



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE HUMANIDADES “OSMAR DE AQUINO”
CAMPUS III – GUARABIRA-PB
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

ADEÂNGELO DE MELO CRUZ

**A AUTORIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO E A
TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO**

GUARABIRA – PB

2014

ADEÂNGELO DE MELO CRUZ

**A AUTORIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO E A
TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Ms. Maria Sônia de Medeiros Santos de Assis.

GUARABIRA - PB

2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

C955a Cruz, Adeângelo de Melo
A autoria no direito penal brasileiro e a teoria do domínio do fato [manuscrito] : / Adeangelo De Melo Cruz. - 2014.
27 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2014.
"Orientação: Maria Sônia de Medeiros Santos de Assis.,
Departamento de Direito".

1. Direito penal. 2. Concurso de Pessoas. 3. Domínio do Fato. I. Título.

21. ed. CDD 345

ADEÂNGELO DE MELO CRUZ

**A AUTORIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO E A TEORIA DO
DOMÍNIO DO FATO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Estadual da
Paraíba, em cumprimento à exigência
para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Aprovado em: 27/11/2014.

Maria Sônia de Medeiros Santos de Assis
Profa. Ms. Maria Sônia de Medeiros Santos de Assis / UEPB
Orientadora

Kilma Maísa de Lima Gondim
Profa. Ms. Kilma Maísa de Lima Gondim / UEPB
Examinador

Jossano Mendes de Amorim
Prof. Ms. Jossano Mendes Amorim / UEPB
Examinador

A minha esposa Diana Soraia Sobral Da Silva
Melo, pela dedicação, companheirismo e
amizade, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e minha família, em especial, meus filhos Adiel e Daniel, pela força e pela iluminação recebida no decorrer da confecção do presente trabalho.

Agradeço à orientadora: Maria Sônia de Medeiros Santos de Assis, pelos ensinamentos e pelo tempo que reverteu em meu auxílio.

Aos professores do Curso de Bacharelado em Direito da UEPB, em especial, Agassiz de Almeida Filho, Antônio Cavalcante da Costa Neto, Renan Aversari Câmara e Kilma Máisa de Lima Gondim, que contribuíram ao longo de cinco anos, por meio das disciplinas e debates, para o desenvolvimento desta pesquisa.

Aos colegas de classe pelos momentos de amizade e apoio.

E a todos os professores e funcionários desta Instituição, o meu muito obrigado.

Quão perigoso é querer introduzir na lei dados detalhados sobre as formas específicas de autoria demonstram-no as várias tentativas empreendidas nos últimos anos de apreender legislativamente o estado atual dos conhecimentos adquiridos. ROXIN, claus, täterschaft und tatherrschaft.

A AUTORIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO E A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

CRUZ, Adeângelo de Melo ¹.

RESUMO

Este artigo é a apresentação sintética, em forma de relatório escrito, dos resultados de investigações ou estudos realizados sobre a autoria no direito penal brasileiro e a teoria do domínio do fato. O objetivo fundamental deste artigo é o de ser um meio rápido e sucinto de divulgar e tornar conhecidos, através de sua publicação em periódicos especializados, a dúvida investigada, o referencial teórico utilizado (as teorias que serviam de base para orientar a pesquisa), a metodologia empregada, os resultados alcançados e as principais dificuldades encontradas no processo de investigação ou na análise da autoria e suas principais teorias. Pois, desta forma chegaremos a uma compreensão mais detalhada do tema e também a uma conclusão que mais se amolde ao direito brasileiro em relação à Teoria do domínio do fato. Demonstrar que apesar das críticas existentes acerca desta teoria, seu reconhecimento no direito penal moderno é fundamental, considerando que, atualmente, os crimes que mais incidem na ação criminal são aqueles cometidos por várias pessoas, entre as quais, uma que domina toda a ação criminosa do grupo.

Palavras-chave: Autoria, Concurso de Pessoas, Domínio do Fato.

ABSTRACT

This article is a synthetic, in the form of a written report of the results of conducted investigations and studies on the authorship in the Brazilian criminal law and the theory of fact domain. The fundamental objective of this article is to be a quick and succinct way of disseminating and make known, through publication in professional journals, doubt investigated, the theoretical framework used (the theories that served as a basis to guide the research), the methodology used, the results and the main difficulties encountered in the research process or analysis of authorship and its main theories. Because in this way we will reach a more detailed understanding of the subject and also to a conclusion that most amolde to Brazilian law regarding the Theory of fact domain. Show that despite the existing criticism of this theory, its recognition in modern criminal law is essential, considering that currently the crimes that most concern the criminal action are those committed by several people, among them one that dominates the criminal action the group.

Keywords: Authorship, Contest People, Domain of Fact.

¹ Formando do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, Campus III, Guarabira-PB; Cabo da Polícia Militar do Estado da Paraíba; Estagiário do Ministério Público da Paraíba. Email: adeangelomelo@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade, percebe-se a opção, cada vez mais crescente, da concorrência de várias condutas praticadas por sujeitos diferentes. A razão da opção pela organização criminosa está relacionada a vários motivos, dentre os quais podemos destacar a impunidade, a facilidade e acesso a informações privilegiadas, o poder, o enriquecimento fácil e rápido etc.

É a partir dessa colaboração conjunta que surge a problemática no tocante a diferenciação das modalidades de concurso de pessoas, que poderá apresentar-se na forma de coautoria, participação, autoria mediata, entre outras.

A presente pesquisa tem como escopo de tratar sobre a autoria no Direito Penal Brasileiro e a Teoria do Domínio do Fato. Diante disso, faremos a apresentação doutrinária e jurisprudencial da Teoria do Domínio do Fato, criada em 1939, por Welzel e sua tese de que nos crimes dolosos é autor quem tem o controle final do fato. Mas foi através de Roxin, em 1963, que a Teoria do Domínio do Fato foi desenvolvida e terá como objetivo demonstrar a viabilidade jurídica da ampliação do conceito de autoria.

Embora seja apresentada de forma sucinta, a autoria no Direito Penal, o foco principal de análise será a Teoria do Domínio do Fato e sua aplicação no direito penal brasileiro.

No primeiro capítulo será apresentado o conceito de autoria no direito penal brasileiro, com as respectivas teorias, requisitos e classificações.

No segundo capítulo será apresentada a Teoria do Domínio do Fato, no concurso de pessoas sua possibilidade de aplicação e as críticas contrárias doutrinárias existentes.

2 AUTORIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Autor é todo agente que pratica uma conduta que se amolda ao tipo penal, praticando o núcleo do tipo. Na décima edição de seu *Lehrbuch*, Liszt afirma que autor, em primeiro lugar, é aquele que executa integralmente por si mesmo a conduta criminosa, o que realiza por si mesmo o tipo legal de crime².

O código penal Brasileiro em seu art. 29, *caput* adotou a teoria restritiva, pela quais, todos concorrem pelo mesmo crime como coautores e partícipes, ou seja, um sistema unitário de autor, e quando ligados por um liame subjetivo respondem pelo mesmo crime, porém, na medida de sua culpabilidade com as penas individualizadas.

Para Raúl Zaffaroni (2002, p. 665).

O fato do art.29 estabelecer que: quem de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Não pode ser entendido que todos os que concorrem para o crime são autores, e sim, que todos os que concorrem têm, em princípio, a mesma pena estabelecida para o autor.

Todavia, no artigo em destaque, o termo “na medida de sua culpabilidade”, afere-se a reprovabilidade da conduta dentro do contexto fático, permitindo que autores e partícipes não sejam confundidos. Ainda assim, Rogério Sanchez (2013, p. 346) chama a atenção para o fato de que o estudo sobre a autoria é mais complexo do que se apresenta, devendo haver uma análise mais acurada sobre as teorias a respeito do tema.

Várias teorias, ao longo do tempo, procuraram definir quem seria o autor do crime, a saber: teoria unitária, teoria extensiva e teoria restritiva.

2.1 TEORIA UNITÁRIA

Para essa teoria, o crime, ainda que praticado por várias pessoas em colaboração, não há diferença entre autor e partícipe. Assim, todo aquele que

² LISZT, Franz Von. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*.p. 199.

concorre para o crime, respondem pelo mesmo crime. Não se distinguindo, portanto, entre as várias categorias de pessoas; autor, partícipe, instigador, cúmplice etc. Todos são considerados autores ou coautores do crime. Num primeiro momento esta teoria parece melhor responder aos anseios do pratica jurídica em relação à autoria.

Luiz, Greco e Alaor, Leite (2014, p. 172) comenta:

Entre todas as concepções sobre as formas de intervir no delito que se oferecem ao legislador, no entanto, nenhuma parece responder, num primeiro momento, aos anseios mais pragmáticos da pratica judiciaria do que o chamado *sistema unitário de autor*, que, grosso modo, determina que todos que contribuem casualmente para o delito são autores em sentido amplo (ou concorrentes), e estão submetidos, em principio, aos mesmos marcos penais.

O Código Penal Brasileiro adotou essa teoria, iniciada em 1940: pela *teoria da pena* de Nélon Hungria e mantida em seus termos gerais até a reforma de 1984. Este código rompeu a tradição originaria do Código Criminal do Império e adotou a teoria Unitária ou Monística, acompanhado pela Alemanha e pela Espanha, sendo posteriormente abandonada pelos três países. A principal crítica que se verificou acerca da teoria unitária derivou tanto da dificuldade de se estabelecer a realidade da equivalência das condições quanto das dificuldades em se aplicar a lei.

2.2 TEORIA EXTENSIVA

Trata-se de um conceito de autor fundamentado na equivalência de condições que causam o resultado. Tal corrente não faz distinção do conceito de autor e partícipe assim com na Teoria Unitária. Autor é todo aquele que contribui de alguma forma para o resultado. Porém, para essa teoria admite-se a diminuição da pena ao autor que teve papel de menor importância na conduta delituosa.

Conforme ensinamentos de Damásio de Jesus, para essa teoria, autor não é só quem concretiza o comportamento típico, como também aquele que, mediante as formas de participação, realiza conduta sem a qual o resultado não teria ocorrido³.

³JESUS, Damásio de. Teoria do domínio do fato. São Paulo: Saraiva, 2000.

Wessels (1976, p. 179) declara que:

A teoria extensiva associa-se à direção de vontade e à posição interna do colaborador para com o fato, concluindo: autor é quem atua com vontade de autor (*animus auctori*) e quer o fato como próprio. Mero partícipe é quem atua com vontade de partícipe (*animus socii*) e quer ocasionar o fato como alheio.

Daí, podemos perceber que se 10 pessoas colaboram para a prática de um delito (homicídio, por exemplo), todas elas respondem pelo homicídio, independentemente da conduta que tenham praticado (um apenas conseguiu a arma, o outro dirigiu o veículo da fuga, outro atraiu a vítima, etc.). Mas apesar de entender, também, que todos os colaboradores eram autores do crime, estabelecia-se penas diversas conforme o grau de culpa de cada um deles.

O conceito extensivo de autor foi criado à época principalmente para justificar e fundamentar a autoria mediata⁴. Essa ideia foi paulatinamente desenvolvida por Eb. Schmidt⁵ e E. Mezger⁶, sobretudo, no que diz respeito à autoria mediata, a ponto de Zimmerl⁷ ressaltar que somente nos trabalhos deste último o conceito extensivo foi claramente formulado.

Para Bitencourt (2011, 488), a referida teoria proporcionou as condenações nazistas, pois tratavam os partícipes como autores. Em função disso Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 664) apregoam que:

[...] se pretendemos fundar a autoria na causalidade, todo aquele que traz alguma contribuição é autor e não há maneira de distinguir objetivamente autor de partícipe. Portanto, essa teoria deve ser rejeitada porque se a participação é uma forma de atenuar a pena da autoria, não pode ser partícipe quem não preencha os requisitos para ser autor.

Como se verifica, tal teoria leva em conta unicamente critérios objetivos de distinção, porque parte da ideia de equivalência das condições, de modo que a determinação de um conceito de autor deve ser encontrada no plano subjetivo.

2.3 TEORIA RESTRITIVA

⁴ SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Der Täter hinter dem Täter*. p. 41

⁵ SHIMIDT, Eberhard. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. p. 326

⁶ MEZGER, Edmund. *Deutschen Strafrechts. Ein Grundrifs*. p. 133.

⁷ ZIMMERL, Leopold. *Grundsätzliches zur Teilnahmelehre*. p. 40

A teoria Restritiva, estabelece que autor é quem realiza a conduta prevista no núcleo do tipo, sendo partícipes todos os outros que colaboraram para isso, mas não realizaram a conduta descrita no núcleo do tipo. Vale lembrar que foi a primeira tentativa de distinguir cientificamente autor e partícipe com base em critérios objetivo-formal da ação típica.

Para esta teoria, por exemplo, no crime de homicídio, somente seria autor aquele que efetivamente praticasse a conduta de “matar alguém”. Todos os outros colaboradores seriam partícipes.

No entanto, o grande problema desta teoria é considerar o autor intelectual (mandante) como partícipe, e não como autor. Mais que isso: Essa teoria não explica o fenômeno da autoria mediata (quando alguém se vale de um inimputável para cometer um crime).

Uma vez praticada a conduta descrita no tipo penal, será necessário fazer uma distinção entre autoria e participação, através de critérios objetivos, motivo pelo qual o conceito restritivo de autor, por si só, não serve para definir com absoluta propriedade a autoria e a participação, necessitando ser complementada por uma teoria objetiva da participação.

O mais conhecido representante do conceito restritivo é Von Beling (2002, p. 86) que fala em conceito puro de autor, vejamos:

Como conceito puro, o tipo penal não possui significado autônomo, ele é puramente objetivo e descritivo e serve a individualização da conduta. Com isso, a conduta que se pode subsumir no tipo é uma conduta típica. Em outras palavras, somente seriam condutas típicas --- chamadas ações de execução – aquelas que realizam o núcleo do tipo.

Tal concepção se apresentou nas disposições do Código Penal prussiano, de 1851, tendo se manifestado primeiramente no Código Penal Francês de 1810.

Ademais, ainda hoje apresenta seguidores na doutrina alemã, sendo que, o próprio Roxin tem seguido um conceito restritivo, por estar limitado à conduta descrita nos tipos penais da parte especial do código penal⁸.

Diante disso, essa teoria se subdivide em duas outras teorias: objetivo-formal e objetivo-material, que serão estudadas nos tópicos a seguir.

⁸ ROXIN, Claus. Strafrecht, AT. München: Verlag Beck, 2003. p.7.

2.3.1 TEORIA OBJETIVO-FORMAL

Segundo essa teoria, autor é aquele que pratica a conduta descrita no tipo, ou seja, é aquele que pratica a ação, o verbo, do tipo penal. E todos os outros concorrentes são partícipes que de alguma maneira contribuem para a execução do crime, mas sem praticar o verbo descrito no tipo penal⁹.

Assim, para essa teoria o mandante do crime não é considerado autor, porque sua conduta não se amolda ao núcleo do tipo. E o autor intelectual que planeja toda ação criminosa e realiza divisão de tarefas, não é autor, mas partícipe, posto que, não realiza o verbo do tipo.

Roxin discorre sobre sua origem: recibió su nombre de Birkmeyer, pero de hecho és bastante más antigua. Ya en el siglo XIX contaba con numerosos defensores; fue ganando entonces terreno hasta convertirse en doctrina dominante entre 1915 y 1933. Le dieron renombre los grandes dogmáticos Beling, Max Ernest Mayer y Liszt; también el 'Proyecto Oficial' de 1925 se basaba, frente a la jurisprudencia entonces dante, en la teoría objetivo-formal. En torno a 1930 la seguieron los tratados entonces más trascendentes, los de Eb. Schmidt, Mezger, Robert v. Hippel, Finger y Allfeld, los compendios de Paul Merkel y Vancalker, así como la propugnaron expresamente numerosos penalistas como Wegner, Zimmerl, Hegler, Rosenfeld, Grünhut y Graf zudohna. Pero para entonces ya había superado su punto culminante¹⁰.

Contudo, verificou-se que esta teoria, por ter seu critério principal à descrição legal do tipo, mostrou-se declinada ao fracasso, posto que os tipos, nem sempre, descrevem o injusto da ação com clareza, dificultando, sobretudo, nos crimes materiais, a distinção entre autor e partícipe.

Wessels (1976, p.189), faz a seguinte crítica à teoria:

Apesar de delimitar a ideia de autoria e de distingui-la da participação, a teoria Objetivo-Formal não soluciona o principal déficit do conceito restritivo, qual seja, o de que se o autor realiza por si mesmo o tipo, não se pode falar em autoria mediata. De modo que, em razão disso, tal concepção tem levado a tomada de decisões incorretas.

⁹ ROXIN, Täterschaft, p. 34 e ss.

¹⁰ ROXIN, Claus. Autoria y dominio del hecho en derecho penal, 7. ed., Madrid: Marcial Pons, 2000.

Maurach expõe sua crítica sobre essa teoria da seguinte forma: ella no se hallaba em condiciones de cumplir las exigencias del derecho penal de la culpabilidad. Como estaba adherida a lo formal, no lè era posible tomar con suficiente consideración una forma especialmente peligrosa de la coautoría, estos es, el de la división del trabajo consentida en el acontecer delictivo. Ella no podía castigar como autor, sino solamente como cómplice, al jefe de la banda que dirigía el asalto ordenando y controlando, dado que éste, sin intervenir por propia mano, dejaba la parte menos importante del asalto a sus cómplices. Ella significaba por lo mismo un absurdo premio del autor más peligroso. Asimismo, esta teoría tampoco está em condiciones de reconocer a la autoría mediata como forma de autoría: el autor mediato no actúa personalmente, sino por medio de otros¹¹.

Ademais, como adverte Jakobs¹², em determinados tipos penais como o de roubo (art. 157 do CP), em que um agente emprega a violência contra a vítima e outro efetua a subtração, a teoria não permite esclarecer quem seria o autor do fato, pois a subtração não está nas mãos daquele que causa a violência.

2.3.2 TEORIA OBJETIVO-MATERIAL

A teoria *Objetivo-material*, representada por Feuerbach, Berner, Flegenheimer, surge como uma complementação a teoria objetivo formal. Ela procurou suprir os defeitos da formal-objetiva, considerando autor como aquele que pratica a ação mais importante da conduta delituosa em comparação com a do partícipe, ou a conduta delituosa de maior relevância material.

Assim, para suprir tais lacunas, em vez de execução da ação típica, tal teoria parte da análise de maior periculosidade que, portanto, deve caracterizar a contribuição para o fato por parte do autor face ao partícipe.

Essa teoria também não levou em consideração os elementos subjetivos, o que levou ao fracasso pouco tempo depois, em função das dificuldades práticas de distinguir das ações delituosas qual intento criminoso tinha maior ou menor relevância.

Nesse sentido Schroeder, Friedrich-Christian (1965, p.33) preconiza que:

¹¹ MAURACH. Tratado de derecho penal: parte general, 3. ed., Barcelona: PPU, 1995.

¹² JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. p. 734-735.

Para essa teoria o grau de perigo deveria ser verificado em conformidade com a distinção entre causa e condição, já elaborada por Birkmeyer, posto que, se a ocorrência do resultado lesivo depende de uma condição, que se traduz na conduta dolosa, até que suja o motivo determinante do crime, o perigo ainda não atingido seu grau máximo.

Ademais, essa teoria não resolve a questão da autoria mediata em que o sujeito se serve de outro como instrumento do delito. Ainda, no dizer de André Callegari, “o problema é encontrar tais critérios objetivos”¹³.

A teoria do domínio do fato é objeto principal de análise desta pesquisa e faremos um estudo sobre o tema no terceiro capítulo deste trabalho.

3 CONCURSO DE PESSOAS

A prática de infrações penais em grupo ou em dupla tem se mostrado cada vez mais frequente na atualidade. No concurso de agentes a divisão de tarefas facilita e garante o êxito na ação delituosa, além de servir para garantir a impunidade, principalmente nos crimes praticados por organizações criminosas e lavagem de dinheiro, onde cada integrante possui uma missão pré-estabelecida.

O tema concurso de pessoas sempre foi um dos grandes problemas das discussões doutrinárias penal, tanto nacional quanto internacional, sendo que na atualidade tem ocupado o centro dos debates científico, principalmente no âmbito pátrio.

Não desejamos aqui, fazer uma reconstrução histórica do instituto do concurso de pessoas, contudo vale ressaltar que já na antiguidade especificamente entre os romanos havia uma tendência de efetuar uma diferenciação entre as modalidades de participação nas ações delituosas que eram praticadas por mais de um agente.

Nesse sentido, esclarece Mommsen (1899. P. 98):

Entre os romanos a participação de várias pessoas em um mesmo delito assumia diversas formas. Assim, a realização conjunta de um fato na forma de coautoria era designada de *socii* e havendo um chefe seria esse

¹³ CALLEGARI, André Luiz, Imputação objetiva, lavagem de dinheiro e outros temas de direito penal, Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001.

chamado de “*princeps sceleris*” ou “*princeps delicti*”. O cossabedor do fato, que realizasse pouca intervenção ativa do delito, era denominado de *consciuis*. Já o indivíduo que exercesse influência decisiva sobre a resolução de outras pessoas era chamado de “*auctor*”. Ademais, o auxiliador, que praticasse não a execução material do delito, mas sim a atividade espiritual de incitação, era chamado de “*mister*”.

Mas foi na Idade média que a diferenciação de autores no concurso de pessoas encontrou desenvolvimento na qual orientou-se por fatores causais, a equivalência das condições. Diante disso, desenvolveu a primeira teoria abrangente do concurso de pessoas distinguindo entre autor, “*mandatum*” que era a figura do mandante da ação delituosa, “*auxilium*” era o agente que realizava toda contribuição intelectual e física sem que houvesse interesse no fato e “*consilium*” era o agente que dava apoio natural (físico) ao autor¹⁴.

Entende-se, na atualidade doutrinária, por concurso de pessoas, quando diversos agentes concorrem para a prática de um crime, e nesse desiderato há uma existência de um liame subjetivo ou psicológico entre os agentes, ou seja, eles devem agir com o mesmo objetivo.

O concurso de pessoas denomina-se também como codelinquência, concurso de agentes ou concurso de delinquentes. Nosso código penal adota a denominação “concurso de pessoas”.

Júlio Fabbrini Mirabete (2010, p. 213) menciona, ainda, que deve existir uma causalidade física e psíquica, assim explica o mestre:

Na questão do concurso de pessoas, a lei penal não distingue entre os vários agentes de um crime determinado: em princípio, respondem todos àqueles que concorreram para sua realização. A causalidade psíquica (ou moral), ou seja, a consciência da participação no concurso de agentes acompanha a causalidade física (nexo causal).

Existem dois tipos de crimes. Os crimes monossubjetivos, que podem ser cometido por um só sujeito, são os mais comuns do sistema jurídico. E os crimes plurissubjetivos que são aqueles cujo sua prática depende da pluralidade necessária de sujeitos, onde esses crimes não podem ser praticados por uma pessoa.

E de acordo com o tipo de crime teremos duas espécies de concurso de agentes. No concurso de pessoas, se o crime for monossubjetivo, teremos um

¹⁴ SCHROEDER, Friedrich-Christian. Der Täter hinter dem Täter. p. 17

concurso eventual (facultativo) e se o crime for plurissubjetivo, teremos um concurso necessário (obrigatório).

4 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO OU OBJETIVO-SUBJETIVA

4.1 ORIGEM

A expressão “*domínio do fato*” foi empregada pela primeira vez no Direito Penal no ano de 1915, por Hegler. Apesar de utilizar a expressão como conceito fundamental, o jurista alemão atribuía um sentido diferente do que hoje é conferido a ela. Ele via o domínio do fato como elemento da personalidade do sujeito do crime.

O domínio do fato integral (“*volleTatherrchaft*”), para Hegler era pressuposto material da culpabilidade. Diante disso, só se agia com culpabilidade quem tinha o domínio do fato.

Contudo, algum tempo depois Hegler procurou usar tal teoria aos conceitos de autoria, utilizando-se da expressão “senhor sobre o fato”. Daí, podemos afirmar que as definições de Hegler tinha uma relação com as orientações atuais sobre a teoria do domínio do fato principalmente em relação à autoria mediata.

Nesse sentido esclarece ROXIN (1994, p.61) que:

Hegler utilizou a terminologia para fundamentar também a ideia de autoria mediata, referindo que a essência da autoria mediata esta na preponderância do homem de trás e que quando o executor atua sem culpabilidade ou culposamente, aquele é causador ou porque era o “senhor absoluto do fato” ou porque tinha o “domínio mais acentuado do fato”.

Por sua vez, SCHMIDT (1936, p. 63), tenta desenvolver seu conceito extensivo de autor com a ideia de domínio do fato:

Somente ocorre uma conduta de autor onde a orientação intencional do agente o aponte como senhor do fato...e é certo...que essa orientação intencional que caracteriza o domínio do fato...pressupõe um dever militar específico.

Contudo, a ideia de Schmidt fica adstrita aos crimes praticados por militares.

Em 1939, Welzel procurou elaborar pela primeira vez uma teoria propriamente dita do domínio do fato, a qual apresentou sua ideia de domínio do fato ao seu conceito de ação finalista.

Welzel introduz ao conceito causalista da ação e todas as suas consequências, de modo a inserir em seu lugar a ideia de ação como “relação final da vontade com o resultado”.

Assim para Welzel, possui o domínio do fato quem é o senhor sobre sua decisão e execução e com isso o senhor sobre seu ato, a qual ele realiza de forma conscientemente final em sua essência e existência¹⁵.

A definição de domínio do fato para Welzel estava relacionada com a vontade do agente de cometer o crime, o que levou essa teoria a receber varias críticas em especial de Roxin, que elevou suas criticas a concepção de Welzel, sob o argumento de que no tocante ao seu conteúdo material, a teoria do domínio final do fato apresenta-se como um mero desenvolvimento ulterior da teoria do dolo¹⁶.

4.2 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO SEGUNDO ROXIN

Nos dias atuais não há dúvida de que o grande construtor da teoria do domínio do fato foi o grande jurista Roxin, o qual desenvolve sua concepção já desde o ano de 1963¹⁷. Sendo que o principal aspecto da sua teoria preconiza justamente na ideia de domínio de vontade e na caracterização da autoria mediata.

A partir daí, em sua obra *Täterschaft und Tatherrschaft* (Autoria e domínio do fato), Roxin desenvolve a ideia de domínio do fato sob o fundamento de que o autor é a figura central (“Zentralgestalt”) e a figura-chave (“Schlüsselfigur”) do acontecimento mediato pela conduta. Em outras palavras, afirma Roxin que tem o domínio do fato e é autor, quem aparece como a figura central, a figura-chave na realização da ação criminosa, por meio de sua influência decisiva para o acontecimento.

Diante da ideia de figura central do delito, Roxin desenvolve um modelo tripartido de domínio do fato no qual faz a distinção entre domínio da ação, domínio

¹⁵ WELZEL, Hans. *Studien zum System des Strafrechts*. p. 161

¹⁶ ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. p. 68.

¹⁷ ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*.

funcional e domínio da vontade, respectivamente surgindo às formas de autoria, a saber: autoria direta ou imediata, coautoria e autoria mediata.

A teoria do domínio do fato tem sua aplicação restrita aos crimes dolosos em face do conceito restritivo de autor que adotou. Ademais, não se pode esquecer que, somente nos crimes dolosos se pode falar em domínio final do fato, até porque, a principal característica dos crimes culposos é exatamente a perda desse domínio.

4.2.1 AUTORIA DIRETA COMO DOMÍNIO DO FATO

Para Roxin autor imediato é quem tem primeiramente, o domínio da própria ação (*Handlungsherrschaft*), que é o domínio de quem realiza em sua própria pessoa, todos os elementos de um tipo, isto é, do autor imediato. O domínio do fato pelo domínio da ação existe, portanto, na hipótese do indivíduo que atrás de sua conduta preenche, por si mesmo, todos os pressupostos do delito¹⁸.

Sua premissa fundamental é que quem pratica a conduta executória típica é sempre autor e quem preenche outro elemento do tipo, já não é, por isso, senhor do fato (*Tatherr*). Tal premissa muito se assemelha com aquela proposta por Beling, no plano da teoria Objetiva-Formal¹⁹, sendo que a vincula ao elemento objetivo do domínio do fato.

Entretanto, o próprio jurista alemão reconhece os limites de sua concepção, no que diz respeito à autoria direta, em face de disposição legal que aderiu a um critério puramente objetivo para seus limites.

4.2.2 AUTORIA INDIRETA COMO DOMÍNIO DO FATO

Segundo Roxin essa autoria consiste em “no domínio do fato pelo domínio da vontade” ou tão só “domínio da vontade” (“*Willensherrchaft*”).

Diante disso, para essa teoria autor não é apenas o que realiza diretamente a ação típica descrita na lei, mas quem consegue a execução através de pessoa que atua sem culpabilidade. Zaffaroni define autor mediato com sendo aquele que se vale de um terceiro que age sem dolo, que age atipicamente ou que age justificadamente, para praticar a figura típica.

¹⁸ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT. München: Verlag Beck, 2003. p.19

¹⁹ BELING, Ernst Von. *Esquema de derecho penal*. p. 88-89.

Como a principal característica da autoria mediata é a utilização de terceiros como instrumento para a realização da ação típica em posição de subordinação ao controle do autor mediato, pode-se afirmar que não há autoria mediata nos casos em que o terceiro utilizado não é instrumento e sim autor plenamente responsável. Nos crimes de mão de própria, nos crimes especiais próprios que exigem autores com qualificação especial e, por fim, nos crimes culposos em razão de não existir a vontade construtora do acontecimento.

Observa-se que as principais hipóteses de autoria mediata decorrem de coação irresistível, erro, emprego de pessoas inimputáveis e nos casos do emprego de terceiro que age justificadamente sob o amparo de uma excludente de ilicitude provocada deliberadamente pelo autor mediato.

Nesse sentido segundo ROXIN (2003, p. 23.) o domínio da vontade se verifica em três casos, a saber:

- a) Quando o homem de trás (“Hintermann”) domina o fato na medida em que coage o executor imediato a realização do tipo, hipótese que configura o chamado domínio da vontade em virtude de coação.
- b) Quando o homem de trás induz o executor em erro, mantendo-o sem saber do seu planejamento delitivo, hipótese que configura o chamado *domínio da vontade em virtude de erro*.
- c) Quando o homem de trás, enquanto emissor de ordens em um aparato organizado de poder, pode-se servir de órgãos de execução substituíveis e, por isso, pode prescindir da disposição do autor individual a execução, hipótese que configura o chamado *domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder*.

4.2.3 COAUTORIA COMO DOMÍNIO DO FATO

A coautoria é a própria autoria, diz Welzel, cuja característica consiste em que o domínio final do fato sobre a conduta delitiva encontra-se não com um indivíduo, mas com vários conjuntamente²⁰.

Para Welzel a coautoria fundamenta-se na ideia de divisão de papéis (“*Rollenverteilung*”), entretanto, nenhum dos agentes detém o domínio pleno do fato, senão dos seus respectivos atos isolados e, como cada um executa sua parte na ação delituosa a coautoria nada mais é do que uma variedade de autores individuais (“*Mehrfachealleintäterchaft*”).

²⁰ WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts. p. 169

Para tanto, Roxin estabelece a coautoria como forma independente de autoria, porém, a coautoria se distingue estruturalmente da autoria direta e da autoria imediata em virtude de que a coautoria consiste na divisão de tarefas.

Diante disso, Roxin extrai a ideia já levantada por Welzel de que cada agente tem uma função insubstituível, que lhes confere o domínio conjunto, de tal modo que cada um tem a possibilidade de, por meio de recusa em realizar a sua parte, fazer fracassar o delito planejado. Daí utilizar a expressão “domínio funcional” (“funktioneller Tatherrschaft”) para caracterizar a coautoria²¹.

Cabe ressaltar que a contribuição dos coautores não precisa ser necessariamente a mesma, bastando que a contribuição de cada um seja considerada importante para a realização do tipo penal. Cada um desempenha uma função fundamental na consecução do objetivo comum, por isso que, só resta uma imediata imputação recíproca, havendo a responsabilização integral de todos os envolvidos no delito.

5 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

O Supremo Tribunal Federal aplicou a teoria do domínio fato no Julgamento da Ação Penal 470, denominado caso do “Mensalão”. Diante disso, surgiu um grande debate científico na doutrina nacional em relação à possibilidade de aplicação de tal teoria no direito brasileiro.

Os votos que fazem referência à teoria do domínio do fato cuidaram, de relatar a compatibilidade entre nosso artigo 29, *caput*, CP, e a referida teoria.

Na passagem do voto do Ministro Celso de Mello, ele preconizou a compatibilidade da teoria do domínio do fato em nosso sistema jurídico-penal. Vejamos:

Há que se destacar, ainda por necessário, que a adoção, pela legislação brasileira, da teoria unitária em matéria de concurso de pessoas não afasta a possibilidade de reconhecimento, em nosso sistema jurídico-penal, da teoria do domínio do fato. Na realidade uma teoria não exclui a outra, pois o reconhecimento de uma ou de outra apenas poderá influenciar no quantum a ser definido na operação de dosimetria penal, nos termos do artigo 29 do CP. (fl. 56.814).

²¹ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT. Bd. II. p.77

Também na manifestação da Ministra Rosa Weber é possível identificar a compatibilidade da teoria:

Refleti muito sobre a teoria do domínio do fato e me sinto muito confortável, porque, com todo respeito às compreensões contrárias, acredito que, ontem, o Ministro Gilmar Mendes – se bem recorde – ainda tenha lembrado a própria dicção do artigo 29 do Código Penal, em sua literalidade, que nos leva pelo menos, na minha visão e respeitando as compreensões contrárias a um entendimento que é plenamente consentânea com o nosso direito posto, a teoria do domínio do fato. (fl. 56.841).

Por outra banda, o ministro Ricardo Lewandowski faz duras críticas à aplicação da referida teoria em sua manifestação no julgamento da Ação Penal 470, Vejamos:

Trata-se de uma tese, embora já antiga ainda controvertida na doutrina. Não obstante a discussão que se trava em torno dela, muitas vezes é empregada pelo *Parquet* como uma espécie de panaceia geral, ou seja, de um remédio para todos os males, à míngua do medicamento processual apropriado. O próprio Claus Roxin, autor que criou a citada teoria em 1963, ao proferir aula inaugural na Universidade de Lucerna, na Suíça, em 21 de junho de 2006, manifestou preocupação com o alcance indevido que alguns juristas e certas cortes de justiça, em especial o Supremo Tribunal Federal alemão, estariam dando a ela, especialmente ao estendê-la a delitos econômicos, sem observar que os pressupostos essenciais para sua aplicação - dentre os quais a fungibilidade dos membros da organização delituosa, existem apenas no injusto do sistema estatal, no 'Estado criminoso dentro do Estado', assim como a Máfia e formas semelhantes de manifestação da criminalidade organizada. (fl. 56.568).

Existem, ainda, aqueles que restringem a utilização da referida teoria a casos muito específicos, na linha, aliás, da formulação inicial de Roxin tal como o fazem Zaffaroni e Pierangeli. Confira-se:

Esta forma de autoria mediata pressupõe uma 'máquina de poder', que pode ocorrer tanto num Estado em que se rompeu com toda a legalidade, como uma organização paraestatal (um Estado dentro do Estado), ou como uma máquina de poder autônoma 'mafiosa', por exemplo. Não se trata de qualquer associação para delinquir, e sim de uma organização caracterizada pelo aparato de seu poder hierarquizado, e pela fungibilidade de seus membros (se a pessoa determinada não cumpre a ordem, outro a cumprirá; o próprio determinador faz parte da organização). Serviria de exemplo a 'SS' no nacional-socialismo alemão, ou um Estado totalitário que se vale de um agente para cometer um crime no exterior.

Vale destacar, a lição do ilustre doutrinador e penalista Damásio de Jesus (1999, p. 67), cujo magistério bem demonstra que a legislação brasileira adota a teoria do domínio do fato e que não existe incompatibilidade com o modelo e a disciplina que o Código Penal estabeleceu em tema de concurso de pessoas e respectivo tratamento jurídico a ele dispensado.

Além da Ação Penal 470, o STF já teve oportunidade de se manifestar a respeito da aplicação da Teoria do Domínio do Fato outras vezes:

'APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA – ART. 155, § 3º - DENÚNCIA QUE PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP - TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO - RECURSO IMPROVIDO. 1) A peça acusatória atende aos requisitos do art. 41 do CPP, na medida em que houve a exposição do fato considerado criminoso, com suas circunstâncias, e a devida qualificação do crime, além do oferecimento do rol de testemunhas. 2) Acusado que, valendo-se da função de Secretário de Serviços Urbanos do Município, determinou a realização de 'gatos', mesmo afirmando que agiu no intuito de ajudar pessoas carentes, acabou incidindo na conduta prevista no art.155, § 3º, configurando furto de energia elétrica. 3) A denominada teoria do domínio do fato estabelece que o autor nos crimes dolosos é aquele que detém o domínio funcional do fato. É aquele que possui condições de determinar, no caso concreto, o desenrolar fático que acompanha o delito, esta teoria amolda-se com perfeição ao caso em tela, pois foi o apelante quem, na condição de detentor de parcela do poder político naquela localidade, determinava a realização de ligações clandestinas de energia elétrica. 4) Recurso de apelação conhecido e improvido.'

Segue abaixo jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na qual houve a aplicação da teoria do domínio do fato.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2002.04.01.037299-1/RS - TRF da 4a Região, de 09/12/2013. PENAL. LEI Nº 7.492/86. GESTÃO TEMERÁRIA. EMENTA: TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. SUJEITO ATIVO PRÓPRIO. ADIANTAMENTO DE *PRO LABORE*. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. Comprovada a gestão temerária da empresa ao ser aceito que consorciados acumulassem em seus nomes grande número de cotas em grupos de consórcio sem a demonstração de capacidade financeira. Aplicável a Circular nº 2.196/92 do BACEN vigente à época dos fatos. Ainda há temeridade da gestão pelos fatos de entrega dos veículos contemplados mediante a apresentação de simples nota de consignação, e pelo pagamento do lance pela própria administradora de consórcios. Comprovado o dolo de gerir de forma temerária a empresa. Responsável também o réu Newton em face da aplicação da Teoria do Domínio do Fato.

Em razão disso, a Teoria do Domínio do Fato já está deixando de ser mera teoria para se tornar uma realidade quanto à aplicação pela Jurisprudência

Brasileira. Os tribunais de segunda instância já vêm aplicando a Teoria do Domínio do Fato já há algum tempo e sendo ratificado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Ademais, os legisladores brasileiros após aplicação da teoria do domínio do Fato pela Suprema corte em especial na ação penal 470, julgamento de grande repercussão nacional e internacional, têm declinado no sentido de inserir no direito posto a teoria do domínio do fato. Daí a teoria do domínio do fato sai do campo teórico para o campo normativo. Vejamos:

Lei nº 12.850, de dois de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal:

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. § 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, **ainda que não pratique pessoalmente atos de execução** (grifamos).

Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, que reforma o Código Penal.

Concurso de pessoas

Art. 35. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. §1º Consideram-se: I – coautores aqueles que: b) **mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a ofensa ao bem jurídico**; (grifamos).

Com a adoção da Teoria do Domínio do Fato, no caso de organizações criminosas, os verdadeiros mandantes e organizadores podem ser penalizados como autores e não como meros partícipes. Pois, em geral, não praticam conduta prevista nos tipos penais, apenas detém o controle e o domínio do fato. Logo, devem ser apenados de forma mais grave, por se tratar dos verdadeiros mentores do delito.

6 CONCLUSÃO

Atualmente é objeto de preocupação tanto da dogmática penal, quanto das políticas criminais, a penalização do mentor ou chefe da quadrilha de crime

organizado. A associação para o crime sempre existiu. No entanto, esse fenômeno da criminalidade organizada alcançou proporções nunca antes atingidas. Se antes a codelinquência organizada operava nos limites de um único Estado, hoje existem diversas atividades criminosas ordenadas com ramificações internacionais, como, por exemplo, o tráfico ilícito de entorpecentes, pedofilia e o comércio clandestino de pessoas e animais silvestres.

A criminalidade está cada vez mais organizada, à margem do Estado formando assim, um “poder paralelo”. Nesse intento criminoso o poder está dividido entre os chefes do tráfico e as milícias, os quais comandam as favelas da forma como acham convenientes, meio em que o Estado não se faz presente, reinando as normas impostas por eles. Essa codelinquência organizada está voltando-se aos aparatos tecnológicos e prática de atividades voltadas para o mercado internacional, pois a vantagem e a impunidade ainda são maiores.

É necessário que os operadores do direito se atentem as mudanças de paradigma criminal, pois a marginalidade está se especializando, ultrapassando fronteiras e desafiando o *jus puniendi* do Estado.

Uma das questões mais complicadas é a distribuição da responsabilidade nos delitos praticados em concurso de pessoas, especialmente por meio/ou dentro de empresas ou de organizações, uma vez que é dever da acusação apontar os atos praticados pelos réus, de forma detalhada.

A ideia da teoria é bastante simples e plausível: nos crimes comissivos dolosos o autor é aquele com domínio dos fatos, seja como executor direto, como autor funcional, ou como autor mediato.

Na presente pesquisa, conclui-se que a teoria do domínio do fato é aceita pela doutrina brasileira e estrangeira, assim como na jurisprudência, desde os tribunais dos Estados, até a mais alta corte, o Supremo Tribunal Federal.

Portanto, autor de um delito, no direito penal brasileiro, poderá ser aquele que realiza a conduta descrita no núcleo do tipo; aquele que tiver o domínio organizacional da ação criminosa, ou seja, quem organiza ou planeja aquele que participar funcionalmente da execução do crime mesmo sem realizar o verbo do núcleo do tipo. Por exemplo, quem segura à vítima para que o executor venha a roubá-la, e aquele que tiver o domínio da vontade de outras pessoas, nos casos de autoria mediata. Nota-se, portanto, que o conceito de autor, com a adoção da teoria do domínio do fato resultou bastante ampliado.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. 1. ed.; São Paulo: Saraiva, 2014.

BELING, Ernst Von. **Esquema de Derecho Penal**. La doctrina del Delito-Tipo, Trad. Sebastián Soler; Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 17. ed.; São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanchez. **Manual de Direito Penal: Parte Geral (arts. 1 ao 120)**. Volume único; Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

CALLEGARI, André Luiz. **Imputação objetiva, lavagem de dinheiro e outros temas de direito penal**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001.

GRECO, Luiz & LEITE, Alaor. **Autoria Como Domínio do Fato - Estudos Introdutórios Sobre o Concurso de Pessoas No Direito Penal brasileiro**, 1. Ed.; São Paulo: Marcial Pons, 2014.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed; Rio de Janeiro: Forense, 1955.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal. Parte General**. 2. ed; Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESUS, Damásio de, **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas**. 2. ed; São Paulo: Saraiva, 2001.

LISZT, Franz Von. **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**. 10. ed. ufl; Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1900.

MEZGER, Edmund. **Deutschen Strafrechts. Ein Grundrifs**. 3. ed. Bd. Berlin: Junker und Dünnhaupt Verlag, 1943.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal. Parte Geral**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOMMSEN, Theodor. **Römisches Strafrecht**. Berlin: Duncker&Humblot, 1899.

ROXIN, Claus. **Täterschaft und Tatherrschaft**. 6. ed. Aufl. Berlin: Walter de Gruyter. 1994.

_____. **Strafrecht, AT. München**: Berlin: Verlag Beck, 2003.

_____. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. **Der Täter hinter dem Täter**. Berlin: Duncker&Humblot, 1965.

SHIMIDT, Eberhard. **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**. 1. ed. Bd; Berlin: Walter de Gruyter, 1975.

WELZEL, Hans. **Studien zum System des Strafrechts**. Berlin: Walter de Gruyter, 1932.

WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral. Trad. de Juarez Tavares**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4. ed. 2002.

ZIMMERL, Leopold. **Grundsätzliches zur Teilnahmelehre**. 49. ed. Bd, Helft, 1929.

<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12646.**Teoria do Domínio do Fato - quem é quem no crime?**>Acesso em 25/10/2014.

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=911.**Concurso de pessoas**>Acesso em 22/10/2014.