

**FACULDADE DE DIREITO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM**

**BÁRBARA NICOLI AMBROZIO**

**A EXTENSÃO DA APLICABILIDADE DA TEORIA DO  
DOMÍNIO DO FATO NA AÇÃO PENAL 470/MG**

CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM – ES  
2017

BÁRBARA NICOLI AMBROZIO

**A EXTENSÃO DA APLICABILIDADE DA TEORIA DO DOMÍNIO DO  
FATO NA AÇÃO PENAL 470/MG**

Monografia Jurídica apresentada ao  
Curso de Direito da Faculdade de  
Direito de Cachoeiro de Itapemirim  
como requisito parcial para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Izaias Correa Barboza  
Junior.

CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM – ES  
2017

BÁRBARA NICOLI AMBROZIO

**A EXTENSÃO DA APLICABILIDADE DA TEORIA DO DOMÍNIO DO  
FATO NA AÇÃO PENAL 470/MG**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim como  
requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_\_  
Nota: \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA:**

---

**Professor**

---

**Professor**

---

**Professor**

Dedico este trabalho aos meus pais que são os responsáveis por minha formação acadêmica e também a todos que de alguma forma me ajudaram para que eu chegasse até aqui.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus que me sustentou e permitiu que eu permanecesse firme no decorrer desta jornada.

A minha família que sempre me apoiou nos momentos difíceis e também em minhas escolhas.

Ao orientador Professor Izaias Correa Barboza Junior que me ajudou na elaboração deste trabalho com carinho e compreensão.

A todos os meus colegas pelos momentos de companheirismo durante esses últimos cinco anos de minha vida.

“Justiça é consciência, não uma consciência pessoal, mas a consciência de toda a humanidade. Aqueles que reconhecem claramente a voz de suas próprias consciências normalmente reconhecem também a voz da justiça.”  
(Alexander Solzhenitsyn).

## RESUMO

A aplicabilidade da teoria do domínio do fato mostra-se um assunto bastante polêmico pela maioria e com isso, foram surgindo posições favoráveis e desfavoráveis. Para os favoráveis, pessoas como José Dirceu, por exemplo, jamais seriam alcançados e considerados autores de condutas ilícitas se não fosse utilizada tal teoria.

Sob esta ótica, a teoria aplicada no STF não foi usada para suprir uma possível falta de provas no processo, longe disso, foi utilizada para diferenciar as figuras do autor (mandante) e partícipe. Assim, acredita-se plenamente que os crimes foram praticados, as provas foram suficientes e dessa forma, foi possível chegar à última fase: perceber dentre os denunciados quem era autor ou partícipe.

De modo diverso, juristas entendem que a teoria do domínio do fato não foi aplicada corretamente na referida ação, pois acreditam que os réus receberam condenação antes mesmo de acontecer o julgamento no STF, uma vez que a mídia de maneira pesada estava influenciando essa condenação.

Os desfavoráveis a essa aplicabilidade acreditam que quando restam dúvidas, ou na falta de provas suficientes, deve haver a absolvição, assim como sempre ocorreu. Pensam ainda que o que estava ocorrendo em torno de tudo isso era apenas a chamada punição política, em razão das influências dos mesmos.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

### **Abreviações**

Art. – Artigo

Min. – Ministro

Rel. - Relator

### **Siglas**

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

STF – Supremo Tribunal Federal

Inq – Inquérito

AP – Ação Penal

PT – Partido dos Trabalhadores



# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>1 TEORIA DO CRIME .....</b>	<b>10</b>
1.1 Evolução Histórica no Ordenamento Jurídico Brasileiro .....	10
1.1.1 Teoria Naturalista, Causal-Naturalista, Causalista ou Mecanicista.....	10
1.1.2 Teoria Finalista da Ação .....	13
1.1.3 Teoria Social da Ação.....	14
1.2 Introdução ao Conceito de Autor do Crime .....	15
1.3 Inserção da Teoria do Domínio do Fato.....	20
<b>2 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO .....</b>	<b>22</b>
2.1 Conceituação .....	22
2.1.1 Autor Propriamente Dito .....	24
2.1.2 Autor Intelectual.....	24
2.1.3 Autor Mediato .....	25
2.1.4 Coautor .....	26
2.1.5 Partícipe .....	28
2.2 Aplicabilidade da Teoria do Domínio do Fato .....	30
<b>3 ESTUDO DE CASO - AÇÃO PENAL 470/MG .....</b>	<b>33</b>
3.1 Resumo do Caso .....	33
3.2 Aplicação da Teoria do Domínio do Fato .....	35
3.3 Votos dos Ministros do STF .....	36
3.4 Avaliação da Aplicabilidade .....	38
5.5 Compatibilidade com o Ordenamento Jurídico Brasileiro .....	40
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>45</b>

## INTRODUÇÃO

Foram várias as modificações sofridas na sociedade atual, nas mais variadas esferas, ensejando, portanto mudanças no crime organizado, na qual foram sendo buscadas medidas mais seguras e eficazes para a realização dos crimes.

Sob esta ótica, foram sendo desenvolvidas várias teorias para que se tornasse possível uma melhor averiguação a esses crimes praticados e assim, trazer maior segurança aos bens jurídicos considerados relevantes pela sociedade. Dessa forma, a teoria do domínio do fato foi desenvolvida.

A teoria do domínio do fato surge, portanto com o intuito de auxiliar a entender a conduta dos indivíduos que agem em um determinado crime, de modo que esta teoria consegue visualizar tanto o aspecto subjetivo quanto o objetivo e também diferenciar quem é autor e quem é partícipe.

Autor não é apenas quem executa o fato típico, mas também aquele que se utiliza de outro agente como meio/instrumento para realizar o ato ilícito. A teoria do domínio do fato nos afirma que autor é quem possui o domínio quanto à realização de uma ação típica, de modo a controlar a continuidade ou a paralisação da ação, de forma que o partícipe não possui os mesmos poderes.

A teoria do domínio do fato, formulada na Alemanha por Welzel, já naquela época foi pensada para que pudesse oferecer punição aos grandes chefes que eram os responsáveis por diversos crimes nazistas, já que tradicionalmente, nunca seriam culpados.

Da mesma forma ocorria nos arredores do mundo, em que o alto escalão político nunca era atingido pela prática dos mais variados crimes. Mais tarde, tal teoria foi utilizada também na condenação de altas patentes alemãs, como ocorreu com o ministro alemão que foi condenado por ser mandante de crimes de homicídio.

Após, foram surgindo outros diversos casos parecidos e o destaque era sempre o mesmo: denúncias que eram feitas perante grandes Cortes Superiores, grandes políticos, enfim, pessoas até então inatingíveis. No Brasil ocorreu da mesma maneira.

## 1. TEORIA DO CRIME

### 1.1 Evolução Histórica no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A teoria do crime é resultado de um longo período de elaboração. Podem ser destacadas três teorias mais importantes no direito penal: Teoria Naturalista, Teoria Finalista e Teoria Social da Ação. Anteriormente, o Código Penal adotava a teoria naturalista da ação. Isso, antes de ocorrer a reforma no ano de 1984. Desta feita, para que uma conduta fosse considerada culpável, era necessário que encontrasse os elementos da imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa, dolo e também a culpa.

Antes, a conduta antijurídica se valia por seu aspecto formal, visível. Não era necessário examinar aquela norma ou conduta, já que o que interessava era definir se o agente realizador da conduta era responsável ou não pela superveniência de algo que tenha acontecido e que não tivesse respeitado as leis. Com o passar dos anos, o direito penal foi se desenvolvendo, e, com isso, passou-se a pensar de modo diferente.

Após a reforma do ano de 1984 (dia 11 de julho), através da implementação da Lei ordinária nº 7.20930, o direito penal passou a adotar outra teoria: dessa vez, a teoria finalista da ação. Aqui o dolo transforma-se em um elemento da conduta humana, ou seja, o dolo que era elemento normativo passa a ser um dolo natural, em companhia com o elemento da culpa. A partir daqui, o sujeito pode responder somente por crimes culposos e dolosos, isso porque a finalidade do agente passa a ser levada em conta.

#### 1.1.1 Teoria Naturalista, Causal-Naturalista, Causalista ou Mecanicista.

Acerca da teoria naturalista, o primeiro conceito propriamente dito de ação foi dado por Franz Von Liszt:

Ação é (...) o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem. Sem ato de vontade não há ação, não há injusto, não há crime: cogitationis poenam nemo patitur. Mas também não há ação, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado. Destarte são dados dois elementos de que se compõe a ideia de ação e portanto a de crime: ato de vontade e resultado. A estes dois elementos deve

acrescer a relação necessária, para que eles formem um todo, a referência do resultado ao ato.<sup>1</sup>

O professor Franz Von Liszt desenvolveu essa teoria entre os séculos XIX (ao final) e XX na cidade de Berlim. De acordo com essa teoria, não se difere a ação de uma lesão provocada por uma conduta culposa ou dolosa, já que o resultado de ambas as condutas será o mesmo. Assim, há uma total indiferença quanto o elemento da vontade, ou seja, com a temática da teoria finalista. Dessa forma, preconiza Bitencourt:

“Em outros termos, Von Liszt e Beling elaboraram o conceito clássico de delito, representado por um movimento corporal (ação), produzindo uma modificação no mundo exterior (resultado). Essa concepção simples, clara e também didática, fundamentava-se num conceito de ação eminentemente naturalístico, que vinculava a conduta ao resultado mediante o nexo de causalidade. Essa estrutura clássica do delito mantinha em partes absolutamente distintas o aspecto subjetivo, representado pela tipicidade e antijuridicidade, e o aspecto objetivo, representado pela culpabilidade”.<sup>2</sup>

Foram muitos os adeptos a essa teoria, como por exemplo, o professor Ernest Von Beling, que teve crucial importância, pois foi responsável pela tipicidade e outros como Radbruch, Pietro Nuvolone, Battaglini, Luiz Juménez Assúa, Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Baliseu Gracia, Frederico Marques, entre outros.

Aníbal Bruno aduz que a vontade do agente já se mostra suficiente quanto a caracterização do elemento da culpa. Senão vejamos:

“(…) um acontecer que tem por impulso causal um processo interno volitivo e não simples ato reflexo. Não importa qual seja o conteúdo ou o alcance dessa vontade, sob o ponto de vista normativo. Se ela é eficaz para fazer o agente responsável, se é ilícita, se o agente tem consciência dessa ilicitude, estes já são problemas da culpabilidade. O doente mental, o imaturo podem agir. A sua vontade, insuficiente para fundamentar a culpabilidade, basta para constituir o elemento subjetivo da ação.”<sup>3</sup>

Segundo entendimento de Franz Von Liszt, a ação é manifestação de vontade do agente, ação esta caracterizada pela expressão corporal, que ocasiona em uma alteração no mundo exterior, ou seja, ação ou omissão voluntária, no entanto, isento de uma possível finalidade.

A análise do dolo e da culpa advém na culpabilidade, ou seja, não há importância quanto à vontade do agente, pois a conduta será típica. Basta imaginar

---

<sup>1</sup> LISZT, Franz Von, p. 217.

<sup>2</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. 2014, p.

<sup>3</sup> BRUNO, Aníbal, p. 288-289.

o seguinte: O indivíduo A dirige sua motocicleta em direção à padaria em um sábado de manhã. O indivíduo B, que anda entristecido com a vida, se joga na frente da sua motocicleta e vem a falecer na hora.

Se este fato for visto sob a ótica da teoria clássica do direito penal, será considerado como crime, já que não há importância se o indivíduo A quis realmente atropelar ou não o indivíduo B, isto é, a importância se dá sob o fato de o A ter sido o causador da morte de B. Portanto, a conduta será típica e antijurídica (na hipótese de não haverem excludentes).

Desta feita, a conduta acima narrada seria determinada apenas quanto à culpabilidade do agente, ou seja, a culpa e o dolo seriam observados no caso concreto, e chegaríamos à ideia de que não a conduta do elemento A, não existindo culpa ou dolo, seria uma conduta não culpável.

Essa teoria recebeu algumas críticas, assim como assevera Bitencourt:

“De todas as críticas que se fez ao positivismo – pode-se discordar de muitas delas – a mais procedente é aquela que recai sobre a incapacidade de admitir a invalidade de uma norma formalmente produzida, mas materialmente incompatível com o ordenamento jurídico vigente. Silva Sanchez sintetiza as objeções à dogmática de cunho positivista nos seguintes termos: reprova-se de um lado, sua inaptidão para cumprir as funções de uma “disciplina prática” para orientar-se ante a realidade dos problemas penais na busca de soluções justas (politicamente satisfatórias). Por outro lado, e sob uma perspectiva substancialmente distinta, observa-se sua inidoneidade para afrontar uma análise científica da matéria normativa jurídico-penal”.<sup>4</sup>

Uma das críticas apontadas a essa teoria é o fato de que há uma separação total quanto ao juízo objetivo e subjetivo, sendo que somente o aspecto subjetivo liga-se a culpa do agente, e na verdade, estão ligadas um ao outro:

“O direito não será – para esta concepção – uma ordem reguladora de condutas, e sim de processos causais, o que é absurdo: o direito não regula “fatos”, mas apenas fatos humanos voluntários, isto é, condutas. O direito não proíbe nem permite outra coisa além de condutas humanas, pois do contrário deixa de ser direito, ao menos no sentido em que o concebemos dentro do atual horizonte de projeção de nossa ciência”.<sup>5</sup>

Na realidade, a teoria causalista não conseguiu explicar de forma segura acerca dos crimes omissos próprios formais nem sequer crimes de mera conduta.

---

<sup>4</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. 2014, p. 263.

<sup>5</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op Cit. p. 427

Por esse motivo, ao passar do tempo, seus ideais foram sendo repensados e suas estruturas modificadas.

### 1.1.2 Teoria Finalista da Ação

Floresceu a teoria da ação através de Samuel Von Puffendorf, que, após, serviu de inspiração para que Welzel pudesse criar a doutrina da ação final. De acordo com essa teoria, através do pensamento de Samuel Von Puffendorf, o agir da pessoa humana só poderia ser conduzido através da intelectualidade e da vontade do agente, ou seja, através da capacidade própria/específica humana.

Welzel abrilhantou ainda mais essa teoria, quanto ao que se entendia sobre a vontade do agente, uma vez que foi trazida a tona a figura da finalidade do agente, isto é, se não há finalidade do agente (dolo e culpa) em determinada conduta, esses fatos não terão relevância.

O Código penal revelou essa teoria através de seu artigo 20, no que se lê: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.”<sup>6</sup>

O que essa teoria trouxe de novo para o direito penal foram os elementos subjetivos do tipo. A partir daqui, observava-se se tal conduta seria praticada com dolo ou culpa já quanto a tipicidade, de acordo com a conduta do agente. No ano de 1984 ocorreu a reforma da parte geral do Código Penal, através da Lei nº 7.20934 (11 de julho de 1984), em que as figuras da culpa e do dolo deixaram de fazer parte da culpabilidade e passaram a pertencer à tipicidade. Por conseguinte, incluiu-se na culpabilidade o potencial conhecimento da ilicitude do fato. Nas palavras de Bitencourt:

A contribuição mais marcante do finalismo, aliás, que já havia sido iniciada pelo neokantismo, foi a retirada de todos os elementos subjetivos que integravam a culpabilidade, nascendo assim, uma concepção puramente normativa. O finalismo deslocou o dolo e a culpa para o injusto, retirando-os de sua tradicional localização – a culpabilidade - , levando, dessa forma, a finalidade para o centro do injusto. Concentrou na culpabilidade somente aquelas circunstâncias que condicionam a reprovabilidade da conduta contrária ao Direito, e o objeto da reprovação situa-se no injusto(...).<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> RT. Vade Mecum, 2015. p. 565.

<sup>7</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. 2014, p. 267.

Se utilizarmos o mesmo exemplo da primeira teoria analisada, em que o indivíduo A dirige sua motocicleta em direção à padaria em um sábado de manhã e, o indivíduo B, que anda entristecido com a vida, se joga na frente da sua motocicleta e vem a falecer na hora, teremos uma conclusão bem diferente: aqui estaremos diante de um fato atípico, uma vez que inexistente conduta.

Nesse sentido, o elemento A não praticou um crime, pois na teoria finalista faz-se a análise da culpa e do dolo em um primeiro momento, ou seja, não haverá crime algum, pois não existe vontade de matar o elemento B. Quando, em uma conduta, não há dolo e nem culpa por parte de um agente, entende-se que a finalidade do causador do delito não era criminosa. Assevera ainda Bitencourt:

(...) o finalismo contribuiu decisivamente para o descobrimento do desvalor da ação, como elemento constitutivo do injusto penal, e para melhor delimitação da própria culpabilidade e de outros pressupostos da responsabilidade penal. Hoje, no entanto, ao contrário do que apregoava o finalismo, pode-se constatar que a finalidade é apenas um dentre vários fatores que determinam o injusto penal.<sup>8</sup>

É possível afirmar que a teoria finalista foi capaz de trazer um novo ponto de vista acerca das variadas espécies de crimes. A partir dessa teoria foi possível diferenciar um o crime doloso e do crime culposos. A diferença entre autoria e participação em um delito, levando em consideração o domínio do fato, se realizará se a conduta dolosa for considerada elemento integrante do tipo.

A crítica apontada quanto a essa teoria se dá no que tange o delito na forma culposa, já que o resultado é somente ligado a causa, não havendo portanto interferência quanto a vontade do agente. Por esse motivo, Welzel passou a repensar o conceito, trazendo novos critérios.

### 1.1.3 Teoria Social da Ação

No começo do século XX desenvolveu-se a teoria social da ação, porém, tal teoria não foi acolhida por nosso ordenamento jurídico. É possível destacar alguns dos principais apoiadores dessa teoria, tais como Jescheck, Maihofer, Wessels, Schmidt, Maurach, Bockelmanm e Engisch.

---

<sup>8</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. 2014, p. 268.

O objetivo principal da teoria social da ação na realidade era utilizar o conceito da ação apresentado por Liszt, porém de uma maneira mais desenvolvida. Ressalta-se que aqui, o direito penal analisaria as condutas voluntárias que gerassem de fato resultados de relevância social.

Se, por exemplo, um indivíduo realizasse um fato, e se esse fato fosse tido como um fato socialmente adequado, ou seja, natural, justo, virtuoso, entre outras características, a sociedade em geral concluiria que aquele determinado fato seria atípico.

Essa teoria entende que para uma ação ser considerada um crime, é necessário que afete realmente a relação do ser humano na sociedade, ou seja, deve haver um comportamento relevante por parte do agente. Se uma conduta praticada pelo indivíduo estiver inserida no ordenamento jurídico, mas for socialmente adequada, não haverá crime algum, uma vez que essa ação socialmente adequada torna o fato atípico.

Diferentemente da teoria finalista, Welssels afirma:

“Enquanto os finalistas querem tirar, todavia, da estrutura ontológica do agir deduções finais coercitivas para a teoria do crime, desenvolvida a partir do conceito de ação, a teoria social evita qualquer assentamento prematuro nesse sentido. Sua reflexão se mostra exatamente em que ela pode compreender o conteúdo de sentido da conduta humana relevante para o direito penal em suas variadas formas de aparecimento, sem exigir que se associe a construção da teoria do crime, desde o princípio, a um determinado sistema.”<sup>9</sup>

Essa teoria também foi bastante criticada, uma vez que não era possível haver uma total precisão quanto ao termo relevância social. Além disso, a conduta realizada por um agente precisaria atingir outro agente para que fosse considerada como típica, quando na verdade, a conduta poderia ser criminosa mesmo que ninguém fosse atingido.

## 1.2 Introdução ao Conceito de Autor do Crime

Antes de entender o que é autor de um crime, vamos entender o direito penal: O direito penal caracteriza-se como um conjunto de normas jurídicas que são capazes de regular/controlar a sociedade como um todo através do Estado, trazendo uma pena cominada ao delito como consequência (resultado).

---

<sup>9</sup> WESSELS, Johannes. Op Cit. P. 22.



Desta feita, toda vez que uma conduta é praticada por um determinado agente, e esta conduta encontra-se descrita no Código Penal, o Estado agirá através de seus órgãos competentes. Mezger assim assevera: “O direito penal é um conjunto de normas jurídicas que regulam o exercício do poder punitivo do Estado, associando o delito, como pressuposto, a pena como consequência”.<sup>10</sup>

É possível destacar três correntes doutrinárias mais importantes: concepção bipartida, tripartida e tetrapartida. Acerca da concepção bipartida (tipicidade + ilicitude) entende-se que a culpabilidade não faz parte do conceito analítico de crime, ou seja, a culpabilidade caracteriza-se apenas como pressuposto no que tange a aplicação da pena. Fernando Capez, Damásio de Jesus, Júlio Fabrini Mirabete, Celso Delamanto são alguns doutrinadores que adotam essa concepção.

A corrente doutrinária majoritária é a tripartida: tipicidade + ilicitude + culpabilidade. De acordo com essa teoria, a culpabilidade faz parte do conceito analítico de crime. César Bitencourt, Rogério Greco, Nelson Hungria, Guilherme Nucci e outros doutrinadores adotam tal concepção.

Há ainda uma concepção denominada tetrapartida, em que há uma conduta típica, ilícita, culpável e punível. Alguns dos doutrinadores que adotam essa teoria são Claus Rosan, Basileu Garcia, entre outros.

Conforme nosso ordenamento vigente é sabido que, para que um sujeito seja considerado autor de um delito é necessário que esse crime praticado esteja especificado em lei, ou seja, é necessário que esteja descrito no Código Penal brasileiro. Dessa forma, nos mostra o artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (...)<sup>11</sup>

Em conformidade com o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, no Brasil, adotamos a teoria bipartida do crime, em que crime e delito são sinônimos

---

<sup>10</sup> MEZGER, 1995, p. 17

<sup>11</sup> BRASIL. Constituição, 1988

e por outro lado, contravenção penal trata-se de um crime/delito de menos potencial ofensivo, ou seja, de menor gravidade.

O Código Penal brasileiro não traz o real conceito de autor de crime. Existem na doutrina alguns conceitos que diferenciam a figura do autor e do partícipe. Pode-se afirmar, contudo, que autor e partícipe existem dentro do ser humano, ou seja, é algo ligado ao homem, está dentro dele.

Em um conceito restrito de autor do crime, um agente seria considerado autor quando viesse a praticar uma conduta descrita no ordenamento jurídico existente, isto é, no direito penal. Quem viesse a ajudar o autor a realizar determinada conduta típica seria chamado de partícipe. A partir desse conceito, entende-se que nem todas as pessoas que estão envolvidas na prática de um delito são considerados autores. Dessa forma, preconiza Jescheck:

Desde o prisma do conceito restritivo de autor, a previsão de especiais formas de participação, como a indução e a cumplicidade, significa que a punibilidade se amplia a ações que ficam fora do tipo, pois conforme o próprio tipo somente poderia castigar-se o que por si mesmo mata, furta, ou oferece resistência. Outros intervenientes que se limitam a determinar ao autor a comissão do fato ou a auxiliá-lo, deveriam ficar impunes se não existissem os especiais preceitos penais que regulam a indução e a cumplicidade.<sup>12</sup>

O autor é, de fato, quem pratica a conduta descrita na lei, ou seja, o autor é quem rouba, sequestra, põe em prática o verbo do tipo. Dessa forma, a parte especial do Código Penal será compreendida de acordo com esse conceito restritivo, uma vez que as causas que estão por trás da realização do crime não equipara-se a realização do delito.

Fernando Capez explana:

Todos são considerados autores, não existindo a figura do partícipe. Autor é todo e qualquer causador do resultado típico, sem distinção. Arrima-se na teoria da *conditio sine qua non*, pois, segundo esta, qualquer contribuição, maior ou menor, para o resultado é considerada sua causa. É adotado na Itália, cujo Código Penal, em seu art. 110, pune do mesmo modo todos aqueles que concorrerem para o crime, e era a posição adotada pelo Brasil, no Código Penal de 1940 (art. 25). Não é mais adotada no Brasil, na Espanha, nem na Alemanha.<sup>13</sup>

Sob a ótica do conceito restritivo, realizar uma conduta delituosa é diferente de ajudar/auxiliar a realização desta, quer dizer, a conduta do autor será

---

<sup>12</sup> JESCHECK, p. 893.

<sup>13</sup> CAPEZ, Fernando. 2011, p. 360.

típica, enquanto as pessoas que ajudaram na realização (os partícipes) passarão por uma análise se suas condutas são realmente típicas e relevantes.

Surge uma necessidade em trazer critérios de modo a diferenciar a conduta do autor e dos partícipes. A partir daqui nascem duas novas teorias: a teoria objetivo-formal e objetivo-material. Dessa forma, assevera Rogério Greco:

(...) se a realização da ação típica significa objetivamente algo distinto ao seu favorecimento, deduz-se por si só que a autoria e participação também devem distinguir-se conforme critérios objetivos. Dessa forma, o conceito restritivo de autor segue atrelado a uma teoria objetiva de participação. Essa teoria objetiva segue duas vertentes: uma formal e outra material.<sup>14</sup>

A teoria objetivo-formal aduz que o autor é o que põe em prática o verbo descrito no ordenamento jurídico e quem auxilia para que esse crime aconteça, mas que não pratique de fato a conduta típica será partícipe nesse delito. Tal teoria foi alvo de críticas, pois não conseguiu indicar que elemento material identifica a conduta do agente:

“Apesar de indicar que a autoria refere-se à realização dos elementos do tipo, não foi capaz de evidenciar que elemento material do tipo (especialmente nos delitos de resultado) identifica a conduta do autor, frente às contribuições causais constitutivas de mera participação. Além disso, criticava-se a versão clássica da teoria objetivo-formal, porque partindo de suas premissas não era possível explicar de maneira satisfatória como a conduta do coautor e do autor mediato se amoldava na descrição típica”.<sup>15</sup>

Já a teoria objetivo-material tentou completar a teoria objetivo-formal, uma vez que nem sempre seria possível distinguir as figuras do autor e partícipe nos crimes de resultado:

A teoria objetivo-material, como asseverava Jescheck, buscou suprir os defeitos da teoria objetivo-formal, “oferecendo um complemento mediante a perspectiva de maior perigosidade que deve caracterizar a contribuição do autor ao fato em comparação com a do cúmplice”, ou como preleciona Damásio, a teoria objetivo-material “distingue autor de partícipe pela maior contribuição do primeiro na causação do resultado”.<sup>16</sup>

Foram vários os obstáculos encontrados para diferenciar causa e condição e, ainda, distinguir causas de maior ou menor importância. Não era possível identificar em certos crimes quem seriam os verdadeiros autores ou partícipes.

<sup>14</sup> GRECO, Rogério, p. 531.

<sup>15</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. 2013, p. 556.

<sup>16</sup> GRECO. Rogério, p. 532.

O conceito extensivo de autor nos mostra que todos os agentes que contribuem para a prática de um determinado delito serão considerados autores:

(...) o conceito extensivo de autor vem unido à teoria subjetiva da participação, que seria um complemento necessário daquela. Segundo essa teoria, é autor quem realiza uma contribuição causal ao fato, seja qual for seu conteúdo, com “vontade de autor”, enquanto é partícipe quem, ao fazê-lo, possui unicamente “vontade de partícipe”. O autor quer o fato como “próprio”, age com o animus auctoris; o partícipe quer o fato como “alheio”, age com animus socii. Dessa forma, a extensão do tipo penal a todas as condutas consideradas como causa seria mitigada pelo critério subjetivo.<sup>17</sup>

Aqui não existe diferença entre autor e partícipe, não há diferença quanto à importância na contribuição de cada um na prática do delito. Assevera Jescheck quanto a isso: “se autoria e participação não podem distinguir-se objetivamente, porque ambas são equivalentes desde um prisma causal, somente resta a possibilidade de buscar a distinção num critério subjetivo”.<sup>18</sup>

Expõe ainda Bitencourt:

Os inconvenientes da distinção puramente subjetiva de autoria e participação são manifestos. Fizeram-se presentes com grande intensidade nas condenações dos nazistas na jurisprudência alemã, em que os executores de milhares de mortes foram considerados cúmplices, porque queriam os fatos como alheios. Algo semelhante poderá ocorrer com os crimes de mão própria, em que o autor do crime, por querê-lo como alheio, poderia ser condenado como cúmplice, numa verdadeira aberração. Isso implicaria, em outras palavras, condenar como meros partícipes sujeitos que realizam pessoalmente todos os elementos do tipo e, como autores, quem não tem intervenção material no fato.<sup>19</sup>

A teoria subjetiva busca trazer uma metodologia para que se possa apontar quem de fato possui um real desejo de ser o autor e quem apenas quer o fato como de outrem, isto é, não quer o fato como próprio. De acordo com essa teoria subjetiva, basta imaginar uma cena de novela: o autor age como o protagonista, pois ele quer de fato realizar a conduta, enquanto o partícipe age como um coadjuvante, uma vez que realiza um desejo que não é seu.

<sup>17</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. 2013, p. 554.

<sup>18</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal – Parte general, v. II, p. 895.

<sup>19</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. 2013, p. 555.

### 1.3 Inserção da Teoria do Domínio do Fato

Por volta do ano de 1939, a partir da teoria finalista de Welzel surge a teoria do domínio do fato. Mais tarde, no ano de 1963, Claus Roxin desenvolveu ainda mais essa teoria, momento em que ficou conhecida em toda Europa e também na América Latina.

Roxin afirmava que “quem ocupasse uma posição dentro de um chamado aparato organizado de poder e dá o comando para que se execute um crime, tem de responder como autor e não só como partícipe, ao contrário do que entendia a doutrina dominante na época.”<sup>20</sup>

Podemos observar a partir dos ensinamentos de Heleno Fragoso:

Nos crimes dolosos, a doutrina moderna tem caracterizado como autor quem tem o domínio final do fato, no sentido de decidir quanto à sua realização e consumação, distinguindo-se do partícipe, que apenas cooperaria, incitando ou auxiliando. A tipicidade da ação não seria, assim, decisiva para caracterizar o autor. Necessário seria ter o agente o controle subjetivo do fato e atuar no exercício desse controle.<sup>21</sup>

A teoria do domínio do fato estaria alocada entre a teoria subjetiva e objetiva, mostrando-se, porém, como uma teoria superior em comparação as outras teorias até então apontadas, uma vez que consegue distinguir com maior precisão as figuras do autor e partícipe, onde também surge o autor mediato.

A teoria do domínio do fato expõe que somente a teoria objetiva ou somente a teoria subjetiva não são capazes de fundamentar a autoria, nem sequer delimitar autor e partícipe. Isso quer dizer que se trata de uma teoria “objetivo-subjetiva”. Nas palavras de Rogério Greco:

A teoria do domínio do fato é considerada objetivo-subjetiva. Aquele que realiza a conduta descrita no núcleo do tipo penal tem o poder de decidir se irá até o fim com o plano criminoso, ou, em virtude de seu domínio sobre o fato, isto é, em razão de ser o senhor de sua conduta, pode deixar de lado a empreitada criminosa. Para aqueles que adotam um conceito restritivo de autor, não haveria dúvida em reconhecer como autor aquele que viesse a executar a conduta descrita no tipo.<sup>22</sup>

É possível afirmar que durante o processo de evolução da teoria do domínio do fato, vários doutrinadores passaram a formar conceitos diferentes de

<sup>20</sup> TÓRTIMA, Fernanda Lara. 2012.

<sup>21</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: a nova parte geral.

<sup>22</sup> GRECO, Rogério. Curso de direito penal, p. 534.

forma individual, quando um nem se referia ao outro. São vários e diversos os pontos de partida que levaram a essa evolução da referida teoria. Alguns exemplos são a adequação de Bruns, a teoria da culpabilidade de Hegler, a teoria subjetiva da participação de Von Webber, as críticas de Lobe, o conceito causal de Horn e a doutrina da ação de Welzel.

Portanto, não é fácil apontar com precisão a real história dessa teoria e sua evolução. De forma dominante, seu início vem da teoria de Welzel, sendo que alguns conceitos surgem através de Hegler, e ainda, o conteúdo material vem da teoria da participação. O que se pode afirmar é que todas essas teorias, conceitos e críticas serviram de base para a teoria do domínio do fato, surgindo a partir daí a chamada evolução dogmática.

## 2. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

### 2.1 Conceituação

Autor não é apenas quem executa o fato típico, mas também aquele que se utiliza de outro agente como meio/instrumento para realizar o ato ilícito. A teoria do domínio do fato nos afirma que autor é quem possui o domínio quanto à realização de uma ação típica, de modo a controlar a continuidade ou a paralisação da ação, de forma que o partícipe não possui os mesmos poderes.

Ressalta-se que quanto aos crimes dolosos, a doutrina Alemã decidiu que será aplicado o conceito restritivo de autor, com fundamentos vindos da teoria do domínio do fato, enquanto nos crimes culposos, aplicam-se o conceito unitário de autor, que por sua vez não apresenta diferenças entre autor e partícipe.

O legislador, através do artigo 29 do Código Penal introduziu dois parágrafos de modo a distinguir as figuras do autor e partícipe, já que parte da doutrina entendia de modo diferente.

“Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 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.”<sup>23</sup>

A teoria do domínio do fato está de maneira intermediária entre a teoria restritiva e teoria extensiva de autor. Na realidade, pode-se entender que a teoria do domínio do fato toma como base o conceito restritivo de autor, porém com clara convicção entre as figuras do autor e do partícipe, sendo certo que utiliza alguns critérios da teoria extensiva, transformando-se em uma teoria objetivo-subjetiva. Nesse sentido preceitua Bitencourt:

“A teoria do domínio do fato, partindo do conceito restritivo de autor, tem a pretensão de sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, impondo-se como uma teoria objetivo-subjetiva. Embora o domínio do fato suponha um controle final, “aspecto subjetivo”, não requer somente a finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato.”<sup>24</sup>

<sup>23</sup> RT. Vade Mecum. 2015, p. 566.

<sup>24</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. 2014, p. 557.

Dessa forma, a teoria do domínio do fato que já encontrava parâmetro no ordenamento jurídico brasileiro, passa a apresentar uma nova autoria, qual seja alicerçada através dos elementos subjetivos da vontade do agente e domínio acerca das ações por ele praticadas.

Claus Roxin, através da tese desenvolvida por Welzel, sintetizou a autoria do agente em três diferentes formas. A primeira é que autor é aquele que tem o domínio da ação, ou seja, o que realizou o delito com as próprias mãos; A segunda aduz que é autor aquele que detém domínio de volição/cognição, isto é, aquele que planeja os detalhes do delito ou então aquele que utiliza outra pessoa para por em prática o delito almejado; A terceira é que autor é quem detém do domínio funcional, quer dizer, nas hipóteses em que o agente é coautor de um delito.

Roxin aduz que a teoria do domínio do fato não se emprega sobre todos os tipos de crimes elencados em nossa legislação penal, aplicando-se tão somente aos crimes comuns, aos crimes comissivos e também aos crimes dolosos. Desta feita, não se adequam a essa teoria os crimes omissivos e os crimes culposos.

É possível afirmar que, quanto aos crimes de infração de dever, a autoria se aplica a aquele sujeito que põe em prática a ação típica, e não quem possui o domínio do fato. No mesmo sentido, é autor em crimes especiais aquele que atua tendo determinada condição especial estabelecida na legislação; e ainda, é autor em um crime omissivo o sujeito que deixa de realizar a ação descrita no tipo.

No que tange a coautoria, na hipótese em que dois ou mais agentes possuírem a condição legal imposta pela lei e colocarem em prática juntamente a ação não importará se dominam o fato ou não, da mesma forma em que ocorre com os partícipes de um crime, que são aqueles que instigam o autor a colocar em prática a conduta criminosa, também não tem relevância se possui o domínio do fato.

Considera-se autor de um delito aquele agente que, sem ter recebido ameaças, põe em prática os elementos do tipo determinados nos crimes de mão própria. Nesse sentido, o agente possuirá o domínio do fato em todas as circunstâncias. Essa é a forma mais fácil de identificar o autor, uma vez que praticou as ações singularmente.



É válido apontar que também se pode dominar o fato através do domínio da vontade, ou seja, um terceiro agente que é usado de alguma forma para que o delito se realize, agindo assim sob coação ou então sob erro. O autor mediato domina a vontade do autor imediato, e, no entanto, aquele é autor e não se considera partícipe ou cúmplice do crime.

Se um crime acontecer mediante coação de outro agente, este será responsabilizado por tal fato. Isto é, através do princípio da responsabilidade, entende-se que quem realizou a ação fica isento de culpa, enquanto o responsável será aquele que se aproveitou de outra pessoa para realizar seu intento.

### 2.1.1 Autor Propriamente Dito

O autor propriamente dito é aquele que executa sozinho a conduta típica, não havendo, portanto indução, instigação ou auxílio de outro agente. Ele mesmo é quem possui o domínio da conduta, agindo diretamente, individualmente, materialmente na realização da prática criminosa. É, portanto o executor do verbo do tipo penal, o responsável em executar de fato o núcleo da ação típica.

### 2.1.2 Autor Intelectual

O agente que pensa no crime, que traça todas as minúcias, toda a rota criminosa, todos os detalhes recebe a denominação de autor intelectual. O crime só ocorre porque esse agente pensou e planejou tudo. Apesar de não ter executado de fato o crime, esse agente considera-se também autor desse delito, uma vez que o mesmo somente ocorreu porque houve todo esse planejamento.

Pode-se usar como exemplo um chefe do tráfico de drogas. Ele está em um determinado local pensando e planejando todas as ações, dividindo as tarefas de seus comparsas e acompanhando tudo de lá, porém não sai nas ruas para executar essas ações pensadas por ele, outros agentes executam a conduta típica.

A Constituição Federal faz menção ao autor intelectual no momento em que o legislador definiu em relação à inafiançabilidade dos crimes hediondos diante da expressão mandante do crime.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à

vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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.<sup>25</sup>

No artigo 62 do Código Penal, inciso I, é possível observar a pena do autor intelectual agravada:

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; (...).<sup>26</sup>

### 2.1.3 Autor Mediato

Conforme dito anteriormente, autor não é apenas quem executa a ação típica, ou seja, aquele que põe em prática o verbo do tipo é também aquele que se utiliza de outro agente que age sem culpa para colocar em prática o ato criminoso.

Em outras palavras, autor mediato é o agente que usa de um terceiro para praticar, realizar o crime, podendo assim agir sem dolo, sem tipicidade ou então justificadamente.

Jescheck em seu tratado aduz que “É autor mediato quem realiza o tipo penal servindo-se, para execução da ação típica, de outra pessoa como instrumento”.<sup>27</sup>

À luz da teoria do domínio do fato, é bastante claro poder se observar a existência da figura do autor mediato. De acordo com essa teoria, durante a realização da ação criminosa, tem o agente por trás daquele que executa toda a figura típica, ficando aquele responsável por todos os atos e movimentos do indivíduo que aparece a frente na execução.

Sabe-se que a figura do autor mediato foi desenvolvida com o objetivo de ocupar totalmente as lacunas encontradas na aplicação da teoria da acessoriedade extrema de participação. Adiante, mesmo depois da teoria da acessoriedade limitada ter sido consagrada, a autoria mediata permaneceu importante colocando-se com prioridade diante dos crimes de participação em sentido estrito.

<sup>25</sup> RT. Vade Mecum. 2015, p. 68.

<sup>26</sup> RT. Vade Mecum. 2015. 570.

<sup>27</sup> Jescheck, Tratado, cit., p. 897 e 900.

É possível destacar que a autoria mediata mostra-se com prioridade diante da participação em sentido estrito:

Em muitos casos se impõe a autoria mediata, mesmo quando fosse possível, sob o ponto de vista da acessoriedade limitada, admitir a participação (caso do executor inculpável), desde que o homem de trás detenha o domínio do fato.<sup>28</sup>

O domínio do fato, portanto, vem trazer a diferença quanto à natureza da responsabilidade do indivíduo que estava por trás do ato criminoso. O agente que põe em prática o verbo do tipo encontra-se em uma posição de subordinação em relação ao de trás, sendo mero instrumento para que o crime aconteça.

Nesse sentido, assevera Bitencourt:

O autor mediato realiza a ação típica através de outrem, como instrumento humano, que atua: a) em virtude da situação de erro em que se encontra, devido à falsa representação da realidade (erro de tipo), ou do significado jurídico da conduta que realiza (erro de proibição) que é provocado pelo homem de trás, b) coagido, devido à ameaça ou violência utilizada pelo homem de trás, ou, c) num contexto de inimputabilidade (com a utilização de inimputáveis).<sup>29</sup>

A punibilidade tem de vir do agente que pensou no crime e usou de um terceiro, isto é, no autor mediato. O agente que executa o crime nesses casos é denominado autor imediato. Alguns doutrinadores entendem que é possível haver autoria mediata nos crimes especiais ou próprios quando o autor que está por trás possua as condições exigidas.

Quando há a realização de uma ação por parte do indivíduo executor e este se encontra carregado de dolo, o mandante deixa de possuir o domínio do fato e passam os dois a serem coautores, ou então, passa a ser partícipe no delito.

#### 2.1.4 Coautor

Quando há mais de um agente realizando a mesma ação típica conjuntamente tem-se a autoria mediata. Antigamente, a doutrina exigia um acordo anterior entre os coautores para que fosse caracterizado como tal. Hoje, basta apenas saber que ambos estão realizando a mesma ação delituosa. Nas palavras de Bitencourt:

É, portanto, a atuação consciente de estar contribuindo na realização comum de uma infração penal. Essa consciência

<sup>28</sup> Jescheck, Tratado, cit., p.920.

<sup>29</sup> BITENCOURT. Cezar Roberto. 2014, p. 560.

constitui o liame psicológico que une a ação de todos, dando o caráter de crime único. A resolução comum de executar o fato é o vínculo que converte as diferentes partes em um todo único. Todos participam da realização do comportamento típico, sendo necessário que todos pratiquem o mesmo ato executivo. Basta que cada um contribua efetivamente na realização da figura típica e que essa contribuição possa ser considerada importante no aperfeiçoamento do crime.<sup>30</sup>

Existe coautoria quando há entre os agentes a divisão de trabalho, ou seja, todos atuam em conjunto para realizar um único objetivo e assim, cada um passa a ser autor do crime.

A coautoria pode ser caracterizada como direta ou parcial/funcional. Entende-se por coautoria direta aquela em que todos os agentes realizam a ação típica, por exemplo: todos os agentes de uma determinada quadrilha vão às ruas e promovem um “arrastão”, subtraindo vários objetos das vítimas encontradas pelo caminho.

Na coautoria parcial ou funcional, é notável encontrar uma divisão de tarefas quanto a execução do ato criminoso. Aqui se observa a presença do “domínio funcional do fato”. Os atos que serão praticados na ação delituosa são distribuídos entre os agentes do grupo, de modo que cada um será escalado para realizar diferentes atos, tudo em prol da execução e consumação do crime, de modo que a ausência de uma não permita que o crime aconteça.

Basta imaginar o seguinte exemplo: nos crimes de sequestro e cárcere privado, as ações são divididas entre todos os agentes envolvidos do grupo, ou seja, será definido quem vai abordar a vítima, quem vai pedir o resgate, quem vai ameaçar a vítima, quem vai vigiar o entorno do local, entre outras coisas. Ou ainda, em um crime de estupro em que há dois agentes: um deles ameaça a vítima com uma faca e o outro mantém com ela conjunção carnal.

Nesse sentido, Muñoz Conde afirma: “só pode haver co-autoria se, a par do acordo, a conduta constitui uma parte essencial da concreta realização do delito. Caso contrário há uma participação”.

Parte da doutrina entende que na coautoria parcial ou funcional é necessário que a contribuição seja causal, isto é, a conduta de todos os agentes devem ser necessárias, de modo que na ausência de uma conduta o crime não seja consumado.

---

<sup>30</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. 2014, p. 561.

Por exemplo, se em um crime de furto, o agente não estivesse no momento da ação e o crime não se consumasse, seria ele coautor do delito. Por outro lado, se esse agente servisse apenas para que seu companheiro fugisse do local com maior rapidez, seria, portanto apenas partícipe do delito. Damásio assevera:

Esse critério, entretanto, com base na teoria da relevância causal, não pode ser acatado pela nossa posição, como vimos, uma vez que só aceitamos o dogma da causalidade na autoria direta. No caso do vigia, como também nas hipóteses do motorista, do “aprendiz assistente” e do “informante”, sua consideração como co-autor ou partícipe depende da presença do domínio final do fato e não do requisito de causalidade material. No sentido parcial desse entendimento, afirmando que na sua cumplicidade não é necessário que a intervenção seja causal.<sup>31</sup>

Além da coautoria direta ou parcial, ainda pode haver a simples e a complexa. A coautoria simples caracteriza-se quando existem dois agentes executando a figura típica. Já a coautoria complexa trata-se, por exemplo, da situação em que há um agente que executa a conduta típica e outro agente coautor intelectual ou funcional.

O coautor ainda pode ser classificado de três diferentes formas: direto ou material, intelectual e funcional. O coautor direto ou material é aquele agente que põe em prática o verbo do tipo. Na Constituição Federal, esse tipo de coautor é tratado com a expressão “executor”.

O coautor intelectual é aquele agente que planeja todo o crime ou então aquele que possui a ideia de realizar o fato criminoso, como ocorre no caso do mandante do delito.

### 2.1.5 Partícipe

O partícipe é acessório em relação ao autor do delito, que por sua vez é o principal, sendo certo que o acessório só existe quando houver o principal, ou melhor: só há partícipe quando houver autor. Dessa forma, encontramos no artigo 31 do Código Penal que “O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo

---

<sup>31</sup> JESUS, Damásio. 2009, p. 24.

menos, a ser tentado”<sup>32</sup>. Isso quer dizer que quem pode chegar à fase da tentativa é somente o autor, logo, caso isso não ocorra o partícipe não pode ter sua conduta penalizada.

A participação pode ser caracterizada como moral ou material. A participação moral é aquela que ocorre nos crimes em que há instigação e instigação por parte de outra pessoa, já a material é aquela participação por cumplicidade. De modo mais claro, na participação moral, instigar é ajudar o autor a praticar o delito, dando força pra que pratique a ação que ele mesmo pensou, enquanto induzir é formar uma ideia, pensar em como realizar o crime e levar até o autor, para que ele faça.

Quanto à participação material, o partícipe realiza uma ação que colabore/auxilie a prática do crime. Por exemplo, A deseja matar C, e B sabendo disso, empresta uma faca para que A consiga realizar sua conduta. Aqui, também pode-se perceber que há a instigação, uma vez que o sujeito empresta um objeto para outro sujeito que já tinha ideia de matar, ou seja, dá força para que realize o crime.

Apesar de existirem diversas espécies de participação (instigação, determinação, chefia, organização, ajuste, cumplicidade, entre outras), a doutrina reconhece duas dessas espécies: a instigação e a cumplicidade.

O Código Penal alemão e o espanhol expressamente tratam dessas duas espécies, porém o Código Penal brasileiro não estabeleceu de forma expressa, porém em seu artigo 31 apresenta modalidades dessas espécies, sem as definir.

A instigação ocorre no momento em que o partícipe “atua sobre a vontade do autor, nesse caso, do instigado”.<sup>33</sup> O sujeito instigador é quem cria um estímulo, um ânimo para que o instigado cometa o crime, porém o instigador não executa o crime e não possui o domínio do fato.

A instigação pode se dar de variadas formas, como por aconselhamento, convencimento, entre outras. A instigação só ocorre, portanto, quando o sujeito influenciar em relação a vontade de praticar o crime determinado. Aqui o partícipe age sobre a vontade do autor do crime, provocando nele a vontade para que cometa o crime, tratando-se, portanto de uma participação moral.

---

<sup>32</sup> RT. Vade Mecum. 2015, p. 566.

<sup>33</sup> BITENCOURT. Cezar Roberto. 2014, p. 562.

A cumplicidade, segunda espécie da participação, é um tipo de participação de cunho material, pois o partícipe vai ajudar/auxiliar a prática criminosa através de uma ação. Por exemplo, emprestar uma faca para um sujeito que esteja querendo matar um inimigo, ou ainda, emprestar um veículo para que ele fuja mais rápido.

Da mesma forma que agindo a cumplicidade ocorre, não agindo também, ou seja, nos casos de omissão. Se o partícipe tem o dever de agir e não age, também ensejará na participação por cumplicidade. Por exemplo, um segurança que deixa um bandido entrar em um banco.

Welzel assevera que a cumplicidade “tem dever de favorecer (objetivamente) o fato principal e este favorecimento ser querido (subjetivamente) pelo cúmplice, para o qual basta o dolo eventual”.<sup>34</sup>

Independente da espécie de participação é necessário que sempre se tenha dois elementos: a eficácia causal e a consciência de participar do crime de outro. Não adianta querer realizar a atividade criminosa com outro agente e não desejar que a mesma se concretize. No Código Penal, para ser caracterizada a participação, mostra-se necessário que o crime se consume ou então, que seja tentado.

## 2.2 Aplicabilidade da Teoria do Domínio do Fato

Foram várias as modificações sofridas na sociedade atual, nas mais variadas esferas, ensejando, portanto mudanças no crime organizado, na qual foram sendo buscadas medidas mais seguras e eficazes para a realização dos crimes.

Sob esta ótica, foram sendo desenvolvidas várias teorias para que se tornasse possível uma melhor averiguação a esses crimes praticados e assim, trazer maior segurança aos bens jurídicos considerados relevantes pela sociedade. Dessa forma, a teoria do domínio do fato foi desenvolvida.

Welzel foi o primeiro a demonstrar a teoria do domínio do fato no ano de 1939, porém somente em 1963 Roxin criou uma versão completa e mais construída dessa teoria.

---

<sup>34</sup> BITENCOURT. Cezar Roberto. 2014, p. 563.

No ano de 1984, o Código Penal brasileiro adotou a teoria finalista, na qual podem ser bem observados na estrutura da conduta e no conceito do erro do tipo e do erro de proibição. Alguns doutrinadores entendem que o Código Penal adotou também a teoria do domínio do fato. São eles: Manoel Pedro Pimentel, Nilo Batista, Pierangelli, Luiz Régis Prado, Cezar Roberto Bitencourt, entre outros.

De maneira natural, desde os primórdios o ser humano sente necessidade de estar ao lado de outros. Dessa maneira também pode acontecer na realização de um crime, em que um sujeito se une com outros para que sinta mais forte e determinado a concretizar seus ideais ilícitos ou não.

Através do concurso de pessoas, esses agentes podem se organizar para a efetivação do crime, para os mais variados motivos: seja para auxiliar na impunidade dos autores, seja por ter o mesmo interesse para que o crime seja de fato consumado, entre outros.

A teoria do domínio do fato surge, portanto com o intuito de auxiliar a entender a conduta dos indivíduos que agem em um determinado crime, de modo que esta teoria consegue visualizar tanto o aspecto subjetivo quanto o objetivo e também diferenciar quem é autor e quem é partícipe.

Parte da doutrina acredita que o Código Penal tenha adotado a teoria restritiva do autor tendo em vista a distinção entre o autor e partícipe e também face a participação de menor importância, entendendo que assim transparece no artigo 29 do CP:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.<sup>35</sup>

Outra parte, porém, entende que o CP adota a teoria restritiva do autor diante da teoria do domínio do fato, uma vez que foi aceita a teoria finalista da ação. Acerca disso, assevera Alberto Silva Franco e Rui Stoco:

“Na medida em que introduziu o dolo na ação típica final, como se pode depreender da conceituação de erro sobre o tipo, na medida em que aceitou o erro de proibição e finalmente, na medida em que abandonou o rigorismo da teoria monística em relação ao concurso de pessoas, reconhecendo que o agente responde pelo concurso na medida de sua culpabilidade,

---

<sup>35</sup> RT. Vade Mecum. 2015, p. 566.



deixou de entrever sua acolhida às mais relevantes teses finalistas, o que leva à conclusão de que abraçou também a teoria do domínio do fato.<sup>36</sup>

Se um agente influencia outro para que coloque em prática uma ação delituosa, mas não a pratica, é preciso identificar quem é o autor mediato, e a teoria do domínio do fato se aplica neste sentido. Porém, cumpre salientar que doutrinadores entendem que nem sempre poderá ser obedecida no caso concreto:

Por outro lado, a teoria do domínio do fato não pode ser aceita em sua integralidade porque não é possível identificar com clareza, em grande número dos casos, quando uma pessoa tem ou não o controle completo da situação. Quando o mandante, por exemplo, contrata uma pessoa para matar a vítima, o executor contratado pode fugir com o dinheiro, ser preso antes de cometer o crime, ou, por outro lado, cometer delito mais grave do que o combinado. Em nenhum desses casos, o mandante tinha pleno controle da situação.<sup>37</sup>

Apesar de entendimentos diferentes, sabe-se através da maior parte da doutrina que a teoria do domínio do fato apresenta-se como uma solução a problemas no mundo jurídico. Aqui o respaldo se dá através da conduta do indivíduo, e não apenas pelo resultado ocasionado.

Dessa forma destaca Bitencourt:

A teoria do domínio do fato, partindo do conceito restritivo de autor, tem a pretensão de sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, impondo-se uma teoria objetivo-subjetiva. Embora o domínio do fato suponha um controle final, “aspecto subjetivo”, não requer somente finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato.<sup>38</sup>

Cumpre salientar que a existência da teoria do domínio do fato não extermina a teoria restritiva objetivo-formal. Pelo contrário, vem para complementar uma a outra, para que assim possam sanar/desvendar situações que estejam envolvidas em relação ao autor e partícipe do crime.

---

<sup>36</sup> SILVA FRANCO e STOCO, 2001, p. 483.

<sup>37</sup> ESTEFAM e RIOS GONÇALVES, 2014, p. 444.

<sup>38</sup> BITENCOURT, 2013, p. 559.

### 3. ESTUDO DE CASO – AÇÃO PENAL 470/MG

#### 3.1 Resumo do Caso

No dia 20 de julho de 2005, foi instaurado um Inquérito junto ao Supremo Tribunal Federal com o objetivo de investigar um esquema de desvio de dinheiro público. O Ministério Público Federal promoveu a acusação de 40 pessoas que estariam envolvidas nesse grande esquema.

A ação penal 470/MG ficou mundialmente conhecida e foi denominada como “mensalão”. Essa ação se trata de uma denúncia de um esquema realizado pelos parlamentares sobre a compra de votos na época do governo Lula (Luís Inácio Lula da Silva - PT), na qual chegavam a receber quantias mensais de trinta mil reais para que realizassem esses atos criminosos.

O então procurador-geral da República, Rodrigo Janot, logo depois da Polícia Federal terminar as investigações, realizou a denúncia de quarenta réus, trazendo José Dirceu (ex-ministro da Casa Civil) como mandante do grupo e também José Genuino (presidente do PT) com seu tesoureiro Delúbio Soares, que assim, tomavam frente desse grandioso esquema de corrupção.

O Ministério Público, a época dos fatos, se manifestou dizendo que esse esquema de corrupção funcionava sob três diferentes vertentes: político, operacional e financeiro, trazendo José Dirceu, José Genuino e Delúbio Soares sob a vertente política.

A parte da operação se deu por conta de Marcos Valério Fernandes de Souza. (publicitário e dono de várias agências). O publicitário arrecadava o dinheiro para que os votos fossem comprados, sendo que esse dinheiro vinha de empresas privadas e também estatais, de bancos e através de empréstimos que nem sequer foram pagos. Como Marcos Valério tinha vários contratos com o governo, era fácil conseguir esses empréstimos, já que assim apresentava garantia aos credores. Com esse dinheiro em mãos, repassava aos parlamentares e também fazia um caixa para as campanhas eleitorais do PT.

Inúmeros políticos participavam deste esquema, já que precisavam apoiar a concessão de contratos durante o governo. São partes os seguintes:

Processo: AP 470 MG. Partes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, JOSÉ DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA, JOSÉ LUIS MENDES DE

OLIVEIRA LIMA, JOSÉ GENOÍNO NETO, SANDRA MARIA GONÇALVES PIRES, GABRIELLA FREGNI, MARINA LOPES DA CRUZ, GUILHERME TADEU PONTES BIRELLO, DELÚBIO SOARES DE CASTRO, CELSO SANCHEZ VILARDI, SÍLVIO JOSÉ PEREIRA, GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ, MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA, MARCELO LEONARDO, RAMON HOLLERBACH CARDOSO, HERMES VILCHEZ GUERRERO, CRISTIANO DE MELLO PAZ, CASTELLAR MODESTO GUIMARÃES FILHO, JOSÉ ANTERO MONTEIRO FILHO, CAROLINA GOULART MODESTO GUIMARÃES, CASTELLAR MODESTO GUIMARAES NETO, IZABELLA ARTUR COSTA, ROGÉRIO LANZA TOLENTINO, PAULO SÉRGIO ABREU E SILVA, SIMONE REIS LOBO DE VASCONCELOS, LEONARDO ISAAC YAROCHEWSKY, DANIELA VILLANI BONACCORSI, GEIZA DIAS DOS SANTOS, PAULO SÉRGIO ABREU E SILVA, KÁTIA RABELLO, THEODOMIRO DIAS NETO, JOSE ROBERTO SALGADO, RODRIGO OTÁVIO SOARES PACHECO, MÁRCIO THOMAZ BASTOS, VINÍCIUS SAMARANE, JOSÉ CARLOS DIAS, AYANNA TENÓRIO TÔRRES DE JESUS, ANTÔNIO CLÁUDIO MARIZ DE OLIVEIRA, JOÃO PAULO CUNHA, ALBERTO ZACHARIAS TORON, LUIZ GUSHIKEN, JOSÉ ROBERTO LEAL DE CARVALHO, HENRIQUE PIZZOLATO, MARTHIUS SÁVIO CAVALCANTE LOBATO, PEDRO DA SILVA CORRÊA DE OLIVEIRA ANDRADE NETO, EDUARDO ANTÔNIO LUCHO FERRÃO, JOSE MOHAMED JANENE, MARCELO LEAL DE LIMA OLIVEIRA, PEDRO HENRY NETO, JOSÉ ANTONIO DUARTE ALVARES, JOÃO CLÁUDIO DE CARVALHO GENU, MARCO ANTONIO MENEGHETTI, ENIVALDO QUADRADO, PRISCILA CORRÊA GIOIA, BRENO FISCHBERG, LEONARDO MAGALHÃES AVELAR, CARLOS ALBERTO QUAGLIA, DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL, VALDEMAR COSTA NETO, MARCELO LUIZ ÁVILA DE BESSA, JACINTO DE SOUZA LAMAS, DÉLIO LINS E SILVA, ANTÔNIO DE PÁDUA DE SOUZA LAMAS, DÉLIO LINS E SILVA, CARLOS ALBERTO RODRIGUES PINTO (BISPO RODRIGUES), MARCELO LUIZ ÁVILA DE BESSA, ROBERTO JEFFERSON MONTEIRO FRANCISCO, LUIZ FRANCISCO CORRÊA BARBOSA, EMERSON ELOY PALMIERI, ITAPUÃ PRESTES DE MESSIAS, HENRIQUE DE SOUZA VIEIRA, ROMEU FERREIRA QUEIROZ, JOSÉ ANTERO MONTEIRO FILHO, RONALDO GARCIA DIAS, FLÁVIA GONÇALVEZ DE QUEIROZ, JOSÉ RODRIGUES BORBA, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, PAULO ROBERTO GALVÃO DA ROCHA, MÁRCIO LUIZ DA SILVA, DESIRÉE LOBO MUNIZ SANTOS GOMES, JOÃO DOS SANTOS GOMES FILHO, ANITA LEOCÁDIA PEREIRA DA COSTA, LUÍS MAXIMILIANO LEAL TELESKA MOTA, LUIZ CARLOS DA SILVA (PROFESSOR LUIZINHO), MÁRCIO LUIZ DA SILVA, JOÃO MAGNO DE MOURA, OLINTO CAMPOS VIEIRA, ANDERSON ADAUTO PEREIRA, ROBERTO GARCIA LOPES PAGLIUSO, JOSÉ LUIZ ALVES, ROBERTO GARCIA LOPES PAGLIUSO, JOSÉ EDUARDO CAVALCANTI DE MENDONÇA (DUDA MENDONÇA), TALES CASTELO BRANCO, ZILMAR FERNANDES SILVEIRA, TALES CASTELO BRANCO.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Publicação: DJe-079 DIVULG 23/04/2012 PUBLIC 24/04/2012. Julgamento: 18 de Abril de 2012. Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA.

O julgamento do “mensalão” ocorreu no ano de 2013 e foi o maior julgamento da história do STF, sendo também considerado o maior escândalo de corrupção, levando 25 réus a condenação. Contou com um acórdão de mais de oito mil páginas.

### 3.2 Aplicação da Teoria do Domínio do Fato

A teoria do domínio do fato, formulada na Alemanha por Welzel, já naquela época foi pensada para que pudesse oferecer punição aos grandes chefes que eram os responsáveis por diversos crimes nazistas, já que tradicionalmente, nunca seriam culpados.

Da mesma forma ocorria nos arredores do mundo, em que o alto escalão político nunca era atingido pela prática dos mais variados crimes. Mais tarde, tal teoria foi utilizada também na condenação de altas patentes alemãs, como ocorreu com o ministro alemão que foi condenado por ser mandante de crimes de homicídio.

Após, foram surgindo outros diversos casos parecidos e o destaque era sempre o mesmo: denúncias que eram feitas perante grandes Cortes Superiores, grandes políticos, enfim, pessoas até então inatingíveis. No Brasil ocorreu da mesma maneira.

Apesar de a teoria do domínio do fato ser amplamente abordada pelos doutrinadores brasileiros, até então essa teoria não tinha sido utilizada pelo STF para caracterizar um autor de um ato ilícito, e muito menos como base para se condenar. Dessa forma, foram diversos casos em que os autos foram arquivados por falta de provas, livrando os mandantes da acusação.

O STF carregou por muito tempo a impressão de que era preferível respeitar apenas o princípio a presunção de inocência de um réu, no sentido de que, em não havendo provas materiais da ligação do mandante em relação a prática do crime, mesmo que cheia de indícios, era priorizado a sua inocência.

A ação penal 470 trouxe um marco histórico em razão de tudo isso. Uma modificação bastante visível de que os grandes chefes deixariam de ser acobertados por pessoas “menores” que colocam em prática os crimes. Porém, existe uma controvérsia enorme em volta de tudo isso, vinda dos mais renomados

juristas e doutrinadores, que ainda não é matéria pacífica, apesar de estar inserida na jurisprudência do STF.

### 3.3 Votos dos Ministros do STF

No dia 2 de agosto de 2012 deu-se início ao julgamento da ação penal 470. Como se tratava de uma ação com inúmeros réus, o Ministro-Relator decidiu da seguinte maneira:

A exposição dos crimes imputados aos réus foi dividida em capítulos, pela necessidade de julgar cada fato criminoso, tal como narrado na denúncia. Essa divisão, porém, não significa uma sucessão cronológica: os fatos ocorreram simultaneamente, no período que se estende do final do ano 2002 até o mês de junho de 2005, quando o réu ROBERTO JEFFERSON denunciou um esquema de pagamento de propina a Deputados Federais da base aliada do Governo Federal.<sup>40</sup>

Dessa maneira, cada crime imputado a cada um dos réus foi analisada de forma separada frente às provas levantadas. Ao final, foram vinte e cinco réus condenados (de quarenta denunciados) pelos seguintes crimes: formação de quadrilha, peculato, corrupção ativa, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta de organização financeira e evasão de divisas.

Em relação aos votos proferidos pelos ministros, observou-se com clareza que a teoria do domínio do fato foi o parâmetro mais utilizado para que os réus fossem considerados autores dos crimes.

O Ministro-Relator Joaquim Barbosa aduziu que:

Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é 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.<sup>41</sup>

O Ministro-Revisor Ricardo Lewandowski preceituou o seguinte:

Uma divisão é indispensável nesse campo, de todo aplicável ao que interessa à presente ação penal, pois há crimes que têm em seu polo ativo vários agentes, caso dos chamados crimes empresariais, em que se utiliza a pessoa jurídica para

---

<sup>40</sup> BRASIL, 2012, p. 52.534.

<sup>41</sup> BRASIL, 2012, p. 52.476.

a ação delituosa. Neste processo, detectam-se as duas hipóteses. Acusam-se, v.g., José Dirceu, José Genoíno e Delúbio Soares por várias condutas típicas. Cada um merece saber o conteúdo dos fatos pelos quais há de responder no juízo penal. E isso foi respeitado na denúncia, especificando e esclarecendo o parquet a imputação feita relativamente a cada um. O mesmo se diga quanto a Marcos Valério e seu grupo. No tocante, porém, ao Banco Rural, a descrição se limitou a dimensionar todos os atos operados por meio da referida instituição financeira, com a presumida decisão de seus administradores responsáveis.<sup>42</sup>

Nesse sentido, também decidiu o Ministro Cezar Peluzo:

Convenci-me, após análise da prova, como bem destacado pelo Relator, que – não obstante a proeminência e a ênfase atribuídas a MARCOS VALÉRIO – RAMON HOLLERBACH e CRISTIANO PAZ tinham conhecimento e domínio sobre os fatos (vg. participaram de reuniões, assinaram cheques, foram avalistas das operações de crédito, participaram na distribuição dos lucros, etc.).<sup>43</sup>

Foi realizada uma análise quanto à possibilidade de os réus serem considerados autores mediatos ou também coautores do ilícito. Cármem Lúcia deu seu posicionamento quanto isso:

Quando há vários concorrentes, tem-se de esclarecer qual a carga de aporte de cada um deles para a cadeia causal do crime imputado. Caso contrário, será impossível aplicar a teoria monista contida no artigo 29 do Código Penal. Entretanto, diversa a situação quando se apontam comportamentos típicos praticados por uma pessoa jurídica. 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 (domínio do fato).<sup>44</sup>

O Ministro Celso de Melo se referiu a coautoria no seguinte sentido:

Destarte, na coautoria funcional basta que os agentes tenham a ciência de que exercem, dentro da distribuição das diferentes funções atribuídas a cada um deles, parcela significativa do projeto criminoso, sem a qual a empreitada jamais lograria sucesso. Se o agente desempenha uma função concreta e essencial para a realização da empreitada criminosa (i.e., sem a qual seria inviável o aperfeiçoamento do ilícito), revela-se inobjetable a sua condição de coautor, devendo responder pela prática do ilícito, afastando por completo as alegações de mero partícipe.<sup>45</sup>

O Ministro Luiz Fux explana em relação à responsabilidade dos líderes de grandes empresas:

---

<sup>42</sup> BRASIL, 2012, p. 52.775.

<sup>43</sup> BRASIL, 2012, p. 59.934.

<sup>44</sup> BRASIL, 2012, p. 52.776.

<sup>45</sup> BRASIL, 2012, p. 52.845.

Importante salientar que, nesse esteiro âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. Disso resultam duas consequências: a) é viável ao acusado comprovar que inexistia poder de decisão; b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma presunção iuris tantum de autoria.<sup>46</sup>

O Ministro Ricardo Lewandowski, levantou uma questão acerca do Ministério Público :

Incapaz, portanto, de comprovar as acusações lançadas contra JOSÉ DIRCEU [...], recorre, num derradeiro esforço de convencimento desta Suprema Corte, à denominada 'teoria do domínio do fato'. Trata-se de uma tese, embora já antiga, ainda controvertida na doutrina. 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. Não quero dizer com isso que tal teoria não tenha espaço em situações especialíssimas, como na hipótese de sofisticadas organizações criminosas, privadas ou estatais. Não obstante a discussão que se trava em torno dela, muitas vezes é empregada pelo Parquet como uma espécie de panaceia[19] geral, ou seja, de um remédio para todos os males, à míngua do medicamento processual apropriado.<sup>47</sup>

Lewandowski, portanto compreende que uma pessoa que está a frente de uma empresa não é responsável por atos os atos ali praticados. É necessário comprovar que a pessoa realmente tinha conhecimento acerca dos fatos e que ainda tenha contribuído para o mesmo.

### 3.4 Avaliação da aplicabilidade

Sobre a aplicabilidade da teoria do domínio do fato, assunto considerado polêmico pela maioria, houve posições favoráveis e desfavoráveis. Para os favoráveis, pessoas como José Dirceu, por exemplo, jamais seriam alcançados e considerados autores de condutas ilícitas se não fosse utilizada tal teoria.

Sob esta ótica, a teoria aplicada no STF não foi usada para suprir uma possível falta de provas no processo, longe disso, foi utilizada para diferenciar as figuras do autor (mandante) e partícipe. Assim, acredita-se plenamente que os crimes foram praticados, as provas foram suficientes e dessa forma, foi possível chegar à última fase: perceber dentre os denunciados quem era autor ou partícipe.

---

<sup>46</sup> BRASIL, 2012, p. 53.162.

<sup>47</sup> BRASIL, 2012, p. 4.950.

A condenação de José Dirceu acarretou maior controvérsia, uma vez que os ministros entenderam que durante todo o esquema, ele possuía o domínio dos fatos que aconteciam. Os favoráveis entendem que a responsabilidade do autor é originária. Senão vejamos:

Na prática, a teoria do domínio do fato não condena quem, sem ela, seria absolvido; ela não facilita, e sim dificulta condenações. Sempre que for possível condenar alguém com a teoria do domínio do fato, será possível condenar sem ela. (Greco Luis)

No mesmo sentido, Pierpaolo Cruz Bottini:

Sabe-se que a fixação da autoria nos crimes empresariais é complexa, e muitas vezes a estrutura organizacional é voltada para ocultar os efetivos responsáveis pela determinação da conduta delitiva. E tal estratégia merece atenção, devendo ser minada por análises cuidadosas dos fluxos de poder e responsabilidade dentro das instituições – que, aliás, a Corte fez com precisão em diversas oportunidades na AP 470.<sup>48</sup>

De modo diverso, juristas entendem que a teoria do domínio do fato não foi aplicada corretamente na referida ação, pois acreditam que os réus receberam condenação antes mesmo de acontecer o julgamento no STF, uma vez que a mídia de maneira pesada estava influenciando essa condenação.

Os desfavoráveis a essa aplicabilidade acreditam que quando restam dúvidas, ou na falta de provas suficientes, deve haver a absolvição, assim como sempre ocorreu. Pensam ainda que o que estava ocorrendo em torno de tudo isso era apenas a chamada punição política, em razão das influências dos mesmos.

Acerca desse entendimento, assevera o jornalista Paulo Moreira Leite:

O futuro dirá o que aconteceu hoje no Supremo Tribunal Federal. O primeiro cidadão brasileiro condenado por corrupção ativa no processo de repercussão nacional se chama José Dirceu de Oliveira. Foi líder estudantil em 1968, combateu a ditadura militar, teve um papel importante na organização da campanha pelas Diretas Já e foi um dos construtores do PT, partido que em 2010 conseguiu um terceiro mandato consecutivo para governar um país. Pela decisão, cumprirá um sexto da pena em regime fechado, em cela de presos comuns. O sigilo fiscal e bancário de Dirceu foi quebrado várias vezes. Nada se encontrou de irregular, nem de suspeito.<sup>49</sup>

Explicam ainda que, para a teoria do domínio do fato, o importante não é a posição que se ocupa, e sim ser de fato mandante de uma ação criminosa. Em

<sup>48</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz, 2013

<sup>49</sup> LEITE, Paulo Moreira, 2013. p. 249



outras palavras, o fato de ocupar um alto cargo não acarreta a responsabilidade de ser culpado pelos crimes que seus subordinados possam cometer.

Entendem, portanto, que ocorreu um ajuste na teoria para que houvesse a condenação, seguindo o entendimento que não se retira a culpa como pressuposto da condenação, ela deve continuar ali, intacta. Preceitua assim Luís Greco:

A teoria do domínio do fato não pode ter sido a responsável pela condenação deste ou daquele réu. Se foi aplicada corretamente, ela terá punido menos e não mais do que com base na leitura tradicional de nosso Código Penal. Se foi aplicada incorretamente, as condenações não se fundaram nela, mas em teses que lhe usurparam o nome. Não se deve temer a teoria, corretamente compreendida e aplicada, e sim aquilo que, na melhor das hipóteses, é diletantismo e, na pior, verdadeiro embuste.<sup>50</sup>

Ainda de outra forma, alguns juristas entendem que não houve aplicação da teoria do domínio do fato na referida ação, uma vez que José Dirceu foi condenado somente pelo crime de corrupção e quadrilha, ficando livre de todos os outros crimes, e quem lidera um grupo controla também os demais atos ilícitos, devendo no fim ser responsável por todos eles.

### 3.5 Compatibilidade com o Ordenamento Jurídico Brasileiro

Segundo ensinamentos do professor e jurista Damásio E. De Jesus, a teoria do domínio do fato guarda compatibilidade e se encaixa em nosso ordenamento jurídico:

É a teoria que passamos a adotar. Em outras palavras, nossa posição adere à teoria do domínio do fato, que é uma tese que complementa a doutrina restritiva formal-objetiva, aplicando critério misto (objetivo-subjetivo). De notar, pois que a teoria do domínio do fato não exclui a restritiva. É um complemento. Unem-se para dar solução adequada às questões que se apresentam envolvendo autores materiais e intelectuais de crimes, chefes de quadrilha, sentinelas, aprendizes, motoristas, auxiliares, indutores, incentivadores etc. Sob rigor científico, é mais um requisito da autoria que uma teoria do concurso de pessoas.<sup>51</sup>

Joaquim Barbosa, Ministro-Relator da ação penal em estudo, também deixou clara a aplicação da teoria do domínio do fato no que tange a condenação do ex-ministro da Casa Civil:

<sup>50</sup> GRECO, Luís; LEITE, Alaor, 2013.

<sup>51</sup> JESUS, Damásio. 2009.

Na sessão de 10.10.2012, os Ministros Celso de Mello e Ayres Britto, Presidente, subscreveram, às inteiras, a proposição do relator. O decano da Corte expressou que o diálogo institucional — um dos meios de legítima realização da própria ideia de democracia consensual — não autorizaria a utilização criminosa do aparelho de Estado, isto é, a manipulação ilícita do aparato governamental, em ordem a viabilizar a consecução de objetivos reveladores de práticas que transgredissem a legislação penal. Definiu que a teoria do domínio do fato seria plenamente compatível com o modelo de concurso de pessoas e inteiramente harmônica com o sistema constitucional brasileiro. Salientou que essa doutrina, cuja prática justificar-se-ia nos delitos de domínio, não se trataria de construção ad hoc. Estimou, ainda, presente requisito da fungibilidade do indivíduo, precisamente em virtude da divisão de tarefas. Avaliou ter ocorrido, na espécie, prova validamente produzida e, portanto, que se revelaria processualmente apta, a conferir fundamento ao juízo de condenação proferido. O Presidente delineou que, em acordos políticos celebrados argentariamente, agremiações teriam sido açambarcadas para aliança perene, indeterminada no tempo e incondicionada materialmente para votar todo e qualquer projeto de interesse do partido hegemônico. Em seguida, discorreu que, ao se fazer esse tipo de aliança, alterar-se-ia arbitrariamente o perfil ideológico ressaído das urnas em eleição popular. Manifestou encontrar os signos da culpabilidade do juízo de imputação, no que pertine aos integrantes do “núcleo político”, a partir dos próprios termos de interrogatório. Rematou que a serventia da teoria do domínio do fato seria instrumental e ajudaria a individualizar a responsabilidade penal.<sup>52</sup>

Porém, o próprio criador da referida teoria, o jurista alemão Claus Roxin criticou o uso da teoria na ação penal 470, quando disse “a pessoa que ocupa a posição no topo de uma organização tem também que ter comandado esse fato, emitido uma ordem. Isso seria um mau uso”. Disse ainda que “a posição hierárquica não fundamenta, sob nenhuma circunstância, o domínio do fato. O mero “ter que saber” não basta. Essa construção [“dever de saber”] é do direito anglo-saxão e não a considero correta”.<sup>53</sup>

Parte da doutrina entende que após a reforma de 1984, o código penal passou a adotar o conceito restritivo de autor, trazendo a diferença do autor e partícipe, já que o Código Penal de 1940 baseava-se no conceito extensivo do autor. Outra parte da doutrina, porém, entende que foi adotada a teoria restritiva complementada pela teoria do domínio do fato, uma vez que a teoria finalista da ação foi aceita pelo código, como dito anteriormente. (artigos 29 e 62 do CP).

Nesse mesmo ponto de vista, afirma Alberto Silva Franco e Rui Stoco:

<sup>52</sup> AP 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, 9 a 11.10.2012.

<sup>53</sup> (entrevista concedida à Folha de SP, em 11/11/2012).

Na medida em que introduziu o dolo na ação típica final, como se pode depreender da conceituação de erro sobre o tipo, na medida em que aceitou o erro de proibição e finalmente, na medida em que abandonou o rigorismo da teoria monística em relação ao concurso de pessoas, reconhecendo que o agente responde pelo concurso na medida de sua culpabilidade, deixou de entrever sua acolhida às mais relevantes teses finalistas, o que leva à conclusão de que abraçou também a teoria do domínio do fato.<sup>54</sup>

Nesse sentido, é necessário alcançar o autor mediato, quando em uma ação este usa de um terceiro agente para que coloque em prática a figura típica, e é aqui que a referida teoria se encaixa. Essa terceira pessoa que põe em prática o verbo do tipo não age conscientemente, pelo contrário, não tem vontade de realizar a conduta, e na verdade, esta foi realizada pelo autor mediato.

Por outro lado, é cabível afirmar que não é tarefa fácil detectar com certeza o controle do agente em relação a conduta típica. Senão vejamos:

Por outro lado, a teoria do domínio do fato não pode ser aceita em sua integralidade porque não é possível identificar com clareza, em grande número dos casos, quando uma pessoa tem ou não o controle completo da situação. Quando o mandante, por exemplo, contrata uma pessoa para matar a vítima, o executor contratado pode fugir com o dinheiro, ser preso antes de cometer o crime, ou, por outro lado, cometer delito mais grave do que o combinado. Em nenhum desses casos, o mandante tinha pleno controle da situação.<sup>55</sup>

Ademais, a teoria do domínio do fato não deve ser aplicada a todos os crimes, como por exemplo, os culposos, pois nesse tipo de crime o agente não quer produzir o resultado e sendo assim, não existe controle sobre outros agentes envolvidos no crime.

Logo, o Código Penal adotou a teoria restritiva objetivo-formal do autor, uma vez que especifica autor e partícipe, sendo certo que autor é quem põe em prática o crime e partícipe quem auxilia o agente (de forma moral ou material). Quanto ao autor mediato, estende-se a concepção da figura do autor, de modo a complementar com a teoria do domínio do fato, chegando-se assim a um remédio mais adequado à imputação da responsabilidade penal.

São muitas controvérsias que rodeiam a aplicação da teoria do domínio do fato no julgamento do “mensalão”, pois a doutrina não se mostra pacífica. Alguns juristas se posicionaram no sentido de que essa teoria se aplicaria se o concorrente tiver ou não o domínio sobre o fato. Se tiver o domínio sobre o fato, será considerado coautor, se não tiver domínio sobre o fato, será partícipe.

<sup>54</sup> SILVA FRANCO e STOCO, 2001, p.483.

<sup>55</sup> ESTEFAM e RIOS GONÇALVES, 2014, p.444.

Não é possível, contudo, obter uma resposta prática e pacífica quanto ao assunto. Ao mesmo tempo em que se entende que a teoria foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que a referida teoria não afasta a necessidade de se provar a culpa do mandante do crime.

A doutrina dominante entende que a prática de um crime está atrelada a responsabilidade subjetiva, na qual é extremamente necessário comprovar o dolo ou a culpa por meio de conteúdo probatório, diferentemente do direito civil, que permite a responsabilização sem comprovar culpa ou dolo.

## CONCLUSÃO

Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, a teoria do domínio do fato, apesar de ter surgido há muitos anos atrás, vem sendo discutida até hoje. É sabido também que não há um consenso único, ainda se trata de um assunto não pacificado em nosso ordenamento jurídico.

O Código Penal adotou a teoria restritiva objetivo-formal do autor, uma vez que especifica autor e partícipe, sendo certo que autor é quem põe em prática o crime e partícipe quem auxilia o agente (de forma moral ou material). Quanto ao autor mediato, estende-se a concepção da figura do autor, de modo a complementar com a teoria do domínio do fato, chegando-se assim a um remédio mais adequado à imputação da responsabilidade penal.

A teoria do domínio do fato estaria alocada entre a teoria subjetiva e objetiva, mostrando-se, porém, como uma teoria superior em comparação as outras teorias até então apontadas, uma vez que consegue distinguir com maior precisão as figuras do autor e partícipe, onde também surge o autor mediato.

O STF carregou por muito tempo a impressão de que era preferível respeitar apenas o princípio a presunção de inocência de um réu, no sentido de que, em não havendo provas materiais da ligação do mandante em relação a prática do crime, mesmo que cheia de indícios, era priorizado a sua inocência.

A ação penal 470 trouxe um marco histórico em razão de tudo isso. Uma modificação bastante visível de que os grandes chefes deixariam de ser acobertados por pessoas “menores” que colocam em prática os crimes. Porém, existe uma controvérsia enorme em volta de tudo isso, vinda dos mais renomados juristas e doutrinadores, que ainda não é matéria pacífica, apesar de estar inserida na jurisprudência do STF.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Reinaldo. **Teoria do Domínio do Fato: Professora põe ordem na gritaria dos “juristismo” mensaleiro: estão confundindo Teoria do Domínio do Fato, presente há muito em nosso ordenamento jurídico, com Teoria do Domínio da Organização, que não foi aplicada pelo STF.** Veja, São Paulo, 27 set. 2013. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/tag/teoria-do-dominio-do-fato/>>. Acesso em 20, Ago. 2017.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral.** Tomo 1º: introdução, norma penal, fato punível. 4ª Ed, Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BECCARIA, Cesare. **Dei Delitti e Delle Pene.** 1764. Traduzido pela editora Martn Claret. São Paulo: Martn Claret, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral.** 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral.** 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Elementos de Direito Penal – parte geral.** Coleção resumos n 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro teor do acórdão da ação penal 470 Minas Gerais.** Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>>. Acesso em: 8, ago. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, parte geral.** v. 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Damásio E. de Jesus. **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral**. Rio de Janeiro. Forense, 1985.

GALVÃO, Fernando; GRECO Rogério. **Estrutura Jurídica do Crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **Fatos e mitos sobre a teoria do domínio do fato**. Folha de São Paulo, São Paulo, out. 2013. Disponível em: <http://www.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/134367-fatos-e-mitos-sobre-a-teoria-do-dominio-do-fato.shtml>>. Acesso em 25, Ago. 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 1. 10ª ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 438.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Traducción del José Luis Manzanares Samaniego. 4ª edición. Granada – Espana: editorial Comares, 1993.

LEITE, Paulo Moreira. **A outra história do “mensalão”: As contradições de um julgamento político**. São Paulo: Geração, 2013.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo I. Trad: José Higinio Duarte Pereira – Campinas: Russel Editores, 2003.

MEZGER. **Tratado de Derecho Penal**, In Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt, parte geral, 1995, p. 17

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal, parte geral**. 24ª ed. São Paulo: Atlas.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 1, 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O “mensalão” e o “domínio do fato – tipo ponderação”**. Conjur. São Paulo, 06 ago. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012/ago-06/lenio-streck-mensalao-dominio-fato-tipo-ponderacao/>>. Acesso em 17, Ago. 2017.

RT. **Vade Mecum**. 7ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 4ª edición castellana. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 1993.