

TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Yngrid Sgrignoli GONZALEZ¹
Lívia Peruque RAMOS²

RESUMO: O presente artigo analisará a teoria do domínio do fato, iniciando pelo estudo sobre concurso de pessoas, depois aprofundando na teoria do domínio do fato, seu conceito, sua aplicação, características, bem como sua repercussão no direito penal brasileiro. Busca analisar a respectiva teoria buscando uma punição mais justa àqueles que se utilizam de outrem para cometer crimes, com a finalidade de dar uma solução mais adequada e proporcional aos crimes envolvendo grupos terroristas, organizações criminosas, dentre outros. O presente trabalho tem por finalidade explicar a teoria do domínio do fato expondo sua relação e importância para o direito penal brasileiro.

Palavras-chave: Concurso de pessoas. Teoria do domínio do fato. Direito penal.

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, foi Cesare Beccaria quem trouxe as primeiras considerações relevantes sobre o mandante no concurso de pessoas, em sua obra “Dos Delitos e das Penas”.

Entretanto, foi no ano de 1939 que a teoria do domínio do fato surgiu, por Hans Wenzel com a criação do finalismo, que entendia que o autor de um crime é aquele que detém o controle final do fato nos crimes dolosos.

Hans Wenzel idealizou a teoria buscando alcançar as autorizadas nazistas alemãs, que ordenaram atrocidades contra a humanidade, entretanto, devido à posição em que se encontravam, meros mandantes, não eram responsáveis por seus crimes, por não serem autores imediatos.

Contudo, a doutrina reconhece Claus Roxin, jurista alemão, como o grande responsável pela elaboração e aplicabilidade da teoria do domínio do fato. Foi consagrada na obra “Autoria e Domínio do Fato”, no ano de 1963, que conseguiu a aceitação da maioria dos doutrinadores. Para Roxin, essa teoria se apoia na tese

¹ Graduada no curso de direito e Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. yngrid_gonzalez@hotmail.com.

² Graduada no curso de direito e Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. li.peruque@hotmail.com.

de que uma organização criminosa, os “homens de trás”, que ordenam os delitos, devem ser responsáveis como autores mediatos, isto porque, o sujeito quem ordena é quem comete crime, mesmo não estando presente na cena deste, deve ser responsabilizado como autor do tipo penal, visto que, é ele quem domina a vontade da ação, sem a presença do sujeito mandante, o crime não se configura.

Destaca-se que, a obra do jurista alemão, Roxin, de fato ganhou aceitação nos tribunais alemães e internacionais, entretanto, até os dias de hoje essa teoria está em discussão, sendo objeto de estudos, obras e diversos posicionamentos.

2 CONCURSO DE PESSOAS

O concurso de pessoas é o cometimento de uma infração penal por mais de um agente, estando previsto no artigo 29³ do código Penal.

Para a caracterização do concurso de pessoas, se faz necessário, primeiramente, da pluralidade de condutas (cometida por uma ou mais pessoas), relevância causal (participação relevante na conduta delitiva), liame subjetivo (vínculo entre os agentes, consciência) e a identidade de infração (em regra todos respondem pelo mesmo crime).

Conceitua Victor Eduardo Rios Gonçalves (2015, p.206):

Trata-se o concurso de pessoas da denominação dada pelo Código Penal as hipóteses em que duas ou mais pessoas envolvem-se em uma infração penal. A doutrina e a jurisprudência também se utilizam das expressões “concurso de agentes” e “codelinquência” para referir-se à pluralidade de envolvidos no ilícito penal..

Ou seja, o concurso de pessoas está na hipótese da ocorrência da prática de um delito decorrente da ação ou omissão de duas ou mais pessoas com o mesmo objetivo.

³ Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

2.1 Autoria e participação

Em um conceito amplo, autor é aquele que pratica a figura típica do delito, ou seja, consideram-se autores todos os intervenientes que trazem uma contribuição causal na realização do tipo, esse conceito tem como base o critério-material-objetivo, vez que não leva em conta a conduta e aspectos da culpabilidade do agente. Entretanto, essa forma de conceituar não se faz distinção entre autor e partícipe para aplicação da pena.

Já em um conceito restrito, autor é aquele indivíduo que pratica a conduta típica descrita em lei, aquele que efetivamente realiza o verbo-tipo do tipo penal.

De acordo com André Luís Callegari (2014, p.198):

Para esta teoria, somente é autor quem realiza por si mesmo a ação típica, enquanto a simples contribuição na causação de um resultado mediante ações distintas das típicas não pode fundar nenhuma autoria. Os outros intervenientes, que só determinaram ao autor realizar o fato ou o ajudaram, teriam que ficar impunes se não fosse pelos especiais preceitos penais para a indução e para a cumplicidade.

Esse conceito de autoria é colocado pela teoria formal-objetiva, que diferencia autor e partícipe, analisando a contribuição de cada sujeito em um crime praticado.

Destaca-se para a importância quanto à autoria mediata e imediata. A teoria imediata ocorre quando o próprio agente executa o delito, diretamente ou indiretamente, praticando o ato pessoalmente, podendo ser o autor executor (quem realiza a ação típica) ou autor intelectual (quem sem realizar de modo direto domina a ação completamente).

Já a autoria mediata ocorre quando o agente tem o domínio da vontade alheia, possuindo o domínio do fato, usando terceiro para atuar como mero instrumento, exemplos dessa autoria seria as hipóteses de coação moral irresistível e da obediência hierárquica.

Conforme Valter Kenji Ishida (2015, p.172):

Ocorre quando o agente consegue a execução do crime, valendo-se de pessoa que não vai sofrer pena, através da inimputabilidade (adolescente, portador de doença mental) ou da inexigibilidade de conduta diversa (coação irresistível) ou sem tipicidade (falta de dolo no erro de tipo) (art. 38, § 1º, “c”, do projeto). Nesses casos, o agente domina a vontade da outra pessoa (Luiz Flávio Gomes e outro, Direito penal, v. 2, parte geral, p. 496). O exemplo é da enfermeira que aplica veneno em paciente, pensando tratar-se de medicamento, induzida em erro pelo médico. Solução do direito penal: o autor mediato responde pelo homicídio doloso como partícipe (art. 20, § 2º, e art. 121, ambos do CP) e o autor imediato não responde pelo homicídio doloso (excludente de tipicidade – falta o dolo – erro de tipo do art. 20, caput, mas pode responder pelo culposo). Nesse exemplo, não há concurso de agentes, pois não há vinculação entre os agentes, mesmo que eventual. Também é o caso de pessoa que se utiliza de outra para a denúncia caluniosa.

Já a figura do partícipe, não realiza o exato núcleo do tipo penal, mas sua conduta contribui de alguma forma para o delito acontecer. A participação consiste em tomar parte, cooperar na conduta delitativa do autor.

Pela princípio de acessoriedade da participação, podemos entender a participação como uma intervenção secundária, sendo sua punibilidade baseada dos atributos da conduta do autor.

2.2 Teorias quanto ao concurso de pessoas

Há três teorias a respeito de como punirá os envolvidos em caso de concurso de pessoas:

- a) Teoria monista: também chamada de teoria unitária ou igualitária. De acordo com esta teoria, todos os colaboradores respondem pelo mesmo tipo penal, sendo a única tipificação para autores, coautores e partícipes.
- b) Teoria pluralística: esta teoria defende que cada agente responderá por crime autônomo, respondendo por crimes diversos um dos outros.

- c) Teoria dualista: existem dois crimes, um cometido pelos autores e um diverso cometido pelo partícipe. Seria uma distinção entre participação primária e outra secundária.

Em regra o Código Penal brasileiro adota a teoria monista. Assim, se um agente auxilia ou incentiva outro a roubar alguém, ambos responderão pelo crime de roubo.

De acordo com André Estefam e Victor Gonçalves (2016, p. 472):

O legislador, ao estabelecer no art. 29, caput, do Código Penal que incorre nas penas cominadas ao crime quem, de qualquer modo, para ele concorre, adotou a teoria unitária. Assim, se uma pessoa incentiva ou auxilia outra a matar alguém, ambas incorrem em crime de homicídio. É evidente que, eventualmente, pode haver algumas diferenciações no enquadramento, dependendo de circunstâncias do caso concreto. Por exemplo, se uma pessoa induz outra a matar o próprio pai, ambas respondem por homicídio, mas a agravante genérica referente a ser o delito cometido contra ascendente (art. 61, II, e) só pode ser aplicada ao filho. Da mesma forma, se uma pessoa mata por razões torpes, desconhecidas do comparsa, a qualificadora do homicídio é aplicada apenas ao primeiro. Assim, pode-se dizer que é consequência da teoria monista o enquadramento dos envolvidos no mesmo tipo penal, ainda que em relação a alguns deles haja agravantes ou qualificadoras que não se estendam aos demais.

Entretanto, há casos excepcionais que será aplicado a teoria pluralística, onde os agentes responderão por crimes diversos. Um grande exemplo da aplicação da teoria pluralística é no crime de corrupção, onde o funcionário público responderá pelo crime de corrupção passiva e o outro agente responderá pelo crime de corrupção ativa.

Também podemos citar outra exceção, chamada de “cooperação dolosamente distinta”, prevista no artigo 29, §2 do Código Penal, onde cada agente responderá pelo crime em que quis cooperar, participar, devendo ser aplicado apenas a pena do crime em que cooperou.

3 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

A teoria do domínio do fato busca responsabilizar aquele que ordena um delito, devendo responder como fosse o efetivo autor do crime. Aquele sujeito

que manda um terceiro matar uma pessoa, segundo essa lógica, deve ser punido como se fosse o próprio autor do crime de homicídio.

De acordo com essa teoria, a pessoa mesmo que não tenha praticado diretamente a infração penal, mas ordenou o ilícito, deverá responder como autor e não como partícipe, pois não se trata de uma figura acessória.

Esclarece André Luís Callegari (2014, p.203):

A teoria do domínio do fato explica melhor a coautoria, posto que todos que dominam funcionalmente o fato, ainda que não realizem a conduta estritamente descrita no tipo, são coautores. Adotada a teoria objetivo-formal, como fazem alguns autores, não haveria como condenar como coautor aquele que somente segura a vítima ou a mantém sob ameaça para que outro subtraia os bens, posto que, em realidade, não pratica a conduta descrita no verbo nuclear do tipo.

Autor para essa teoria não é só aquele quem executa, mas também aquele tem que tem o controle final do fato, ordenando sua prática, circunstâncias e interrupção.

Para que a teoria seja aplicada, é necessário que o ocupante do “cargo de mandante” emita a ordem para executar um delito criminoso, comandando o fato e os sujeitos diretos.

Ocorre na situação na qual o autor não pratica o crime de mão própria, mas se utiliza de outros agentes, sendo típico caso do “homem de trás”, ordenando o delito e tendo o total controle de toda organização.

A ideia da teoria do domínio do fato pressupõe que uma pessoa tem o controle, o desejo do resultado, não sendo compatível com a descrição do crime culposos. A teoria do domínio do fato não se aplica aos crimes culposos, apenas para os crimes dolosos, crimes em que o agente busca e quer o resultado, não sendo cabível quando o crime ocorrer por imperícia, imprudência ou negligência.

3.1 Teoria do domínio do fato e sua aplicabilidade no direito penal brasileiro

O Código Penal de 1940 filiou-se ao conceito extensivo de autor, todavia, a partir da reforma penal no ano de 1984, divergências apareceram acerca do conceito adotado pelo Código Penal brasileiro.

A teoria do domínio do fato busca alcançar o “agente mediato” de um crime, que é aquele que organiza, manipula terceiro para que este pratique o delito.

Essa teoria entrou no noticiário brasileiro durante o julgamento da Ação Penal nº 470 (mensalão), posteriormente tiveram outros casos em que foi citada essa teoria em julgamentos.

A teoria do domínio do fato está vinculada ao concurso de pessoas, já analisado e explicado no presente trabalho. Ademais, o Código Penal brasileiro, em seu artigo 62⁴, inciso I, imputa pena mais grave ao agente que organiza, incentiva ou ordena aos seus subordinados, dando tratamento mais gravoso ao agente que possui o domínio do fato.

Entende Pablo Rodrigo Alflen (2014, p.170):

Por conseguinte, não há como transpor a teoria do domínio do fato de Roxin ao plano brasileiro, devido à sua absoluta incompatibilidade com a ordem jurídica vigente e com a opção do legislador brasileiro por um sistema unitário funcional.

Todavia, isso não implica o rechaço à ideia de domínio do fato, ao contrário, impõe a necessidade de construção de uma concepção de domínio do fato, que coadune com o sistema brasileiro vigente, sobretudo, em virtude da opção do legislador por um sistema unitário funcional, o qual admite (e, inclusive, determina) não só a punição diferenciada como a própria diferenciação entre as categorias de autor e partícipe.

Há muitas discussões até a presente data se aplica essa teoria ao ordenamento jurídico brasileiro ou não. Destaca-se que no informativo do Supremo Tribunal Federal de número 128, foi utilizada a teoria do domínio do fato para condenar José Dirceu, ex-ministro chefe da Casa civil da Presidência da República, justificando que a teoria seria plenamente compatível com o modelo de concurso de pessoas e inteiramente harmônica com o sistema constitucional brasileiro.

Apesar de não ser a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro, ela foi utilizada no Supremo Tribunal Federal – STF, e em alguns outros casos excepcionais, culpando os mandantes e não somente o agente imediato.

⁴ Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage ou induz outrem à execução material do crime;

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

4 A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL 470

A ação penal 470 foi a ação do famoso caso conhecido como “mensalão”, o Supremo Tribunal Federal – STF, na tentativa de delimitar a autoria dos acusados, utilizou-se da teoria do domínio do fato.

Após as investigações da Polícia Federal, Rodrigo Janot, procurador-geral da república, denunciou quarenta réus, dentre eles podemos citar, José Genuíno (Presidente do Partido dos Trabalhadores-PT), José Dirceu (ex-ministro da Casa Civil) e Delúbio Soares (tesoureiro do Partido dos Trabalhadores-PT).

O “mensalão” foi considerado o maior escândalo do crime de corrupção do governo de Luís Inácio Lula da Silva, sendo julgado no ano de 2013, restando 25 condenados.

A aplicação da teoria do domínio do fato no caso do “mensalão” gerou controvérsia entre os diferentes entendimentos de juristas sobre o assunto, estabelecendo posicionamentos favoráveis e desfavoráveis para aplicação da teoria no caso da Ação Penal nº 470.

O posicionamento favorável para aplicação da teoria do domínio do fato justifica-se para incluir José Dirceu, como chefe da organização criminosa no esquema de corrupção.

Ele foi considerado durante todo tempo o mentor do esquema, tendo o domínio do fato há todo momento da organização, devendo ser considerado o autor do crime, sendo sua responsabilidade originária e conseqüentemente sendo responsável criminalmente.

Já o posicionamento desfavorável à aplicação da teoria do domínio do fato no julgamento da ação penal nº 470, baseou-se na justificativa que a condenação do José Dirceu, baseando-se na teoria, foi política e não jurídica.

Para aqueles que defendem esse posicionamento, entendem que deveria o Supremo Tribunal Federal agir conforme seu costume jurisprudencial, ou seja, sem provas ou em dúvida, absolve-se o acusado.

Entende-se ainda, que a teoria do domínio do fato, fugiu de suas aplicações históricas, de suas essências, e foi adaptada pelo Supremo Tribunal Federal para justificar o réu José Dirceu.

Esclarece Pablo Rodrigo Alflen (2014, p.182):

Em virtude da atualidade da discussão acerca da teoria do domínio do fato no âmbito jurisdicional brasileiro, é oportuno tecer algumas breves considerações sobre recente caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal. No julgamento da Ação Penal n. 470, o famigerado caso “mensalão”, o Supremo Tribunal Federal, na tentativa (e no afã) de proceder à delimitação da autoria dos acusados, utilizou de uma anomalia, a qual intitulou de teoria do domínio do fato. De forma absolutamente incongruente, ao longo de mais de oito mil (desnecessárias) páginas que integram o acórdão, a Corte fundiu teorias incompatíveis entre si, não especificou os critérios que utilizou para nortear aquilo que denominou de “domínio do fato”, e, sobretudo, deixou de indicar analiticamente dados empíricos hábeis a fundamentar o suposto domínio do fato enfatizado na decisão. De maneira surpreendente, a Corte tentou, inclusive, proceder a um retrospecto histórico sintético da teoria do domínio do fato, sem sequer chegar ao seu conteúdo (o qual seria o principal aspecto a ser discutido). Na decisão restou de forma clara que a teoria foi utilizada como simples retórica para fins de atribuição de responsabilidade, em flagrante violação ao art. 93, IX, da Constituição Federal. O grau de desvirtuamento da teoria é estratosférico, visto que, partindo de posicionamento completamente obsoleto, frisou-se em determinado momento que “presumidamente, aos detentores do controle das atividades do Banco Rural, conforme dispõe o ato institucional da pessoa jurídica, há de se imputar a decisão (ação final) do crime”. Não se pode admitir na ordem jurídica brasileira a presunção de domínio do fato, de modo que, a simples disposição de ato institucional não atribui o poder de condução a ninguém. De outra sorte, observa-se que a Corte sequer conseguiu situar o domínio do fato na estrutura do conceito analítico de crime, chegando à esdrúxula afirmação de que o domínio do fato consiste em elemento da culpabilidade, ao “o fato de se tratar de empregada e, como tal, de trabalhadora subordinada, e de não dispor de poderes sobre o patrimônio da sociedade empresaria não afasta, isoladamente, o domínio do fato delitivo, elemento da culpabilidade”. Ademais, procedendo à transcrição de passagens doutrinárias incompatíveis entre si, a Corte acreditou fundamentar a decisão, quando em momento algum se fez referência ao conteúdo da teoria e dos critérios utilizados para afirmar se e por que alguém detinha o domínio do fato. Isso fica evidenciado, sobretudo, em razão de que, em determinado momento, orientando-se nitidamente por uma concepção welzeliana, afirmou-se que um dos acusados detinha “o domínio final dos fatos”; porém, em seguida, afirmou-se que o mesmo acusado detinha “o domínio funcional dos fatos”. Como não bastasse, no teor da decisão chega-se a afirmar que a teoria do domínio do fato, na versão de Roxin, não ofende o ordenamento brasileiro, ao contrário, revela-se “compatível com a disciplina que o nosso Código Penal estabeleceu”. Com isso, deixa-se claro o desconhecimento do absoluto rechaço por parte de Roxin ao sistema unitário de autor, o qual foi adotado pelo Código Penal brasileiro, e, principalmente, que a teoria foi criada pelo jurista alemão tendo em vista o sistema diferenciador, conforme adotado pelo Código Penal alemão.

O Supremo Tribunal Federal durante o julgamento do caso do “mensalão” se baseou na teoria do domínio do fato para alcançar aqueles que tinham o domínio da ação, sendo suficiente para a condenação daqueles considerados como os mandantes da organização criminosa.

3 CONCLUSÃO

Conclui-se que a teoria do domínio do fato surgiu há muito tempo, sendo considerado seu marco histórico com a obra do jurista alemão, Claus Roxin, no ano de 1963.

A teoria do domínio no fato é a explicação para buscar a punição daquele agente mandante em um crime, devendo ser punido como autor e ser responsável por ter o domínio da ação.

Na tese do professor alemão, Claus Roxin, vimos que o conceito do domínio do fato não pode ser aplicado para todos os crimes, mas aqueles comissivos e dolosos, posto que, se faz necessário à vontade e o domínio da ação no delito punitivo.

O Código Penal brasileiro atualmente, em regra, adota a teoria monista para os crimes ocorridos em concurso de pessoas, devendo todos os agentes que tiveram coloração em uma ação criminosa, responder pelo mesmo crime. Entretanto, há situação que excepcionalmente aplicará a teoria pluralista, respondendo cada agente por um crime ou responderão pelo crime do qual queria participar, devendo ser aplicado apenas a pena do crime em que cooperou.

Há de se destacar o artigo 62, inciso I, do Código Penal brasileiro, onde estabelece pena mais grave ao agente que organiza, incentiva ou ordena aos seus subordinados, dando tratamento mais gravoso ao agente que possui o domínio da ação.

A teoria do domínio do fato já foi citada em alguns casos no Brasil, entretanto, o de maior destaque foi no caso da Ação Penal nº 470, popularmente conhecida como “mensalão”, onde condenou José Dirceu por ser o mandante da organização criminosa, tendo o mesmo o domínio do fato, devendo responder como autor da ação.

Portanto, a teoria do domínio do fato é mais uma modalidade para diferenciar autores e partícipes de uma ação criminosa, buscando a condenação de forma mais justa conforme o caso concreto e a atuação de cada agente para que o delito ocorresse.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo Saraiva 2014.

CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 3. São Paulo Atlas 2014.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” de Presidente Prudente. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

ESTEFAM, André. GONÇALVES, José Eduardo Rios. **Direito penal parte geral esquematizado**. 6. São Paulo Saraiva 2016

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal parte geral**. São Paulo Saraiva 2015.

ISHIDA, Válder Kenji. **Curso de direito penal**. 4. São Paulo Atlas 2015

JESUS, Damásio E. de. **Código Penal anotado**. 23. São Paulo Saraiva 2015.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**. 6. Rio de Janeiro Atlas 2016.