

Domínio do fato: conceito (1,0 ponto), origem (1,0 ponto), finalidade (1,0 ponto), natureza (1,0 ponto), características do modelo teórico mais difundido (1,0 ponto), vertentes (3,0 pontos), crítica (1,0 ponto) e compatibilidade com o código penal brasileiro (1,0 ponto).

PÓS-GRADUAÇÃO QUESTÃO DISCURSIVA Nº 02

GABARITO

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”[1] 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[2].

Iniciada por Lobe[3], e impulsionada por Welzel, Roxin, Maurach e Gallas[4], essa formulação teórica, que tem origem no finalismo[5], 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*) [6], ou, ainda, quem contribui, em termos objetivos, decisivamente para a realização da ação típica (*teoria objetivo-material*) [7]. A natureza *objetivo-subjetiva*, *mista* ou *eclética* dessa concepção [8] 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 [9]. O mais difundido modelo teórico baseado no critério domínio do fato é o de Roxin [10]. Possui caráter acentuadamente objetivo [11] 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 [12], presente nos crimes omissivos impróprios e nos crimes próprios de responsabilidade dos funcionários públicos [13]; (b) o domínio do fato é um critério de imputação restrito aos denominados “crimes de domínio” (*Herrschaftsdelikte*), não aplicável aos crimes culposos [14]; (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 [15]. Com efeito, segundo essa construção, o domínio do fato pode manifestar-se em três vertentes [16]: 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 ocaseo...*, 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. Manáguia: 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 dos tipos fundamentais apresentados, podendo se afirmar o mesmo em relação aos doentes mentais. Cf. ROXIN, *Sobre a 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*”.

Acerca dos crimes contra a fé pública, dos crimes contra a administração pública, da legislação de proteção penal ao meio ambiente, dos crimes contra a ordem tributária e da transação penal, assinale a opção incorreta:

Não constitui novo crime de falsidade ideológica a omissão do réu em corrigir informação falsa por ele inserida em documento público quando teve oportunidade para tanto.

O crime de corrupção passiva exige nexa causal entre a oferta ou promessa de vantagem indevida e eventual ato de ofício praticável pelo funcionário público.

O crime de poluição qualificada, se o agente poluidor deixa de cumprir ordem administrativa para reparar o dano ambiental, é de natureza permanente, que perdura enquanto se mantiver a desobediência.

Nas hipóteses de crimes tributários contra municípios ou estados, a configuração de grave dano à coletividade depende da classificação do crédito, pela Fazenda Pública local, como prioritário, ou, ainda, que o crédito seja destacado como de grande devedor.

Durante o tempo transcorrido para o cumprimento das condições impostas em acordo de transação penal não há, por falta de previsão legal, a suspensão do curso do prazo prescricional.

Com relação à aplicação da pena de multa, à suspensão condicional da pena, às causas excludentes de ilicitude, ao instituto do perdão judicial e à culpabilidade, assinale a opção incorreta, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

A aplicação da Súmula 693, que considera inviável *habeas corpus* contra decisão condenatória a pena de multa, deve ser analisada caso a caso.

O sursis penal reveste-se de caráter subsidiário, em virtude do que dispõe o art. 77, inciso III, do Código Penal, já que tal benefício legal somente incidirá se e quando incabível a substituição da pena privativa de liberdade por sanção restritiva de direitos.

O arquivamento de inquérito policial por excludente de ilicitude realizado com base em provas fraudadas faz coisa julgada material

O Ministério Público não pode assinar acordos de delação premiada em que prevê perdão judicial.

A tomada da culpabilidade como circunstância judicial atende ao critério constitucional da individualização da pena.