco de “Estados no Estado”; ou seja, movimentos clandestinos, organizações secretas, bandos ou organizações numericamente fortes; o *BGH*, ao se referir ao âmbito de aplicação, coloca em consideração especialmente estruturas de organização estatal, empresarial ou de similar índole comercial, assim como as hierarquias nas ordens. (SCHROEDER, 2013, p. 27-28)

Assim, conclui o autor que:

Os critérios fundamentais do *BGH* – aproveitamento da incondicional disposição ao fato do agente direto com o fim de integrar a tipicidade e que as condições marco da decisão já tomada contra o Direito não apresentem nenhum obstáculo para que se concretize o resultado querido, ainda que a decisão não houvesse sido tomada pelo intermediário do fato – tornam necessária uma ampliação para além do indicado em suas próprias resoluções, como: estruturas de organização estatal, empresarial ou de similar índole de negócios, assim como de ordens hierárquicas. (ibid., p. 29)

A construção teórica de Schroeder parece ser bastante promissora no que se refere à criminalidade econômica, especialmente no âmbito de grandes empresas e de partidos políticos. Apesar disso, constata-se uma ainda majoritária aceitação da teoria de Claus Roxin.

Cumprir destacar, por exemplo, a objeção feita por parte da doutrina a este entendimento de Schroeder, no sentido de que seria indevida uma maior extensão da aplicação da autoria mediata aos crimes cometidos nos âmbitos empresariais. Conforme explica Abanto Vázquez (2012, p. 52-53), uma vez que o domínio da vontade através de aparatos organizados de poder já seria, *per se*, uma extensão do âmbito do domínio da vontade, uma ainda maior extensão ao âmbito empresarial poderia levar à insegurança jurídica e a arbitrariedades.

Outra crítica feita a Roxin refere-se à falta de precisão do conceito de organização, que, segundo Kai Ambos, levou a dificuldades práticas nos conhecidos casos “Katanga” (OLÁSOLO ALONSO, 2010, p. 105-150) e “Fujimori” (ROTSCH, 2009, p. 549-551). Para o autor, deveria se diferenciar entre organizações estatais e não estatais, distinguindo-se, neste último grupo, entre aparatos formais e informais de poder, considerando, ainda, somente possível uma aplicação da teoria do domínio da vontade por aparatos organizados de poder em estruturas hierarquicamente organizadas e com um número suficientemente elevado de executores fungíveis (AMBOS, 2011, p. 9-10).

O referido autor diverge, ainda, de Roxin, no que se refere à posição hierárquica necessária para que se possa falar em um domínio da organização. Enquanto este último considera possível a aplicação a qualquer pessoa que esteja em uma posição hábil a dar ordens a subalternos, de maneira com que estas se transmitam de maneira autônoma, Ambos entende que somente o vértice da organização pode exercer um poder absoluto por meio do aparato (ibid., p. 17).

Por fim, tratados dos casos de domínio da ação e domínio da vontade, referentes aos casos de autoria imediata e mediata, respectivamente, Roxin analisa os casos de coautoria, nos quais, segundo ele, haveria um domínio funcional do fato, ou seja:

Efectivamente la coautoría se diferencia estructuralmente de la autoría inmediata (dominio de la acción) y de la autoría mediata (dominio de la voluntad) de forma fundamental: la coautoría es realización del tipo mediante ejecución con división de trabajo. El dominio del hecho del coautor se deriva de su función en la ejecución; asume una tarea que es esencial para la realización del plan del hecho y le hace posible el dominio del conjunto del acontecimiento a través de su parte o participación en el hecho. (ROXIN, 2014, p. 146)

Assim, para a configuração da coautoria, Roxin reconhece três requisitos básicos, quais sejam: a existência de um plano comum do fato, uma execução conjunta e uma contribuição essencial na fase executiva, conforme explica:

De esta estructura resultan los tres requisitos centrales de la coautoría. En primer lugar debe existir un plan conjunto o común de hecho (2): pues una división del trabajo, una “comisión conjunta” presupone que se actúe conforme a un plan común. Se ha de constatar en segundo lugar una ejecución conjunta, una colaboración o actuación conjunta en fase ejecutiva (3 a); no basta una intervención en la preparación. Si bien ello es muy discutido, sin embargo quien colabora sólo en fase preparatoria debe confiar o dejar la ejecución en manos de otro que domina él solo la realización del tipo y excluye con ello al otro de la autoría. Se debe prestar en tercer lugar una contribución esencial en fase ejecutiva (3 b); pues sólo entonces posee la intervención una función relevante para el éxito del plan del hecho. (ROXIN, 2014, p. 147)

5. DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Uma primeira e básica questão a ser levantada, ao tratar-se da teoria do domínio do fato no ordenamento jurídico penal brasileiro, diz respeito a sua compatibilidade ou não com a redação dada pelo legislador ao artigo 29.

Conforme exposto acima, uma parcela significativa da doutrina entende que, no âmbito nacional, fora adotada uma concepção unitária de autor, ou seja, não haveria diferenciação entre autores e partícipes no que se refere a suas respectivas penas.

Assim, a pergunta que deve ser feita é: haveria a possibilidade e a necessidade de utilização da teoria do domínio do fato, para a resolução dos problemas concretos de autoria e participação?

Para Pablo Rodrigo Alflen da Silva (2006, p. 8), apesar de haver adotado uma teoria unitária, o legislador brasileiro, ao fazer referência à culpabilidade, buscou atenuar eventuais excessos resultantes de uma aplicação literal da teoria monista. Assim, como uma terceira via, a teoria do domínio do fato viria sendo aceita pela doutrina e jurisprudência como um modo de diferenciação entre autoria e participação. Assevera, porém, o autor, que grande parte dos doutrinadores trabalharia com uma versão “finalista” de domínio do fato e não a originalmente desenvolvida por Roxin.

Citando Kienapfel e Mestieri, explica que:

Todavia, cumpre observar que a denominação “teoria unitária temperada”, referida por Mestieri, não consistiu em uma nova teoria, mas uma simples forma de designar uma concepção peculiar, divergente daquela apresentada originariamente por Stübel e adotada em 1940 no Código Penal brasileiro. Isso, evidentemente, deve-se ao fato de que a doutrina brasileira à época da reforma da Parte Geral (1984) desconhecia a tradicional distinção entre sistema unitário formal e sistema unitário funcional, cuja divisão e denominação havia sido elaborada por Diethelm Kienapfel, em 1971. Como sistema unitário formal o jurista denomina o “sistema unitário de autor que admite expressamente como consequência a unificação de todas as formas de cometimento do fato e renuncia às diferenciações conceituais-categoriais no plano da tipicidade”. Tal sistema elimina “as diferenças valorativas e existenciais entre as tradicionais formas de autoria e participação”. O sistema unitário funcional, assim “como o formal, renuncia a qualquer divisão valorativa de determinadas forma de cometimento do fato, mas, ao contrário deste, não renuncia à sua diferenciação conceitual”. Logo, a ordem jurídico-penal brasileira adotou um sistema unitário funcional, e somente neste sentido pode ser entendida a chamada “teoria unitária temperada”. (KIENAPFEL apud id., 2014, p. 153-154)

A partir destas considerações, Pablo Rodrigo Alflen da Silva (2014, p. 154) chega a uma resposta negativa quanto à compatibilidade da teoria do domínio do fato com o ordenamento jurídico brasileiro, por entender, em primeiro lugar, que Roxin, ao elaborar a teoria, expressamente esclarecera que esta seria baseada em um pilar diferenciador. Além disso, a mesma estaria assentada sobre o absoluto rechaço de premissas causais-naturalistas, que seriam a base de um sistema unitário.

Alaor Leite (2014, p. 56), por sua vez, explica que a redação do artigo 29 do Código Penal, por ser extremamente ampla, permite que uma teoria como a do domínio do fato seja utilizada apenas como diferenciadora entre autores e partícipes e limitadora da responsabilidade, mas nunca como fundamentadora da mesma.

Explica o autor, que:

A teoria do domínio do fato é uma teoria *diferenciadora e restritiva* do conceito de autor. Ela é *diferenciadora*, pois crê ser necessária a distinção, já no plano do tipo, de níveis de intervenção no delito, ou seja, entre autor (imediatos e mediato, além da coautoria) e partícipe (instigador e cúmplice). Ela é *restritiva*, pois entende que apenas o autor do delito é que viola a norma de conduta inscrita na parte especial do Código, e a punição da participação seria produto de uma norma extensiva da punibilidade. O conceito restritivo de autor é contraposto ao conceito *extensivo*, que entende que autores e partícipes violam a norma de conduta contida na parte especial, e que a menor punição da participação é uma decisão do legislador por restringir a punição do partícipe. A teoria diferenciadora é contraposta à teoria *unitária*, que sequer distingue entre autor e partícipe. A busca por critérios distintivos entre autor e partícipe é louvável e representa um esforço dogmático permitido pela redação de nosso art. 29, *caput*, do CP, mas não se pode utilizar a teoria do domínio do fato, de nenhuma forma e em linguagem bastante clara, para transformar o que seria absolvição em condenação. (ibid., p. 57-58)

Assim, para o autor, muito embora não seja expressamente proscribida ou obrigatória, seria totalmente compatível com o artigo 29 a teoria do domínio do fato, desde que corretamente compreendida e aplicada. Assim:

O esforço deve ser no sentido de determinar exatamente os casos de autoria e participação, e de compreender que a participação revela um conteúdo de injusto acessório em relação à autoria, e que, em razão disso – e não por ser mera questão de merecimento de pena, como foi indicado nos votos acima mencionados –, é que, em regra, deve haver uma diferença entre o autor e partícipe. (ibid., p. 58)

Tendemos a concordar com este último posicionamento. Muito embora não se possa falar em uma adoção expressa de qualquer critério diferenciador entre autoria e participação, mostra-se como uma missão doutrinária recomendável, diante da inegável diferença existente entre os injustos de cada uma destas modalidades.

Aliás, neste sentido, sobre a importância da diferenciação entre as diversas formas de atuação do agente, já lecionava Esther de Figueiredo Ferraz:

Tornada embora obrigatória a pacificação legal dos agentes do crime, continuarão a existir, nos delitos praticados em concurso, delinquentes que executam o ato material típico e característico da infração e partícipes que realizam atos diversos dos consumativos. E entre estes últimos sempre haverá os que se limitam a dar sua contribuição material e os que o fazem de maneira acessória; os que praticam atos de comissão e os que agem por omissão; os que intervêm antes da execução e os que dão entrada na cena delituosa enquanto dura tal execução. Porque são, todas essas, diferenças reais que a lei pode ignorar sem, contudo, ter forças para eliminar. Sobram ao legislador poderes para cancelar da terminologia de um código as expressões tradicionalmente usadas para distinguir as diversas formas de participação, reduzindo-as todas, indistintamente, à autoria. Não lhe é dado, entretanto, suprimir da mesma feita e com o mesmo golpe entidades conceituais, seres de razão e, muito menos, realidades concretas e vivas como são aquelas a que acabamos de nos referir. (FERRAZ, 1976, p. 4-5)

Deve se ressaltar, porém, o cuidado necessário na aplicação da teoria em tela, uma vez que, conforme exposto, por ser uma teoria restritiva e diferenciadora, não pode, jamais, ser utilizada como fundamento de responsabilização de alguém que, de outra forma, não o seria.

Assim, em definitivo, a teoria do domínio do fato seria, sim, compatível com o ordenamento jurídico nacional, não sendo, porém, necessária em todos os casos concretos, mas somente naqueles em que haja a possibilidade de restrição da responsabilidade por eventual diferenciação entre autores e partícipes.

6. DOMÍNIO DO FATO NO CASO DO ESTUPRO COLETIVO?

Pelas considerações feitas até o momento, já é possível perceber o quão problemática se mostra a adoção da teoria do domínio do fato no caso do suposto estupro coletivo ocorrido na cidade do Rio de Janeiro.

Segundo informações divulgadas ao público, referentes ao recém finalizado inquérito policial, uma jovem teria sido violentada por várias pessoas enquanto estaria sob efeitos de álcool e drogas. Sete pessoas foram indiciadas, inclusive o chefe do tráfico de drogas local (RODRIGUES, 2016).

Cumprir observar, porém, no que interessa ao presente estudo, que, aparentemente, não fora constatada nenhuma participação direta deste último no caso. Em entrevista anterior, a delegada responsável pelo caso teria afirmado que este teria o “domínio do fato” de tudo o que ocorria no morro, devendo, portanto, ser responsabilizado (“O ESTUPRO...”, 2016).

Tal posicionamento, muito embora atenda aos anseios da população e da grande mídia, mostra-se muito problemático na prática e totalmente destoante da construção doutrinária de Claus Roxin, ou de qualquer outro modelo de autoria mediata.

Conforme explicado, ainda que se entenda compatível a teoria do domínio do fato com o ordenamento jurídico penal brasileiro, o que em si já não é unânime, esta somente pode ser utilizada como critério diferenciador das modalidades “autoria” e “participação”, e como tal, como uma teoria restritiva de responsabilidade, jamais como um fundamento da mesma.

Assim, para que se possa imputar o crime de estupro coletivo para o suposto chefe do tráfico de drogas local, conforme pretende a delegada responsável pelo caso, seria necessário comprovar uma efetiva participação do mesmo no crime, seja através de uma atuação direta, praticando os elementos do tipo, seja através de um auxílio ou instigação.

A partir disto, a teoria do domínio do fato poderia ser utilizada para averiguar se o autor teria um domínio da ação, ou um domínio da vontade, hipóteses em que poderia ser considerado um autor, ou se teria apenas influenciado de alguma forma na ocorrência, sem, contudo, dominá-la, hipótese em que seria considerado um partícipe.

A teoria do domínio da fato, portanto, jamais pode ser utilizada da maneira como pretende a delegada responsável pelo caso, qual seja, para fundamentar o indiciamento de uma pessoa que, a priori, não teria participação no caso, baseando-se somente na hipótese de que este seria o chefe do tráfico de drogas local.

A utilização desta construção doutrinária, se feita desta maneira, mostra-se como um desvio dos postulados originalmente desenvolvidos por Claus Roxin, assim como fora feita pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da APn 470, que fora alvo de duras críticas da doutrina.

7. CONCLUSÕES

Diante das considerações que foram aqui desenvolvidas, cumpre esclarecer, à guisa de considerações finais, que, no que tange à teoria do domínio do fato, a doutrina e jurisprudência nacionais ainda têm muito o que desenvolver.

Primeiramente, cumpre destacar que, apesar da redação utilizada pelo legislador no artigo 29 do Código Penal, no qual, em tese, teria se adotado uma concepção unitária de autor, a teoria do domínio do fato seria, sim, compatível com o ordenamento jurídico nacional, desde que corretamente utilizada.

Assim, uma vez desenvolvida como uma teoria diferenciadora e restritiva, não poderia, jamais, ser utilizada como fundamento de qualquer responsabilização, mas, tão somente, para diferenciar autores de partícipes.

Desta forma, a utilização pretendida pela delegada responsável pelo caso do suposto estupro coletivo no Rio de Janeiro, a fim de imputar o crime também ao chefe do tráfico de

drogas local, com a devida vênia, é totalmente equivocada e destoante da construção de Claus Roxin.

A teoria do domínio do fato somente poderia ser aplicada, no caso em tela, na hipótese de que ficasse comprovada uma efetiva atuação deste chefe do tráfico no crime de estupro, seja através da prática efetiva dos elementos do tipo, seja através de uma cumplicidade ou de uma instigação.

O que parece ter sido objetivado, neste caso, é uma desacertada utilização da teoria do domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder, tal qual fora feita pelo STF na APn 470, para fundamentar um indiciamento e uma eventual condenação.

Tal utilização mostra-se, a priori incorreta, pois, a não ser que se comprove a emanção de uma ordem por parte do traficante local no sentido da prática do estupro coletivo, ou, pelo menos, um auxílio ou instigação, não poderá o mesmo ser responsabilizado, seja como autor, seja como partícipe.

Assim sendo, muito embora a teoria do domínio do fato venha sendo gradativamente mais aceita pela doutrina e jurisprudência nacionais, vem ocorrendo distorções na sua utilização, o que, além de dogmaticamente incorreto, tem levado a resultados político-criminais indesejáveis.

REFERÊNCIAS

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Autoria mediata y dominio de la organización en el C. P. peruano. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, n. 23, p. 43-73, 2012.

AMBOS, Kai. Sobre la “organización” en el dominio de la organización. *Indret: revista para el análisis del derecho*, n. 3, 2011. p. 9-10. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/839.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

BARRIENTOS-PARRA, Jorge. O caso Fujimori: exemplo de superação da impunidade em América Latina. *Revista de estudos jurídicos UNESP*, Franca, a. 14, n. 19, p.199-214, 2010.

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

BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário oficial da União*. Brasília, DF, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 07 jun. 2016.

BRASIL. Lei nº. 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. *Diário oficial da União*. Brasília, DF, 13 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinquência no direito penal brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato: sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GRECO, Luis... et alii. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19-46.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Claudio. *Comentários ao Código Penal: arts. 11 ao 27*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1, t. 2.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros: sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral, arts. 1º a 120 do CP*. 27. ed. rev. e atual. até 4 de janeiro de 2011. São Paulo: Atlas, 2011. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

“O estupro coletivo está provado”, assegura a delegada que assumiu o caso no RJ. *Jornal NH*, Novo Hamburgo, 30 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.jornalnh.com.br/conteudo/2016/05/noticias/pais/338970--o-estupro-esta-provado--assegura-a-delegada-que-assumiu-o-caso-no-rj.html>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

OLÁSOLO ALONSO, Héctor. El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata: del caso ‘Stakic’ a los casos ‘katanga’, ‘Ngudjolo’ y ‘Bemba’. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, a. 14/15, n. 23, p. 105-150, 2009/2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RODRIGUES, Matheus. Polícia conclui inquérito de estupro coletivo no Rio com sete indiciados. *G1 Rio*, Rio de Janeiro, 17 de junho de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/06/policia-conclui-inquerito-de-estupro-coletivo-no-rio-com-sete-indiciados.html>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

ROTSCH, Thomas. Von Eichmann bis Fujimori – Zur Rezeption der Organisationsherrschaft nach dem Urteil des Obersten Strafgerichtshofs Perus. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Augsburg, 4. Jahrgang, Augsburg nov. 2009, p. 549-551, 2009.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

ROXIN, Claus. Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, München, 4 Jahrgang, Ausgabe nov. 2009, p. 565-568, 2009.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, tomo II: especiales formas de aparición del delito*. Traducción de la 1ª. Edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y Garcia Conlledo; José Manuel Paredes Castañon; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2014.

ROXIN, Claus. *Täterschaft und tatherrschaft*. 1. ed. 1963.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. O salto do autor detrás do autor da teoria à prática. In: _____. *Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal*. Eduardo Saad-Diniz, Andrés Falcone, Gustavo de Carvalho Marin (Orgs.). São Paulo: LiberArs, 2013.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas. *Direito em Revista*. São Jerônimo, v. 3, n. 1, p. 8-16, jan./jun. 2006.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Teoria do domínio do fato na doutrina e jurisprudência brasileira: considerações sobre a APn 470 do STF. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, ano 2, v. 2, n. 2, p. 138- 164, dez. 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/14319>>. Acesso em: 19 jun. 2016.