

## A Toda Prova: O domínio do fato na perspectiva dos concursos públicos

*No que diz respeito ao concurso de pessoas para a realização de crimes dolosos, a teoria do domínio do fato considera autor o coautor que realiza uma parte necessária do plano global — o que se denomina domínio funcional do fato — que, mesmo não sendo um ato típico, integra a resolução delitiva comum (Prova objetiva do concurso público para provimento de vagas e formação de cadastro reserva no cargo de Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo).*

Após anos a fio discutindo como diferenciar, em direito penal, a autoria de outras formas especiais de participação, como a instigação e a cumplicidade, a literatura parece finalmente ter chegado à conclusão de que autor é aquele que detém o *domínio do fato*, isto é, quem toma a execução do fato em “suas próprias mãos”<sup>[1]</sup> de uma maneira tal que, de seu desígnio passam a depender o “se” (domínio da decisão) e o “como” (domínio da forma) do evento típico<sup>[2]</sup>.

Iniciada por Lobe<sup>[3]</sup>, e impulsionada por Welzel, Roxin, Maurach e Gallas<sup>[4]</sup>, essa formulação teórica, que tem origem no finalismo<sup>[5]</sup>, procura delimitar o conceito de autor a partir da conjugação de elementos presentes tanto na *teoria subjetiva* (extensiva), em que é autor quem age com esse ânimo (*animus auctoris*), bem como nas *teorias objetivas* (restritivas), em que autor é quem realiza algum ou todos os atos executivos previstos no tipo legal (*teoria objetivo-formal*)<sup>[6]</sup>, ou, ainda, quem contribui, em termos objetivos, decisivamente para a realização da ação típica (*teoria objetivo-material*)<sup>[7]</sup>.



Aldo de Campos Costa  
advogado

A natureza *objetivo-subjetiva*, *mista* ou *eclética* dessa concepção<sup>[8]</sup> não impede, contudo, a existência de teorias do domínio do fato que atribuam maior destaque a alguns *aspectos subjetivos*, como a presença de uma atitude psíquica no autor para a configuração do ato típico, ou que privilegiem determinados *aspectos objetivos*, como a conduta empregada pelo autor na execução material do fato punível<sup>[9]</sup>.

O mais difundido modelo teórico baseado no critério domínio do fato é o de Roxin<sup>[10]</sup>. Possui caráter acentuadamente objetivo<sup>[11]</sup> e se apoia nos seguintes pilares: (a) o domínio do fato é apenas um dos critérios que devem ser levados em consideração quando se pretende imputar a autoria de um fato a um determinado agente, podendo, conforme o caso, ser substituído por outros, como a violação de um *dever especial*, de caráter extrapenal<sup>[12]</sup>, presente nos crimes omissivos impróprios e nos crimes próprios de responsabilidade dos funcionários públicos<sup>[13]</sup>; (b) o domínio do fato é um critério de imputação restrito aos denominados “crimes de domínio” (*Herrschaftsdelikte*), não aplicável aos crimes culposos<sup>[14]</sup>; (c) o domínio do fato é um critério de imputação *aberto*, que se apresenta de forma diferenciada em cada uma das três modalidades de autoria<sup>[15]</sup>.

Com efeito, segundo essa construção, o domínio do fato pode manifestar-se em três vertentes<sup>[16]</sup>: como *domínio da ação*



, onde o agente executa, por si próprio, todos os elementos do tipo, distintivo da *autoria imediata*[17]; como *domínio da vontade*, próprio da *autoria mediata*[18], no qual um agente (autor indireto) instrumentaliza outrem (autor direto) para a realização da ação típica, valendo-se, para tanto, de *coação*, *indução em erro* (fator causal cego) ou de um *aparato organizado de poder*[19]; e, finalmente, como *domínio funcional do fato*, característico da *coautoria*, onde, a partir de uma divisão de funções, cada um dos agentes presta contribuição essencial à prática do delito[20] (elemento objetivo), não necessariamente em sua execução[21], que, mesmo sendo atípica, integra a resolução delitiva comum[22] (elemento subjetivo).

A ampla aceitação dessa fórmula, entretanto, não a tornou indene de críticas. A principal delas diz respeito à imprecisão de seu conteúdo[23], o que fez com que muitos autores apresentassem variações à teoria do domínio do fato, conforme noticiam, dentre outras, a teoria da totalidade (*Ganzheitstheorie*), de Schmidhäuser, que utiliza a imputação objetiva como método para determinar a autoria[24], e a teoria da pertinência do fato, de Mir Puig, segundo a qual o critério decisivo para o domínio do fato estaria na pertinência do fato com quem o realiza de forma exclusiva ou compartilhada[25].

No Brasil, parte da doutrina entende que a opção legislativa pelo *sistema unitário* de autor (CP, artigo 29, *caput*) implicaria o rechaço às teorias edificadas sobre a base de um *sistema diferenciador* (como a de Roxin), mas não à ideia de domínio do fato[26]. Prevalece, não obstante, o entendimento de que as referidas abordagens explicam de forma satisfatória o conceito de autor em nosso ordenamento jurídico[27].

[1] Cf. HEINE, Günter. *Die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme*. In: SCHÖNKE, Adolf; SHRÖEDER, Horst (coord.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28ª ed., Munique: C. H. Beck, 2010, p. 483; ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. *O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas*. In: *Direito em Revista*, v. 3, n. 1, 2006, p. 11.

[2] Cf. HEINE, *Die Abgrenzung...*, p. 483; FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal, Parte Geral*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007, p. 765, que também faz menção a um domínio *positivo* do fato (a capacidade de o fazer prosseguir até à consumação) e um domínio *negativo* (a capacidade de o fazer gorar). O poder de interrupção, entretanto, pode não bastar para a imputação da autoria, cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – Parte general*. 7ª ed. Buenos Aires, 2004, p. 373.

[3] Cf. SCHILD, Wolfgang. *Tatherrschaftslehren*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2009, p. 73.

[4] Cf. JAKOBS, Gunther. *El ocaso del dominio del hecho*. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conferencias sobre temas penales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 89.

[5] MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 372.

[6] Cf. MIR PUIG, *Derecho penal...*, pp. 370-371. É essa, aliás, a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro após a reforma de 1984, cf. NUCCI, Guilherme. *Manual de Direito Penal*. 7ª ed., São Paulo, RT, 2011, p. 375. Cf., ainda, a seguinte assertiva, considerada *errada* pelo gabarito preliminar da prova objetiva do 52º concurso público para provimento de vagas no cargo de Juiz Substituto do Poder



---

Judiciário do Estado da Paraíba (2010): “No CP, é adotada, em relação ao estudo da autoria, a teoria restritiva, na sua específica vertente objetivo-material, segundo a qual somente é considerado autor aquele que pratica o núcleo do tipo”.

[7] Cf. MIR PUIG, *Derecho penal...*, pp. 370-371; ALFLEN DA SILVA, *O domínio por organização...*, p. 10; TAVARES, Juarez. *Autoria e participação*. Apontamentos de aula ministrada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (mimeo), 2009, pp. 4-6.

[8] Cf. a seguinte assertiva, considerada *errada* pelo gabarito definitivo da prova objetiva do III concurso público para provimento de vagas e formação de cadastro de reserva no cargo de Defensor Público Substituto da Defensoria Pública do Estado de Rondônia (2012): “Aplica-se aos crimes dolosos e culposos a teoria do domínio do fato, considerada objetivo-subjetiva e segundo a qual, senhor do fato é aquele que o realiza de forma final em razão de uma decisão volitiva, ou seja, autor é o que detém o poder de direção dos objetivos finais da empreitada criminosa”.

[9] Cf. ALFLEN DA SILVA, *O domínio por organização...*, pp. 10-11.

[10] “[O] ponto de partida de Roxin é a ideia de que o autor é a figura central do acontecer típico [...]. O partícipe, por sua vez, é quem contribui para um fato típico em caráter meramente secundário”, cf. GRECO, Luís; LEITE, Alaor. *Claus Roxin, 80 anos*. In: *Revista Liberdades*, n. 7, mai./ago. 2011, p. 101. Cf., ainda, a seguinte assertiva, considerada *correta* pelo gabarito definitivo da prova objetiva de concurso público para ingresso na carreira da magistratura do Estado de Mato Grosso (2009): “Para solucionar os vários problemas referentes ao concurso de pessoas, Roxin, jurista alemão, idealizou a teoria do domínio do fato, que entende como autor quem domina a realização do fato, quem tem poder sobre ele, bem como quem tem poder sobre a vontade alheia; partícipe é quem não domina a realização do fato, mas contribui de qualquer modo para ele”.

[11] Cf. ALFLEN DA SILVA, *O domínio por organização...*, p. 11.

[12] HEINE, *Die Abgrenzung...*, p. 483. Jakobs, *El ocaso...*, p. 89. Cf., ainda, a seguinte assertiva, considerada *correta* pelo gabarito definitivo da prova objetiva do concurso público para provimento de vagas e formação de cadastro de reserva para o cargo de Defensor Público Substituto do Estado do Espírito Santo (2012): “A teoria do domínio do fato, que rege o concurso de pessoas, não se aplica aos delitos omissivos, sejam estes próprios ou impróprios, e deve ser substituída pelo critério da infringência do dever de agir”.

[13] Cf. ROXIN, Claus. *Sobre la autoria y participación en derecho penal*. In: *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1979, p. 69.

[14] Cf. MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 374. A doutrina alemã excetua, no entanto, os casos de *culpa consciente*, cf. GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Comentários al Código Penal*. Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 248. Registre-se também a existência de corrente minoritária, que admite a aplicação da “base objetiva” da teoria do domínio do fato tanto para crimes dolosos e para culposos, sustentando que o que caracteriza a autoria e a diferencia da participação é o domínio objetivo e positivo do fato, não sendo bastante seu mero domínio negativo, cf. SCHILD, *Tatherrschaftslehren*, pp. 74 e ss; LUZÓN



PEÑA, Diego-Manuel; Curso de Derecho Penal. Manágua: Editorial Hispamer, 1995, p. 509; DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La Autoría en Derecho Penal*. Barcelona: PPU, 1991, pp. 631 e ss. Cf., ainda, a seguinte assertiva, considerada *errada* pelo gabarito preliminar da prova objetiva do 52º concurso público para provimento de vagas no cargo de Juiz Substituto do Poder Judiciário do Estado da Paraíba (2010): “*A teoria do domínio do fato, segundo a doutrina majoritária, prevalece atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente por explicar satisfatoriamente o concurso de agentes nos crimes culposos e dolosos*”.

[15] Cf. HEINE, *Die Abgrenzung...*, p. 483.

[16] Esse ponto foi objeto de questionamento na prova oral do 26º concurso público para provimento de cargos de Procurador da República (2012), vazado nos seguintes termos: “*Quais são as três vertentes da teoria do domínio do fato?*”.

[17] Cf. ROXIN, *Sobre la autoria...*, p. 62. Cf., ainda, a seguinte assertiva, considerada *errada* pelo gabarito definitivo da prova objetiva do XIII concurso para provimento de cargos de Juiz Federal Substituto de primeira instância na 2ª Região “*De acordo com a teoria do domínio do fato no âmbito dos delitos culposos, a autoria imediata equipara-se à coautoria, visto que autor e coautor nas consequências do delito são aqueles que executam parte necessária do plano global, o domínio funcional do fato, que, embora não seja ato típico, integra a resolução previamente acordada da prática do crime*”.

[18] Sobre a relação entre a figura jurídica da autoria mediata com a antiga categoria da autoria moral ou intelectual, cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, pp. 776-777.

[19] Essa modalidade de domínio da vontade parte do princípio de que os executores são intercambiáveis (fungibilidade), não sendo sequer necessário que o superior os conheça. Cf. AMBOS, Kai. *Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 37, 2002, pp. 45-46. O uso de crianças na prática do delito constitui tão somente uma variação do tipos fundamentais apresentados, podendo se afirmar o mesmo em relação aos doentes mentais. Cf. ROXIN, *Sobre la autoria...*, pp. 62-65.

[20] Cf. a seguinte assertiva, considerada *errada* pelo gabarito definitivo da prova objetiva de concurso público para ingresso na carreira da magistratura do Estado de Mato Grosso (2009): “*Para solucionar os vários problemas referentes ao concurso de pessoas, Roxin, jurista alemão, idealizou a teoria do domínio do fato, que entende como autores todos aqueles que intervenham no processo causal de realização do tipo, independentemente da importância que a sua colaboração possua dentro da totalidade do fato, questão que só tem interesse no momento da fixação da pena*”.

[21] Cf. STJ, REsp 1068452/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 02/06/2009, DJe 29/06/2009. Cf., ainda, a seguinte assertiva, considerada *correta* pelo gabarito preliminar da prova objetiva do 52º concurso público para provimento de vagas no cargo de Juiz Substituto do Poder Judiciário do Estado da Paraíba (2010): “*É aplicável a teoria do domínio do fato para o estabelecimento da distinção entre a coautoria e participação, considerando-se coautor aquele que presta contribuição independente, essencial à prática do delito, não obrigatoriamente em sua execução*”



. Nesse mesmo sentido, o gabarito definitivo da prova objetiva concurso público destinado a selecionar candidatos para o provimento de vagas nos cargos de Oficial Técnico de Inteligência e de Agente Técnico de Inteligência, integrantes do Plano de Carreiras e Cargos da ABIN (2010) considerou *correta* a seguinte assertiva: “*A teoria do domínio do fato é aplicável para a delimitação de coautoria e participação, sendo coautor aquele que presta contribuição independente e essencial à prática do delito, mas não obrigatoriamente à sua execução*”. O gabarito definitivo da prova objetiva do concurso público para matrícula no Curso de Habilitação de Oficiais do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal (2012) igualmente considerou *correta* a seguinte assertiva: “*Aplica-se a teoria do domínio do fato para a delimitação entre coautoria e participação, sendo coautor aquele que presta contribuição independente, essencial à prática do delito, não obrigatoriamente em sua execução*”. Já a seguinte assertiva foi considerada *errada* pelo gabarito definitivo da prova objetiva de concurso público para ingresso na carreira da magistratura do Estado de Mato Grosso (2009): “*Para solucionar os vários problemas referentes ao concurso de pessoas, Roxin, jurista alemão, idealizou a teoria do domínio do fato, que distingue a autoria da participação em função da prática dos atos executórios do delito*”. Nesse mesmo sentido, o gabarito definitivo do IV concurso público para provimento de vagas e formação de cadastro de reserva no cargo de Defensor Público de 1ª Classe do Estado do Maranhão (2011) considerou *errada* a seguinte assertiva: “*É aplicável a teoria do domínio do fato para a delimitação entre coautoria e participação, sendo coautor aquele que presta contribuição independente, essencial à prática do delito, atuando obrigatoriamente em sua execução*”.

[22] Cf. ROXIN, *Sobre la autoria...*, pp. 65-66.

[23] Cf. MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 373; TAVARES, *Autoria e participação*, p. 5.

[24] Cf. HERNÁNDEZ PLASCENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en derecho penal*. Comares, Granada, 1996, pp. 45-46. V., ainda, SCHILD, *Tatherrschaftslehren*, p. 73; BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal*. Bogotá: Temis, 1996, p. 184.

[25] Cf. MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 373.

[26] Cf. ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. *Domínio do fato e autoria em direito penal: critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial*. Porto Alegre, 2012. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, p. 273.

[27] Cf. STF, AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Plenário, Informativo nº 683. V., ainda, a seguinte assertiva, considerada *errada* pelo gabarito definitivo da prova objetiva de concurso público para ingresso na carreira da magistratura do Estado de Mato Grosso (2009): “*Para solucionar os vários problemas referentes ao concurso de pessoas, Roxin, jurista alemão, idealizou a teoria do domínio do fato, que é aceita pelos doutrinadores nacionais embora não seja aceita pela jurisprudência*”.

## Date Created

20/02/2013