

A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO JULGAMENTO DO CASO “MENSALÃO”

OEHLSCHLAEGER, Isadora Klee¹; ALMEIDA, Bruno Rotta²

¹Faculdade de Direito/Universidade Federal de Pelotas – isa-klee@hotmail.com

²Grupo de Iniciação à Pesquisa – Faculdade de Direito/Universidade Federal de Pelotas –
bruno.ralm@yahoo.com.br (orientador)

1. INTRODUÇÃO

Com o objetivo de superar as barreiras da individualidade, é comum que os homens se vinculem para concretizar as suas mais diversas aspirações. O intuito associativo persegue o homem até os dias atuais, destacando-se na prática de crimes mediante a conjugação de vontades de dois ou mais sujeitos, os quais reúnem esforços para a realização do tipo penal, configurando o *concurso de pessoas*. Aliás, a cada dia tornam-se mais frequentes as infrações penais praticadas em concurso de agentes por grupos organizados, mostrando-se necessário repelir de modo efetivo este novo modelo criminoso através de maior responsabilidade penal dos agentes que se situam no núcleo das organizações criminosas, também chamados de “homens de trás”, os quais possuem o comando da concretização do fato típico, mas não participam da execução do delito.

Entretanto, no que se refere ao concurso de agentes, a legislação não atentou distinguir expressamente os conceitos de *autor* e *partícipe*, ocasionando dúvidas com relação a sua interpretação. A doutrina, desta forma, foi responsável pelo desenvolvimento de teorias que visam delinear uma fronteira entre autoria e participação tendo em vista, principalmente, as mais variadas possibilidades de concretização de infrações por uma pluralidade de agentes, através da utilização de critérios subjetivos, objetivos ou mistos.

Dentre as teorias desenvolvidas, destaca-se a *teoria do domínio do fato*, criada pelo jurista alemão Claus Roxin sob a influência do finalismo de Hans Welzel. Não obstante, o direito, como ciência dinâmica, deve procurar acompanhar a modificação e evolução dos valores sociais, adaptando-se às aspirações da coletividade. Em razão disso, a tese de Roxin passou a ser amplamente aceita pela jurisprudência e debatida pela doutrina pátria, destacando-se as contribuições de Damásio Evangelista de Jesus, Nilo Batista, Rogério Greco, Luiz Régis Prado e Cezar Bitencourt. Entretanto, recentemente, a tese de Roxin causou extraordinária polêmica no Brasil. Tal fato se deu porque a teoria do domínio do fato foi citada inúmeras vezes nas sessões da Ação Penal nº 470, popularmente conhecida como caso “mensalão”.

Não bastasse toda a tensão causada pelo julgamento, o criador da teoria do domínio do fato esteve no país e, conforme a divulgação da mídia, teria declarado que sua tese havia sido interpretada de forma equivocada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, gerando controvérsias, não apenas sobre a aplicação da teoria, mas também a respeito da idoneidade do julgamento. Diante desta polêmica, o presente trabalho se propôs a estudar a teoria do domínio do fato no concurso de pessoas e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico-penal brasileiro, paralelamente à análise de sua utilização pela Suprema Corte no julgamento do caso “mensalão”.

2. METODOLOGIA

A pesquisa a seguiu a modalidade bibliográfica, com análise da documentação existente sobre o assunto. As fontes utilizadas consistiram em artigos científicos, doutrina sobre o tema, jurisprudência, jornais, revistas e sítios eletrônicos, bem como demais documentos que tratem sobre o tema estudado.

Como método de abordagem, a pesquisa foi conduzida através do método dedutivo, partindo-se da generalização ao caso particularizado, tomando por base as premissas gerais já afirmadas, com uma visão transdisciplinar da problemática estudada.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Tendo em vista a insuficiência das teorias puramente subjetivas ou objetivas para a caracterização de autor dentro do contexto do concurso de pessoas, foi desenvolvida por Claus Roxin a teoria do domínio do fato, com inspiração na doutrina finalista de Welzel, sistematizando-a em três critérios: i) domínio da ação, ii) domínio da vontade e iii) domínio funcional (JAKOBS, 2003, p. 2). De acordo com a teoria do domínio do fato, “é autor aquele que domina finalmente a realização do fato, isto é, quem decide, em linhas gerais, o *se* e o *como* de sua realização” (PIERANGELI, 1999, p. 56), ainda que não pratique atos de execução descritos no tipo penal. Aliás, grande parte da doutrina entende que o Código Penal, após a reforma de 1984, passou a adotar a teoria do domínio do fato, sob o fundamento de que a reforma penal fora realizada sob a influência do finalismo de Welzel.

Recentemente, salientou-se que a tese de Roxin voltou a ser amplamente discutida no Brasil, tendo sido mencionada diversas vezes nas sessões de julgamento do “mensalão”. Em análise dos votos proferidos pelos ministros durante o julgamento da Ação Penal nº470, notou-se que a teoria de Roxin foi amplamente defendida pelos ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello. Entretanto, diferentemente do que entendia o ministro Ricardo Lewandowski e contrariando o que foi noticiado na mídia, ficou amplamente demonstrado que aqueles que votaram pela condenação de Dirceu foram enfáticos ao defender a existência de provas suficientes de sua autoria, sem que se configurasse qualquer tentativa de utilização da teoria de Roxin como forma de driblar a falência probatória no caso concreto, invocando a teoria do domínio do fato no que diz respeito à elucidação da divisão de tarefas entre os envolvidos e do enquadramento de José Dirceu como mandante do esquema.

4. CONCLUSÕES

Apesar de todas as suas virtudes, o estudo da utilização da teoria do domínio do fato no caso “mensalão” trouxe à tona os perigos da má aplicação desta tese. Em primeiro lugar, destaca-se que a grande polêmica em relação à aplicação da teoria do domínio do fato para a condenação de José Dirceu e de seus supostos subordinados diz respeito à existência ou não de provas suficientes de autoria e materialidade, uma vez que é sabido que os autores intelectuais, os “homens de trás” dos crimes, raramente deixam rastros de sua atuação, dificultando a sua responsabilização.

Não se faz necessário, neste momento, entrar no mérito da condenação de Dirceu – como se sabe, por traz de seu veredicto condenatório existem muitos outros fatores a considerarmos, principalmente o aspecto político, o clamor social

e a pressão midiática. O que restou comprovado foi que a tese de Roxin deve ser aplicada com cautela. O domínio do fato não pode ser utilizado, em hipótese alguma, para justificar a carência de provas por parte da acusação. Ao contrário, o domínio do fato deve restar cabalmente comprovado, não bastando a existência de meros indícios de sua ocorrência.

Com efeito, a banalização da utilização da teoria é, indubitavelmente, o que mais preocupa os doutrinadores e juristas, inclusive seu próprio criador. Isto porque seu mau uso pode acabar levando à aplicação da teoria como elemento de *imputação de responsabilidade* diante da falta de provas que comprovem a autoria, não utilizando-a como mero critério para definir os limites entre autores e partícipes, finalidade esta para a qual foi concebida. Não obstante, caso fosse diferente, estar-se-ia deixando de lado o consagrado direito penal da culpabilidade e adotando a rechaçada responsabilidade penal objetiva,

Como visto, a teoria do domínio do fato foi desenvolvida com o objetivo de estabelecer melhor distinção entre autor e partícipe. Deste modo, o concurso de agentes deve restar primeiramente comprovado pelas provas produzidas, para que, somente depois, seja aplicada a teoria do domínio do fato, com o intuito classificar os envolvidos na empreitada criminosa como partícipes ou como autores do fato.

Portanto, a teoria do domínio do fato deve ser utilizada como simples norma de direito material, a qual visa melhor classificar aquele que não participa da execução da conduta típica dentro da disciplina do concurso de agentes, não podendo, em hipótese alguma, ser transportada para o campo processual com intuito de resolver o problema do ônus da prova.

É evidente a extrema importância da formulação teórica em análise no sentido de considerar como autores aqueles que, embora distantes da execução material do delito, coordenaram todo o evento criminoso ou perpetraram o crime através de outrem. Afinal, nenhuma outra teoria, seja puramente subjetiva ou puramente objetiva, é capaz de proporcionar uma delimitação entre autoria e participação tão adequada como a teoria do domínio do fato. Assim sendo, a tese de Roxin, utilizada em complemento à teoria restritiva, é a que formula as melhores respostas às atuais indagações a respeito do concurso de agentes.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, N. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e a da participação no Direito Penal Brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral. Volume I. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n. 470**. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 22 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-22/supremo-publica-integra-acordao-mensalao-8405-paginas>> Acesso em: 09 set. 2013.

JAKOBS, G. **Crítica à teoria do domínio do fato**. Barueri, SP: Manole, 2003.

JESUS, D. E. **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIERANGELI, J. H. **Escritos jurídico-penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 1 v.

SILVA, P. R. A. **Domínio do fato e autoria em direito penal: critérios para a delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial**. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2012.

WELZEL, H. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZAFFARONI; E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.