

TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO: STF VS DOCTRINA

Theory of the fact domain: stf vs doctrine

Poliana de Oliveira Buffon¹
Carolina Neris Bridi²
Claudio Sanches³
Joice Luiza de Flores Matias Wagner⁴

Resumo: O presente artigo versa sobre a teoria do domínio do fato e a sua aplicação no direito Brasileiro, sobretudo, em relação à doutrina e à Jurisprudência. Visando discutir a respeito do concurso de pessoas, a teoria, desenvolvida, precipuamente, por Claus Roxin, diferencia quem, dentre os envolvidos na prática de um delito, é considerado autor ou partícipe. Para melhor compreensão do presente, divide-se em três partes. A primeira relatando acerca da teoria geral do delito; a segunda explicando a teoria do domínio do fato segundo a doutrina alemã; e a derradeira sobre a sua aplicação no sistema brasileiro, uma vez que a teoria, não foi recepcionada da maneira correta na legislação brasileira, sendo utilizada, muitas das vezes, como critério de imputação de autoria e não para diferenciar os sujeitos que fazem parte da ação delituosa.

Palavras-chave: autoria; participação; teoria do domínio do fato.

Abstract: This article is about the fact that the domain theory and its application in the Brazilian law, especially in regard to the doctrine and Jurisprudence. In order to discuss about the people contest the theory, developed primarily by Claus Roxin, differentiate who among those involved in the commission of an offense, is considered the author or participant. To better understand the present, it is divided into three parts. The first reporting on the general theory of the crime; the second theory explaining the fact that the area under German doctrine; and the last on its application in the Brazilian system, since the theory was not recepcionada right the Brazilian legislation, being used, much of the time, as authorship attribution criteria and not to differentiate the subjects that are part of criminal action.

Keywords: authorship; participation; theory of fact domain.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo apresenta como tema a teoria do domínio do fato, a qual foi desenvolvida, precipuamente, na Alemanha, e busca estabelecer uma diferenciação entre os autores de uma empreitada criminosa.

Sabidamente, nota-se sensível aumento da prática delituosa no Brasil, ao par

¹ Acadêmica da 10ª fase do Curso de Direito, da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador - SC.

² Professora do Curso de Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP).

³ Professor Direito – Uniarp – Caçador-SC.

⁴ Professora do Curso de Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP).

que, muitas das vezes, estes delitos são cometidos em concursos de pessoas. Por esta razão, imperioso se faz disciplinar a maneira com que será apurada e penalizada a prática criminosa por estes coautores.

Em meio a estas práticas criminosas, inclusive àquelas que não são facilmente identificadas, incitou-se a necessidade de se reportar à teoria do domínio do fato, como motivo a justificar determinadas decisões.

Justamente nesse contexto, diversos doutrinadores e tribunais pátrios fizeram uso da teoria, notadamente o Supremo Tribunal Federal, surgindo, portanto, um debate acerca da sua aplicação.

A intenção do presente é verificar se a aplicação da teoria segue os moldes traçados pelos juristas alemães.

2 TEORIA GERAL DO DELITO

2.1 DO CONCEITO DE CRIME

O conceito de crime, para Guilherme de Souza Nucci⁵, deveria ser elaborado pela própria sociedade, pois ela é a criadora inaugural do que se passa a considerar delito, cabendo, simplesmente, ao legislador transformá-lo em figura típica, por meio da criação de uma lei.

A doutrina, entretanto, buscou sintetizar o conceito de crime, o dividindo, basicamente, em: conceito formal, conceito material e conceito analítico.⁶

Segundo Fernando Capez, o aspecto material de crime é aquele que busca indicar o motivo de determinado fato ser considerado criminoso e outro não.⁷ Por sua vez, o conceito formal, ao pensar de Bitencourt, é toda ação ou omissão proibida legalmente, reprimida sob a ameaça de pena.⁸

Os conceitos formal e material, porém, são insuficientes para permitir à dogmática penal a realização de uma análise dos elementos estruturais do conceito

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 127

⁶ ALEXANDRE, Alessandro Rafael Bertollo. O conceito de crime. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/3705/o-conceito-de-crime>>. Acesso em 30 abr 2016, p. 1

⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v.1. 2012, p. 125

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 590.

de crime, já descritas, prioritariamente, durante a evolução da teoria geral do delito⁹, surgindo, assim, o conceito analítico de crime.¹⁰

O conceito analítico de crime firmou-se com a contribuição de Beling, no ano de 1906, que introduziu do elemento tipicidade, passando a constar como a ação típica, antijurídica e culpável.¹¹

2.2 DO CONCURSO DE PESSOAS

2.2.1 Conceito

Normalmente os preceitos primários constantes no Código Penal referem-se a fatos realizáveis por uma única pessoa, no entanto, o fato punível pode ser obra de vários agentes.¹²

Assim, surge o chamado concurso de pessoas, também chamado de coautoria, participação, concurso de delinquentes ou cumplicidade, que nada mais é que a colaboração entre vários agentes na prática delitiva.¹³

Na definição de Mirabete, trata-se da participação consciente e voluntária de duas ou mais pessoas na mesma infração penal.¹⁴

Em verdade, a denominação “concurso de pessoas” foi introduzida com a reforma penal de 1984, a substituir a palavra “coautoria”, visto que aquela se trata de expressão mais abrangente, já que a coautoria não esgota as hipóteses de *concursum delinquentium*.¹⁵

2.2.2 Das Teorias do Concurso de Pessoas

Algumas teorias procuram definir esse complexo problema da criminalidade coletiva: pluralística, dualística e monística.¹⁶

A teoria pluralista afirma que a união de mais de um agente na prática de

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, p. 590

¹⁰ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte geral, p. 304

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, p. 591

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, p. 1193

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 348

¹⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986, p. 223

¹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral, p. 359

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, p. 1196

diversas condutas criminosas, ainda que com resultado único, comina em uma pluralidade de crimes.¹⁷

Já para a teoria dualista, há a existência de dois crimes: um para os autores, aqueles que realizam a atividade principal, a conduta típica emoldurada no ordenamento positivo, e outro para os partícipes.¹⁸

A teoria unitária, por sua vez, também chamada de monista, afirma que, havendo a pluralidade de agentes, provocando apenas um resultado, ainda que com condutas diferentes, produz crime único, cometendo crime idêntico.¹⁹

A primeira opção, que é a adotada pelo Código Penal de 1940, é conhecida como o sistema unitário de autor.²⁰

2.3 DA AUTORIA E DA PARTICIPAÇÃO

2.3.1 Da Autoria

Em suma, na visão de Damásio, tem-se que autor é o sujeito que realiza a conduta expressa pelo verbo típico da figura delitiva ou se vale de outrem para realizar o delito.²¹

Em que pese o conceito de autoria, faz-se importante citar, ainda, a existência da autoria mediata, que ocorre quando um sujeito, sem realizar diretamente a conduta descrita no tipo penal, comete o fato típico por ato de outra pessoa, utilizada como seu instrumento.²²

No Brasil, se adota, como regra, o conceito restritivo de autor, que tem como ponto de partida o entendimento de que nem todos os intervenientes no crime são autores. É autor somente quem realiza a conduta típica descrita na lei o núcleo, verbo do tipo: matar, subtrair, falsificar, etc.²³

Todo aquele, porém, que, sem realizar conduta típica, concorrer para a sua realização não será considerado autor, mas mero partícipe.²⁴

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 348

¹⁸ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, p. 1198

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 348

²⁰ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, p. 1199-2000-1208

²¹ JESUS, Damásio de. **Código penal anotado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 162

²² CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral, p. 363

²³ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, p. 1212

²⁴ CAPEZ, Fernando. **Direito penal simplificado**: parte geral, p. 211

2.3.2 Da Participação

Adotando-se a teoria formal-objetiva quanto à autoria, tem-se a participação consiste na realização de atos que de alguma forma concorram para o crime, sem que o agente ingresse na ação nuclear típica.²⁵

Para Mirabete, o partícipe pratica uma atividade que contribui para a realização do delito, sem infringir a conduta descrita pelo preceito primário da norma.

3 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

3.1 CONCEITO

A teoria do domínio do fato, partindo do conceito restritivo de autor, tem a pretensão de sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, impondo-se como uma *teoria* objetivo-subjetiva. Embora o domínio do fato suponha um controle final, “aspecto subjetivo”, não requer somente a finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato.²⁶

Em verdade, esta teoria surgiu para diferenciar o autor e partícipe do crime. Para essa concepção, autor é quem controla o fim do fato, ou seja, quem decide a sua forma de execução, seu início, cessação e demais condições. Partícipe, por sua vez, será aquele que, embora colabore dolosamente para o alcance do resultado, não exerça domínio sobre a ação.²⁷

3.2 DOMÍNIO DO FATO EM HANZ WELZEL

Ao que se sabe, houve, pelo menos, cinco utilizações do termo “domínio do fato” que antecederam a de Welzel, as quais não trouxeram, porém, novo critério (além do objetivo e subjetivo) firme para determinar a autoria, o que explica a importância de Welzel para a teoria.²⁸

Desta forma, para ele, autor é aquele que tem a compleição do todo,

²⁵ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral. 3. ed. Salvador: Juspodiv, 2015, p. 369

²⁶ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, p. 1215

²⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral, p. 360

²⁸ BOMBARDELLI, Pablo. Domínio do fato em Welzel e em Roxin. Disponível em <<https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/111796/000951838.pdf?sequence=1>>. Acesso em 13 jun 2016. p. 1

executando a resolução do fato com um determinado fim, enquanto o partícipe apenas tem domínio sobre sua conduta, sua participação, mas não sobre o integral.²⁹

Entende o jurista alemão, assim, ser decisivo à conceituação de autor o momento subjetivo – que é o próprio domínio do fato -, e que por visar um fim e a sua vontade final, independe se executado por si ou por outrem, em razão de interesse próprio ou alheio.³⁰

Na autoria mediata, por sua vez, há uma atuação que ocorre ou sem dolo, sem liberdade ou sem qualificação, no qual o executor é tal qual um instrumento que pode tanto ser punível ou impunível, suficiente é não ter domínio do fato.³¹

A coautoria é, segundo Welzel, a própria autoria, cuja peculiaridade está no fato do domínio final se manifestar em relação a mais de uma pessoa. Trata-se de domínio conjunto.³²

3.3 DOMÍNIO DO FATO EM CLAUS ROXIN

Roxin, na data de 1963, publica sua tese acerca do domínio do fato, por meio da obra intitulada *Täterschaft und Tatherrschaft* (“autoria e domínio do fato”). Buscando refutar e superar a teoria welneziana, vale-se de um critério diferenciado para distinguir autoria e participação.³³

Pela concepção roxiniana, o domínio do fato se caracteriza das seguintes formas: “1) domínio sobre a própria ação, que acarreta autoria direta; 2) domínio funcional do fato, que acarreta a coautoria; 3) domínio da vontade de um terceiro, que acarreta a autoria mediata”.³⁴

O autor imediato ou direto é aquele que realiza, em sua própria pessoa, todos os elementos de um tipo. Quem aperta o gatilho de um revólver, por exemplo, tem o domínio da ação e nunc apodera ser considerado mero partícipe.³⁵

Já o domínio funcional do fato, para Roxin, se faz por meio de uma ação coordenada, de divisão de tarefas, com a participação de mais de uma pessoa, e, em uma decisão conjunta, contribuem para a realização do tipo com um comportamento

²⁹ BOMBARDELLI, Pablo. Domínio do fato em Welzel e em Roxin. p.1

³⁰ ALFLEN, Pablo Rodrigues. **Teoria do domínio do fato**, cap. 2

³¹ BOMBARDELLI, Pablo. Domínio do fato em Welzel e em Roxin. p.1

³² ALFLEN, Pablo Rodrigues. **Teoria do domínio do fato**, cap. 2

³³ BOMBARDELLI, Pablo. Domínio do fato em Welzel e em Roxin. p. 1

³⁴ BOMBARDELLI, Pablo. Domínio do fato em Welzel e em Roxin. p. 1

³⁵ GRECO, Luís, et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro, p. 25-26

relevante. São todos coatores.³⁶

Por fim, o domínio da vontade de um terceiro, também chamada de autoria mediata, trata-se da instrumentalização de uma terceira pessoa, em que um indivíduo, chamado “o homem de trás” domina o acontecimento de forma mediata. Pode ocorrer pela (i) coação exercida sobre o homem da frente; (ii) indução do homem da frente em erro; (iii) domínio por meio de aparato de poder³⁷

4 A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA PERSPECTIVA BRASILEIRA

4.1 NA JURISPRUDÊNCIA

O caso mais conhecido que utilizou a teoria do domínio do fato, foi o caso mensalão.

Na data de 20 de julho de 2005 instaurou-se um inquérito perante o Supremo Tribunal Federal, para apurar um esquema de corrupção e de desvio de dinheiro público, caracterizado pelo pagamento mensal de propinas a membros do Congresso Nacional em troca de apoio ao governo federal.³⁸

Por ocasião do julgamento da referida ação penal, o Superior Tribunal Federal, no afã de imputar a autoria a alguns dos acusados, empregou uma verdadeira anomalia, a qual intitulou de “teoria do domínio do fato”.³⁹

Isso porque, em primeiro lugar, o recurso às teorias do domínio do fato e da organização foi o caminho para fundamentar a responsabilidade penal dos sujeitos em posição de comando, e não apenas o critério a determinar, por exemplo, se determinado sujeito deveria ser considerado instigador ou autor mediato de um fato punível.⁴⁰

Em verdade, já existe a possibilidade de se fundamentar que os sujeitos em

³⁶ ROXIN. Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. In: Revista Eletrônica Acadêmica de Direito. Law E-journal. Ed. panóptica. Número 17 nov 2009, p. 72. Disponível em <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAghfAAB/roxin-claus-dominio-por-organizacao-como-forma-independente-autoria-mediata>>. Acesso em 14 jun 2016

³⁷ ALFLEN, Pablo Rodrigues. **Teoria do domínio do fato**, cap. 2

³⁸ 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. Vol 2, Dezembro 2014, p. 148

³⁹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira: considerações sobre a APn 470 do STF, 2014, p. 149.

⁴⁰ GRECO, Luis; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro: observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal d70 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”). p. 390

posição de comando em bancos ou agências de publicidade estão obrigados a evitar, na condição de garantidores, que os recursos das empresas por eles dirigidas sejam utilizados para o pagamento de valores destinados à corrupção de parlamentares, pois poderiam ser considerados tanto garantidores de vigilância da própria empresa ou dos subordinados que nela trabalham.⁴¹

Parte dos Ministros do STF fala em uma teoria do domínio do fato, que não deve, todavia, determinar se alguém é autor ou partícipe, mas sim se alguém deve ou não ser punido.⁴²

4.2 EQUÍVOCOS COMETIDOS PELO SISTEMA BRASILEIRO EM COMPARAÇÃO À TEORIA NOS MOLDES DE ROXIN

Como bem se vê, o uso da teoria, de maneira geral, pelo sistema brasileiro fica, e muito, à mercê da sua aplicação correta, pelo menos nos moldes daquela importada da Alemanha.

Ademais, ainda que o legislador resolvesse, em algum momento, recepcionar a figura do “domínio da posição”, não seria possível compatibilizar essa figura com o princípio da culpabilidade. Afinal, a punição pelo mero fato de ocupar uma posição, na forma como construída na decisão, representa uma manifestação atávica já há tempos superada.⁴³

Vê-se, ainda, a insistência em sua aplicação como escape diante dessa difícil “colisão de deveres”. Não se logrou provar de forma cabal a contribuição ativa dos acusados que ocupavam de posição de destaque, mesmo assim, os Ministros do STF puderam se convencer de que as organizações chefiadas pelos acusados concorreram para o esquema corruptivo.⁴⁴

Tome por exemplo, se “A” contrata “B”, para que mate “C”. “A”, o mandante,

⁴¹ GRECO, Luis; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro: observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal n70 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”). p. 390-391.

⁴² GRECO, Luis; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro: observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal d70 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”). p. 390.

⁴³ GRECO, Luis; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro: observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal d70 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”). p. 392

⁴⁴ GRECO, Luis; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro: observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal n70 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”). p. 392

neste caso, em razão da teoria, é partícipe, e não autor. A ideia de que, com o uso da teoria, ter-se-ia, no exemplo, a autoria de “A”, por ser ele o mandante, está equivocada, tendo-se por origem da confusão a falta de diferenciação entre os termos domínio do fato, autoria mediata por aparato de poder e instigação.⁴⁵

O exame realizado até aqui permite concluir que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da APn 470, não adotou a *teoria do domínio final do fato* - o que não se nota nem mesmo com a doutrina pátria - desenvolvida por Welzel ou Roxin, mas sim, utilizou uma anomalia resultante da conjugação dos critérios de ambas as concepções, o que conduziu a uma absoluta contradição.⁴⁶

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática referente à punição a ser traçada para aqueles que concorrem em práticas delitivas é, de fato, bastante complexa e incita diversas opiniões e doutrinas neste sentido.

Por conta disso, inúmeras são as teorias que procuram esclarecer a melhor maneira de se diferenciar autor e partícipe em uma empreitada criminosa, dentre elas, a teoria do domínio do fato.

Esta teoria ficou em voga no Brasil após a sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal, em alguns de seus julgados mais importantes. A discussão, em verdade, se pautou no uso incorreto dado à ela, o que, infelizmente, transbordou às paredes do referido Tribunal e se espalhou a outros aparatos judiciários.

Assim, após pesquisa e análise da problemática proposta, qual seja, o do uso acertado, pelo sistema brasileiro, sobretudo pelo STF, da teoria, e a sua comparação em relação à originalmente criada na Alemanha, pôde se extrair que, de fato, o que foi utilizado nos casos julgados pelos órgãos do sistema brasileiro foi apenas o nome “domínio do fato”, mas não o seu essencial significado.

A gravidade dos equívocos cometidos ao longo da decisão proferida no “caso mensalão”, no que diz respeito à teoria do domínio do fato, não é mais do que expressão de uma práxis incongruente que advém de longa data.

Em verdade, o Supremo Tribunal Federal valeu-se da teoria para imputar a

⁴⁵ GRECO, Luís. et al. **Autoria como domínio do fato**, p. 38

⁴⁶ ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira: considerações sobre a APn 470 do STF, 2014, p. 154

autoria a determinados agentes, afastando seu verdadeiro intuito, que é a de diferenciar autores e partícipe.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Alessandro Rafael Bertollo. O conceito de crime. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/3705/o-conceito-de-crime>>. Acesso em 30 abr 2016.

ALFLEN, Pablo Rodrigues. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOMBARDELLI, Pablo. Domínio do fato em Welzel e em Roxin. Disponível em <<https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/111796/000951838.pdf?sequence=1>> Acesso em 13 jun 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v.1. 2012.

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

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**.

GRECO, Luís, et al. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**, p. 19-20

GRECO, Luis; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro: observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal d70 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”).

JESUS, Damásio de. **Código penal anotado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.