



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

LUAN GUSTAVO MOTA DOS SANTOS

**A TEORIA DO DOMINIO DO FATO E SUA APLICABILIDADE NO
ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO**

**Assis/SP
2018**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

LUAN GUSTAVO MOTA DOS SANTOS

**A TEORIA DO DOMINIO DO FATO E SUA APLICABILIDADE NO
ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientando: Luan Gustavo Mota dos Santos
Orientador: Ms. Fabio Pinha Alonso**

**Assis/SP
2018**

FICHA CATALOGRÁFICA

S237t DOS SANTOS, Luan Gustavo Mota.

A teoria do domínio do fato e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro / Luan Gustavo Mota dos Santos. Assis, 2018.

28p.

Trabalho de conclusão de curso de Direito - Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA

Orientador: Ms. Fabio Pinha Alonso

1. Pessoas imputáveis 2. Direito Penal

CDD:341.52
Biblioteca da FEMA

A TEORIA DO DOMINIO DO FATO E SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

LUAN GUSTAVO MOTA DOS SANTOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____
FABIO PINHA ALONSO

Examinador: _____

“Todo malfeitor, atacando o direito social, torna-se, por seus crimes, rebelde e traidor da pátria; a conservação do Estado é então incompatível com a sua”.

- Rousseau

RESUMO

Este trabalho buscar demonstrar sobre a origem da teoria do domínio do fato, até sua aplicação em casos modernos do nosso ordenamento jurídico.

Para realização do mesmo, foi feito uma pesquisa com o objetivo buscando-se levantamento bibliográfico envolvendo artigos, livros, consultas em sites jurídicos, legislações e decretos.

A partir de um método dedutivo, chegou-se a um diagnóstico da real situação de entrada da teoria do domínio do fato em nosso ordenamento jurídico, nos permitindo explanação e objetivando um parecer sobre o tema.

Palavras-chave: Teoria; Domínio; Fato; Ordenamento; Brasileiro; Aplicabilidade;

ABSTRACT

This paper finds demonstrate about the origin of the theory of the domain of fact, until its application in modern cases of our legal system.

For the accomplishment of the same one, a research was done with the objective searching bibliographical inquiry involving articles, books, consultations in legal sites, legislations and decrees. From a deductive method, a diagnosis was made of the real situation of the adoption of the theory of the domain of fact in the Brazilian legal system, allowing us to explain and objectify an opinion on the subject

Keywords: Keyword Right; Keyword Theory; Keyword Domain; Keyword Fact; Keyword Brazilian; Keyword Applicability

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. A HISTÓRIA DA TEORIA DO DOMINIO DO FATO.....	10
2.1. ORIGEM.....	10
2.2. A IDEIA DE WELZEL.....	11
2.3. A REFORMA DE ROXIN	13
3. DO CONCURSO DE PESSOAS	17
3.1. ORIGEM.....	17
3.2. ESPÉCIES DE CRIMES NO CONCURSO DE PESSOAS	18
3.2.1. CRIMES MONOSSUBJETIVOS	19
3.2.2. CRIMES PLURISSUBJETIVOS	19
3.3. TEORIAS NO CONCURSO DE PESSOAS	19
3.3.1. TEORIA MONISTICA	20
3.3.2. TEORIA DUALISTICA.....	21
3.3.3. TEORIA PLURALISTICA	21
4. APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMINIO DO FATO NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO.....	22
4.1. RESISTÊNCIAS QUANTO A APLICABILIDADE.....	22
4.2. A ACEITAÇÃO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS.....	23
4.3. APLICAÇÃO EM CASOS CONCRETOS	23
4.3.1. APLICAÇÃO NA AÇÃO PENAL N. 470.....	24
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	26
REFERÊNCIAS.....	27

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a aplicabilidade da teoria do domínio do fato no direito brasileiro, versando sobre o código penal brasileiro, no seu texto original e atual, mostrando as teorias adotadas para distinguir e atribuir a autoria dos fatos delituosos no concurso de agentes, no qual é o objetivo da teoria tratada nesta pesquisa monográfica.

O tema acima abordado trata de uma ampliação do conceito jurídico de autoria, passando a não apenas considerar autor aquele que pratica o verbo núcleo do tipo penal, também aquele que, mesmo de forma indireta, domina a prática e pretende o resultado.

Tal reflexão surgiu em 1939, com o jurista e filósofo alemão Hans Welzel, ao final da década de 60 foi "aprimorada" por Claus Roxin através de críticas feitas ao pensamento originário de Welzel, assim objetivava complementar o conceito de autor, que, de certo modo, era restrito, pois eram incapazes de apontar autoria mediata de determinados crimes, tais como os "delitos de escrivania".

Existem duas vertentes de teorias, as negativistas e as positivas ou restritivas, onde as negativistas não demonstra qualquer diferença entre autor e partícipe, mostrando o crime ser um fenômeno único, pelo qual quem concorre para o mesmo é autor, tal teoria foi acatada na redação original do código penal brasileiro.

Segundo a vertente positiva ou restritiva, na qual diferenciam autor de partícipe, tendo três subespécies, sendo elas subjetiva, objetivo-material e objetivo-formal, sendo a objetivo-formal adotada, de forma majoritária, no direito brasileiro.

O principal motivo para a escolha deste tema está diante de um dilema na evolução dos métodos criminosos, "quando a lei for não for suficiente para ser justa, diante do caso concreto, deve o operador de direito buscar teorias, como a do domínio do fato, para que, em conjunto a lei positivada, auxiliem na punição de qualquer agente que contribuem, de qualquer forma, para a prática do ilícito penal?".

Diante dessa indagação surgiu a necessidade de buscar conhecimento em outros ares, a fim de esclarecer os conceitos que o ordenamento jurídico brasileiro considera, no concurso de agentes, em relação a autoria de fatos delituosos.

O tema abordado neste trabalho tem o anseio de demonstrar que apenas a teoria objetivo-formal, a qual é adotada pelo direito brasileiro não é suficiente para sanar diversos

problemas dos crimes modernos, sendo assim a teoria do domínio do fato vem para somar junto a objetivo-formal e com isto tornar um mecanismo mais prático, fácil e justo para a responsabilização penal.

A pesquisa apresentada, como dito anteriormente, busca expor acerca da teoria do domínio do fato no tocante ao concurso de pessoas, expondo e discutindo controvérsias que existem sobre os fundamentos da mesma e defender sua aplicação na prática junto a teoria objetivo-formal.

2. A HISTÓRIA DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

A princípio trataremos como se deu a origem da teoria do domínio do fato, desde a primeira vez citada, a mudança com o passar do tempo, a evolução e a inclusão no sistema jurídico brasileiro, adentrando mais à fundo o seu desenvolvimento e os eventos que ocasionaram a criação da mesma e a fortaleceram.

2.1. ORIGEM

O termo "domínio do fato" surgiu a primeira vez na monografia de Carl August Hegler em 1915, porém não tratava do mesmo significado atribuído posteriormente por Claus Roxin e após também por Hans Welzel, todos alemães, Hegler tratava sobre o termo no sentido de tipificar os elementos do delito, ou seja, Hegler apontou o domínio do fato, em sua monografia, como uma teoria que visava juntar elementos de materialidade e com isso juntar aos fatos para imputar, à figura de um autor, requisitos materiais de culpabilidade, ou seja, imprudência, imputabilidade e dolo, também expor a ausência de causas excludentes de ilicitude. Segundo ele apenas quem tem o "pleno domínio do fato" atua culpavelmente, ou seja, quem de forma não coacionada e como autor imputável, ou como ele chamava "senhor do fato", ou quem tenha o dever de evitar o resultado que fora esperado que o mesmo evitasse, esse apontamento de Hegler fez parte do desenvolvimento da teoria da culpabilidade e mostrando assim que quem incidisse nesse elementos poderia ser apontado culpavelmente. Posteriormente em 1932 Hermann Bruns foi o pioneiro a utilizar no sentido que conhecemos hoje em dia, Bruns tinha o alvo diferenciar autoria e participação, afirmando que autoria, em crimes culposos ou doloso, pressupõem possível o domínio do fato, conforme a teoria da adequação, ou seja, considerava o autor que tendo a possibilidade de dominar o fato agisse para obter o resultado, sendo assim, utilizando de um terceiro, incapaz ou induzido a erro, tendo o domínio do resultado final. No entanto Bruns não conseguiu diferenciar autoria de participação apontando a teoria do domínio do fato. No ano seguinte Adolf Lobe surge com a ideia reformuladora sobre o conceito da

teoria, apontando criticamente à vontade de agir como autor, imputando como essencial o "animus domini", que deveria ser verificado na prática do fato sob influência desse domínio, respeitando os critérios objetivos e subjetivos, através da concepção de Lobe que iniciou-se a proposta do domínio do fato diferenciando a participação da autoria diante a certeza do domínio da ação direcionada ao resultado através de sua vontade própria, ou seja, Lobe enaltece a vontade de agir para imputar a teoria do domínio do fato e os primeiros passos para a teoria que entendemos hoje em dia, que faz a diferenciação de autoria e participação, na concepção da teoria abordada. Em 1936 foi a vez de Eberhard Schmidt apresentar a ideia sobre tal teoria, onde expusera o domínio do fato dentro da ideia de dever, conforme o entendimento do mesmo é um conceito extensivo de autor, ou seja, quando o agente, dada em sua posição de dever, atua como o senhor do fato, tendo o domínio do mesmo. Por fim chegamos a Hans Welzel, em 1939, onde se atribuiu de forma sólida a ideia do domínio do fato, não abstendo-se da relevância de tantos outros juristas sobre o mesmo tema, mas foi através da concepção doutrinária de Welzel que se procedeu a evolução da teoria aludida para os moldes atualmente considerados pelo direito, também a Claus Roxin que foi um representante essenciais sobre o tema tratado na questão de autoria, Roxin, podemos dizer, lapidou a ideia de Welzel e a tornou mais "criteriosa" assim podemos dizer.

2.2. A IDEIA DE WELZEL

No final da década de 30, mais especificamente em 1939, Welzel buscou demonstrar uma teoria que distinguisse autor e partícipe, tendo assim a autoria mediata, com o objetivo de auxiliar no julgamento dos crimes ocorridos pelo partido nazista, fato esse acontecido na Alemanha, onde até então o mandante era considerado apenas um partícipe. Tal teoria foi formulada baseada em alguns critérios tratados pelo autor, que posteriormente venha a ser questionada e reformulada por Roxin, cujo, que muitos juristas consideram, o real conceito de origem sobre o que consideramos hoje em dia a teoria do domínio do fato.

Segundo Welzel, buscou demonstrar uma ideia teórica no conceito finalista, ou seja, baseava-se na ideia de autoria onde se encontrava o conceito de ação final, dividida em dois pilares: primeiro vem a imputação objetiva (como a posição especial de dever do autor, exemplo funcionário público) junto a subjetiva (intenção especial do injusto) e a culpabilidade, como segundo pilar, o pressuposto fático, ou seja, o autor deve ter a vontade

e ser o senhor do fato e da execução final da vontade, considerando a teoria não sendo um único critério de determinar a autoria.

De acordo com Welzel¹.

Welzel expendia sobre a ideia de distinguir crimes culposos e dolosos, uma vez que sua teoria deve ser apenas apontada em crimes dolosos, também para a teoria abordada, culpabilidade é diferente de dolo, uma vez que dolo constitui o tipo.

Em relação aos crimes dolosos, Welzel faz uma forte crítica ao conceito extensivo de autor, uma vez que, para o mesmo, o conceito usado de autor se derivava dos crimes culposos aos dolosos, ou seja, para Welzel os crimes dolosos se vincula totalmente ao finalismo, sempre composto por uma característica geral/fática e, quando o tipo exigir, duas características especiais/pessoais.

Welzel reconhece três modalidades de autoria: autoria direta, autoria mediata e coautoria. Porém não faz diferenciação entre as espécies ou formas de domínio do fato, por entender que o domínio do fato é um pressuposto fático.

Para Welzel, autor não é somente aquele que executa a ação final, mas também pode ser aquele que através de alguém cumpre o resultado final que o mesmo pretendia, resultado que era de sua vontade.

Considera-se autor, na visão de Welzel, aquele que executa diretamente, voluntaria e consciente do que resulta ao final do fato, tendo domínio diante da sua execução e decisão, e tendo completo todos os pressupostos objetivos e pessoas dispostos pelo tipo (Alflen, 2014, p.91).

A coautoria, conforme a teoria de Welzel, ocorre quando há divisão de papéis em um plano elaborado em conjunto, ou divisão de trabalho, sendo a decisão e a execução do fato em conjunto como requisitos imprescindíveis, ou seja, para Welzel o coautor tem o domínio apenas da parcela que lhe é encarregada, não sobre o fato integralmente, mas sempre interligados formando o resultado.

¹Welzel (1997, p.120) “El [o conceito final de autor] surge de las determinaciones fundamentales del concepto final de acción y del concepto personal de lo injusto para la acción dolosa, dado que la teoría del autor no tiene otra finalidad que establecer el centro personal de acción del hecho antijurídico. Es por eso que a la autoría (de un delito doloso) pertenece en general el dominio final sobre el hecho (como elemento genérico personal de lo injusto de los tipos dolosos); a ello se agregan en muchos casos, como elementos especiales de autor, las características personales objetivas y subjetivas de lo injusto.”

A autoria mediata convém daquele que está por trás do plano e possui seu domínio de forma integral, caso não tenha o domínio integral será mero indutor ou instigador, ou seja, de forma alguma Welzel coloca como autoria mediata alguém que execute de forma mecânica o fato, de forma que seja eficaz no caso e tem sempre que estar por trás de tudo e ter domínio pleno do fato sobre o fato integral. Com isso, é evidente que a autoria mediata pode ser um indivíduo usado como instrumento, que atue consciente ou inconscientemente, punível ou impunível, desde que o autor mediato tenha domínio inteiro do fato.

Conforme análise do autor, fundamenta que as possibilidades de autoria mediata, levando em conta tanto a falta dos requisitos pessoais, objetivos e subjetivos, do executor ou ausência do domínio final do fato pelo praticante, quando falamos de alguém que não possui dolo ou do agente coagido, de enfermos mentais ou menores, são hipóteses que corresponde, segundo Welzel, para autoria mediata.

2.3. A REFORMA DE ROXIN

Roxin, um jurista alemão e um dos mais influentes dogmáticos do direito penal de seu país, explicou, de forma pouco diferente e mais criteriosa, a teoria do domínio do fato no ano de 1963 em sua obra intitulada “Taterschaft und Tatherrschaft” que traduzido em português “perpetração e tirania”, obra esse que feita em um momento marcante onde o título da obra mostra o momento que passavam e o anseio por justiça pelos crimes praticados por oficiais do partido nazista contra os judeus, na época que o nazismo estava no poder da Alemanha, entre 1930 e 1940, nos tribunais eram considerados apenas partícipes, tal obra é considerada a principal sobre tal teoria, onde encontra um grande desenvolvimento da teoria antes tratada por Welzel e algumas variações ao autor referido anteriormente, de grande impacto em toda a Europa devido ao momento que se passava, como na antiga União Soviética que viveu um momento semelhante ao da Alemanha.

Segundo afirma Alflen (2014, p. 105) que:

“[Roxin] ressalta, por um lado, que a singular vagueza e a intangibilidade da concepção welzeliana levaram-no a rechaçar a ideia de domínio final do fato. Aliás, afirma que, no primeiro trabalho desenvolvido sobre a autoria, Welzel introduziu o conceito “de forma absolutamente repentina e sem explicação, como se seu significado fosse compreensível por si mesmo”. Por outro lado, Roxin considera que também a “unilateralidade dos critérios compreendidos de forma lógica e exata” e a “sua incapacidade de satisfazer as diversas formas de manifestação da vida em

suas expressões individuais” não servem como critérios para definir a ideia de domínio do fato.”

Diante disto Roxin se opõe a ideia de Welzel e exclui a ideia de domínio do fato seja um conceito indeterminado, porquanto colocando como uma possível solução para sanar as questões de autoria, pois com um conceito determinado seria praticamente impossível prever todas as hipóteses possíveis e cabíveis para cada tipo, o classificando como um conceito amplo, somente com características fáticas e prescritivas, norteando para uma aplicação judicial.

O autor tem como concepção que: autor é a figura principal do fato ilícito, que, por sua mediação, fora praticado, sendo assim aquele que possui o domínio do fato desempenhando um papel fundamental e decisivo para a prática do tipo assim podemos dizer.

Segundo Alflen (2014, p.110), afirma que para Roxin “tem o domínio do fato e é autor, quem aparece como a figura central, a figura-chave na realização do delito, por meio de sua influencia decisiva para o acontecimento”.

Visto isto quebra a ideia de Welzel que autoria tem que estar diretamente a ligação final do fato típico, sendo que pode também ser autor mediato alguém que apenas fique atrás de uma escrivaninha, como um exemplo.

Do mesmo modo que Welzel, Roxin também divide a autoria em um modelo tripartido de domínio do fato, diferenciando em domínio da ação, domínio funcional e domínio da vontade, que correspondem, de forma respectiva, a autoria direta, coautoria e autoria mediata.

O referido autor buscou evidenciar uma teoria, que até então delimitava o conceito de autor, que sistematizasse de melhor forma o critério de domínio da vontade, diferente de Welzel e seu finalismo, com isso Roxin distinguia autor de partícipe e melhor caracterizava a autoria mediata.

Roxin tratava autoria direta ou individual como o agente que detinha o domínio da ação, ou seja, o próprio agente realizava todos os elementos para a prática do tipo, visto que há grande semelhança com o critério objetivo-formal, hora adotado no Brasil, sendo assim, quem pratica o verbo, age de forma imediata, considerando este é autor.

Uma forma de domínio do fato é pela ação organizada, onde se dividem as tarefas para a execução do tipo, entre, pelo menos, dois agentes.

Partindo dessa concepção, se duas ou mais pessoas, em comum decisão, realizarem ou contribuírem com um ato relevante, terão o domínio funcional do fato, ou seja, cada um será coautor do fato, pois teve o domínio da função a qual em comunhão lhe fora distribuído, ocorrendo imputação recíproca.

Vimos então que são requisitos da coautoria o plano em conjunto, execução em conjunto e a prática de uma participação essencial para a prática do fato, no último podemos dizer que é a prática do executório só que não a prática do verbo em si, podemos dizer como no caso de um assalto, onde a prática do ato relevante seria o papel designado ao motorista que irá empreender a fuga, ele não executou o verbo, mas será coautor por ter uma contribuição especial para a execução do fato, segundo a ideia de Roxin.

Já a terceira concepção é um pouco mais detalhada, o que seria a concepção do domínio da vontade, pois se trata da vontade podendo ser realizada de diversas maneiras diferentes, como coação sobre o homem da frente, induzir o homem da frente a erro ou domínio mediante uma organização de poder, está última em sua obra foi brevemente tratada, porém no mesmo ano Roxin aprofundou a ideia publicando um artigo na revista *Goldammer's Archiv für Strafrecht*.

Sobre a coação sobre o homem da frente é quando mantém sob o controle mediato tanto aquele que realiza sob sua coação, quanto o fato e o curso do acontecimento, ou seja, exerce o domínio de forma mediata do coator, com isso o homem da frente é exculpado e responsabiliza o homem por trás, no nosso Código Penal é referente esta ação no artigo 22.

Já o domínio por indução a erro se dispõe quando existe o fundamento de superioridade de conhecimento de quem está por trás, com isso dominando sua vontade, ou seja, segundo Alflen (2014, p.131): “o executor poderá, dessa forma, agir sem dolo, agir com erro de proibição, agir com erro sobre os pressupostos do estado de necessidade que exclui sua culpa ou de forma plenamente criminosa”.

No tocante a hipótese do domínio sobre a vontade de um terceiro mediante uma organização de poder foi baseada em fatos concretos, como o caso de Otto Adolf Eichmann, um dos principais organizadores do holocausto, diante deste caso houve assassinatos em massa nos campos de concentração, sendo assim, Eichmann participava de organização onde havia subordinação hierárquica se assim podemos dizer, ou seja, Eichmann tinha o domínio da vontade sobre seus subordinados que realizavam tais

massacres nos campos de concentração, sendo assim, após emitida a ordem de Eichmann que se realizavam os fatos típicos, sendo assim o autor mediato dos fatos realizados.

Roxin expõe pressupostos para esta ultima forma de autoria mediata, como o poder de comando, a fungibilidade do executor direto, a desvinculação do direito pelo aparato de poder e a disposição elevada dos executores do fato.

Diante do primeiro pressuposto o homem de trás detém a decisão de “se”, “quando” e o “como” será realizado, reconhecidos pelo homem de trás.

O segundo mostra que qualquer que seja o executor subalterno poderá ser substituído por outro que estiver disponível para a execução da ordem proferidas pelo aparato de poder.

O terceiro é o desligamento do direito, ou seja, a ordem é fora da margem abrangida pelo ordenamento jurídico vigente, possibilitando o cumprimento automático da ordem proferida de forma ilegal ao ordenamento jurídico vigente.

O quarto e último pressuposto foi inserido apenas em 2006, através dos estudos de Schroeder e Heinrich, onde trata que quem executa o tipo em uma organização de poder é diferente de um autor em si mesmo, ou seja, de forma alguma exclui a responsabilidade do executor, mas como o mesmo está sob influencia da organização o que o torna maior seu potencial delinquente, pois agiu de forma que fora influenciado ao seu superior, isto não reduz nem exclui sua responsabilidade.

Sendo assim a forma que Roxin tratava a teoria do domínio do fato, onde buscou evidenciar sobre a diferenciação entre autor, coautor e participe, basta agora vermos as possibilidades de adoção ou não da teoria em nosso Código Penal conforme adiante estará expendido.

3. DO CONCURSO DE PESSOAS

Neste capítulo buscaremos expender sobre a origem do concurso de pessoas, suas teorias e suas hipóteses cabíveis dentro do nosso ordenamento jurídico, tratando sobre os delitos praticados em colaboração de agentes, mostrando as formas de diferenciação entre autoria e participação.

3.1. ORIGEM

O conceito de concurso de pessoas, no Código Penal de 1940, tratava o concurso de pessoas da maneira de que qualquer um que concorre para um determinado crime estará sujeito as penas cominadas ao tipo praticado.

A redação dispunha em seu artigo 25 tal conceito, não havendo qualquer distinção entre autor, coautor e partícipe, considerando a teoria da equivalência dos antecedentes criminais.

Logo a reforma da parte geral do Código Penal, com a entrada da Lei nº 7209/84, onde passou a utilizar a expressão concurso de pessoas, também chamado por conduto da doutrina como concurso de agentes, codelinquência, concurso de delinquentes ou ainda cumplicidade.

A reforma cuidou da associação de duas ou mais pessoas, mesmo sem ajuste prévio, consciente ou voluntário, para a prática de um crime ou contravenção penal, sem vincular o motivo que os uniu para a prática do delito, podendo no mesmo delito, em concurso de agentes, ter intuídos diversos entre os agentes.

No entanto, pode existir uma prática de um fato típico, onde encontra todos os pressupostos, porém um agente desempenhando uma participação de menor relevância, sendo assim, sem a reforma, tornaria injusta a punição com a mesma pena para todos os agentes, inclusive o de menor relevância, como tratava o Código Penal de 1940.

3.2. ESPÉCIES DE CRIMES NO CONCURSO DE PESSOAS

Nosso Código Penal não prevê um conceito para crime, pelo fato de não ser uma prática engessada de específica forma de conduta, ou seja, não é possível moldar que crime é a prática de determinado ato, pois existe diversas maneiras de agir e entender-se.

A doutrina, no entanto, tem três aspectos que se subentende como conceito de crime: a definição formal, material e formal analítico.

O conceito material é o por que o legislador puni tal conduta para determinado fato, ou seja, é o conceito em que o legislador define as condutas que ofendem os bens jurídicos tutelados pela lei, sendo assim cominados a uma pena específica, é a matéria que o direito penal deve punir ou deixar impune.

Já na conceituação formal entende-se pela doutrina que é aquilo que o legislador prevê como um fato punitivo, ou seja, o que está descrito no código penal com sua respectiva punição para o agente ou os agentes que praticarem tal tipificação descrita em lei, respeitando o princípio da reserva legal, sendo assim não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem lei anterior que a comine.

Contudo o conceito analítico se prende ao conceito formal, tratando apenas da forma cujo qual o será analisado pelo operador de direito, segundo Nelson Hungria(online) diz que “um fato pode ser típico, antijurídico, culpado e ameaçado de pena, isto é, criminoso, e, no entanto, anormalmente deixar de acarretar a efetiva imposição de pena”.

É a corrente de maior aceitação no Brasil e no Exterior, se dividindo entre finalista e causalista, contudo, este conceito junto a teoria finalista, passa averiguar os elementos do crime, conduta típica, antijurídica e culpável.

Para o concurso de pessoas nos determinados crimes acima citados, existe, obviamente, a distinção entre os tipos de crimes praticados por um só agente para aqueles que exigem esforços de duas ou mais pessoas, com prévio ajuste ou não, desde que ligadas a conduta de um agente ao outro agente.

Mesmo ao se tratar de concurso de agentes, não existe uma prioridade para os crimes plurissubsistentes, sendo assim a coautoria obrigatória. A análise do concurso eventual de agentes é de interesse para qual possamos demonstrar os quais se enquadram a coautoria e a participação, para que assim se tenha o domínio do conceito e suas teorias que as fundamentam.

3.2.1. CRIMES MONOSSUBJETIVOS

Os crimes monossujeivos ou unissujeivos ou também chamados de crimes de concurso eventual são os crimes que podem ser praticados por apenas um agente, contudo, admite-se a coautoria e participação, sendo assim, são crimes onde não há exigência típica quanto ao número de infratores.

3.2.2. CRIMES PLURISSUBJETIVOS

São os crimes onde a conduta típica exige dois ou mais agentes para que possa praticar determinado tipo, se subdividindo em três espécies: crimes de condutas paralelas, crimes de condutas convergentes e crimes de condutas contrapostas.

A primeira espécie trata de quando existe a colaboração nas ações praticadas pelos sujeitos do crime com a intenção de obter o resultado.

A segunda espécie é quando as condutas atribuídas aos agentes se encontram depois de iniciada a execução do delito, considerando assim que partem de pontos opostos.

A terceira espécie trata de que as condutas dos agentes em determinado delito se desenvolvem uma contra a outra.

3.3. TEORIAS NO CONCURSO DE PESSOAS

Como já tratado anteriormente, concurso de pessoas é quando dois ou mais agentes se reúnem para a prática de um fato típico, tal colaboração pode ser tanto coautoria ou participação, sendo assim, a doutrina tem colocado em questão se as condutas dos integrantes constituem um ou mais delitos, considerando assim três teorias que expõem a temática.

3.3.1. TEORIA MONISTICA

Também conhecida como monista, unitária ou igualitária da participação, foi acatada de forma pura e simples no nosso antigo Código Penal de 1940 presente no artigo 25, onde não havia nenhuma variável, era autor quem de qualquer forma participasse do delito e pronto. De acordo com essa teoria não há distinção entre autor e partícipe, ou seja, ambos seriam enquadrados no mesmo crime, pois, segundo a corrente, todos que concorrem para o delito são autores do mesmo.

Atualmente em nosso Código Penal, com a reforma da parte geral de 1984, o legislador expõe no artigo 29 o seguinte:

“CP - Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940

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)

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Circunstâncias incomunicáveis”

De acordo com o conceito dado pela reforma de 1984 do Código Penal, quem, de alguma forma, participa do crime, estará cometendo em sua totalidade, e com isso respondendo integralmente pelo mesmo, sendo o crime considerado indivisível.

Contudo, ao ver que apenas a adoção teoria, de forma pura e simples, poderia causar inúmeras injustiças, como citado acima, o legislador notou que tal fato poderia acontecer e, para fins de punição, distinguiu através do princípio da culpabilidade, individualizando cada conduta realizada, de forma que o autor jamais receberá a mesma proporção de pena que um partícipe.

Embora o Código Penal tenha adotado, atualmente, a teoria restritiva, ela se dissipa do conceito puro e simples, considerando os critérios de culpabilidade, com a finalidade de distinguir autor e partícipe.

3.3.2. TEORIA DUALISTICA

Segundo a teoria dualística, conhecida também como dualista, o conceito é que em crimes praticados em concursos de agentes existe dois delitos, um para o autor e outro para o agente que de alguma forma participou.

Neste caso o autor seria quem executou o verbo núcleo do tipo penal, já o partícipe pratica uma conduta acessória para que o fato seja consumado, como por exemplo um caseiro que cuida de uma chácara, este deixa aberta a mesma para que um segundo venha subtrair os bens, facilitando assim a sua entrada, sendo assim quem executou o verbo responderá por um delito, já o que praticou a conduta acessória responderá por outro.

3.3.3. TEORIA PLURALISTICA

Para esta teoria existira uma pluralidade de agentes em concurso, que para o mesmo fato praticarão diversos delitos diferentes, deixando assim de serem coautores para aquele determinado delito, pois cometeu outro na ação que estava em concurso.

Segundo a concepção de Guilherme de Souza Nucci (online) cita um exemplo claro de exceção da teoria monista no nosso Código Penal, o artigo 124 trata de quem provoca o aborto em si mesmo ou concede que outrem o provoque, já o artigo 126 por exemplo é pra quem, com o consentimento da gestante, provoca o aborto, ou seja, o mesmo resultado, o mesmo ocasião gerou 2 crimes diferentes para agentes que em concurso o praticaram.

4. APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

4.1. RESISTÊNCIAS QUANTO A APLICABILIDADE

No tratar de uma teoria, marca um ponto crítico em nosso ordenamento jurídico, pois o direito brasileiro está, em partes, engessado digamos assim, se apegando diretamente a forma positivada, o que está de forma material descrito, com isso gerando críticas e diversidades entre os doutrinadores nacionais, alguns mantendo-se engessados, outros buscando a melhor forma de justiça, assim podemos dizer.

As críticas quanto as teorias de representação do Código Penal atual, existem duas vertentes, de um lado entendem que é de acordo com a teoria unitária e outra vertente que considera a teoria restritiva como majoritária.

No entanto, doutrinadores dizem adotar o posicionamento de que a teoria acatada pelo Código Penal é a restritiva, abrindo com isto um campo para que possa aplicar a teoria do domínio do fato, sendo que apenas a teoria restritiva não seria suficiente pra resolver alguns anseios sociais e os crimes mais modernos no que refere a punição dos mesmos.

Uma vez que o conceito de autoria, na forma restritiva, não se mante apenas a quem pratica pessoal e diretamente o tipo, mas também de quem usa de outrem como instrumento para obter o resultado, criando-se assim a possibilidade de acatar a autoria mediata no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim a maior resistência é as divergências entre as concepções dos operadores do direito, sendo que existe ao menos dois entendimentos que são acatados, o da teoria unitária e da teoria restritiva.

4.2. A ACEITAÇÃO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

Atualmente vemos a modernização dos crimes, buscando com isso uma organização mais precisa, tanto para a realização, quanto para a ocultação de alguns delitos vistos hoje em dia.

Considerando, dentre vários jeitos, a organização em grupos, buscando um resultado criminoso, organizando tarefas e cooperando para a execução do mesmo, muitas vezes até se valem de pessoas jurídicas para atingir tal objetivo, tais fatos merecem destaque para que com isso possa haver um combate realmente efetivo por parte do Estado, que é o responsável por punir.

Sendo assim, acatando a teoria do domínio do fato, buscando alcançar os agentes que estão por trás desses delitos e não necessariamente executam o tipo, mas controlam, de forma final, a conduta dos outros agentes.

No entanto não podemos dizer que é uma opção homogênea nos tribunais, por conta de um certo conflito entre os conceitos dos autores originários, que por muitas vezes acabam misturando os conceitos de Welzel e Roxin, sendo assim torna a aplicação incompatível com o caso concreto.

4.3. APLICAÇÃO EM CASOS CONCRETOS

No Superior Tribunal de Justiça já teve diversos casos em que foi acatada a teoria do domínio do fato, buscando a punição justa para os agentes do crime.

O ministro relator do caso, Ministro Arnaldo Esteves Lima (online), decidiu o seguinte:

“Da análise dos autos, verifica-se que o recorrido combinou com o comparsa a entrega de seu veículo Fiat, ano 1981, em troca do recebimento de um veículo Gol, ano 1984, que seria subtraído da vítima depois de matá-la”.

“No caso, constata-se a ocorrência de coautoria em relação ao réu e seu comparsa, mesmo não tendo aquele praticado a conduta descrita pelo verbo núcleo do tipo, mas por possuírem o domínio do fato”.

Portanto acolhendo a teoria do domínio do fato no Superior Tribunal de Justiça, com base que, na divisão de seus comportamentos no delito, havia sim o agente domínio do fato que lhe foi concebido, mesmo que, no referente caso, não existiu a ação conjunta, sendo que o

segundo teve que esperar no local indicado para receber o veículo, porém digo novamente, que na medida do que lhe foi incumbido teve o domínio do fato.

No entanto existe a variável de interpretação dos tribunais, sendo que na concepção de Welzel a coautoria só poderá ser concebida em decisões conjuntas do fato, a execução também conjunta e dividida dos atos parciais, fatos que não ocorrem em crimes de escrivania, somente em caso da teoria do domínio do fato por aparatos organizado de poder, que é acatado por Roxin.

Este conflito é o que impede maior aplicação da teoria do domínio do fato, este conflito de conceitos.

4.3.1. APLICAÇÃO NA AÇÃO PENAL N. 470

O caso de maior renome na atualidade é o escândalo do mensalão, onde se envolveram diversos políticos e grandes empresas de nosso país.

Deu se origem ao escândalo político com a denúncia de Roberto Jefferson, em 2005, diante a CPMI dos Correios, com a suposta existência de pagamentos a parlamentares que compunham a base do governo, que de contraproposta ofereciam vantagens em projetos que enviassem a Câmara dos Deputados, fato esse ocorrido durante o primeiro mandato do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que durou de 2003 até 2011.

Após a realização do inquérito e o recebimento pela Suprema Corte deixou evidente que para a alusão da teoria não necessitaria da participação efetiva dos agentes nos atos materiais de execução do crime, podendo ser dividido as tarefas para cada integrante da determinada organização criminosa.

O ministério público, em 2007, ofereceu a denuncia que transformou na ação penal n. 470, o Procurador-Geral da República citou a teoria do domínio do fato, na hipótese de imputar a José Dirceu, ex-ministro da Casa Civil da Presidência da República, como chefe do esquema criminoso, já que o mesmo tinha o domínio funcional de todos os delitos praticado sob a Administração Pública.

O relator da Ação n.470, Ministro Joaquim Barbosa, acatou em seu voto a teoria aludida acima, alcançando assim os integrantes da “alta corte” política, alegando o concurso de agentes, com divisão de tarefas para cada um em seus atos executórios.

Durante o processo, as provas colhidas, foram o suficiente para comprovar o papel de comando do ex-ministro da Casa Civil da Presidência da República, junto a ele José Genuíno, ambos sendo essências para o sucesso do crime.

Joaquim Barbosa citou a obra de Damásio de Jesus (2001, p. 22):

“Trata-se do chamado ‘domínio funcional do fato’, assim denominado porque alude à repartição de atividades (funções) entre os sujeitos. Os atos executórios do iter criminis são distribuídos entre os diversos autores, de modo a que cada um é responsável por uma parte do fato, desde a execução até o momento consumativo [...] (fls. 56.319)”.

Querendo expressar que os indiciados ocupavam os papéis de domínio funcional do fato, ou seja, a sua função detinha um critério de superioridade hierárquica, detendo o domínio sob a Administração Pública.

Obviamente houve grande repercussão do caso, surgindo críticas quanto a sua aplicação, sendo o Ministro Ricardo Lewandowski (online, p. 56565), sendo o primeiro a criticar, alegando que:

“Trata-se de uma tese, embora já antiga, ainda controvertida na doutrina. Não obstante a discussão que se trava em torno dela, muitas vezes é empregada pelo Parquet como uma espécie de panaceia geral, ou seja, de um remédio para todos os males, à míngua do medicamento processual adequado. No caso de processos criminais em que a produção da prova acusatória se mostre difícil ou até mesmo impossível, essa teoria permite buscar suporte em um raciocínio não raro especulativo com o qual se pretende superar a exigência da produção de evidências concretas para a condenação de alguém”.

Alegando que apenas o reconhecimento de superioridade hierárquica não seria o suficiente para a imputação de coautoria ou autoria mediata, sendo assim a Corte não poderia condenar alguns réus com base apenas em conclusões ou deduções, no que obsta a adoção da teoria do domínio do fato.

Em suma, a Suprema Corte brasileira, adotou por sua maioria a teoria do domínio do fato mediante a Ação Penal n. 470, com objetivo de punir os “cabeças”, tanto políticos como financeiros, que, mesmo sem praticar o verbo núcleo do tipo penal, detinham o controle final do fato, podendo parar a execução do fato a hora que bem entendessem.

Mesmo não sendo acolhida expressamente, pode ser admitida e aplicada a teoria do domínio do fato no ordenamento jurídico brasileiro, tratando a autoria em relação ao conceito fático e não apenas do positivismo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi exposto, conclui-se que a teoria do domínio do fato pode ser aplicada, embora muitas críticas sobre o tema, tendo cada vez uma maior aceitação na doutrina brasileira, com intuito de buscar uma justa punição para aqueles que, possivelmente, se ocultaria ou que não poderiam ser alcançados.

Por tratar da modernidade e evolução dos meios criminosos, buscando cada vez mais inovações para a prática dos atos criminosos, devido ao maior conhecimento em si, influencia tanto política como social, buscando também ocultar de toda forma possível a sua punibilidade, considera-se a união da teoria objetivo-formal junto a teoria do domínio do fato uma excelente opção para alguns delitos modernos, uma completando a outra e buscando a punição correta e justa.

Assim ampliando a possibilidade do Estado de agir, já que cabe a ele o direito de punir a quem viola as legislações vigentes.

Apesar do forte conflito de ego na justiça, sendo que alguns operam apenas o que seu ego manda, também a realidade que vivemos sobre a corrupção de forma generalizada, vemos um crescimento do direito alternativo nestes casos, revivendo a ideia de justiça propriamente dita, com isso criando expectativas a população que aqueles que merecem serão realmente punidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**, 1ª edição. Saraiva, 02/2014.

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman: parte general**. 11ª ed. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez.

ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. In Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law e-Journal. Ed. Panóptica. Número 17/nov/2009. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva.

Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dezembro 1940. Disponível em: <http://www.presidência.gov.br/>. Acesso em: 13 julho 2018.

Araruna, Rangel Bento. **A teoria do Domínio do Fato e Sua Adoção no Brasil**. Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará – Ano I–Nº I –Vol.2 2017. Disponível em <http://www.mpce.mp.br/institucional/esmp/biblioteca/revista-eletronica/cadernos-do-ministerio-publico-do-estado-do-ceara/cadernos-do-ministerio-publico-do-estado-do-ceara-edicao-atual/cadernos-do-ministerio-publico-do-estado-do-ceara-ano-i-no-i-vol-2-2017/>.

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**, 34ª Edição. Saraiva, 12/2012. VitalSource Bookshelf Online.

Decreto-Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/>. Acesso em: 01 abril 2018.

UCHA, Larissa Gomes. O Supremo Tribunal Federal e a teoria do domínio do fato. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/49207/o-supremo-tribunal-federal-e-a-teoria-do-dominio-do-fato>.