

Leonardo Yarochevsky: Só há domínio final do fato se houver dolo

Nas últimas semanas, em razão da Ação Penal 470 que tramita no STF (Supremo Tribunal Federal) e que foi alcunhada de “mensalão”, muito tem se falado sobre o importante e complexo tema do concurso de pessoas, em especial do conceito de autor e da teoria do domínio final do fato.

Apesar de defender uma acusada no referido processo, não se pretende aqui neste pequeno, mas valioso espaço, defender quem quer que seja, mas, tão somente, esclarecer, através dos principais autores sobre o tema, alguns equívocos que vêm sendo divulgados em nome da citada teoria.

Embora Hans Welzel tivesse falado em 1939 em domínio final do fato, foi o jurista alemão Claus Roxin em obra elaborada para obtenção da Cátedra de Direito Penal da Universidade de Munique, intitulada “*Autoria e Domínio do Fato no Direito Penal*” publicada pela primeira vez na Alemanha em 1963, o responsável pela elaboração do conceito de domínio final do fato.

Roxin, explica Guilherme José Ferreira da Silva (*in* Tese de Doutorado apresentada na UFMG), oferecendo um conceito aberto, divide o estudo do domínio final do fato em três perspectivas: a realização do tipo pelas próprias mãos do concorrente —domínio da ação; a configuração da autoria sem intervenção direta na execução do fato, mas através do poder da vontade— domínio da vontade e a contribuição com o atuar alheio configurado a figura central do sucesso do evento — domínio funcional do fato.

Para Nilo Batista (*in*, Concurso de Agentes: Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005), sem dúvida o maior estudioso do tema no Brasil, segundo um critério final-objetivo “autor é aquele que, na concreta realização do fato típico, conscientemente o *domina* mediante o poder de determinar o seu modo, e inclusive, quando possível, de interrompê-lo”. Ensinando, ainda, que “a noção de domínio do fato (*Tatherrschaft*) é, pois, constituída por uma objetiva disponibilidade da decisão sobre a consumação ou desistência do delito, que deve ser conhecida pelo agente (isto é, dolosa)”. Como bem assevera o professor em sua magnífica obra, a posição de domínio somente pode ser concebível com a intervenção da consciência e vontade do agente. Não podendo, assim, haver domínio do fato sem dolo, compreendido como conhecer e querer os elementos objetivos que compõe o tipo legal.

A ideia básica da teoria do domínio do fato, de acordo com Juarez Cirino dos Santos, é a de que o autor *domina* a realização do fato típico, controlando a continuidade ou a paralisação da ação típica, enquanto o partícipe *não domina* a realização do fato típico, não tem controle sobre a continuidade ou paralisação da ação típica.

Embora tenha prevalecido durante muito tempo na doutrina brasileira o conceito restrito ou restritivo de autor (critério formal-objetivo), segundo o qual autor é aquele que realiza a conduta (ação ou omissão) descrita ou expressa pelo verbo típico: o que mata, o que subtrai, o que deixa de socorrer e etc., hoje a teoria do domínio final do fato (critério final-objetivo) vem ganhando cada dia mais adeptos e se consolidando na doutrina e na jurisprudência.

Certo é que o Código Penal brasileiro em seu artigo 29 estabelece que: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.”

Sendo assim, qualquer que seja o conceito ou o critério de definição de autoria, bem como a sua distinção da participação em sentido estrito, é mister salientar que da culpabilidade como princípio — *nullum crimen nulla poena sine culpa*—, da culpabilidade que tem suas raízes na dignidade da pessoa e na formulação kantiana do homem como fim em si mesmo e, finalmente, da culpabilidade como limitador do poder punitivo estatal não se pode olvidar sob pena de afronta ao Estado que se pretende democrático e direito.

De igual modo, qualquer que seja a teoria adotada a condenação de quem quer que seja somente pode ser alicerçada com base em provas lícitas que passaram pelo crivo do contraditório e do devido processo legal.

Date Created

25/09/2012