

A teoria do domínio do fato e a sua extensão punitiva

A monografia “Autoria e domínio do fato” (*Täterschaft und Tatherrschaft*), de Claus Roxin, inaugurou novas concepções na busca por uma melhor definição do conceito de autor. Suas conclusões parecem renovar-se periodicamente no âmbito da doutrina e da jurisprudência, vez por outra aparecendo ensaios doutrinários renomados.



Adriano Sousa Costa
Delegado da Polícia Civil de GO

A solidez dos fundamentos da tese vem se mantendo incólume, a despeito

do expressivo transcurso do tempo – a obra tornar-se-á, em breve, sexagenária (1963). A par do merecido reconhecimento alcançado, desde a sua concepção até os dias atuais, o texto fomenta debates constantes sobre sua certa ou incerta interpretação e aplicação. Prova disso é que o mais profícuo pesquisador brasileiro sobre a obra do professor Roxin — Luís Greco — possui ao menos dois textos célebres^[1] buscando escrutinar mitos e verdades sobre a obra mencionada.

A teoria do domínio do fato ganhou contornos dogmáticos voltados ao efetivo dimensionamento do fenômeno de autoria de Hans Welzel, considerando que as referências até então registradas eram objeto de considerações esparsas sem a conotação científica posta atualmente^[2]. Entretanto, mesmo voltada para distinguir autoria de participação, a obra de Welzel tinha escopo bem mais restrito do que a de Roxin. Essencialmente, a idéia de ‘domínio final do fato’ proclamava a idéia de ‘compleição do todo’, que estaria associada a figura do autor, e a ‘restrição do domínio sobre si’ para designar o partícipe.

A concepção de Roxin também buscava distinguir autoria e participação; todavia propunha métodos que vão além das proposições de Welzel. Não há uma redução ao mote de definir quem teria, em tese, a consciência do todo ou não para o fim de predicar o agir pela autoria ou participação.

De início, registre-se que o primeiro marco distintivo não é dogmático, mas puramente axiológico. A compreensão do domínio do fato para Roxin impõe ao autor o papel central do acontecer típico (*Zentralgestalt des tatbestandsmäßigen Geschehens*). Essa compreensão é uma dimensão interpretativa valorativa que funciona como norma hipotética (metanorma), na qual há gravitação do agir tipificado ao redor do autor. A partir desta concepção ideal que estabelece uma centralidade pressuposta inerente a figura do autor, a tese desce aos degraus das categorias dogmáticas da dimensão da autoria. Há, primeiramente, um valor a ser compreendido (o autor como centro do acontecer típico) e, a partir daí, as regras a serem aplicadas à luz deste primado.

Além de pensar o domínio funcional sobre a própria conduta (autoria direta) ou sobre o fato em si – quando agentes organizam e segmentam tarefas para executar de forma fracionada a conduta típica (coautoria) – a obra constrói um novo modelo de nexos entre conduta e resultado baseado no domínio sobre a vontade de terceiros, sem desconsiderar que esse terceiro pode ser alguém consciente do resultado que pretende alcançar de forma associativa (autoria mediata). Esta última categoria, referente ao domínio sobre terceiros, pode ocorrer sob três formas: pela (i) coação exercida sobre o ‘homem da frente’; (ii) indução do ‘homem da frente’ em erro; (iii) domínio por meio de aparato de poder.

O ponto mais destacado e controvertido da obra do professor Roxin diz respeito a sua particular compreensão sobre o domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder ou, simplesmente, domínio por organização. Esta categoria, consoante o que se infere da obra, assenta-se em quatro pressupostos fundamentais: (i) o poder de mando dentro da organização; (ii) a desvinculação do direito pelo aparato de poder; (iii) a fungibilidade do executor direto e, por fim, um pressuposto acrescentado posteriormente, que é (iv) a disposição essencialmente elevada dos executores diretos ao cometimento do fato. Via de regra, trata-se da clássica situação em que o chamado autor de escritório emite ordens e estrutura toda uma organização para o cometimento de fatos típicos, devendo ser punido como autor mediato, mesmo que o executor direto também seja visto como autor e responsável pelo ocorrido.

Os textos de Luís Greco buscam ressaltar que a teoria do domínio do fato é limitativa quanto ao alcance causal, ou seja, dificulta a configuração do nexo causal e não o contrário. A adequada interpretação da teoria impõe sufragá-la como técnica para definir a condição de autor, e não como um método para preencher lacunas causais.

Nesse sentido, tornam-se contestáveis quaisquer interpretações que também tentem mitigar a necessidade das duas facetas do dolo (consciência e vontade) em face do autor intelectual da infração penal. O conhecimento da infração penal, sem a respectiva vontade, não é suficiente para induzir à conclusão de que tal pessoa concorreu para o crime^[3], vez que a teoria do domínio não deveria se confundir com a omissão imprópria (crimes comissivos por omissão).

Ninguém pode ser autor por meramente ocupar uma posição, mas por agir em função de um fato típico. O que se observa, portanto, é que a teoria do domínio do fato não condena quem, sem ela, seria absolvido. A posição de comando associada ao domínio do fato não se digna a legitimar um *animus* hipotético decorrente, tão somente, da mera suposição de que o cume de uma organização impinge ao seu ocupante um pertencimento inerente a todo e qualquer produto de crimes oriundos da atividade da organização.

Prevalece, sobretudo no Brasil — herança do julgamento da AP 470 — um sentimento oposto ao que deve ser atribuído à obra original. A compreensão comumente vigente entre nós é a de que o domínio funcional do fato seria um instrumental para ampliar a capacidade de imputação do Estado acusador. Entretanto, essa visão colide com o fato de que, para que ocorra o domínio das ações, o autor, além de concorrer para o fato, tem de dominá-lo; quem concorre, sem dominar, nunca será autor sob este prisma. Trata-se de uma qualidade especial conferida à autoria que, diga-se de passagem, já se faz presente. E não a construção de uma nova forma de autoria presumida com lapsos na construção da causalidade.

O Ministro Rogério Schietti foi pedagógico acerca de tais equívocos interpretativos em recente julgado^[4].

Apreciando um recurso especial em que se analisava a potencial ocorrência do delito de sonegação fiscal previsto no artigo 1º do inciso II da Lei 8.137/90, o Ministro foi preciso ao restringir o escopo da teoria do domínio do fato até então malversada, sob sua ótica, pelas instâncias ordinárias. No caso concreto, a acusada assumiu a propriedade de uma empresa de composição gráfica em virtude do falecimento de seu cônjuge e estaria respondendo a ação, segundo a corte de origem, com base na sua condição de proprietária calcada na teoria do domínio do fato.

A despeito do empreendimento dispor de profissionais contratados para gerir a contabilidade fiscal, os quais efetivamente operavam a apuração e recolhimento de tributos, a sócia seria responsável pela ocorrência de supressão indevida de ICMS. Destaca-se que não havia no pronunciamento das instâncias ordinárias nenhum registro de qualquer ação da proprietária relacionando a acusada ao delito. Tudo estaria reduzido a sua condição de sócia e proprietária.

O Ministro assentou ser *equivocado afirmar que o indivíduo é autor do crime porque detém o domínio do fato se, no plano fático, não há nenhuma circunstância que estabeleça o nexo entre sua conduta e o resultado lesivo*. Não haveria, portanto, como considerar, com base na teoria do domínio do fato, que a posição de gestor, diretor ou sócio administrador de uma empresa implique uma presunção de que houve a participação no delito, se não houver, no plano ôntico, alguma circunstância que o vincule à prática delitiva.

O julgado acima mencionado foi de suma importância. O Ministro Schietti — de forma lapidar — coibiu um recorrente tentame do Estado acusador no sentido de utilizar a teoria do domínio do fato como instrumental de preenchimento de lacuna causal, segundo a máxima de que o integrante de uma posição estratégica é presumivelmente um autor em potencial pela “cadeira” que ocupa na organização. A prevalecer essa distorção, serviria a teoria, ao arripio da intenção de Roxin, como institucionalização da responsabilidade objetiva.

Outro detalhe de fundamental importância no desiderato de promover o resgate do significado ontológico da teoria diz respeito à natureza das organizações sobre as quais deve ser aplicada a tese. Roxin^[5] insiste que apenas organizações de natureza criminosa, que se encontrem, nesse sentido, dissociadas, apartadas da ordem jurídica, como máfias, grupos terroristas ou ditaduras, conferem ao superior que emite ordens o domínio sobre a atuação concreta e responsável dos executores de suas ordens. Em empresas, caso o superior emita ordens ilegais e não haja outro fundamento para a autoria mediata (como erro ou coação), há, em regra, apenas instigação. Segundo a própria doutrina alemã, “nesses casos não se age com o aparato, mas contra o aparato”^[6].

O fundamento da autoria mediata por domínio da organização não repousaria, assim, em um poder de mando, mas no funcionamento clandestino, na conformação completamente apartada da ordem jurídica. Este aspecto específico não chegou a ser abordado no precedente mencionado, mas permanece sendo aguardado para ser trabalhado em situações vindouras, no esteio da pretensão de correção de distorções e da retomada das verdadeiras trilhas apontadas pelo professor Claus Roxin.

[1] Juntamente com Alaor Leite, Luís Greco assina o texto “Fatos e mitos sobre a teoria do domínio do fato” e “O que é e o que não é a teoria do domínio do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal”. O primeiro escrito foi um texto divulgado pelo editorial Folha de São Paulo que foi posteriormente veiculado pelo Conjur – <https://www.conjur.com.br/2013-out-18/luis-greco-alaor-leite-fatos-mitos-teoria-dominio-fato> – e o segundo foi um artigo científico amplamente divulgado e repercutido por revistas especializadas – *Revista dos Tribunais* / vol. 933 / p. 61 / Jul / 2013DTR20133797.

[2] A primeira vez que surge a expressão foi em 1915 e seu significado estava associado a culpabilidade. Neste sentido: HEGLER. Die Merkmale des Verbrechens. In: ZStW 36 (1915). p. 19 e ss., p. 184 e ss.

[3] Posição um pouco diversa parece ser trazida pelo doutrinador Renato Brasileiro de Lima: “À evidência, para que os integrantes da *societas criminis* respondam pelos delitos praticados pela organização criminosa, é indispensável que tais infrações penais tenham ingressado na esfera de conhecimento de cada um deles, sob pena de verdadeira responsabilidade penal objetiva. Logo, o agente não poderá responsabilizado por um homicídio praticado pelos demais integrantes da organização criminosa à qual se associou caso não soubesse, de antemão, que tal delito seria executado pelo grupo”. (Lima, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 5ª ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 673).

[4] STJ, REsp 1.854.893, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 08.09.2020

[5] Greco, Luís, [et alii], *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, 1ª edição – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

[6] Schunemann, Leipziger Kommentar, § 25, nm. 130 e ss; FS Roxin, 2011, p.803 e ss.

Date Created

03/11/2020