**A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA AÇÃO PENAL 470.[[1]](#footnote-1)**

 Alexandre José Fontinele Murici[[2]](#footnote-2)

 Nágylla Vitória do Nascimento Alves Costa[[3]](#footnote-3)

Adriano Antunes Damasceno [[4]](#footnote-4)

**RESUMO**

A Teoria do Domínio do fato é caracterizada por ser uma teoria objetivo-subjetiva aplicável aos crimes dolosos em que ocorre o concurso de pessoas, com isso, fica possível determinar os autores mediatos (que não praticam o núcleo do tipo, mas que estão envolvidos através de tarefas determinantes para a ação como o planejamento) e imediatos (que agem diretamente praticando o núcleo do tipo) ficando mais clara a divisão entre coautoria e participação, distinção esta feita de acordo com a importância das tarefas realizadas pelos agentes como sendo de fundamental importância para a consecução do resultado final (domínio funcional do fato).Parte dos ministros do STF defendeu a aplicação da Teoria na Ação Penal 470 entre eles Celso de Mello, Ayres Britto e Rosa Weber. O ministro Ricardo  Lewandowski foi contra sua utilização por acreditar que a Teoria foi utilizada para permitir a acusação sem provas e, para ele, ela só deve ser usada em casos extremos e não seria o caso da Ação Penal 470. Fica claro, assim, que a Teoria tem uma extrema importância no que concerne ao concurso de pessoas, pois é capaz de identificar coautores e partícipes distinguindo-os é aceita pelo nosso ordenamento jurídico, mas deve ser usada criteriosamente para não interferir no devido processo legal e acabar por gerar acusações sem provas baseando-se meramente nos altos cargos ocupados pelos réus em instituições.

Palavras-chave: Teoria do domínio do fato; STF; Ação Penal 470.

**1 INTRODUÇÃO**

A partir de 1939 surge através de Hans Wezel na Alemanha a Teoria do domínio que conseguia explicar a autoria mediata além da imediata, dos partícipes e da coautoria nos crimes dolosos. (GRECO, 2012). Na Década de 1960 através de Roxin ocorre o maior expoente dessa Teoria e posterior propagação por diversos países especialmente da Europa e da América Latina (BITENCOURT, 2012).

No Brasil tal teoria tem conseguido bastante suporte da doutrina e de diversas decisões judiciais além de ser abarcada pela nossa legislação penal. Mas a Teoria do domínio do fato também encontra suas críticas no cenário brasileiro. Um dos casos mais emblemáticos em que o uso da teoria causou inúmeras discussões foi na Ação Penal 470.

Partindo, assim, da supracitada ação busca-se por este trabalho uma análise de pontos relevantes onde a Teoria do domínio do fato é mencionada durante o decorrer da decisão proferida pelo STF.

Sendo assim, busca-se analisar os principais argumentos e pontos de vista dos próprios ministros do STF, assim como aspectos teóricos fundamentais da Teoria do domínio do fato visando proporcionar uma visão direcionada sobre a aplicação da teoria ao julgamento em questão.

**2 A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E SEUS ASPECTOS CONCEITUAIS**

A Teoria do domínio do fato surge em 1939 na Alemanha através de Hans Wezel e é caracterizada por ser uma teoria intermediária entre as teorias objetivas e subjetivas, por isso considerada uma teoria objetivo-subjetiva (GRECO, 2012).

Para Bitencourt (2012) as teorias subjetivas da autoria estariam relacionadas com o conceito extensivo de autor, que não distingue autoria da participação, justamente como forma de traçar uma distinção entre elas e, assim, complementá-la. O critério subjetivo estabelece então que o autor age com “vontade de autor” através de contribuição causal ao fato e o partícipe quer o fato como alheio.

As teorias objetivas da autoria consideram que realizar a conduta típica é diferente de favorecer sua realização e por isso se relacionam ao conceito restritivo do autor que consideram a prática direta do verbo do núcleo do tipo descrito em lei como critério definidor da autoria e para tanto somente uma “norma de extensão” poderia punir a participação. (BITENCOURT, 2012)

A Teoria do domínio do fato considera autor quem tem o domínio final sobre o fato, isso implica dizer que quem realiza a conduta contida no núcleo do tipo penal tem total domínio sobre suas ações, ou seja, domínio sobre o fato, mas não somente o último fato e sim a parcela que lhe foi incumbida na organização do crime. (GRECO, 2012)

Dessa forma Roxin expõe a importância de se considerar a autoria mediata ou como ele chama “o homem de trás” como autor a ser punido em um concurso de pessoas:

[...] o executor e o homem de trás possuem distintas formas de domínio do fato, que não se excluem mutuamente. Quem mata a vítima com suas próprias mãos, exerce o que foi por mim denominado de domínio de ação [Handlungsherrschaft], ou seja, um domínio que deriva da consumação de um determinado ato do fato. O homem de trás tem, ao contrário, o domínio da organização, ou seja, uma possibilidade de influir, que assegura a produção do resultado sem execução do fato com as próprias mãos a partir do aparato de poder que está à sua disposição. Essa segurança de produção do resultado fundamenta o domínio do fato. Diferencia-se do domínio da ação do executor, mas pode, sem mais, coexistir com ele. (ROXIN, 2011, p.12)

Então a divisão de tarefas e o domínio funcional sobre as mesmas tarefas são condições essenciais na Teoria do domínio do fato para determinar os autores de crimes dolosos quer sejam eles autores imediatos (que realizam as ações), mediatos (que estão por trás das ações) ou, quando não autores, partícipes (colaboradores sem manejo dos fatos e sem poderes decisórios). (GRECO, 2012)

**2.1 A aplicação da Teoria do domínio do fato no Brasil**

No Brasil grande parte tanto da doutrina quanto da jurisprudência ou ainda mesmo a legislação aceitam direta ou indiretamente em algum grau a aplicação daTeoria do domínio do fato.

O Código Penal do Brasil (1940, p.[?]) afirma: “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”. Fica claro, aqui, que a autoria mediata do crime, que é contemplada pela Teoria do domínio do fato é também aceita e contemplada pelo legislador.

Outro exemplo da teoria no nosso ordenamento jurídico é: “Art. 29 - Quem, **de qualquer modo**, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade” (Brasil, 1940, p.[?], grifo nosso). Mais uma vez a nossa legislação mostra suporte a Teoria do domínio do fato ao estabelecer que todas as tarefas que visam um fim criminoso devem ser punidas não somente pela autoria imediata, mas também pela mediata.

Na doutrina brasileira, Bitencourt (2012) declara que a Teoria do domínio do fato é superior às que vieram antes por distinguir com clareza autor e partícipe e ainda permite a figura do autor mediato além de permitir melhor compreensão da coautoria pensamento também compartilhado por Greco (2012).

O STJ e o TRF também vêm reconhecendo aplicação da Teoria do domínio do fato no Brasil. O STJ em 2011 reconheceu que: “[...] Assim, desde cada um deles - ajustados e voltados dolosamente para o mesmo fim criminoso - exerça domínio sobre o fato, responderá na medida de sua culpabilidade.” (STJ...2012, p.[?]). O TRF/5ª Região por sua vez declarou em 2011:

Após a breve exposição deste estudo, é inevitável reconhecer que a Teoria do Domínio do Fato mostra-se uma importante teoria jurídica que pode preencher uma preocupante lacuna na sistematização do conceito de autoria no direito criminal brasileiro, podendo representar, em determinados casos, uma ferramenta de argumentação jurídica, a fim de que não ocorram incongruências imputativas. (QUEZADO; SANTIAGO, 2013, p.[?])

Está mais que claro assim que a referida teoria é aceita no Brasil por parte da doutrina, pelo Código Penal e ainda pelo entendimento de tribunais e a sua aplicação ultrapassa o campo teórico e se observa na prática.

**3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA AÇÃO PENAL 470**

**3.1 Definições realizadas sobre a Teoria do Domínio do Fato durante a Ação Penal 470**

A Teoria do domínio do fato é mencionada durante várias vezes durante a decisão do STF na Ação Penal 470 sendo aplicada a diversos réus do julgamento. No capítulo V intitulado “Gestão Fraudulenta. Banco Rural” é feita uma definição da Teoria através da denúncia do Ministério Público:

Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final. (BRASIL, 2012 p. 1161)

Tal definição é mencionada a fim de se estabelecer a autoria mediata, pois: “nos crimes empresariais a imputação, em regra, deve recair sobre os dirigentes, o órgão de controle, que traça os limites e a qualidade da ação que há de ser desenvolvida pelos demais” (BRASIL, 2012 p. 1160).

Por ser o Banco Rural uma empresa sentiu-se a necessidade de localizar os responsáveis pela atividade empresarial a fim de encontrar os autores mediatos da gestão fraudulenta o que pode ser observado em:

Quando há vários concorrentes, tem-se de esclarecer qual a carga de aporte de cada um deles para a cadeia causal do crime imputado. [...] Aí, necessário apenas verificar pelo contrato social ou, na falta deste, pela realidade factual, quem detinha o poder de mando no sentido de direcionar as atividades da empresa (BRASIL, 2012 p. 1160).

A Teoria do domínio do fato também foi mencionada como excludente de culpabilidade no caso de subordinados que não tem conhecimento dos contextos delitivos das ações que são hierarquicamente obrigados a cumprirem e, portanto, não poderiam ser considerados como autores:

Nesse caso, teriam sido apenas instrumento do(s) autor(es) mediato(s), seu(s) superior(es) hierárquico(s) de quem emanada a ordem – sendo esses coautores mediatos em concurso entre si. Somente eles teriam o domínio do fato criminoso. Como visto, a excludente de culpabilidade relativa à obediência hierárquica (art. 22 do Código Penal) é, em última análise, relativamente ao subordinado, um caso específico de erro sobre a ilicitude do fato induzido pela situação jurídica de subordinação na qual inserido (BRASIL, 2012 p. 1248).

Na sessão que trata de “Lavagem de dinheiro. Configuração Jurídica” o texto volta a mencionar o domínio do fato como elemento determinante da conduta dolosa dos parlamentares beneficiários, já que, receberiam quantias de dinheiro de forma ilícita. Nesse sentido:

Reputo, porém, necessário limitar essa conclusão aos parlamentares beneficiários. Afinal, como destinatários finais do numerário e responsáveis pela negociação do recebimento dos valores, inclusive em contatos com os responsáveis pelos pagamentos (Delúbio Soares e Marcos Valério), tinham completo domínio dos fatos, sendo possível inferir que agiram com dolo, direto ou eventual, como exposto (BRASIL, 2012 p. 1302).

Na mesma sessão o Ministério Público volta a mencionar a dificuldade em identificar o dolo em relação aos subordinados que de algum modo cumpriram funções que envolviam a lavagem de dinheiro. A decisão reconheceu, porém, que existem casos em que pessoas contratadas especificamente com o intuito da lavagem de dinheiro devem ser implicadas como tendo agido de forma dolosa:

Quanto a seus subordinados, não há a mesma segurança para reconhecer o agir doloso. Estando eles em posição subordinada, não é possível concluir, com a certeza necessária a uma condenação criminal, que agiram com dolo direto ou eventual [...] Então, devem ser absolvidos. Tal regra comporta, por certo, exceções, a depender de provas circunstanciadas em cada caso. Ressalvo os agentes contratados especificamente para ocultação e dissimulação dos valores recebidos [...] Aqui forçoso reconhecer igualmente o dolo de lavagem em vista da própria natureza dos serviços prestados pelos acusados, em verdadeira terceirização profissional da lavagem (BRASIL, 2012 p. 1302).

Pode-se, então, traçar um paralelo entre o domínio funcional do fato observado pela consciência dolosa e pelo domínio das tarefas observados no caso de pessoas contratadas especialmente para atos diretamente ligados a lavagem de dinheiro em detrimento àqueles que só cumpriram funções devido ao dever hierárquico de obediência, em que, ocorre uma dificuldade maior em determinar o dolo de acordo com os trechos supracitados.

 Essa relação exposta anteriormente é mais tarde sintetizada como coautoria que também é tratada pela ótica da Teoria do domínio do fato, como se pode observar:

 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 (BRASIL, 2012 p. 1551).

Sob o olhar de Roxin a decisão complementa o entendimento da coautoria ao analisar que: “Em outras palavras, a atuação do coautor detém uma função específica na execução do ilícito penal que possui reflexos para o seu aperfeiçoamento, de sorte que a não colaboração compromete o êxito do ilícito (BRASIL, 2012 p. 1552)”.

O texto traz ainda, sob os ensinamentos de Zaffaroni, uma importante definição baseada na Teoria do domínio do fato ao diferenciar a coautoria da participação que seria:

É exatamente o critério do domínio funcional do fato que demarca a fronteira entre a coautoria e a participação: na coautoria, a natureza da contribuição deve ser de tal sorte relevante que, sem ela, o fato punível não poderia ter sido realizado. [...]. 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 [...] (BRASIL, 2012 p. 1553).

**3.2 Aplicação da Teoria do Domínio do Fato pelos ministros do STF durante a Ação Penal 470**

A Teoria do domínio do fato não foi recebida com unanimidade pelos ministros do STF. O ministro Ricardo  Lewandowski ao analisar a aplicação da Teoria para acusação de José Dirceu demonstrou sua opinião contrária ao declarar que a teoria estaria sendo utilizada de forma inadequada por alguns ministros e que por si só não é suficiente para determinar a culpabilidade de alguém. Observa-se assim:

Trata-se de uma tese, embora já antiga, ainda controvertida na doutrina. [...] uma espécie de panaceia geral, ou seja, de um remédio para todos os males, à míngua do medicamento processual apropriado. 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 (BRASIL, 2012 p. 4950)

O ministro Lewandowski demonstra assim preocupação com o uso errôneo e indiscriminado da Teoria que poderia abrir precedentes para que condenações sem provas se tornassem comum nos julgamentos no brasil. Nesse sentido:

Não quero dizer com isso que tal teoria não tenha espaço em situações especialíssimas, como na hipótese de sofisticadas organizações criminosas, privadas ou estatais. Permito-me destacar, no entanto, por relevante, a criteriosa advertência feita pelo jurista Lenio Streck quanto ao uso abusivo dessa teoria, em artigo recentemente publicado sobre o tema (BRASIL, 2012 p. 4950).

Complementando esse raciocínio o ministro declara:

O próprio Claus Roxin, autor que criou a citada teoria em 1963, ao proferir aula inaugural na Universidade de Lucerna, na Suíça, em 21 de junho de 2006, manifestou preocupação com o alcance indevido que alguns juristas e certas cortes de justiça, em especial o Supremo Tribunal Federal alemão, estariam dando a ela, especialmente ao estendê-la a delitos econômicos, sem observar que os pressupostos essenciais para sua aplicação - dentre os quais a fungibilidade dos membros da organização delituosa (BRASIL, 2012 p. 4953).

O ministro Lewandowski encerra seu pensamento sobre o uso da Teoria da seguinte forma:

Feitas essas considerações, e analisados todos os elementos constantes dos autos, especialmente as condutas descritas na denúncia, chego à inelutável conclusão de que os fatos nela descritos não se revestem da excepcionalidade que o Parquet pretende lhes atribuir, razão pela qual tenho que a dita “teoria do domínio do fato” não comporta aplicação ao caso sob exame (BRASIL, 2012 p. 4950).

O Ministro Lewandowski afirma, então, o perigo de se utilizar a Teoria do Domínio do Fato, pois poderia ela ser utilizada na falta de provas concretas para fundamentar acusações e que a teoria deve ser utilizada em casos excepcionais, e para ele a Ação Penal 470 não é tida como tal, sempre observando os pressupostos fundamentais para a sua aplicação como o critério da fungibilidade dos membros da organização criminosa como fator determinante da autoria.

A partir das supracitadas declarações o ministro Celso de Mello ao defender o uso da Teoria declara:

Trata-se, em suma, de formulação doutrinária compatível com a organização política de Estados, como o Brasil, revestidos de perfil democrático e cuja aplicabilidade não supõe a ocorrência de situações anômalas ou de exceção, para relembrar, quanto a esse aspecto, observação feita pelo próprio Claus Roxin em sua conhecida monografia, cabendo enfatizar, ainda, por necessário, que essa concepção doutrinária não se coloca em relação de antagonismo com o direito penal da culpabilidade nem elide, porque inadmissível, a presunção constitucional de inocência, inerente ao nosso modelo constitucional (BRASIL, 2012 p. 4972).

Também defendendo o uso da Teoria na Ação Penal 470, o ministro Ayres Britto declara: “Por fim, a despeito das observações do Ministro Revisor, observo que a teoria do domínio do fato não constitui uma retórica argumentativa estrangeira para abarcar situações carentes de prova ou justificativa para elastecer o conceito de autoria.” (BRASIL, p. 5156). O ministro destaca como importante no uso da Teoria o aspecto da fungibilidade ou infungibilidade do agente, ou seja, quem não pode ser substituído sem prejudicar a ação criminosa do concurso de pessoas de forma determinante deve ser considerado como coautor.

A ministra Rosa Weber é outra que defende o uso da Teoria pelo STF:

na minha visão e respeitando as compreensões contrárias - a um entendimento de que é plenamente consentânea com o nosso direito posto, a teoria do domínio do fato, quando diz na literalidade, se me permite:"Art. 29. Quem, de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas," - claro - "na medida de sua culpabilidade (BRASIL, 2012 p. 5226)."

Os ministros Celso de Mello, Ayres Britto e Rosa Weber defendem assim a aplicação da Teoria. Através dos três pensamentos fica exposto o aspecto da nossa legislação Penal como fator justificante e o aspecto da fungibilidade ou não do agente na organização como forma de determinar a coautoria e que, portanto, na visão deles não fere a presunção de inocência e é plenamente aceitável na realidade brasileira.

**4 CONCLUSÃO:**

 A Teoria do domínio do fato cujo maior expoente ocorre com Roxin é uma teoria de caráter objetivo-subjetivo, pois é capaz de identificar autores mediatos e imediatos além dos partícipes nos casos de crimes dolosos no concurso de pessoas.

Sua aceitação no cenário brasileiro fica clara através de pensamentos da doutrina nacional como em Greco e Bitencourt juntamente com aspectos da nossa legislação penal como, por exemplo, no artigo 29 do Código Penal e ainda é amparada por decisões judiciais como se pôde observar através do STJ e do TRF.

Observados esses aspectos no cenário nacional adentra-se à aplicação da Teoria do domínio do fato ao julgamento da Ação Penal 470. Enquanto Ministros do STF como Celso de Mello, Ayres Britto e Rosa Weber defenderam claramente a aplicação da Teoria ao julgamento na busca por autores mediatos de crimes como lavagem de dinheiro o ministro Ricardo  Lewandowski se mostrou contrário por acreditar que a Teoria estava sendo mal utilizada, permitia a acusação sem provas baseada somente nos altos cargos que os réus ocupavam em instituições.

O ministro Lewandowski levanta assim um ponto importante baseado no pensamento de Roxin que é a fungibilidade do agente como fator determinante para sua identificação como coautor ou não em uma organização criminosa, ou seja, se sua substituição por outro alteraria significantemente as condições para a consecução do resultado final pretendido no concurso de pessoas.

Concluímos assim que a Teoria do domínio do fato poderia ter sido citada e até utilizada pelos ministros do STF na ação penal 470, mas sempre respaldados por outros fatores como provas concretas e dessa forma evitar qualquer tipo de responsabilidade penal de caráter objetivo. A mera posição hierárquica em uma instituição seja ela pública ou privada por si só não caracteriza a autoria mediata de um indivíduo e esse raciocínio aplicado pelo STF pode abrir precedente para que o mesmo ocorra em cortes inferiores ferindo assim o devido processo legal e a presunção de inocência.

**REFERÊNCIAS**

BITENCOURT, Cezar Roberto. Concurso de pessoas. In:\_\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal: parte geral, 1**. – 17 ed. Ver., ampl. e atual. De acordo com a Lei 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012. cap. 27, p.205-215.

BRASIL. Decreto-Lei No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal. **Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos,** Brasília, DF, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 25 de ago.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Ação Penal 470 Minas Gerais. Relator: BARBOSA, Joaquim. Publicado no DJ de 17-12-2012 p. 8405.  Disponível em ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor\_AP470.pdf. Acesso em 24 set. 2014.

GRECO, Rogério. Concurso de pessoas. In:\_\_\_\_\_\_.**Curso de Direito Penal Parte Geral**.14 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. cap. 34, p.415-467.

QUEZADO, Paulo; SANTIAGO, Alex. **A Teoria do domínio do fato à luz da nova jurisprudência do STJ e do TRF/5ª REGIÃO**. Disponível em: http://www.pauloquezado.com.br/detalhes-artigos.cfm?artigo=artigo&wartigo=37&wart=A-Teoria-do-dominio-do-Fato-luz-da-nova-jurisprudncia-do-Stj-e-do-TRF5-Regio. Publicado em:12 mar. 2013. Acesso em: 24 ago. 2014.

ROXIN, Claus. Strafrecht. O domínio da organização como forma independente de autoria mediata In:\_\_\_\_\_\_. **Revista Justiça e Sistema Criminal Modernas Tendências do Sistema Criminal.** v. 1, n. 1, jul./dez. 2009 -Curitiba: FAE Centro Universitário, 2009. p.7-22.

**STJ - HABEAS CORPUS: HC 191444 PB 2010/0217862-8.** Disponível em: http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21079302/habeas-corpus-hc-191444-pb-2010-0217862-8-stj. Acesso em: 24 ago. 2014.

1. Paper apresentado à disciplina Teoria do Direito Penal, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB. [↑](#footnote-ref-1)
2. Aluno do 3º período do Curso de Direito, da UNDB. [↑](#footnote-ref-2)
3. Aluna do 3º período do Curso de Direito, da UNDB. [↑](#footnote-ref-3)
4. Professor, orientador. [↑](#footnote-ref-4)