



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O CONCEITO DE AUTORIA NA EXTORSÃO COMETIDA EM CONCURSO DE
AGENTES

Rhanna Procópio Pacheco de Souza

Rio de Janeiro
2019

RHANNA PROCÓPIO PACHECO DE SOUZA

O CONCEITO DE AUTORIA NA EXTORSÃO COMETIDA EM CONCURSO DE
AGENTES

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior.

Rio de Janeiro
2019

O CONCEITO DE AUTORIA NA EXTORSÃO COMETIDA EM CONCURSO DE AGENTES

Rhanna Procópio Pacheco de Souza

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Advogada.

Resumo – a conceituação da autoria sempre foi uma questão que dividiu a doutrina, podendo-se apontar, majoritariamente, pela adoção da teoria objetivo-formal. Contudo, tal teoria não soluciona todas as questões, como a hipótese da extorsão qualificada pelo concurso de agentes realizada sob mando. Nesse contexto, discute-se a possibilidade de aplicação da teoria do domínio do fato, bem como os requisitos apresentados por Roxin quando da elaboração da tese. O presente trabalho pretende demonstrar a inexistência de óbices a utilização do domínio do fato, que se manifesta como uma forma de possibilitar a responsabilização penal de forma proporcional, em aplicação ao princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave – Direito Penal. Autoria e Participação. Extorsão em concurso de agentes. Aplicação da Teoria do Domínio do fato.

Sumário – Introdução. 1. A evolução do conceito de autoria no ordenamento jurídico brasileiro e as relevantes distinções doutrinárias. 2. Teoria do domínio do fato e o ordenamento jurídico brasileiro. 3. A relevância prática da aplicação da teoria do domínio do fato na extorsão praticada em concurso de agentes. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar a aplicação da teoria do domínio do fato ao crime de extorsão, previsto no art. 158 do Código Penal. De modo específico, procura examinar a possibilidade de ampliação dos conceitos de autor e coautor, levando em consideração as evoluções doutrinárias sobre o tema e a aplicação pela jurisprudência pátria.

Há no crime em comento previsão de aumento de pena na hipótese em que o delito for cometido por duas ou mais pessoas. Diante da expressão utilizada pelo Código, a doutrina tradicionalmente entende que a aplicação da majorante pressupõe que todos indivíduos pratiquem pessoalmente os verbos descritos no tipo. Ou seja, somente há incidência da majorante se houver coautoria, e não participação. Desse modo, o presente trabalho examina as teorias definidoras da autoria.

O Código Penal de 1940 não diferenciava as figuras do autor e do partícipe, fato que encadeou diversas críticas doutrinárias. Havia uma equiparação das figuras, que ocasionava uma possível equivalência de punição, em seu aspecto quantitativo, a influências com proporções distintas.

Diante das críticas, a Reforma Penal de 1984 foi responsável pela diferenciação. Após a reforma, diz-se que o Código Penal adotou a teoria objetivo-formal quanto ao conceito de autoria. Por essa teoria, conceitua-se o agente como autor na medida em que pratica ou não verbos dispostos no tipo. Essa conclusão é extraída pela doutrina a partir do item 25 da Exposição de Motivos do Código Penal, a qual faz prevalecer o que a doutrina denomina ‘conceito restrito de autor’.

Não obstante a aparente pacificação em relação ao tema, a adoção da teoria objetivo-formal não foi capaz de elucidar todas as questões atinentes ao Direito Penal e às infinitas hipóteses de cometimento dos crimes. A partir dessa inadequação da teoria à algumas situações, doutrina e jurisprudência desenvolveram outras teorias diferenciadoras dos agentes do crime.

A pesquisa tem o objetivo de delimitar o atual do conceito de autoria no Direito Penal, contrapondo tradicionais concepções às ideias mais atuais e diferenciando a sua aplicação aos tipos penais.

Para tanto, é dividida em três capítulos. O trabalho se inicia com a análise sobre as teorias desenvolvidas pela doutrina ao longo do tempo. Apresenta-se a discussão com breve panorama da evolução histórica. No segundo capítulo expõe-se a teoria do domínio do fato e sua possível adoção pelo direito pátrio. Por fim, o terceiro capítulo cuida da diferença prática entre a visão tradicional e a ampliação do conceito de autoria, examinando o alcance punitivo da norma em uma e em outra concepção.

A pesquisa será desenvolvida a partir do método hipotético-detutivo, formulando-se pressupostos a partir dos quais serão avaliadas as soluções ao objeto da pesquisa. Assim, serão eleitas ideias com o intuito de explicá-lo, a fim de que se possa concluir pela comprovação ou rejeição dessas ideias. O pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE AUTORIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E AS RELEVANTES DISTINÇÕES DOUTRINÁRIAS

O Código Penal¹ não conceitua a autoria e a participação. Em verdade, o art. 29 tão somente estipula que quem concorre para o crime responderá na medida de sua culpabilidade, e o seu §1º prevê uma causa de diminuição de pena à participação de menor importância.

¹BRASIL, *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

A tarefa de definir os institutos ficou a cargo da doutrina que, desde há muito vem divergindo sobre a forma mais adequada de distinção. Nesse ínterim surgem diversas teorias, dentre as quais se destacam as teorias unitária e dualista, que divergem entre a distinção ou não entre a autoria e a participação.

De acordo com a teoria unitária, todo aquele que concorre para o crime deve ser considerado autor. Dessa forma, a teoria, também chamada subjetiva, se pauta na máxima de que o resultado se imputa a quem deu causa – *conditio sine qua non*, estampada no art. 13, *caput* do Código para equiparar as posições dos agentes do crime. Entende-se que o Código Penal em sua redação original teria adotado essa teoria. Nas lições de Fernando Galvão²:

se todas as contribuições anteriores forem consideradas, igualmente, causas do resultado lesivo, não haverá que se distinguir contribuições mais ou menos relevantes. Todas as contribuições constituem causas do crime e todos aqueles que o tenham causado são seus autores. O Código Penal de 1940 trabalhava com essa perspectiva e, em seu Título IV, tratava da convergência de condutas delitivas como a designação de *coautoria*.

Em oposição, a teoria dualista estabelece uma separação entre os institutos da autoria e participação. A Reforma de 1984, ao promover a alteração do art. 29, mitigou a teoria unitária, na medida em que possibilitou a diferenciação entre autor e partícipe, na medida de sua culpabilidade. Nesse sentido, o item 25 da Exposição de Motivos do Código Penal³:

ao reformular o Título IV, adotou-se a denominação "Do Concurso de Pessoas", decreto mais abrangentes, já que a co-autoria não esgota as hipóteses do *concursum delinquentium*. O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monística do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). Em completo retorno à experiência passada, curva-se, 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.

O panorama atual, portanto, é a distinção, que levará a uma diferenciação no *quantum* de pena. Afinal, cada agente responde de acordo com a sua culpabilidade. Sob esse prisma, a separação das figuras atua em consenso com o princípio da individualização das penas.

² GALVÃO, Fernando. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 412.

³ BRASIL. Exposição de Motivos do Código Penal. *Decreto-lei Nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 17 set. 2018.

Concluindo pela distinção entre as figuras, surge a dúvida sobre o elemento diferenciador. Em princípio, sabe-se, pela redação do Código, que o autor é aquele que concorre de forma mais relevante, definindo a ocorrência do resultado. E, de outro modo, partícipe é aquele que, não obstante influir na ocorrência do resultado, possui menos importância.

Mais uma vez, são desenvolvidas múltiplas teorias para definir a autoria. Em um conceito restritivo de autor há o desenvolvimento da teoria objetivo-formal e da teoria objetivo-material. Em sentido oposto, por uma visão ampliativa, há a teoria extensiva do conceito de autor e a teoria subjetiva da participação. Por fim, em uma posição intermediária entre as teorias citadas, há a teoria do domínio do fato.

Tradicionalmente, pode-se dizer que a teoria restritiva objetivo-formal possui maior aceitação⁴. Para a teoria, “autor é aquele que pratica o verbo do tipo”. A *contrario sensu*, partícipe é quem contribui para o resultado sem praticar o verbo previsto na norma incriminadora. É a teoria que melhor facilita a distinção prática.

Explica-se: se a conduta do agente não se insere no conceito de matar alguém, por exemplo, não poderá ser responsabilizado, à título de autoria, pelo delito de homicídio. Sua contribuição será à título de participação.

Embora seja a teoria mais aceita, como se verá adiante, encontra problemas principalmente nos crimes de mando e nos crimes praticados no âmbito da associação criminosa. Muitas vezes o mandante ou chefe sequer mantém contato com o executor e, via de regra, não pratica o verbo do tipo com suas próprias mãos.

Diante da objetividade da teoria, há quem faça relação com o princípio da reserva legal. Como a norma incriminadora prevê a conduta típica, aquele que não a realiza não poderá ser punido da mesma forma que o agente que efetivamente pratica o verbo descrito.

Dentro da teoria restritiva há ainda a teoria objetivo-material, pela qual “a identificação dos autores e dos partícipes deve resultar da análise das respectivas condutas sob o prisma de sua eficiência ou relevância causal na produção do resultado naturalístico”.⁵ O cerne da teoria encontra-se na contribuição para o resultado, e não na prática da conduta incriminadora.

Ao se pautar na ocorrência do resultado, a teoria esbarra nos crimes formais, que não exigem a produção de resultado para a consumação, e nos crimes de mera conduta, nos quais não há resultado.

⁴ BATISTA, Nilo. *Concurso de Agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 61.

⁵ GALVÃO, op. cit., p. 414.

Em sentido contrário, partindo para uma lógica ampliativa do conceito, a teoria extensiva do conceito de autor extrai seu fundamento na já citada teoria da equivalência dos antecedentes causais para concluir que todo aquele que contribui para o resultado deve ser considerado autor. A teoria acaba por perder suas forças quando o próprio Código determina a diferenciação na medida da culpabilidade. Ademais, como mencionado, o princípio da individualização da pena impõe a diferenciação entre os diversos graus de influência no resultado. Não seria possível conceber como razoável a equiparação de agentes que atuam de forma díspare.

Foi desenvolvida ainda a teoria subjetiva da participação, a partir das ideias de *animus auctoris*, elemento da vontade do autor, que atua com vontade de autor, no fato próprio, e *animus socii*, elemento da vontade do partícipe, que deseja a ação como alheia.⁶ Ou seja, para teoria, enquanto na autoria há protagonismo, na participação há um papel de coadjuvante. Assim como a teoria objetivo-formal, a teoria subjetiva também encontra problemas nos crimes de mando.

Da essência de tais crimes se extrai que o executor não quer o fato como seu, mas atua na vontade alheia. No entanto, determina o resultado, na medida em que este advém da sua conduta. Nesse sentido, como definir o executor como mero partícipe? Por tal dificuldade, a teoria não encontra muito respaldo doutrinário.

Por fim, dentre as teorias mais relevantes, tem-se a teoria do domínio do fato, final-objetiva ou conciliatória. A teoria, cuja evolução se atribui precipuamente a Welzel e a Roxin, tem como âmago o domínio, o senhorio como exercício de poder sobre a cadeia causal. Nesse sentido, autor é aquele que tem o domínio sobre o fato.

Nas palavras de Welzel: “Senhor do fato é aquele que o realiza em forma final, em razão de sua decisão volitiva. A conformação do fato mediante a vontade de realização que dirige em forma planificada é o que transforma o autor em senhor do fato”.⁷

Considera-se domínio sobre o fato o poder de quem controla a realização do crime, forma de cometimento, eventual interrupção. Há, portanto, um controle sobre todas as etapas, sobre todo o *iter criminis*. É também chamada de conciliatória porque foi desenvolvida a partir de brechas das teorias anteriores.

⁶ Ibid. p. 413.

⁷ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Pérez. Chile: Jurídica de Chile, 1987, p. 120.

Diante dos conceitos explicitados, passa-se a análise jurisprudencial. Dentre as teorias expostas, com enfoque nas teorias objetivo-formal e na teoria do domínio do fato, que participam com protagonismo nas decisões judiciais e nas teses doutrinárias atuais.

A primeira, amplamente aceita pela doutrina tradicional e tida como a adotada pelo Código, possui diversas críticas em relação aos crimes de mando, “de escritório”, praticados nos seios das organizações criminosas.

Por sua vez, a origem do domínio do fato, embora date de 1939, ganhou espaço na jurisprudência há pouco, possuindo especial relevo justamente nas brechas da primeira e, atualmente, é adotada por respeitáveis autores contemporâneos. No presente, será dado especial enfoque nos avanços perpetrados por Claus Roxin à teoria, em crítica e complemento às ideias desenvolvidas anteriormente por Welzel.

2. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A teoria do domínio do fato soluciona algumas questões não deslindadas pela teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, segundo a doutrina majoritária, a teoria objetivo-formal. Explica-se. Ao classificar como autor aquele que comete pessoalmente o verbo do descrito na norma penal incriminadora, a teoria objetivo-formal acaba por restringir de sobremaneira o alcance da autoria.

Assim é que, a princípio, adotando-se tão somente a lógica da teoria objetivo-formal, um crime cometido no seio de uma organização criminosa, cuja execução seja delegada a um mero subordinado seja somente a este imputado a título de autoria. O curioso é que, como é sabido, tais indivíduos subordinados são meros executores, geralmente recém integrados à organização, e facilmente substituíveis. É o que ocorre, por exemplo, no âmbito dos crimes relacionados às milícias e facções dominantes do tráfico de drogas

O mandante, aquele que ocupa posição hierarquicamente superior na organização e que, de fato, possui controle sobre a cadeia causal, determinando datas, locais, meios de execução e vítima, não seria considerado autor. Isso porque, o autor do homicídio, por exemplo, é aquele que realiza o verbo matar, descrito no art. 121 do Código Penal.

Em interessante abordagem sobre a teoria do domínio do fato e a consequência da sua aplicação, ensina Fernando Galvão⁸:

⁸ GALVÃO, op. cit., p. 416-417.

vale observar que, em muitos casos, justamente por dominar a situação de fato e a intervenção dos demais participantes, o autor determina que um partícipe realize a conduta descrita no verbo-núcleo do tipo. Tal estratégia operativa pode se dar, inclusive, visando à preservação do autor, em face dos riscos inerentes à realização do comportamento típico. Em outras palavras, o participante que domina o fato pode determinar que a realização da intervenção mais arriscada fique a cargo do partícipe, preservando-se em posição mais segura. Nesse caso, a teoria do domínio do fato é a única que pode identificar de forma adequada a intervenção penalmente mais relevante e estabelecer uma responsabilização justa.

O autor defende a adoção do domínio do fato em detrimento das demais, por ser a que melhor sopesa a contribuição perpetrada pelo agente ao delito, isto é, a concorrência do agente para o resultado.

Para tanto, a teoria do domínio do fato, nos termos em que foi desenvolvida por Claus Roxin, com origem em sua obra “Autoria e domínio do fato”, datada de 1963, distingue o autor baseando-se em três tipos de domínio: sobre a ação, sobre a vontade e o domínio funcional.

O domínio sobre a ação representa o controle que o autor do fato exerce sobre a execução do delito. Possui domínio sobre a ação aquele que a promove, levando-a a cabo. Nesse ponto, não houve evolução considerável da teoria do domínio do fato em relação as teorias já desenvolvidas, sendo fácil notar que, tendo o indivíduo o dito domínio sobre ação, seria considerado autor tanto na teoria do domínio do fato como da teoria objetivo-formal.

Em relação ao domínio funcional, Roxin desenvolveu a ideia de divisão de tarefas, concluindo que, sendo a empreitada criminosa dividida em etapas, seria considerado autor aquele que exerceu domínio sobre a sua respectiva parte, não obstante não ter tido interferência em todas as etapas. Tem-se a aplicação do domínio funcional nos crimes cometidos por, no mínimo, duas pessoas, sendo a tese relevante para caracterizar como autor diversos agentes criminosos que exerceram tal espécie de domínio.

Possui especial relevo o aspecto do domínio sobre a vontade no presente estudo. Isso porque, tal domínio é exercido, segundo Roxin, na coação, na indução a erro e também através do que o autor denominou aparato de poder.

Em relação à coação, sabe-se que esta pode, a depender do meio de força, excluir a culpabilidade ou até mesmo a própria conduta, sendo exercida através de força moral ou física respectivamente. Já o erro é tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro como sendo de proibição ou de tipo, com consequências próprias de cada um. De qualquer modo, seria possível também, a partir de uma análise com base na teoria objetivo - formal, a conclusão pela autoria

mediata do indivíduo coator ou determinante do erro, denominado como homem de trás pela teoria do domínio do fato.

Por sua vez, domínio exercido por meio de um aparato de poder representa um novo campo de ideias em relação a determinação da autoria e seu reflexo no concurso de pessoas. Isso porque, utiliza o poder como possível caracterizador da autoria mediata, possibilitando a imputação do tipo penal ao mandante à título de autoria.

É importante ressaltar, porém, que a premissa de que o domínio do fato exercido por um aparato de poder constitui uma espécie do gênero autoria mediata depende do preenchimento de quatro pressupostos.

Como primeiro pressuposto tem-se o controle exercido sobre a realização do crime, intitulado poder de comando. Assim é que, o mandante, homem de trás, deve determinar cabalmente a ocorrência ou não do crime.

Além disso é preciso que o aparato de poder esteja a margem do direito do posto, seja um próprio sistema externo e contrário ao sistema legítimo. A atuação por meio do domínio sobre a vontade exercida através de um aparato de poder se dá no âmbito de estruturas organizadas para cometer crimes, permeando, na maioria das vezes, o tráfico, seja de entorpecentes ou de pessoas, e a formação de grupos paramilitares, como a milícia.

Decorre dessa estrutura organizada o terceiro pressuposto, qual seja, a de substitutividade do executor do delito. No âmbito das organizações criminosas há verdadeira hierarquia e divisões de funções. É sabido, por exemplo, que em facções especializadas em explorar o tráfico de drogas as tarefas são divididas entre donos, gerentes, soldados, vapores, etc.

Os ditos soldados, que exercem a linha de frente nos confrontos, ilustram bem o pressuposto da substitutividade. São indivíduos que exercem função hierarquicamente inferior e recebem ordens acerca de suas condutas. Não há em suas atuações o exercício de poder decisório acerca de quais atos devem ser produzidos, mas tão somente a executoriedade destes, sendo certo que caso não logre êxito na execução esta será efetuada, ou ao menos perquirida, por outro executor, às ordens do mandante.

Por fim, foi acrescentado posteriormente à teoria do domínio do fato o pressuposto referente a particular inclinação à ocorrência do resultado quando a conduta é perpetrada por um integrante de uma organização criminosa. Isso porque, segundo Roxin, aquele que está na base da organização, exercendo função hierarquicamente inferior, está sujeito a influências de toda a estrutura, o que contribui para a ocorrência do resultando, aumentando as suas chances.

O autor ressalta que tal constatação não altera a culpabilidade do executor, mas demonstra uma característica peculiar dos crimes praticados no seio de um aparato marginalizado de poder em relação aos crimes praticados por indivíduos comuns. Essa influência que atinge o executor acaba por alagar ainda mais o domínio do homem de trás, na medida em que há uma maior determinabilidade do resultado.

Interessante é que todos os elementos de tal construção estão interligados. Desse modo, no seio de uma organização que atua em contrariedade com Direito há o exercício de um poder de comando, que consiste no senhorio sobre as circunstâncias da empreitada criminosa. Do outro lado da organização, há um executor, cuja característica precípua é a fungibilidade, e que está disposto, em decorrência de múltiplas influências, a cometer o delito ordenado.

Sintetizando a ideia exarada por Roxin, Luis Greco⁹ ensina:

[...] 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; [...]

Vê-se, portanto, que a teoria do domínio do fato em muito inovou na concepção acerca da autoria e do concurso de pessoas, delimitando novas formas de enxergar tais institutos.

Poder-se-ia discutir se de fato, a problemática dos crimes de mando não poderia ser solucionada pela teoria objetivo-formal, diante da redação do art. 13 do Código Penal. De acordo com o dispositivo, o resultado é imputável a quem lhe deu causa, e esta é considerada a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Sem dúvidas nos crimes de mando, que ora se estuda, a relevância da conduta do homem de trás é tamanha, de modo que sem a ordem o resultado não teria ocorrido. Assim, não raro seria possível concluir pela aplicação do art. 13 do Código Penal.

Contudo, como é sabido, o ordenamento jurídico pátrio achou por bem não punir os atos preparatórios, salvo quando constituírem fato típico. Dessa forma, a conclusão pela aplicação do art. 13 esbarra, muitas vezes, no fato de que o mandante não pratica atos

⁹ GRECO, Luis; 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. *Revista dos Tribunais*, v. 933, p. 61-92, jul. 2013. p. 71,72

executórios. De acordo com a teoria objetivo-formal, atos executórios são aqueles que integram o núcleo do tipo¹⁰.

Ou seja, a atuação do mandante, embora seja determinante a ocorrência do resultado, fica adstrita à instigação. É para sanar tal contradição que se propõe a adoção da teoria do domínio do fato, de modo a considerar, de forma proporcional e razoável, a conduta de todos os agentes envolvidos na empreitada criminosa.

Em relação a compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, os doutrinadores se dividem. Os críticos apontam que o domínio do fato foi idealizada a partir de um aspecto distinto. Isso porque, o seu autor expoente, Roxin, repugna a teoria unitária, que teria sido adotada pelo Brasil no art. 29 do Código Penal.

Com efeito, o art. 29 prevê a responsabilização penal na medida da culpabilidade de cada agente do crime. Tal ponderação levou autores como Bittencourt¹¹, Greco¹² e Luiz Régis Prado¹³ a concluir que o Código Penal Brasileiro, após a reforma, teria aproximado as teorias unitária e dualista, concebendo que o último denominou “teoria unitária temperada”.

Tal fato, contudo, não exclui peremptoriamente a aplicação do domínio do fato no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, é possível colacionar na jurisprudência¹⁴ e na doutrina¹⁵ vozes que defendem a aplicação da teoria.

Mencione-se que a adoção da teoria do domínio do fato não exige o acusador de demonstrar, de forma individualizada, a conduta do mandante, sob pena de se instaurar uma verdadeira responsabilização penal objetiva.

Assim, passa-se a análise da aplicação da teoria do domínio do fato, e a relevância da sua aplicação ao delito de extorsão, com a aplicação da causa de aumento prevista no art. 158, §1º do Código Penal.

¹⁰ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 83-84.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 425.

¹² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017. p. 563.

¹³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 265.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Ação Penal nº 470/MG*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

¹⁵ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 73.

3. A RELEVÂNCIA PRÁTICA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA EXTORSÃO PRATICADA EM CONCURSO DE AGENTES

Como destacado na introdução, o presente trabalho possui como cerne a análise sobre a possibilidade e a relevância prática da aplicação da teoria do domínio do fato quando da apuração do delito de extorsão praticada em concurso de agentes, conduta que se amolda ao tipo previsto no art. 158, §1º do Código Penal.

Inicialmente, cabe ressaltar que a análise ganha relevo na medida em que a doutrina majoritária entende que a causa de aumento de pena prevista no referido diploma legal pressupõe a coautoria. Isto é, para maior parte da doutrina, quando a extorsão for cometida em participação com outros agentes, a capitulação correta será a prevista no *caput* do art. 158.

Nesse sentido, os ensinamentos de Bittencourt¹⁶:

em nossa concepção, quando o texto legal refere-se taxativamente a ser o crime “cometido por duas ou mais pessoas” está, inegavelmente, fazendo uma opção limitadora pela coautoria, excluindo, dessa forma, a mera participação em sentido estrito. Por isso é necessário que as “duas ou mais pessoas” realizem materialmente a conduta delituosa, sendo insuficiente a mera instigação ou cumplicidade (participação em sentido estrito), especialmente considerando o fundamento político-criminal da majorante (dificulta defesa da vítima, maior perigosidade etc.) Convém recordar que coautoria é a realização conjunta, por mais de uma pessoa, da mesma infração penal. É a atuação consciente de estar contribuindo na realização comum de uma infração penal. Todos participam da realização do comportamento típico, sendo desnecessário que todos pratiquem o mesmo ato executivo.

Na mesma linha, Rogério Greco¹⁷:

quando analisamos a qualificadora do concurso de pessoas no delito de furto, filiamonos à corrente que exigia, para efeitos de reconhecimento da mencionada qualificadora, a presença dos agentes durante a prática dos atos materiais de execução do delito, havendo a mesma necessidade para fins de aplicação da majorante ao roubo, bem como, agora, ao delito de extorsão.

Há ainda, quem frise a *mens legis*, aduzindo que o Código deseja punir com mais rigor aqueles agentes que ameacem com mais intensidade o bem jurídico protegido. Assim, levam em conta a potencialidade do constrangimento, que seria maior quando mais de uma pessoa participasse da execução do delito, ou seja, do ato de constranger efetivamente alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa.

¹⁶ BITTENCOURT, op. cit., p. 32.

¹⁷ GRECO, op. cit., p. 711.

Adotando esse entendimento, é possível citar Nilo Batista¹⁸, em referência a Weber Martins:

o Código Penal não comete a heresia de consagrar, expressa ou implicitamente, que *comete* o crime quem de qualquer forma concorre para ele. O que está na lei, corretamente, é que *incide* nas penas cominadas ao crime – expressão com que, implicitamente, se afirma que *não o comete* – quem, de qualquer modo, concorre para ele. Comete o crime – ninguém afirma de outro modo – quem participa materialmente de sua execução. Não fora isso, e seria desnecessária a norma de extensão do art. 29 do Código Penal.

Em sentido contrário, Nucci¹⁹, adotando o mesmo posicionamento em relação aos delitos de furto, roubo e extorsão, assevera que a presença física no local do delito não seria relevante, uma vez que o código já contempla a participação como uma forma de concurso de agentes.

Analisando a jurisprudência, é possível extrair que o Superior Tribunal de Justiça acompanha a doutrina majoritária, no sentido de que a aplicação da causa de aumento de pena em comento pressupõe a coautoria dos agentes. Isso porque, a Corte menciona a necessidade de concorrência de duas ou mais pessoas na execução do crime, apesar de não ser necessária a identificação de todos os coautores²⁰.

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DISPENSABILIDADE. CONCURSO DE AGENTES. IDENTIFICAÇÃO DO(S) CORRÉU(S). DESNECESSIDADE. COAUTOR INIMPUTÁVEL. IRRELEVÂNCIA PARA A INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO EM 3/8 (TRÊS OITAVOS) COM BASE TÃO SOMENTE NO NÚMERO DE MAJORANTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. (...) 3. Para a caracterização do concurso de agentes não se mostra necessária a identificação do(s) corréu(s), sendo suficiente a concorrência de duas ou mais pessoas na execução do crime, circunstância evidenciada no caso, vez que tanto as vítimas como as testemunhas foram uníssonas em afirmar que haviam outros integrantes na prática delitiva [...]

Nesse ponto, podem ser firmadas algumas premissas. Primeiro, deve ser levado em consideração a posição da doutrina majoritária apontada no Capítulo 1, que aponta a adoção da

¹⁸ BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 189.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte especial arts. 121 a 212 do Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 429.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 197.501/SP*. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21105394/habeas-corporus-hc-197501-sp-2011-00325-27-8-stj/relatorio-e-voto-21105396>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

teoria objetivo-formal pelo ordenamento jurídico pátrio. Assim é que, deve-se ter em mente que autor, para tal teoria, é aquele que pratica o verbo do tipo.

Outrossim, a partir da conclusão jurisprudencial e também de parte da doutrina que entende que o reconhecimento do concurso de agentes no crime de extorsão pressuporia a atuação dos agentes na efetiva execução do crime, se influi que, de fato, a aplicação da causa de aumento prevista no art. 158, §1º estaria adstrita as hipóteses de coautoria.

E é justamente quando da fixação da autoria, ou melhor, da coautoria, é que a aplicação da teoria do domínio do fato se mostra relevante na matéria em análise. Como demonstrado, o conceito de autoria utilizado pela teoria objetivo-formal é de sobremaneira restrito e não contempla muitas vezes a realidade de forma adequada. A adoção do domínio do fato, que traz novas perspectivas acerca da determinação da autoria e, conseqüentemente, no concurso de agentes, é capaz de sanar tais contradições.

De forma exemplificativa, cite-se o comum exemplo em que, no interior de uma organização criminosa paramilitar, conhecida como milícia, um dos líderes determina que um dos integrantes, de “patente” inferior realize uma extorsão a um comerciante na baixada do Rio de Janeiro.

Sabe-se que, de fato, tal integrante cometerá o crime de extorsão, na modalidade de autoria, se realizar a conduta descrita no art. 158 do Código Penal²¹, constringendo alguém a tolerar que se faça ou a deixar de fazer algo, com o intuito de obter vantagem econômica indevida, mediante violência ou grave ameaça. Inaplicável, por essa visão, a causa de aumento, uma vez que não haveria o reconhecimento da coautoria exigida.

A conduta do líder da organização é que causa questionamentos. Isso porque, não obstante a determinabilidade de sua ação para o acontecimento do crime, não houve a prática de nenhum ato executório. Aplicando a teoria objetivo-formal, ter-se-ia a imputação do integrante pela prática do crime de extorsão na forma simples, prevista no caput, e, quanto ao líder, pela participação no referido crime.

É justamente essa contraditória conclusão, em que o líder de uma organização é apenado de forma mais leve que o mero executor, que faz com que autores como Fernando Galvão adotem de pronto a teoria do domínio do fato, conforme trazido no capítulo 2.

Isso porque, se preenchidos os requisitos formulados por Roxin, quais sejam, a presença de uma estrutura organizada em contrariedade ao Direito, na qual há o exercício de

²¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

um poder de comando e de outro lado, um executor fungível com elevada disposição ao cometimento do deliro, ter-se-á a configuração do que o autor denominou domínio sobre a vontade.

Tal domínio consubstancia uma forma de autoria, fazendo com que, no exemplo apresentado, ambos fossem considerados autores do crime de extorsão. E mais, a causa de aumento prevista no §1º poderia ser aplicada. Essa conclusão, por óbvio, pressupõe a individualização da conduta do mandante, sob pena de obstar a sua responsabilização.

Por fim, ressalte-se que a aplicação da teoria do domínio do fato possui críticas por alguns juristas brasileiros²², principalmente após a forma como foi realizada pelo Supremo Tribunal Federal o julgamento da Ação Penal 470, ocasião em que a condição de superior hierárquico foi utilizada como determinante à imputação, sem a devida individualização das condutas do homem de trás.

Não obstante, faz-se mister ressaltar que a aplicação do domínio do fato não imputa, por si só, a conduta aos líderes da organização simplesmente pela posição ocupada na hierarquia da organização. Pelo contrário, cabe ao Ministério Público, como titular da *persecutio criminis*, a devida individualização das condutas, sob pena de violação dos direitos fundamentais mais caros a democracia, dentre os quais cita-se o contraditório e ampla defesa, liberdade e até mesmo o postulado da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Foi apontado como cerne do presente trabalho a análise sobre a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 158, §1º do Código Penal brasileiro, referente ao delito de extorsão cometido por duas ou mais pessoas. Verificou-se que a questão central está na definição de autoria, uma vez que, a utilização do verbo cometer, para doutrina majoritária designa coautoria, excluindo-se, assim, as hipóteses de participação.

Após 1984, com a reforma promovida no código penal, passou-se a entender pela existência de uma mitigação na teoria unitária da autoria, na medida em que o código prevê expressamente a punição diferenciada para autor e partícipe.

²² CANÁRIO, Pedro. *STF aplicou domínio do fato de forma grotesca*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-abr-28/stf-aplicou-teoria-dominio-fato-forma-grotesca-advogado>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

Com a diferenciação, a conceituação dos institutos tornou-se uma necessidade à correta responsabilização penal dos indivíduos que cometem crime em concurso de agentes. Nesse ínterim, a teoria objetivo-formal foi adotada pela maior parte da doutrina brasileira. A teoria conceitua o autor do crime, basicamente, como o indivíduo que pratica o verbo presente na descrição típica do delito.

Nesse ponto, esta pesquisa constatou a importância da referida teoria, adotada majoritariamente no país. Isso porque, foi possível concluir ser ela insuficiente em determinados casos, que se revelam corriqueiros na prática forense.

Por conceituar atrelar a autoria a prática do verbo do tipo, a teoria objetivo-formal limita excessivamente o conceito, causando desproporcionalidades indesejadas. A questão é acentuada na medida em que o código baliza a punição penal, como regra, ao início dos atos executórios.

Assim, examinou-se que, seria possível um dos principais responsáveis pela ocorrência de um crime não ser considerado como seu autor. Tal possibilidade foi vista mormente nos crimes de mando, também chamados pela doutrina como crimes de escritório. São delitos praticados, por exemplo, no seio de organizações paramilitares, terrorismo, tráfico de drogas.

Com a exposição da problemática, no segundo capítulo foi abordada uma possível solução para determinados casos, qual seja, a aplicação da teoria do domínio do fato. Para tanto, foi dado enfoque na concepção elaborada por Roxin. A teoria, que possui requisitos específicos, amplia, de certa forma, o conceito da autoria, sanando eventuais incongruências da teoria objetivo-formal.

Apesar de possuir aplicação ainda embrionária no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria do domínio do fato é alvo de críticas. Isso porque, em sua mais emblemática utilização, a ação penal 470, foram apontadas distorções, na medida em que a ocupação de cargo de chefia teria sido reputada suficiente a condenação, sem provas robustas de envolvimento no fato criminoso.

No entanto, a errônea aplicação pelo operador do direito não possui o condão de fulminar a sua adoção. O entendimento a que se chegou foi não só pela possibilidade de aplicação da teoria, como de sua relevância. Especificamente na hipótese do crime de extorsão, demasiadamente cometido por organizações criminosas e afins, concluiu-se que a aplicação da teoria do domínio do fato pode resultar, desde que presentes os seus requisitos, em correta punição do dito homem de trás.

Assim, a partir dos estudos realizados, depreendeu-se que a teoria do domínio do fato não é incompatível com o ordenamento jurídico pátrio, tampouco com a teoria unitária, que teria sido adotada pelo Código Penal, sobretudo após a mitigação da teoria promovida pela Reforma Penal de 1984.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, a devida aplicação da teoria do domínio do fato. Frise-se que a teoria é atinente ao Direito Penal, e possui como escopo a definição de uma das hipóteses de autoria. Assim é que, cabe ao titular da ação penal a efetiva demonstração dos elementos da construção idealizada por Roxin.

Patente, desta forma, que não se pretende criar nenhum tipo de inversão do ônus probatório, instituto próprio do Direito Processual Penal, devendo o titular da ação penal provar a existência de um homem de trás, bem como esmiuçar sua conduta. E, no caso do crime de extorsão, efetuar a correta classificação dos agentes, que deverão ser considerados coautores, com a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 158, §2º do Código Penal.

Cabe ao Ministério Público e ao Julgador, portanto, a correta verificação dos requisitos, sob pena de se imputar verdadeira responsabilidade penal objetiva, inconcebível no ordenamento pátrio.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. *Concurso de Agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Tratado de direito penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa*. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Exposição de motivos do Código Penal. *Decreto-lei Nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 17 set. 2018.
- _____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AP n° 470/MG*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648>>. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 197.501/SP*. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21105394/habeas-corpus-hc-197501-sp-2011-0032527-8-stj/relatorio-e-voto-21105396>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

BOMBARDELLI, Pablo. *Domínio do fato em Welzel e em Roxin: critérios de conceito restritivo de autoria*. 2014. 127 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

CANÁRIO, Pedro. *STF aplicou domínio do fato de forma grotesca*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-abr-28/stf-aplicou-teoria-dominio-fato-forma-grotesca-advogado>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

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

GRECO, Luis; 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. *Revista dos Tribunais*, v. 933, jul. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

_____. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte especial arts. 121 a 212 do Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Peréz. Chile: Jurídica de Chile, 1987.p. 120.