

TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

PROENÇA, Gregory Aguzzolli
Faculdade de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva – FAIT.

RESUMO

A Teoria do Domínio do Fato modifica estruturalmente o conceito de autor, configurada a sua liderança sobre os demais agentes, a sua condenação poderá advir, contudo gera muita polêmica quanto a sua aplicação, uma vez que foi utilizada para na condenação por “delitos infamantes”, cujos autores se sustentaram no aparato do governo, corrompendo o poder do Estado.

Palavras Chave: Teoria do Domínio do Fato; Concurso de Pessoas; Autoria; Ação Penal 470; Mensalão.

ABSTRATC

The Theory of Fact Domain structurally modifies the concept of author, set your leadership over other agents, their conviction may ensue, but generates a lot of controversy as to its application, since it was used for the conviction for "infamous crimes" , whose authors argued in the government apparatus, the corrupting power of the state.

Keywords: Fact Domain theory; People Contest; authorship; Criminal Action 470; Monthly allowance.

1. INTRODUÇÃO

A Doutrina do Direto Penal insere dentro do Concurso de Pessoas a Teoria do Domínio do Fato, uma teoria de origem Germânica, onde admite uma nova espécie de autoria baseada na subjetividade e controle do fato típico. Esta Teoria ganhou foco em nosso país no julgamento do Mensalão, gerando muita polêmica entre doutrinadores e juristas.

2. ORÍGEM E EVOLUÇÃO

Criada no início do século XX por Hans Welzel mais precisamente no ano de 1939, com intuito de julgar os crimes ocorridos na Alemanha pelo Partido Nazista. Nesta época, devido à jurisprudência Alemã a Teoria não foi aceita.

No ano de 1963, esta Teoria ganhou projeção Internacional na Obra “Täterschaft und Tatherrschaft” de Claus Roxin, onde se via insatisfeito com a jurisprudência alemã que não reconhecia como autor e sim mero partícipe quem ocupava uma posição dentro de um aparato organizado e emitia o comando para a execução de um delito. Mesmo assim a Teoria foi ignorada pelos Tribunais Alemães.

Na década seguinte a Teoria do Domínio do Fato voltou em cena na Argentina, no processo contra Jorge Rafael Videla, Presidente da Junta Militar Argentina, responsabilizando-o criminalmente pelo desaparecimento de pessoas durante a Ditadura Militar Argentina.

Também foi utilizada pela Suprema Corte do Peru ao culpar Alberto Fujimori pelos crimes ocorridos durante seu governo (1990-2000), provando que ele controlou seqüestros e homicídios.

3.

NO CONCURSO DE PESSOA

No concurso de pessoas, existem três teorias: a *pluralística*, a *dualística* e a *monística*.

Segundo a teoria *pluralística*, "a cada participante corresponde uma conduta própria, um elemento psicológico próprio e um resultado igualmente particular". Assim, existiriam tantos crimes quantos fossem os participantes do fato delituoso. Porém, ele entende que essa teoria é insustentável porque "o título do crime que se pune é o tipo especificamente violado e não uma figura particular" para cada um dos concorrentes e o resultado produzido é um só.

Para a teoria *dualística*, há dois crimes configurados, um para os autores que praticam a conduta típica prevista no sistema jurídico, e outro para os partícipes, que desenvolveriam atividades secundárias. A teoria também não se sustenta, porque o crime continua sendo um só e há casos em que a atuação do partícipe tem mais relevância do que a do autor.

A teoria *monística ou unitária* foi a adotada pelo Código Penal de 1940 e segundo ela, não haveria qualquer distinção entre autor, partícipe, instigação e cumplicidade. Assim todo aquele que concorresse para a prática do crime responderia por ele integralmente. Com a reforma penal de 1984, ela permaneceu acolhida pelo sistema brasileiro, entretanto, estabeleceram-se diferentes níveis de participação, de modo que todos os agentes responderiam pelo mesmo crime, mas na medida individual da sua culpabilidade, conforme prescreve o artigo 29, *caput* do Código Penal: Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Uma vez que todos os agentes, em regra, respondem pelo mesmo crime, cumpre definir, para fins de aplicação da pena, a diferença entre autoria, co-autoria, autoria mediata e participação.

Sobre a autoria há três teorias que buscam demonstrá-la: a *restritiva*, a *extensiva* e a *do domínio do fato*. Por ora passaremos a uma breve síntese nas duas primeiras e então nos aprofundaremos na "Teoria do Domínio do Fato" que é o assunto do qual este artigo tem por objetivo.

Para a *teoria restritiva*, autor é aquele que pratica a conduta típica descrita na lei, o verbo do tipo penal, de modo que quem participa, instiga ou é cúmplice não praticaria um comportamento punível, visto que o mesmo não integra figura típica.

A *teoria extensiva* não traça uma distinção entre autoria e participação, sendo autor todo aquele que contribui de alguma forma para o resultado, esta teoria foi adotada pelo Código Penal Brasileiro, antes da reforma Penal de 1984.

A terceira teoria é a *do domínio do fato*, que segundo Capez, partindo da teoria restritiva, adota um critério objetivo-subjetivo, segundo o qual autor é aquele que detém o controle final do fato, dominando toda a realização delituosa, com plenos poderes para decidir sobre a sua prática, interrupção e circunstâncias". Não tem relevância para essa teoria se o agente pratica ou não o verbo descrito no tipo penal, pois o que se exige é que ele tenha controle sobre todos os fatos.

Não obstante, o executor continua ser considerado autor. Então, na hipótese em que houver um mandante por de trás de uma conduta a ser praticada por um terceiro, ambos serão considerados autores, ou melhor, coautores.

Mirabete (2010, p. 216) comenta a teoria:

Numa terceira posição, formulada principalmente pela doutrina alemã, conceitua-se como "autor" aquele que tem o domínio final do fato. Trata-se, como diz Nilo Batista, de um

critério final-objetivo: autor será aquele que, na concreta realização do fato típico, consciente, o domina mediante o poder de determinar o seu modo e, inclusive, quando possível, de interrompê-lo. Autor é, portanto, segundo essa posição, quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. É não só o que executa a ação principal, o que realiza a conduta típica, como também aquele que se utiliza de uma pessoa que não age com dolo ou culpa (autoria mediata). O agente tem o controle subjetivo do fato e atua no exercício desse controle. Conforme Welzel, autor é só aquele que, mediante a direção consciente do curso causal dirigido à produção do resultado típico, tem o domínio da realização do tipo.

Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 488) leciona:

Nem uma teoria puramente objetiva nem ou puramente subjetiva são adequadas para fundamentar a essência da autoria e fazer, ao mesmo tempo, a delimitação correta entre autoria e participação. A teoria do domínio do fato, partindo do conceito restritivo de autor, tem a pretensão de sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, impondo-se como um teoria objetivo-subjetiva. Embora o domínio do fato suponha um controle final, “aspecto subjetivo”, não requer somente a finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato. Autor, segundo essa teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. É não só o que executa a ação típica, como também aquele que se utiliza de outrem, como instrumento, para execução da infração penal (autoria mediata). Como ensina Welzel, “a conformação do fato mediante a vontade de realização que dirige de forma planificada é o que transforma o autor em senhor do fato”. Porém, como afirma Jescheck, não só a vontade de realização resulta decisiva para a autoria, mas também a importância material da parte que cada interveniente assume no fato”.

Rogério Sanchez (2013, p. 348) sintetiza a ideia sobre quem são as pessoas que teriam o domínio do fato:

- (i) aquele que, por sua vontade, executa o núcleo do tipo (autor propriamente dito).
- (ii) aquele que planeja a empreitada criminosa para ser executada por outras pessoas (autor intelectual)
- (iii) aquele que se vale de um não culpável ou de pessoa que atua sem dolo ou culpa para executar o tipo, utilizada como seu instrumento (autor mediato – estudado no tópico seguinte)

Nessa esteira, Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 363), para quem o Domínio do Fato se chama Teoria Normativa:

- b) teoria normativa (teoria do domínio do fato): autor é quem realiza a figura típica, mas também quem tem o controle da ação típica dos demais, dividindo-se entre “autor executor”,

“autor intelectual” e “autor mediato”. O partícipe é aquele que contribui para o delito alheio sem realizar a figura típica, nem tampouco comandar a ação. Assim, exemplificando, por essa teoria, o chefe de um grupo de justiceiros, que ordenou uma execução, bem como o agente que diretamente matou a vítima são coautores.

4. AÇÃO PENAL 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O órgão máximo de nossa estrutura judiciária também aplicou a referida teoria em um dos casos mais emblemáticos julgados nos últimos tempos, a Ação Penal nº 470, denominado como “Mensalão”.

No site do Consultor Jurídico, acessado em 01 de setembro de 2014, tiramos interessante explicação sobre o tema AP470 e Teoria do Domínio do Fato:

Essa é a questão central na AP 470. Embora diversas descrições da teoria e de sua origem histórica sejam corretas, fica a impressão de que, em alguma medida, se utilizou da teoria como elemento de imputação de responsabilidade e não para distinguir entre autores e partícipes.

Em alguns votos, ficou claro o recurso à teoria para desenhar uma espécie de presunção de responsabilidade aos dirigentes de empresas que, a princípio, teriam sempre domínio dos fatos praticados em sua instituição, como no seguinte trecho:

“Importante salientar que, nesse estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. Disso resultam duas consequências: a) é viável ao acusado comprovar que inexistia poder de decisão; b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma presunção iuris tantum de autoria” (folha 1.162).

Sabe-se que a fixação da autoria nos crimes empresariais é complexa, e muitas vezes a estrutura organizacional é voltada para ocultar os efetivos responsáveis pela determinação da conduta delitiva. E tal estratégia merece atenção, devendo ter uma análise cuidadosa no que diz respeito ao poder e responsabilidade dentro das instituições — que, aliás, a corte fez com precisão em diversas oportunidades na AP 470.

Ementa da Denúncia - Relator Ministro Joaquim Barbosa

CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA. CORRUPÇÃO ATIVA. ATO DE OFÍCIO. VOTO DOS PARLAMENTARES. TIPICIDADE, EM TESE, DAS CONDUTAS. COMPLEXIDADE DOS FATOS. INDIVIDUALIZAÇÃO SUFICIENTE AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. CONCURSO DE VÁRIOS AGENTES. **TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO.** DIVISÃO DE TAREFAS. OBEDIÊNCIA AO ARTIGO 41 DO CPP. EXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DENÚNCIA RECEBIDA

O Ministro Celso de Mello acompanha voto do relator quanto a crimes de corrupção ativa

“Em seu voto, o ministro rebateu acusações segundo as quais se estaria aplicando nessa ação penal a teoria do domínio do fato de forma abstrata, de modo a alcançar determinadas figuras de destaque do governo passado, sem se evidenciar provas.

Citando o penalista alemão Klaus Roxin, segundo o qual a teoria do domínio do fato não é uma construção ad hoc, ou seja, feita para um determinado momento, o ministro afastou a tese segundo a qual essa teoria somente se aplicaria a situações excepcionais. Segundo o ministro, isso não é verdade, e essa teoria se coaduna perfeitamente com o modelo de concurso de pessoas, adotado pelo direito penal brasileiro”.(Notícias STF - Quarta-feira, 10 de outubro de 2012).

Neste sentido é o voto do Ministro Luiz Fux.

“Com efeito, a moderna dogmática jurídico-penal apregoa que os coautores são aqueles que, possuindo domínio funcional do fato, desempenham uma participação importante e necessária ao cometimento do ilícito penal. Nas palavras de Claus Roxin, principal artífice desta teoria do domínio funcional do fato: “se pone de manifiesto que entre las dos regiones periféricas del dominio de la acción y de la voluntad, que atienden unilateralmente sólo al hacer exterior o al efecto psíquico, se extiende um amplio espacio de actividad delictiva, dentro del cual el agente no tiene ni otra classe de dominio y sin embargo cabe plantear su autoría, esto es, los supuestos de participación activa em la realización del delito em los que la acción típica la lleva a cabo outro.” (ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del hecho em Derecho Penal. 7ª ed. Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 305).(folhas 104 e 105 voto STF)”

Continuando:

“À luz da teoria da coautoria funcional, pode-se considerar como autor do crime mesmo aquele que não realizou diretamente qualquer dos elementos objetivos do tipo.Revela-se suficiente, para fins de imputação, que a conduta atribuída ao agente na divisão prévia de tarefas contribua de forma determinante para o sucesso da empreitada criminosa. Assim, não se exige do coautor funcional a prática da conduta descrita no núcleo do tipo penal, mas tão somente que a fração do ato executório por ele praticada seja indispensável, diante das singularidades do tipo penal e do caso concreto, para a consecução do resultado delituoso. (folhas 104 e 105 voto STF)”.

Em sentido adverso, o Ministro Ricardo Lewandowski, na sessão plenária de 4 de outubro de 2012, a 32ª destinada ao julgamento da AP470, retomou a leitura de seu

voto sobre a imputação de corrupção ativa ao ex-chefe da Casa Civil da Presidência da República José Dirceu.

Abaixo a transcrição de trecho extraído a partir de 41m 50s:

“Para finalizar Senhor Presidente, eu trago o depoimento insuspeito do próprio Claus Roxin, que foi fazer uma conferência inaugural na já famosa Universidade de Lucerna na Suíça, aliás, tive a honra e o privilégio de proferir uma palestra agora em maio, tanto na Universidade de Berna quanto na de Lucerna, a convite do Governo Suíço, é um lugar onde se cultiva um pensamento crítico do direito, mas Claus Roxin, 40 anos depois de ter idealizado essa teoria, no ano de 1963, ele vai lá na Universidade de Lucerna, na aula inaugural porque essa Universidade é recém-criada, e diz o seguinte, começou a manifestar preocupação com o alcance indevido que alguns juristas e certas cortes de justiça, em especial o Supremo Tribunal Federal alemão, estariam dando a sua teoria, especialmente ao estendê-la a delitos econômicos ambientais, sem atentar que os pressupostos essenciais de sua aplicação que ele mesmo havia estabelecido, dentre os quais a fungibilidade dos membros da organização delituosa (...).

Nesse caso não há fungibilidade porque os réus são nominados, identificados, eles têm nome, RG, endereço, não há uma razão, a meu ver, para se aplicar a teoria do domínio do fato. Não há porque nos não estamos em uma situação excepcional, nós não estamos em Guerra, felizmente. Então Senhor Presidente, eu termino dizendo que não há provas e que essa teoria do domínio do fato nem mesmo se chamássemos Roxin poderia ser aplicada ao caso presente”.

Também em sentido contrário a Teoria:

O Jurista Ives Gandra Martins, 56 anos de advocacia e dezenas de livros publicados, inclusive em parceria com alguns ministros do STF, professor emérito da Universidade Mackenzie, da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército e da Escola Superior de Guerra.

“A teoria é perigosa da forma como foi interpretada pelo Supremo Tribunal Federal, porque dá a quem tem o domínio do fato, por provas indiciais e testemunhais, o direito de poder decidir, tornando o verdadeiro artífice do crime.”

“Com essa criatividade que muitos dos nossos juízes têm em interpretar o direito, podemos ter interpretações de uma teoria, que podem nos levar a uma insegurança jurídica, que é o que mais preocupa.”

“Na dúvida, tem que prevalecer sempre o direito do indivíduo contra a sociedade. Caso contrário, podemos entrar no campo da arbitrariedade, que são os passos mais largos para entrarmos em um regime de semi-ditadura.” (site Grandra Matins, publicado em 21/10/2013.)

O Jurista citou o caso do ex-presidente Fernando Collor de Mello, na Ação Penal 465, proposta pelo Ministério Público Federal, onde era acusado participar de esquema de direcionamento de licitações para beneficiar determinadas empresas de publicidade em troca de benefícios pessoais e para terceiros.

Ao defender a condenação, a vice-procuradora-geral da República, Ela Wiecko, sustentou que a análise dos autos levava à constatação de que o então presidente tinha pleno conhecimento dos fatos criminosos que ocorriam a sua volta, devendo aplicar-se ao caso a teoria do domínio do fato.

A defesa, por sua vez, alegou inépcia da denúncia, cerceamento da defesa e ausência de provas de materialidade e autoria.

Em seu voto, a ministra Cármen Lúcia rejeitou a tese da Procuradoria Geral da República (PGR) de que se aplicaria ao caso a teoria do domínio do fato. Nesse sentido, a ministra citou diversos precedentes, como os Habeas Corpus (HCs) 90708 e 81618.

“No presente caso, no exame que fiz, não consegui encontrar elementos, quer de autoria, quer de materialidade dos fatos imputados”, observou. Em razão disso, julgou improcedente a ação, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal – CPP (“não existir prova suficiente para a condenação”).

A maioria dos ministros acompanhou o voto da relatora, absolvendo o ex-presidente dos três crimes a ele imputados. (Notícias STF - 24 de abril de 2014)

5. CONCLUSÕES

A Teoria do Domínio do Fato já deixou de ser mera teoria e se tornou uma realidade nos Tribunais, razão pela qual devemos nos atentar e refletir ao caso concreto a aplicação desta Teoria, desde que ponderada e alicerçada nas bases científicas de Welzel e Roxin. É válida e extremamente importante para a modernização e consolidação da efetiva Justiça Penal.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, vol. 1, p. 549/550.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral, v. I, editora Saraiva, 6ª edição, São Paulo, 2003.

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

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 2ª edição, editora Atlas, São Paulo, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**, editora Vega, Lisboa, Portugal, 1986.

WELZEL. **Derecho Penal alemán**, cit., p. 144; Mir Puig, **Derecho Penal**, cit., p. 310.

<http://www.conjur.com.br/2013-ago-13/direito-defesa-aplicacao-teoria-dominio-fatos-ap-470>, acessado em 02/06/2014.

<http://www1.folha.uol.com.br/poder/1131756-entenda-o-que-e-a-teoria-do-dominio-do-fat-o-citada-porgurgel.shtml> – acessado em 02/06/2014.

<http://jus.com.br/artigos/11344>>. Acesso em: 3 set. 2014

http://www.stf.jus.br_arquivo_cms_noticianoticiastf_anexo_ap470votominlf