



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 – Novo Código Penal: equívocos ao se positivar a Teoria do Domínio do Fato

JOÃO CARLOS FRANÇA SOARES

Rio de Janeiro
2016

JOÃO CARLOS FRANÇA SOARES

Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 – Novo Código Penal: equívocos ao se positivar a Teoria do Domínio do Fato

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2016

PROJETO DE LEI DO SENADO N. 236/2012 – NOVO CÓDIGO PENAL: EQUÍVOCOS AO SE POSITIVAR A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

João Carlos França Soares

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Militar.
Pós-Graduado Lato Sensu pela Universidade
Estácio de Sá em Direito Penal e Processo Penal.

Resumo: Após a Ação Penal 470, julgada pelo STF, na qual muito se citou a Teoria do Domínio do Fato, doutrina e jurisprudência têm debatido a teoria. Essa teoria trata da distinção entre autor e partícipe. O Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 – Anteprojeto do Código Penal altera substancialmente o instituto do Concurso de Pessoas, o que gerará conflito entre o sistema unitário e o sistema diferenciador no tocante a distinção entre autor e partícipe. Diante desse contexto, o presente artigo objetiva analisar os artigos que introduzem a Teoria do Domínio do Fato no Anteprojeto do Código Penal.

Palavras-chave: Direito Penal. Teoria do Domínio do Fato. Projeto de Lei do Senado n. 236/2012. Novo Código Penal.

Sumário: Introdução. 1. Fundamentos jurídicos da atual legislação penal e se há contexto favorecedor para positivizar o conceito da teoria do domínio do fato. 2. A positivação da teoria do domínio do fato conseguirá sanar as lacunas existentes na atual legislação penal no tocante ao concurso de agentes. 3. Para uma maior efetividade do direito penal mostra-se necessária a implementação da teoria do domínio do fato no novo código penal ou as regras gerais presentes no atual código são suficientes para aplicar a justiça tão almejada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a viabilidade jurídica da positivação da teoria do domínio do fato no direito penal brasileiro. Embora o atual Código Penal não conceitue a teoria do domínio do fato, procura-se comprovar que o concurso de pessoas já possui importantes diretrizes positivadas. Recentemente, renovou-se os debates sobre a referida teoria, principalmente após as críticas em relação à sua aplicação na AP 470/STF. Busca-se demonstrar que o equívoco está na forma como a teoria foi aplicada e não na conceituação da mesma.

O Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 nasce no seguinte panorama: a corrupção

assola o Brasil na atual sociedade capitalista e toma diariamente posição de destaque nos noticiários. A sociedade clama por justiça e formas mais efetivas de combate à criminalidade, principalmente ao crime do colarinho branco. A ação penal 470, julgada pelo STF, demonstrou a árdua tarefa que o julgador possui para delimitar as ações criminosas e definir as condutas de partícipes, autores e coautores.

Durante o julgamento, fez-se uso da teoria do domínio do fato a fim de definir as condutas praticadas pelos agentes que estavam na liderança do esquema, até então considerado um dos maiores crimes de corrupção do país. Os líderes do esquema corruptivo, geralmente, não deixam vestígios de suas condutas, pois tais condutas são baseadas em ordens e orientações.

A teoria do domínio do fato, apresentada por Hans Welzel, em 1939, e, posteriormente, melhor desenvolvida por Claus Roxin, a partir de 1963, define a posição de cada agente no concurso de pessoas.

A adoção dessa teoria pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento citado foi muito criticado por grandes doutrinadores devido ao emprego da teoria de forma desvirtuada do seu real conceito.

O código penal brasileiro em vigor desde 1º de janeiro de 1941, mesmo tendo a parte geral sido reformada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984 e alterado por tantas outras legislações ao longo de décadas, é um dos principais alvos das críticas e considerado um dos motivos da injustiça e impunidade que assola a sociedade. Esse código embora não conceitue a teoria do domínio do fato, estabelece diretrizes sobre o concurso de agentes.

O trabalho enfoca a temática da teoria do domínio do fato no projeto de Lei n. 236/2012 - novo código penal, elaborado pelo senado federal a fim de responder às críticas da sociedade. Ainda em tramitação, já sofre várias críticas da doutrina especializada. Uma das

críticas trata da desnecessidade de se positivizar a teoria do domínio do fato.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando os fundamentos jurídicos da atual legislação penal e se há contexto favorecedor para positivizar o conceito da teoria do domínio do fato.

Segue-se sustentando, no segundo capítulo, se a positivação da teoria do domínio do fato conseguirá sanar as lacunas existentes na atual legislação penal no tocante ao concurso de agentes.

O terceiro capítulo destina-se a examinar se para uma maior efetividade do direito penal mostra-se necessária a implementação da teoria do domínio do fato no novo código penal ou as regras gerais presentes no atual código são suficientes para aplicar a justiça tão almejada.

Objetiva-se discutir a desnecessidade de se positivizar a teoria do domínio do fato, principalmente da forma que está descrita no projeto do novo código penal.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, pois tem como fontes principais a legislação, a doutrina e a jurisprudência.

1. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA ATUAL LEGISLAÇÃO PENAL E SE HÁ CONTEXTO FAVORECEDOR PARA POSITIVAR O CONCEITO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt¹ o atual Código Penal adotou a teoria monística, tendo a autoria como conceito restrito, nos termos do sistema diferenciador. Assim, o

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 546-575.

professor Damásio Evangelista de Jesus² entende que “sob rigor científico, a Teoria do Domínio do Fato é mais um requisito da autoria que uma teoria do concurso de pessoas.”

Para Damásio Evangelista de Jesus³, a Reforma Penal de 1984 fez distinção entre autor e partícipe já que os arts. 29 e 62, do Código Penal, deixam isso claro em seu texto legal⁴.

A exposição de motivos da nova parte geral do código penal, lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, deixa bem nítida a opção legislativa por essa distinção⁵.

Nesse contexto, a Teoria do Domínio do Fato auxilia a diferenciar o autor do partícipe e determinar quem é o autor material e/ou intelectual, ou seja, o “sujeito de trás”, o qual atua nos “bastidores”, em hipóteses onde sua atuação é por demais difícil de se demonstrar.

Doutrinadores penalistas destacam em suas obras os trechos da Constituição da República Federativa do Brasil e do Código Penal que tratam do instituto do Concurso de Pessoas. Da obra do professor Pablo Rodrigo Alfren⁶ destacou os seguintes apontamentos, além dos já citados artigos 29 e 62, do código penal:

2 JESUS, Damásio Evangelista de. *Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 18.

3 Ibidem. p. 16.

4 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) Art. 62 A pena será ainda agravada em relação ao agente que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) IV executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

5 DO CONCURSO DE PESSOAS: Ao reformular o Título IV, adotou-se a denominação “Do Concurso de Pessoas” decerto mais abrangente, já que a co-autoria não esgota as hipóteses do concursus delinquentium. O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monástica do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). Sem completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos críticos dessa teoria, ao optar, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas.

6 ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do Domínio do Fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 168-169.

Da CRFB/88:

art. 5º. (...)

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo **os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;**

Do CP:

Art. 31. **O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio**, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 122. **Induzir ou instigar** alguém a suicidar-se ou **prestar-lhe auxílio** para que o faça.

Dos trechos destacados e em todo o restante do Código Penal, assim como na Carta Magna, percebe-se que não há positivação dos elementos necessários para se definir quando o autor de uma conduta criminosa atua com o domínio do fato. Cabe a doutrina e jurisprudência fazerem uma interpretação da teoria e aplicá-la aos casos concretos.

Dessa forma, percebe-se claramente que desde a reforma penal de 1984 a doutrina e a jurisprudência brasileira vêm aplicando no direito brasileiro a Teoria do Domínio do Fato sem a mesma estar positivada.

A palavra “teoria”⁷ possui as seguintes acepções: “princípios básicos e elementares de uma arte ou ciência”; “sistema ou doutrina que trata desses princípios”; “conhecimento que se limita à exposição, sem passar à ação, sendo, portanto, o contrário da prática”; “conjetura, hipótese”; “opiniões sistematizadas”.

Infere-se que não há necessidade em se positivar uma teoria, pois essa está no plano dos conceitos e em constante evolução. Uma das provas dessa desnecessidade em tornar o conceito de uma teoria, em conjunto com seus elementos, está na sua constante aplicação no mundo prático sem a mesma estar positivada no Código Penal. Constata-se que não há óbice nenhum da aplicação, do conceito da teoria tratada neste singelo trabalho acadêmico, aos

7 MICHAELIS. *Dicionário prático da língua portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2001. p. 853.

casos concretos.

Cezar Roberto Bitencourt⁸ destaca que a doutrina brasileira consagrou a figura do autor mediato; que é uma das espécies de autoria em face da Teoria do Domínio do Fato, como também o são a autoria direta, a autoria intelectual e a coautoria; enquanto a legislação da Alemanha e da Espanha a admitem expressamente. Assim como o Código Penal brasileiro não define as espécies de participação, o consagrado autor e professor entende ser correta, até então, a opção legislativa de não positivar tais espécies.

Na contra-mão da ilustre opinião, acima destacada, a exposição de motivos do Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 – Novo Código Penal, prevê a positivação de autor e partícipe, assim como de elementos que tratam nitidamente da Teoria do Domínio do Fato⁹.

Dessa forma, a maneira como está tratada o concurso de pessoas no projeto do novo código penal poderá acarretar dificuldades no momento de sua aplicação.

Além dos equívocos jurídicos, é importante destacar a conjectura nacional, onde o povo clama por justiça, mesmo que esta venha a ocorrer as avessas, como tem sido noticiado as cenas de criminosos, muitos menores de idade, sendo linchados em espaços públicos ou sendo acorrentados ao poste à luz do dia.

Um Código Penal não pode ser votado para saciar a sede de sangue da população, até mesmo porque não é um código que irá diminuir as diferenças existentes entre as classes sociais e os equívocos existentes na distribuição de renda.

8 Ibidem, p. 559 e 562.

9 Conceito de autor e partícipe. Houve avanço nas definições ao se afirmar que autor não é somente aquele que realiza a conduta típica, segundo os postulados da teoria objetivo-formal, mas também aquele que, de outras formas, possui o domínio do fato. A proposta acenou para variantes subjetivas, próprias da promoção, organização e direção do comportamento de terceiros, imputáveis ou não. A Comissão entendeu adequado positivar a casuística dos crimes de mando e de gerenciamento da conduta dos concorrentes, oferecendo descrição detalhada da autoria, coautoria e participação, inclusive na forma omissiva. É deste aperfeiçoamento descritivo que decorre a alteração da redação da atual “participação de menor importância”, que alijaria do benefício os autores e coautores, para “concorrência de menor importância”, capaz de se referir a autores, coautores ou partícipes.

2. A POSITIVAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO CONSEGUIRÁ SANAR AS LACUNAS EXISTENTES NA ATUAL LEGISLAÇÃO PENAL NO TOCANTE AO CONCURSO DE AGENTES.

O entendimento sobre o tema autoria e participação passou ao longo da história pela evolução das seguintes teorias: teoria unitária de autor; teoria restritiva de autor; teoria subjetiva de autor; e a teoria do domínio do fato¹⁰.

O artigo 29, *caput*, do Código Penal em vigor, adotou o sistema unitário de autor. Esse sistema apresenta como uma de suas principais vantagens a desnecessidade de distinção entre autor e partícipe, pois tal distinção será realizada pelo magistrado no momento da aplicação da pena, conforme preceitos dos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal em vigor.

Luís Greco e Alaor Leite enumeram algumas críticas existentes na doutrina em relação a tal poder discricionário dado ao magistrado: a unificação de contribuições material e qualitativamente distintas, o que é problemático diante dos princípios da igualdade e da culpabilidade; o tangenciamento com o direito penal do autor; a impossibilidade de distinguir entre atos preparatórios e tentativa punível; e a simplificação exacerbada dos tipos penais.¹¹

As vantagens e desvantagens do sistema unitário são o cerne da questão que deveriam ser abordadas e debatidas no atual projeto de reforma do código penal. Todavia o legislador, no afã reformador a fim de aproveitar-se dos holofotes que a Teoria do Domínio do Fato recebeu após sua aplicação na AP 470/STF, não resolveu as lacunas existentes. Pelo contrário, manteve o sistema unitário de autor, o qual não se faz necessário distinção entre autor e partícipe no tipo penal, e introduziu de forma equivocada conceitos da Teoria do Domínio do Fato, a qual distingue de maneira eficiente autor e partícipe nas condutas

10 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 3. ed. Curitiba: IPCP/ Lumen Juris, 2008. p. 356.

11 GRECO, Luis; et al. *Autoria como Domínio do Fato*: estudos introdutórios sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 177.

comissivas.

No que tange ao concurso de agentes a primeira versão do Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 traz as seguintes inovações¹²:

Concurso de pessoas

Art. 38. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º. Concorrem para o crime:

I – os autores ou coautores, assim considerados aqueles que:

- a) executam o fato realizando os elementos do tipo;
- b) mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a realização dos elementos do tipo;
- c) dominam a vontade de pessoa que age sem dolo, atipicamente, de forma justificada ou não culpável e a utilizam como instrumento para a execução do crime; ou
- d) aqueles que dominam o fato utilizando aparatos organizados de poder.

II – partícipes, assim considerados:

- a) aqueles que não figurando como autores, contribuem, de qualquer outro modo, para o crime; ou
- b) aqueles que deviam e podiam agir para evitar o crime cometido por outrem, mas se omitem.

Concorrência dolosamente distinta

§ 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

Concorrência de menor importância

§ 3º. Se a concorrência for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

Causas de aumento

§ 4º. A pena será aumentada de um sexto a dois terços, ressalvada a hipótese do parágrafo único do artigo 34 deste Código, em relação ao agente que:

- I – promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;
- II – coage outrem à execução material do crime;
- III – instiga, induz, determina, coage ou utiliza para cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou é, por qualquer causa, não culpável ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; ou
- IV – executa o crime ou nele participa mediante paga ou promessa de recompensa.

Nota-se que o projeto manteve o texto do artigo 29, *caput*, do Código Penal vigente, e introduziu definições de autor e partícipe, além de tentar tipificar o domínio do fato. Institutos que se não incompatíveis num mesmo sistema, são no mínimo de convivência difícil. Porém estamos tratando de Legislação Penal, a qual ao fim de processo penal irá absolver ou condenar alguém a permanecer no conhecido sistema carcerário penal falido do

¹² <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>. Acesso em: 08 jan. 2016.

Brasil. O cerne de um injusto penal gira em torno do agente infrator e da vítima. Assim, infere-se que a lei deve definir, se não com perfeição, da forma menos conflituosa possível, o instituto que trata da autoria e participação. Todavia, o “inovador” legislador não o fez.

A doutrina¹³ define a autoria de três formas: autoria imediata ou direta; autoria mediata e indireta; e a coautoria. Percebe-se que coautoria e autoria são coisas distintas e aquela não significa concurso de agente, embora o legislador reformador tenha colocado todos no mesmo balaio.

Atentando especificamente sobre a Teoria do Domínio do Fato, manifesta-se de três maneiras: domínio da ação; domínio da vontade; e domínio funcional do fato.

O domínio da vontade poderia se manifestar de três formas¹⁴: através da coação, sendo exercida pelo “homem de trás” (figura tipificada no artigo 22 do Código Penal vigente); através do erro; e através do aparato organizado de poder (artigo 38, § 1º, inciso I, letra d, do Projeto de Lei do Senado n. 236/2012).

Fica a intrigante dúvida: e se o agente domina o fato não se utilizando de aparatos organizados de poder ou não domina o fato mesmo se utilizando aparatos organizados de poder? Ficará impune? Pois bem, o projeto traz mais dúvidas do que soluções ao já espinhoso tema concurso de agentes.

Tentando solucionar as divergências apontadas na primeira proposta da reforma do Código Penal, tem-se, depois de outros, o atual substitutivo do Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 apresentado em 16 de dezembro de 2014¹⁵.

Concurso de pessoas

Art. 36. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º Consideram-se:

I –coautores aqueles que:

13 GRECO, op. cit, p. 181.

14 GRECO, ibid, p. 25-30.

15 BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 236/2012. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

- a) ofendem ou expõem a risco o bem jurídico mediante acordo de condutas;
- b) mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a ofensa ao bem jurídico;
- c) usam, como instrumento para a execução do crime, pessoa que age de forma atípica, justificada ou não culpável; ou
- d) usam aparatos organizados de poder para a ofensa ao bem jurídico.

II –partícipes aqueles que:

- a) não figurando como coautores, contribuem, de qualquer outro modo, para o crime; ou
- b) deviam e podiam agir para evitar o crime cometido por outrem, mas se omitem.

Concorrência de menor importância

§ 2º Se a concorrência for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um a dois terços.

Causas de aumento

§ 3º A pena será aumentada de um a dois terços, sem prejuízo do parágrafo único do art. 31 deste Código, em relação ao agente que:

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

II –coage outrem à execução material do crime;

III –instiga, induz, determina, coage ou utiliza para cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou é, por qualquer causa, não culpável ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; ou

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

O substitutivo não corrigiu as lacunas e divergências apontadas pela doutrina do atual Código Penal, muito menos corrigiu as imprecisões teóricas e conceituais apresentadas na primeira versão do Projeto de Lei do Senado n. 236/2012. Manteve a redação do atual artigo 29, *caput*, do Código Penal, que mais uma vez destaca - trata do sistema unitário de autor – em conjunto com definições de coautor e partícipe, além de expressar uma das formas de manifestação do domínio do fato: o uso de aparatos organizados de poder.

3. PARA UMA MAIOR EFETIVIDADE DO DIREITO PENAL MOSTRA-SE NECESSÁRIA A IMPLEMENTAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO NOVO CÓDIGO PENAL OU AS REGRAS GERAIS PRESENTES NO ATUAL CÓDIGO SÃO SUFICIENTES PARA APLICAR A JUSTIÇA TÃO ALMEJADA.

O Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação

de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes¹⁶. Uma das formas de representação desse é a decodificação através da positivação do Código Penal, que segundo Rogério Greco trata-se do conjunto de normas, condensadas num único diploma legal que visa definir crimes, sob a ameaça de sanção, como também a criar normas de aplicação geral a todo sistema penal¹⁷. Para Juarez Cirino dos Santos é o estatuto legal que define crimes e prevê penas e medidas de segurança, é o centro do programa de política penal do Estado para controle da criminalidade¹⁸.

Assim, as matérias positivadas no Código Penal, parte geral e parte especial, são uma escolha política realizada através dos representantes escolhidos pelo povo de forma democrática. O *ius puniendi* do Estado é exercido pelo império desse Código, o qual demonstra, ou ao menos deveria, os interesses da sociedade para se alcançar uma justiça social.

Aqui já se encontra uma questão importante e de difícil solução no atual estágio social brasileiro, pois o interesse da sociedade é manipulado rotineiramente de acordo com o interesse das classes dominantes dentro da eterna diferença dominador-dominado existente em qualquer sociedade, seja capitalista ou socialista, seja ocidental ou oriental. Manipulação exercida principalmente pelos meios de comunicação de massa. Juarez Cirino dos Santos destaca que “a imagem da criminalidade tem sido suficiente para criar efeitos reais de alarme social, necessário para campanhas de lei e ordem desencadeadas com o objetivo de ampliar o poder político e legitimar a repressão penal¹⁹”.

A imprensa notícia rotineiramente o caos social em que se vive, onde pessoas são assassinadas por um tênis ou até mesmo após entregarem o patrimônio objeto da subtração ao

16 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 36.

17 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 1.

18 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 3. ed. Curitiba: IPCP/ Lumen Juris, 2008. p. 4.

19 *Ibidem*, p. 715.

criminoso. O Crime é a consequência de vários efeitos presentes em nossa sociedade desigual. Uma imprensa responsável deveria mostrar a realidade que leva a estas consequências. Os efeitos são provenientes do esfacelamento de várias instituições importantíssimas para a vida em sociedade como a família, escola, religião, partidos políticos, empresas, imprensa, sindicatos e da própria sociedade civil. O Brasil ainda não perdeu seu rumo, mas está prestes a perder se não houver uma mudança drástica, a começar pelas instituições citadas, principalmente pela família.

A fim de sanar esse caos existente veio a lume o tão criticado Projeto de Lei do Senado n. 236/2012²⁰, até mesmo rotulado como “Código Sarney”. Infelizmente o rol de leis brasileiras carece de exemplos positivos de leis bem elaboradas, pois muitas são produzidas, votadas e sancionadas no calor do clamor público impulsionado pela manipulação midiática. Neste rol se encontra o projeto do Novo Código Penal.

O projeto não apresenta um sistema uno, se confrontando entre os sistemas existentes para se distinguirem autor e partícipe. Não soluciona as lacunas do atual Código e traz novas divergências. Inclui conceitos do sistema diferenciador; no qual a Teoria do Domínio do Fato torna-se útil a fim de distinguir autor e partícipe; e mantém o sistema unitário, aniquilando a simplicidade de sua aplicação. Por mais que se tente, nem mesmo a doutrina consegue elucidar tamanha imprecisão. Ou se adota o sistema unitário ou se adota o sistema diferenciador. A redação do *caput* do artigo 36 do substitutivo do Projeto de Lei do Senado n. 236/2012²¹ é incompatível com a definição existente nos incisos I e II do § 1º do referido artigo para coautor - onde estaria a definição para autor? - e partícipe.

Sem sombras de dúvidas, a maior efetividade do Direito Penal não passa por uma

20 BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 236/2012. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

21 BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 236/2012. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

reforma tão atabalhoada. Caso o Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 seja aprovada na forma do atual substitutivo, ao invés da tão esperada “salvação” será instaurada definitivamente o caos.

A sociedade precisa entender que o direito penal deve ser empregado como *ultima ratio*, com uma aplicação subsidiária e fragmentária. Ao se ver o Direito Penal como solução para todos os males da vida em sociedade deve-se acender a luz vermelha. Pois se tudo deve ser resolvido pela ciência penal, conclui-se que todos os outros mecanismos falharam. Não será um novo Código Penal que irá diminuir o abismo social existente. Fato desta constatação está no tamanho da população carcerária brasileira, uma das maiores do mundo. Prender e enviar os delinquentes para o falido sistema penal brasileiro não solucionou e nem solucionará o caos social em que se vive.

²²²³Outro exemplo prático pode ser inferido da política de segurança pública do Estado Rio de Janeiro com a implantação do projeto das Unidades de Polícia Pacificadora (UPP). As várias UPPs implantadas nas diversas comunidades cariocas não diminuíram a insegurança, pois os criminosos apenas mudaram de território. O próprio Secretário de Segurança Pública – José Mariano Beltrame – já discursou várias vezes sobre a necessidade de implantação de outros serviços estatais nas comunidades como escolas, pois estas são inexistentes ou deficientes; creches; saneamento básico, pois o nome é básico, mas infelizmente inexistente na grande maioria de comunidades; urbanização etc. Fica evidente que somente a Polícia, Civil ou Militar; somente o Magistrado; somente uma reformulação do falido sistema penitenciário e principalmente, somente um Novo Código Penal, com a

22 BOTTARI, Elenilce; GONÇALVES, Liane. *Beltrame quer pressa em investimentos sociais pós-UPPs*: “Nada sobrevive só com segurança”. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/beltrame-quer-pressa-em-investimentos-sociais-pos-upps-nada-sobrevive-so-com-seguranca-2764060>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

23 CAZES, Leonardo. *Na Bienal, José Mariano Beltrame classifica luta da segurança pública como “interminável”*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cultura/livros/na-bienal-jose-mariano-beltrame-classifica-luta-da-seguranca-publica-como-interminavel-1-17417682>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

introdução da Teoria do Domínio do Fato, a qual tem a finalidade de distinguir entre autor e partícipe e não transformar inocente em culpado, não são suficiente para se aplicar a justiça tão almejada.

CONCLUSÃO

O Projeto de Lei do Senado n. 236/2012, o qual trata do Anteprojeto do Código Penal, não irá solucionar as lacunas existentes na Teoria Geral do Direito Penal, principalmente no tocante ao tema abordado neste artigo científico – Teoria do Domínio do Fato -, muito pelo contrário! Caso aprovado, como se encontra, o Novo Código Penal trará muitas dificuldades de aplicação prática.

Em que pese o esforço legislativo para se tentar elaborar e aprovar um Novo Código Penal, a fim de se solucionar as dificuldades da persecução penal no Brasil, tal solução não é possível de ser feita de forma abrupta e com atécnica. Faltou conhecimento ao legislador; e porque não se falar em falta de humildade, pois muitas mudanças ocorreram voltadas precipuamente por interesses políticos; para se aproveitar melhor o resultado das consultas realizadas aos doutrinadores penais.

O Concurso de Pessoas, conforme está no Projeto de Lei do Senado n. 236/2012, não guarda relação com o sistema do Código Penal. Mantém os artigos que a doutrina critica e inova ao fazer que existam dois sistemas num único Código Penal – sistema unitário e sistema diferenciador.

A Teoria do Domínio do Fato deve ser desenvolvida pela doutrina e não pelo legislador e muito menos pelo magistrado. O magistrado deve utilizar tal Teoria para solucionar a responsabilidade dos agentes criminosos de forma abstrata e subjetiva. Ao

fundamentar, como exige o artigo 93, inciso IX, da CRFB/88, faz-se imperioso dizer o porquê determinada pessoa A é autor e porque a pessoa B é o partícipe. Estaria ferindo-se de morte a exigência da fundamentação prescrita na Carta Magna ao apenas dizer: “A é autor porque possuía o domínio do fato. Qual domínio do fato? Da ação? Funcional? Do aparato organizado de poder? O artigo 29, *caput*, do atual Código Penal já seria suficiente para resolver todos os questionamentos quanto ao concurso de pessoas, não sendo necessário se positivar a Teoria do Domínio do Fato. Tal opção além de exterminar as vantagens do sistema unitário irá causar conflitos entre os dois sistemas.

Portanto, o Anteprojeto do Código Penal da forma que está elaborado, no tocante ao Concurso de Agentes com a tentativa de se positivar alguns conceitos extraídos da Teoria do Domínio do Fato, não deve ser aprovado e sim arquivado. Caso seja aprovado, a Lei Penal no Brasil continuará a ser motivo de fervorosas críticas e sinônima de injustiça. Já passamos do momento de sermos o País do presente, ao invés de sermos eternamente o País do futuro. Uma boa forma de se começar seria por uma legislação penal séria e de concretude em sua aplicação. As leis penais são reflexos do estágio de evolução no qual um país se encontra. O melhor lugar para o Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 será o arquivo!

REFERÊNCIAS

- ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do Domínio do Fato*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 set. 2015

_____. Projeto de Lei do Senado n. 236/2012. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 19 set. 2015.

_____. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

_____. Anteprojeto do Código Penal. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

GRECO, Luis; et al. *Autoria como Domínio do Fato*: estudos introdutórios sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MICHAELIS. *Dicionário prático da língua portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2001.

ROXIN, Claus. *Novos Estudos de Direito Penal*: coleção direito penal e criminologia. Organização Alaor Leite; tradução Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2. tiragem 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte Geral. 3. ed. Curitiba: IPCP/ Lumen Juris, 2008.