

## O CONCURSO DE PESSOAS SOB A ÓTICA DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Victória Domingues Ribeiro GARCIA<sup>1</sup>  
Claudio José Palma SANCHEZ<sup>2</sup>

**Resumo:** A definição de autoria é uma questão que sempre foi discutida e pautada juridicamente. É imperioso salientar que desde a reforma penal de 1984, há previsão legal sobre tal definição, passando a estar presente na maioria das condenações. A teoria que está pautada pelo Código Penal, a restritiva, quando configurada com uma outra que a complementa, a teoria do domínio do fato, possibilita a ampliação do conceito de autor e serve de elemento de convicção a mais na decisão de quem julga. A do domínio do fato vem sendo objeto de diversas discussões há muito tempo, fazendo surgir uma necessidade de estudo sobre ela para que seja aplicada de maneira correta e bem assimilada.

**Palavras-chave:** Domínio do Fato. Vontade. Face objetivo-subjetiva. Autoria. Partícipe. Conduta.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade examinar os crimes resultantes de um fato coletivo, isto é, aqueles que envolvem duas ou mais pessoas para realizá-lo, obtendo melhor êxito no ato delituoso. Com efeito, teremos o concurso de pessoas, caso estas se unem facultativamente para a produção do mesmo resultado ilícito.

Partindo desse conceito, a figura do autor e partícipe passam a ser analisados e acarretam divergências quanto às suas definições, gerando

---

<sup>1</sup> Discente no 1º ano do Curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo”. email: [domingues\\_garcia@unitoledo.br](mailto:domingues_garcia@unitoledo.br)

<sup>2</sup> Docente do Curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail [sanchezpalma@unitoledo.br](mailto:sanchezpalma@unitoledo.br). Orientador do trabalho.

diferentes teorias, de conceitos tanto restritivos como extensivos de autor, que se responsabilizaram identificar tais figuras.

Dentre as citadas teorias, destaca-se a teoria do domínio do fato, a qual surgiu posteriormente das conceituações restritas e extensas de autor, localizando-se em uma posição intermediária entre elas. No que se refere tal teoria, veremos seus reflexos e suas implicações ao decorrer deste trabalho.

## **2 CONCEITO DE AUTORIA**

Ao analisar o art.29 do Código Penal, é possível inferir que o legislador não conceituou autores de partícipes expressamente, apenas empregou a expressão “na medida de sua culpabilidade” que confere a reprovação da conduta, permitindo que ambos não sejam confundidos. Assim, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, chega-se a conclusão que há uma maior reprovabilidade da conduta do autor frente ao partícipe, podendo então, por lógica, fazer uma distinção entre eles.

Portanto, ao se falar em autoria, devemos nos atentar quanto aquele que pratica a conduta prevista no tipo penal, ou seja, aquele que realiza o verbo do tipo, que por vontade da lei é o núcleo da ação principal. Já o partícipe, é quem, sem realizar o núcleo (verbo) do tipo, concorre de alguma maneira para a produção do resultado ou para a consumação do crime.

Para melhor definir a figura do autor, leciona Beatriz Vargas Ramos:

Não basta que a conduta do autor seja típica. É preciso, para que se configure a autoria, que a conduta típica não esteja acobertada por nenhuma causa de exclusão da ilicitude, não se pode, ainda, desprezar o elemento subjetivo para a conceituação de autor, pois é este elemento, que agregado a conduta típica e antijurídica, lhe confere relevância jurídico - penal: autor é aquele que, antijurídica e culpavelmente, direta ou indiretamente, realiza a ação expressa pelo verbo típico da figura delituosa (RAMOS, 1996, p.26).

Temos como outro exemplo de definição César Dario Mariano da Silva:

É autor quem efetua os disparos e mata alguém, subtrai o bem alheio, falsifica o documento, etc. Também é considerado autor aquele que pratica o crime por intermédio de terceira pessoa, que age sem culpabilidade ou discernimento (SILVA, 2003-2006, p.132).

Resta salientar a existência da co-autoria, que nada mais é do que uma reunião de autorias. Nela, não é preciso que todos pratiquem os mesmos atos executórios do crime, basta que cada um realize alguma das elementares contidas no tipo penal.

## **2.1 Teorias referentes a autoria do direito penal brasileiro- Restritiva, Extensiva e Domínio do Fato**

O conceito de autor tem enfrentado certa polêmica dentro da doutrina, a fim de delimitá-lo e melhor distingui-lo de partícipe, ela enumera três principais posições, vejamos:

### **2.2 Teoria Extensiva:**

De acordo com ela, não há qualquer diferenciação entre autor e partícipe: todos são autores. Toma-se por base a teoria da equivalência dos antecedentes (*conditio sine qua non*), criando, portanto, diversos níveis de autores, uma autoria mitigada (uma forma de participação mascarada). A referida teoria passou a considerar autor quem de qualquer forma participa do delito. Diante dela, surge a figura do cúmplice, o qual auxilia materialmente o autor, colaborando com a concretização do fato criminoso, a partir da ação ou omissão. Pode-se dizer que essa figura seria uma autoria embrionária da figura do partícipe, a ser desenvolvida com a posterior teoria restritiva.

A teoria extensiva foi adotada pelo Código Penal Brasileiro, antes da reforma Penal de 1984. Tal reforma foi feita a partir da crítica que se tinha à abrangência de seu alcance, onde quem incorreria de forma pouco significativa ou até mesmo atipicamente, seria considerado extensivamente autor.

José Henrique Pierangeli aponta a Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos destinada ao presidente Getúlio Vargas, referente à criação do projeto definitivo do Código de Processo Penal Brasileiro:

O projeto aboliu a distinção entre autor e cúmplices; todos os que tomam parte no crime são autores. Já não haverá mais diferença entre participação principal e participação acessória, entre auxílio necessário e auxílio secundário, entre *societas criminis* e a *societas in crimine*. Quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele, no pressuposto de que também as outras forças concorrentes entraram no âmbito de sua concorrência e vontade (PIERANGELI, 1999, p. 51).

## **2.3 Teoria Restritiva**

Em oposição à teoria anterior, ela faz a distinção entre autor e partícipe. Para ela, não é qualquer contribuição para o fato típico que se pode enquadrar o conceito de autor, assim, restringe-se tal conceito para que ele seja destinado a um indivíduo que exerceu o ilícito penal. Essa teoria, possui diversas faces, dentre elas:

### **2.3.1 Teoria objetivo-formal**

Também chamada de critério objetivo-formal, autor é apenas aquele que realiza a conduta principal, ou seja, aquele que mata no crime de homicídio, aquele que falsifica no crime de moeda falsa, e assim por diante. Assim, só é autor quem realiza o verbo do tipo descrito na definição legal.

Já o partícipe, concorre para o resultado somente por meio de instigação, induzimento ou auxílio material, não realiza a conduta principal (o verbo). Com efeito, a conduta principal é aquela que está inserida no tipo para descrever como crime e todas as demais condutas são consideradas modalidades de participação. Destarte, o mandante de um crime de homicídio será um partícipe, pois quem manda matar não realiza o verbo “matar” do tipo, igualmente, o autor intelectual, mencionado por Fernando Capez: “ [...] o chamado “autor intelectual”, ou seja, aquele que planeja toda a empreitada delituosa, não é autor, mas partícipe, na medida em que não executa materialmente a conduta típica” (CAPEZ, 2012, p. 362).

Tal Face da Teoria Restritiva é adotada pelo nosso Código Penal, porém, ela falha no sentido de não nortear situações como a de autoria mediata (caso em que o autor realiza indiretamente o núcleo do tipo, valendo-se de outrem sem culpabilidade ou que age sem dolo ou culpa), bem como o de autoria intelectual, pelo fato do verbo do tipo ser considerado por ela, a conduta principal. Tal indagação crítica é feita por Alberto Silva Franco:

Seria admissível considerar meros participantes, porque não realizaram nenhuma fração de condutas típicas, o chefe de uma quadrilha de traficantes de drogas, que tem o comando e o controle de todos os que atuam na operação criminosa, ou o líder de uma organização mafiosa que atribui a seus comandados a tarefa de eliminar o dirigente de uma gangue rival? Seria razoável qualificar como partícipe quem, para a execução material de um fato típico, se serviu de um menor inimputável ou de um doente mental? (SILVA FRANCO, 1995, p.344).

Embora tais críticas, esse critério é o que mais oferece segurança jurídica e está amparado no princípio da reserva legal. Como visto, ao adotarmos a teoria restritiva de face formal-objetiva, torna-se insatisfatória a solução de determinados casos concretos, necessitando seu complemento pela teoria do domínio do fato que será abordada posteriormente. Para melhor delimitar o conceito de autor, afirma Fernando Capez:

Assim, será autor aquele que realizar o verbo do tipo culposamente, isto é, com imprudência, negligência ou imperícia, e partícipe, o que tiver concorrido com culpa, sem, no entanto, realizar o verbo do tipo (CAPEZ, 2012, p.365).

### **2.3.2 Teoria objetivo-material**

Ela também faz a distinção entre autor e partícipe, pautando-se na contribuição objetiva mais importante quando se refere ao autor. Tal face procurou suprir os defeitos da formal-objetiva, destacando a maior relevância material da contribuição causal do autor em relação à contribuição causal do partícipe. No entanto, cabe ao intérprete caracterizar qual é a contribuição mais relevante além de desconsiderar o aspecto subjetivo na realização do caso concreto e, por essa razão, a teoria é levada ao fracasso e não é adotada pelo Código Penal Brasileiro.

## **3 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO**

Como visto, nosso Código Penal adota a Teoria Restritiva objetivo-formal, porém, ela não resolve certos casos, apresentando assim, falhas. Como suprimentos destas, a doutrina socorre a uma terceira teoria, denominada de Teoria do Domínio do Fato. Partindo dessa conclusão, Damásio E. de Jesus sustenta: “De notar-se, pois, que a teoria do domínio do fato não exclui a restritiva. É um complemento”( JESUS, 2002, p. 18).

### **3.1. Conceito**

A teoria do domínio do fato quando conjugada com a Restritiva formal-objetiva, é mista, chega ao conceito de autor baseando-se em

um critério objetivo-subjetivo. Destarte, combina elementos objetivos (prática de uma conduta relevante) com subjetivos (vontade de manter o controle da situação até a eclosão do resultado).

O autor passa a ser quem tem o controle final do fato, domina finalisticamente a conduta praticada por outrem, decidindo sobre a prática, interrupção e circunstâncias do crime, ou seja, domina o “se”, “quando”, “onde”, “como”, etc. Como dirigente da atividade criminosa, o autor passa a ter domínio até das vontades dos demais, a fim de lesionar qualquer bem jurídico protegido penalmente.

O partícipe não tem domínio finalista do crime, que é o que importa para a teoria do domínio do fato, trata-se de um “colaborador” do crime alheio, uma figura lateral. Contribui, por intermédio de conduta acessória, mediante cooperação, induzimento, incitação, sem realizar o verbo do tipo.

Em síntese, o conceito de partícipe passa a ser revisado em alguns casos, pois, a título de exemplo, um indivíduo que emprestou a arma para outrem cometer o crime de homicídio, utilizando-se apenas da teoria restritiva ele poderia ser considerado um partícipe, mas pode ser considerado autor com a teoria do domínio do fato, uma vez que deve-se levar em conta a sua influência sobre os demais, se foi ele quem planejou a ação delituosa, reuniu os marginais, arquitetou o crime, entre outros. Seria incoerente afirmar que apenas colaborou em crime alheio, uma vez que quem tem o domínio final do fato o tem com dolo.

É uma teoria onde o aspecto subjetivo é extremamente pautado, há um enfoque nos princípios relacionados à conduta e não ao resultado, portanto, só alcança crimes dolosos, verificando até que ponto o agente contribui para o resultado. Tal alcance é justificado pois só os crimes dolosos há intenção de cometer o crime, logo há domínio, já nos culposos, os crimes são cometidos por imprudência, negligência ou imperícia. Eugênio Raúl Zaffaroni sintetiza: “na teoria do domínio do fato não basta que o tipo seja objetivamente preenchido, mas se deve preenchê-lo também subjetivamente” (ZAFFARRONI, 1997-2005, p. 671).

É imperioso salientar que com a aplicação dessa teoria objetivo-subjetiva junto da restritiva, é possível resolver satisfatoriamente todos os casos, tanto aqueles que envolvem crimes dolosos quanto culposos,

marcando assim, o dinamismo da ciência jurídica. O conceito de autor passa a ser ampliado, daí vem a sua completude.

Não há formulas para atribuir o domínio do fato a alguém, cada caso é um caso e deve ser estudado em face da descrição do crime. Na apreciação do caso em questão, caberá ao juiz verificar quem tem o domínio e quem não o possui, diferenciando portanto, o autor do partícipe.

É indispensável dizer que essa teoria só é utilizada para crimes onde o domínio do fato de alguém recai sobre uma terceira pessoa, pois é ilógico utilizá-la em delitos praticados por apenas um indivíduo, uma vez que ele evidentemente terá domínio de sua própria vontade e executará o verbo do tipo, não precisando assim, de que haja busca sobre a quem atribuir a autoria do ilícito penal.

Muitos dizem erroneamente que a teoria do domínio do fato serve ainda mais para condenar o réu, mas é de se destacar que não é possível a condenação com base em presunção. Greco e Leite afirmam que “Se foi aplicada corretamente, ela terá punido menos, e não mais do que com base na leitura tradicional de nosso Código Penal”, dizem também que “Sem provas, ou em dúvida, absolve-se o acusado, com ou sem teoria do domínio do fato”. Então, é possível chegar a conclusão que quando corretamente aplicada e bem assimilada não é preciso temê-la.

Há que se falar também em teoria do domínio funcional do fato, a qual é adotada por muitos doutrinadores quando se fala em divisão de tarefas. A citada divisão corresponde a atribuição de tarefas dentro de um crime, sendo cada uma delas pertencentes a uma elementar dentro do tipo penal, assim, diversas pessoas motivadas pelo mesmo vínculo subjetivo, cometem uma mesma infração penal, sendo eles co-autores, não se exigindo que todos sejam executores.

### **3.2 Origem**

Após duas teorias totalmente refutadas pela doutrina, surge em 1939, a teoria finalista da ação, criada pelo jus-filósofo alemão, Hans

Welzel, em sua obra *Direito Penal Alemão*, que desencadeou o surgimento da teoria do domínio do fato. Há quem diga que desde o clássico “Do delito e das penas”, de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, já havia indícios da ideia essencial que afloraria na teoria de Welzel.

É possível constatar que para ambas as teorias, o foco está presente na conduta, dando importância a finalidade do agente na prática do ato ilícito, ou seja, deve-se levar em conta o aspecto subjetivo presente nela, conseguindo fazer a distinção entre os crimes dolosos e culposos. Daí vem a ligação entre essas teorias e a explicação da finalista ter dado origem a do domínio do fato.

Claus Roxin, posteriormente, refinou tal teoria e comprovou as conclusões obtidas por ela, fazendo assim, um aprimoramento da teoria do domínio do fato. A teoria ganhou projeção internacional quando ele publicou a obra *Täterschaft und Tatherrschaft* em 1963, desenvolvendo-a.

A presente teoria vem ganhando força nos Tribunais, sendo por exemplo, tema debatido no julgamento da Ação Penal 470 (vulgo mensalão) pelo Supremo Tribunal Federal.

### **3.3 Ação Penal 470**

A Procuradoria Geral da República acusa, desde 2006, 40 pessoas pelos crimes de formação de quadrilha, corrupção ativa, corrupção passiva, lavagem de dinheiro e/ou peculato, dando origem à Ação Penal 470, que passou a tramitar no Supremo Tribunal Federal (STF). É válido ressaltar que dois dos acusados deixaram de ser julgados, restando 38 réus. O presidente do Supremo, Joaquim Benedito Barbosa Gomes e os demais ministros, fundamentam-se, de maneira equivocada, na teoria do domínio do fato para a condenação do ex-ministro José Dirceu, um dos réus envolvidos na Ação Penal 470. Eles se baseiam no que tange uma das partes do conteúdo da teoria que afirma que o autor não é só quem executa o crime, mas quem tem o poder de decidir sua realização e o planeja.

O equívoco presente na condenação citada e nas demais, é devido ao Supremo Tribunal Federal não ter colhido provas durante a instrução que comprovassem o domínio de José Dirceu nos crimes, contrariando assim, a verdadeira teoria do domínio do fato, que diz só ser possível a condenação mediante provas e nunca, mediante presunção.

É errado aplicar a referida teoria baseando-se na possibilidade da participação do acusado no crime apenas pelo fato de sua posição hierárquica, assim, nesse sentido, Greco e Leite também abordam que: “No direito penal, só se responde por ação ou por omissão, nunca por mera posição”. As provas colhidas durante a instrução comprovariam que houve crimes contra sistema financeiro, administração pública e lavagem de dinheiro.

José Dirceu afirmou que está sendo apenado por ser o ministro-chefe da Casa Civil, a qual está nos núcleos políticos denunciados, sendo-lhe atribuído a ciência da conduta de seus subordinados, sem provas e, conseqüentemente, atribuído o domínio da conduta exercida por eles. Portanto, ele e os demais apenados com a distorção da teoria do domínio do fato pelo STF o foram, sem provas.

Há de se constatar que o revisor da Ação Penal 470, o ministro Ricardo Lewandowski havia alarmado o Plenário do STF, durante a condenação de José Dirceu, sobre a incoerência de sua fundamentação.

#### **4 CONCLUSÃO**

Como fruto desta pesquisa desenvolvida, é possível concluir que a teoria do domínio do fato introduzida no concurso de pessoas possui extrema importância quando conjugada com a Restritiva de face objetivo-formal, a qual é enfatizada pelo nosso Código Penal. Elas unidas, alcançam a imputação, sem incoerências, aos indivíduos envolvidos na maioria dos casos concretos.

A referida teoria do domínio do fato, parte do conceito restritivo de autoria. Ela faz a conceituação da figura do autor, que além de concorrer

para o fato, tem de dominá-lo e conceitua também o partícipe, que é quem não tem poder de decisão e sua conduta não se amolda ao verbo do tipo.

Fizemos também a conceituação sobre autoria e participação no aspecto geral, além de citarmos as principais posições frente tais conceitos, que possuem como objetivo enfrentar e esclarecer as divergências presentes na doutrina.

É de se constatar que mesmo a presente teoria tenha sido criada em 1939, ela possibilita o atendimento satisfatório das necessidades presentes com o desenvolvimento da sociedade atual, alcançando os delinquentes que mesmo distantes dos delitos, possuem o domínio deles.

Chegamos a conclusão de que falta ao STF um jurista que seja verdadeiramente um penalista para não confundir uma teoria dessa com argumentos de presunção de provas. Porém, mesmo que fundamentada pela grande maioria dos ministros do STF, de maneira distorcida, a teoria do domínio do fato vem ganhando campo nos Tribunais aos poucos.

O domínio do fato é a corrente dominante na Alemanha, atualmente. Mesmo que de certa forma tem-se pouco conhecimento sobre a aplicação dessa teoria nos demais países, como o Brasil, ela vem ganhando maior expressividade a cada dia que passa. Com ela, há capacidade de preenchimento de lacunas na sistematização do conceito de autoria no direito criminal brasileiro, servindo de base para argumentação jurídica. A aplicação dessa teoria, desde que baseada no que propôs Welzel e Roxin, contribui para a modernização e efetivação da Justiça Penal para abranger determinadas situações concretas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

JESUS, Damásio E. de. **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Luis Grecco e Alaor Leite: **Fatos e mitos sobre a teoria do domínio do fato** <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2013/10/1358310-luis-grecco-e-alaor-leite-fatos-e-mitos-sobre-a-teoria-do-dominio-do-fato.shtml>>. Acesso em 18/04/2014

PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídico-penais**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAMOS, Beatriz Vargas. **Do concurso de pessoas**: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SILVA, César Dario Mariano da. **Manual de direito penal**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003-2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997-2005.