

**A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO CONCURSO DE PESSOAS
E A SUA APLICAÇÃO NAS SENTENÇAS PENAIS
CONDENATÓRIAS NO BRASIL**

**THEORY OF THE FACT DOMAIN IN THE COMPETITION OF
PEOPLE AND ITS APPLICATION IN THE CONDEMNARY
CRIMINAL JUDGMENTS IN BRAZIL**

Allyne Salomão Cunha¹

Faculdade Estácio de Vila Velha-ES / Brasil

Ronaldo Figueiredo Brito²

Universidade Estácio de Sá - UNESA / Brasil

Resumo

O presente trabalho teve como objetivo analisar a aplicabilidade da Teoria do Domínio do Fato nos julgamentos brasileiros, bem como se a sua adoção atual corresponderia à finalidade para a qual foi criada. Questionou-se, assim: Em que medida a teoria do domínio do fato pode servir para embasar uma sentença penal condenatória? Abordou-se, deste modo, o julgamento da Ação Penal 470/MG, do Supremo Tribunal Federal, e os reflexos decorrentes do questionável precedente na atual jurisprudência. É cediço que a mencionada teoria, por si só, não deve ser aplicada como único fundamento para atribuir a um indivíduo que ocupe uma posição de liderança a responsabilidade pelos crimes praticados por seus subordinados, sendo necessário que haja provas contundentes e robustas para tanto. Utilizou-se como metodologia científica o modo dedutivo e os dados foram coletados por meio de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Teoria do Domínio do fato. Concurso de pessoas. Código Penal. Ação Penal 470/MG.

Abstract

The present work aimed to analyze the applicability of the Theory of the Facto Control in Brazilian judgments, as well as its current adoption corresponding to the requirements for which it was created. Thus, the question was asked: To what extent can the theory of fact rule serve to support a condemnatory criminal sentence? It was approached the trial of Criminal Action 470/MG, of the Supreme Court, and the reflexes of the preceding questionnaire in current case law. It is known that the theory mentioned by itself should not be applied as the sole basis for attributing to an individual occupying a leading position in responsibility for crimes committed by his subordinates, which requires strong and robust evidence for both. We used as scientific methodology the deductive mode and data were collected through bibliographic research.

Keywords: Theory of the Facto Control. People contest. Penal Code. Criminal Action 470/MG.

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade Estácio de Vila Velha– ES.

² Mestre em Direito na linha de pesquisa Hermenêutica e Direitos Fundamentais pela UNIPAC; Especialista em Direito Público pela Gama Filho e Especialista em penal e processo penal. E-mail: figueiredobrito@live.com

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é uma proposta de estudo que visa analisar a aplicabilidade da Teoria do Domínio do Fato nas sentenças penais condenatórias brasileiras e o modo em que a sua utilização poderia influir em um determinado julgamento. De início, insta dizer que o Brasil não adotou a supracitada teoria no tocante ao concurso de pessoas, vez que aderiu à teoria restritiva, a qual distingue as figuras da autoria e da participação. Assim, para esta última concepção, autor é quem pratica a conduta prevista no tipo penal, ao passo que partícipe é o sujeito que presta auxílio para que a conduta central se realize, exercendo, desta forma, influência na prática do crime.

Todavia, a discussão acerca da Teoria do Domínio do Fato vem ganhando um amplo destaque no mundo jurídico acadêmico, em virtude de sua inaugural e questionável aplicação pelo Ministro Joaquim Barbosa no julgamento da Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal, popularmente conhecida como o caso “Mensalão”, servindo a teoria como tese principal para a condenação do ex-ministro chefe da Casa Civil, José Dirceu. A partir disso, a referida teoria vem adquirindo cada vez mais espaço nos julgamentos brasileiros, solidificando-se a jurisprudência favoravelmente à sua adoção.

Por tais razões, estuda-se se o uso atual da teoria corresponde à finalidade para a qual inicialmente foi criada e se esta seria a tese mais adequada para embasar condenações de indivíduos sujeitos ao poder punitivo estatal. Logo, questiona-se: Em que medida a teoria do domínio do fato pode servir para embasar uma sentença penal condenatória? Busca-se avaliar, portanto, se é cabível a sua utilização como fundamento para atribuir a um sujeito a condição de autor de um crime, ainda que este não tenha praticado o núcleo verbal do tipo penal, o que evidencia, portanto, o grande problema de pesquisa.

Ademais, o tema proposto possui manifesta relevância social, uma vez que a aplicação descabida da teoria em questão poderia significar graves violações a direitos assegurados constitucionalmente, sendo de suma importância o seu estudo, com o fito de garantir segurança jurídica e evitar injustiças. Por outro lado, vislumbra-se que a aplicação da mencionada teoria poderia, em tese, ser um poderoso instrumento no combate ao crime organizado, haja vista que os “chefes” das

organizações criminosas, por possuírem o domínio de toda a ação delituosa, seriam responsabilizados como autores mediatos pelos crimes praticados por seus subalternos.

Dito isto, verifica-se que antes de examinar o emprego da teoria do domínio do fato no Brasil, faz-se necessário elucidar determinadas questões, as quais serão expostas a seguir.

Na primeira seção, abordar-se-á o surgimento, os aspectos gerais, bem como os princípios constitucionais relevantes, todos à luz da teoria do domínio do fato. Já na segunda seção, far-se-á a conceituação de alguns termos e institutos, tais como a autoria, coautoria e participação, o concurso de pessoas, as teorias que o cercam, assim como os seus requisitos e formas. Na terceira seção, tratar-se-á finalmente da teoria do domínio do fato e da sua adoção no Brasil, apresentando as posições favoráveis à aplicação da teoria e as críticas dela decorrentes, especialmente quanto à Ação Penal 470 do STF, no que tange à condenação de José Dirceu, que, segundo se apurou, teria sido o grande mentor do maior escândalo de corrupção até então julgado no Brasil.

Por fim, cumpre dizer que o método de abordagem utilizado ao longo do trabalho foi o dedutivo, e a temática foi desenvolvida através de pesquisa bibliográfica. Isto posto, passa-se, assim, à análise proposta.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELEVANTES

2.1.1 Um breve histórico sobre o surgimento da Teoria do Domínio do Fato

Embora não seja um consenso na doutrina, tem-se que a teoria do Domínio do Fato surgiu na Alemanha, em 1939, com o finalismo de Hans Welzel³, importante jurista do Direito Penal alemão, como critério de delimitação de autoria⁴. O filósofo defende a tese de que, nos crimes dolosos, autor é aquele que possui o controle

³ WELZEL, Hans. *Direito penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

⁴ MORCELLI, Róger Augusto Fragata Tojeiro. *Teoria do domínio do fato*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/TeoriaDominio.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2019>.

final do fato, sendo necessário identificar, desta forma, a finalidade e a intenção do autor para que a conduta lhe possa ser imputada⁵.

Todavia, em que pese a Teoria do Domínio Final do Fato propriamente dita ter sido sistematizada por Welzel, foi o também jurista Claus Roxin que empreendeu os maiores esforços no tocante à temática, em sua obra intitulada *Täterschaft und Tatherrschaft*, publicada em 1963⁶, o que torna evidente a sua contribuição para o desenvolvimento da supradita teoria.

Isto posto, historicamente, é possível identificar a utilização da teoria como tese principal em sentenças condenatórias. Com o intuito de alcançar a justiça, a Teoria do Domínio do Fato foi criada para que fossem punidos os chefes responsáveis pelas atrocidades cometidas durante o Nazismo, sendo certo que, de outra forma, não seriam considerados culpados pelos crimes praticados nos campos de concentração⁷.

Ato contínuo, a teoria supracitada foi utilizada nos julgamentos dos crimes cometidos pelos dirigentes durante ex-República Democrática Alemã, que, muito embora não tenham sido os executores, foram responsabilizados como autores mediatos dos homicídios que os seus soldados da fronteira causavam àqueles que tentavam fugir pelo muro de Berlim, durante a divisão do país⁸.

Observa-se, deste modo, que a Teoria do Domínio do Fato foi aplicada com o fito de evitar a absolvição das autoridades responsáveis pelos crimes praticados, tendo em vista que poderiam, em tese, se esconder atrás das ações de seus subalternos, sob a justificativa de não terem sido autores imediatos dos delitos.

⁵ ABDALLA, Gabriel Mendes. *A Teoria do Domínio do Fato: Evolução dogmática e principais características*. Jusbrasil. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<https://gabrielabdalla.jusbrasil.com.br/artigos/140774358/a-teoria-do-dominio-do-fato>>. Acesso em: 06 set. 2019.

⁶ *Ibid.*

⁷ GHIRALDI, Janaina. *Teoria do domínio do fato e sua aplicação no julgamento da ação penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal*. Revista Jus Navigandi. Rio de Janeiro, [2016?]. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46502/teoria-do-dominio-do-fato-e-sua-aplicacao-no-julgamento-da-acao-penal-470-pelo-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 16 set. 2019.

⁸ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Domínio do fato e autoria em direito penal: critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial*. 2012. 26 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

2.1.2 Aspectos gerais acerca da Teoria

Sob a ótica de Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú⁹, a Teoria do Domínio do Fato, aprimorada por Claus Roxin, é estabelecida atualmente como parâmetro dominante para a delimitação das figuras da autoria e da participação nos delitos dolosos.

Destarte, os autores lecionam que a mencionada teoria se impôs sobre as correntes que a antecederam, visto que estas se mostram insuficientes para determinar um conceito efetivo de autor, na medida em que apresentam uma definição excessivamente formal, sendo autor somente aquele que realiza a conduta prevista no tipo penal, excessivamente material, que considera autor todos os envolvidos na causalidade do fato, ou, ainda, unicamente subjetiva, na qual a condição de autor parte da vontade do agente. Assim, a teoria teria o condão de corrigir tais limitações acima expostas, em especial quanto às figuras da autoria mediata e da coautoria, quando os sujeitos não realizassem a conduta descrita no tipo penal.

Esclarecem os autores que para a teoria em questão, autor é o senhor do fato, é aquele que possui o domínio da realização do crime. Em suma, é quem está no centro do acontecimento, não sendo reduzido o conceito de autor àqueles que pessoalmente realizam as elementares do tipo, muito pelo contrário, amplia-se a definição para alcançar aqueles que detêm o poder sobre a sua realização.

Em contrapartida, o concorrente que não realiza a ação nuclear típica e não controla o desenrolar do *iter criminis*, deve ser considerado como partícipe do delito. Neste sentido, Juarez Cirino Santos enuncia:

O autor domina a realização do fato típico, controlando a continuidade ou a paralisação da ação típica; o partícipe não domina a realização do fato típico, não tem controle sobre a continuidade ou paralisação da ação típica¹⁰.

⁹ SOUZA, Artur; JAPIASSÚ, Carlos E. *Direito penal: volume único*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 317.

¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 352.

Diante disso, Gueiros e Japiassú esclarecem que na autoria mediata, aquele que pratica diretamente a infração penal é, em regra, uma pessoa inimputável, um indivíduo que sofre coação moral irresistível, ou, ainda, quem vem a ser induzido em erro invencível¹¹. Desta forma, depreende-se que o executor imediato funciona como um “instrumento” do verdadeiro autor.

Imperioso destacar que os autores supracitados afirmam que a tese de Claus Roxin proporcionou a fundamentação de variantes teóricas, tais como o domínio da ação, da vontade (em que se inclui o domínio da organização), funcional do fato, dentre outras.

Assim, no Domínio da Ação autor é quem pratica as elementares do tipo diretamente, dependendo somente de si mesmo e do seu agir, sendo considerado o citado domínio o elemento que distingue as figuras de participação e autoria. Em contrapartida, outra possibilidade de se “dominar o fato” seria através do domínio da vontade, em que o sujeito não a realiza de mão própria, mas sim por intermédio de outro agente, servindo, portanto, como um instrumento para atingir um resultado, seja atuando em erro ou em estado de não culpabilidade¹².

Ato contínuo, o Domínio Funcional do fato compreende na divisão de tarefas entre os inúmeros protagonistas que objetivam o mesmo resultado da conduta ilícita, dividindo-se, deste modo, a execução do delito em tarefas, sendo os envolvidos na empreitada criminosa considerados coautores do crime. Nesta situação, cada fração corresponde a um todo, o que acarreta na dependência entre elas¹³.

Por fim, o Domínio da Organização compreende na ideia de que o chefe da organização criminosa, por possuir o controle sobre todos os atos praticados pelos seus subalternos, responde instantaneamente pelos crimes por eles cometidos, ainda que sequer detenha conhecimento a respeito. Isso porque, de acordo com Ghiraldi¹⁴, os executores estariam agindo conforme as regras impostas pelo seu próprio líder.

¹¹ SOUZA, Artur; JAPIASSÚ, Carlos E. *op. cit.*, *loc. cit.*

¹² SILVA, Douglas Rodrigues da. *Entenda, de uma vez por todas, o que é a Teoria do Domínio do Fato*. Canal Ciências Criminais. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/teoria-do-dominio-do-fato/>>. Acesso em: 17. Set. 2019.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ GHIRALDI, Janaina. *op. cit.*

Imperioso destacar que, segundo a autora supracitada, Roxin se arrependeu de sua tese, tendo em vista que, em que pese esta tenha sido criada para tratar sobre organizações criminosas, acabou sendo adotada para condenar presidentes de empresas lícitas, responsabilizando-os pelos delitos que seus funcionários praticavam sem o seu conhecimento, pelo simples fato de ser o chefe.

2.1.3 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão previstos conjuntamente no art. 5º da Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu inciso LV:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;¹⁵

Para o autor Sylvio Motta¹⁶, os referidos princípios obrigam que seja assegurado aos litigantes o direito de conhecer as alegações e os fatos trazidos pela parte adversária que possuam relevância no processo, bem como de contrapô-los, utilizando-se, para tanto, de todos os meios probatórios admitidos no direito.

Segundo o jurista, entende-se por contraditório o direito que o sujeito possui de ter ciência e de contraditar todos os elementos trazidos pela parte contrária aos autos. Isso significa dizer, sob a ótica do doutrinador, que no processo deve haver uma conduta dialética entre as partes, garantindo à defesa o direito de se opor aos atos produzidos pela acusação, levando ao juiz, deste modo, fundamentos diversos daqueles inicialmente apontados pelo autor.

Quanto à ampla defesa, o doutrinador afirma ser esta uma garantia que os litigantes possuem que lhe possibilitam levar ao processo todas as informações necessárias ao esclarecimento da verdade. Insta salientar que Novelino¹⁷ destaca,

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 set. 2019.

¹⁶ MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 305.

¹⁷ NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 546.

em sua obra, que o princípio da ampla defesa é uma decorrência do contraditório, sendo assegurada ao sujeito a utilização de todos os meios probantes legais e moralmente admitidos para que defenda seus direitos.

Imperioso destacar que os princípios do contraditório e da ampla defesa são inerentes ao princípio do devido processo legal, princípio este que visa assegurar a igualdade na participação das partes, por meio de um pleno e efetivo contraditório e direito à defesa, em obediência aos parâmetros legais estabelecidos¹⁸.

Diante disso, torna-se evidente que, apesar de indissociáveis, os princípios em questão não possuem entre si uma relação de predominância, sendo ambos, portanto, necessários à garantia do acesso à justiça.

2.1.4 Princípio da Presunção de Inocência

O princípio da Presunção de Inocência tem como principal finalidade evitar a condenação injusta de alguém por um crime que não tenha cometido, em respeito à dignidade da pessoa humana, proporcionando-lhe, ainda, a prerrogativa de não ser considerado culpado até que haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado¹⁹.

Este instituto encontra-se esculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, no rol de direitos e garantias constitucionais, e, por ser um princípio tão importante em um Estado Democrático de Direito, a Declaração Universal de Direitos Humanos o incluiu em seu art. 11, item 1²⁰. Ademais, a referida presunção também é regulamentada pelo decreto nº 678, de 1992, que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), trazendo no seu artigo 8º, 2, na primeira parte, que “toda pessoa acusada de delito

¹⁸ SANTOS, Iveraldo Bezerra Ferreira dos. *Princípios constitucionais do Processo Penal*. Revista Jus Navigandi. Teresina, 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25074/principios-constitucionais-do-processo-penal/1>>. Acesso em: 14 set. 2019.

¹⁹ FERRARI, Rafael. *O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal*. Revista Jus Navigandi. Teresina, 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21862/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-como-garantia-processual-penal>>. Acesso em: 14 set. 2019.

²⁰ _____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 14 set. 2019.

tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa [...]”²¹.

Por tais razões, nota-se que o princípio da presunção de inocência é uma garantia Constitucional, aplicado no direito penal e reconhecido internacionalmente, que estabelece, como regra, um estado de inocência a todos aqueles que praticam uma infração penal, até que lhes sobrevenha uma sentença penal condenatória da qual não caiba mais recurso.

2.2 CONCEITOS IMPORTANTES E NOÇÕES GERAIS SOB A ÓTICA DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Para que se possa compreender a Teoria do Domínio do Fato e o modo como ela se manifesta no concurso de pessoas, faz-se necessário, inicialmente, apresentar alguns conceitos, conforme a seguir demonstrado.

2.2.1 A figura da autoria

Segundo Cleber Masson²², para a Teoria Unitária, esta adotada pelo código penal de 1940, autor é aquele que de qualquer modo contribui para a produção de um resultado que tenha relevância penal, não havendo que se falar, portanto, em diferenciação entre autoria e participação. Em outras palavras, todos aqueles que se envolvem em uma ação criminosa devem ser considerados autores do delito, restando incursos, assim, nas mesmas penas.

Igualmente ao entendimento supracitado, a Teoria Extensiva consiste na ideia de que não há distinção entre as figuras da autoria e da participação, sendo considerados autores aqueles que concorreram para o crime. Esta concepção, todavia, difere-se da anterior, no momento em que se admite a aplicação de penas

²¹ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 14 set. 2019.

²² MASSON, Cleber. *Código Penal comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 225.

menores àqueles que prestaram colaboração de menor relevância ao cometimento do delito²³.

Isso significa dizer que, quem de alguma forma contribui para a prática do fato, ainda que minimamente, incide na citada teoria. Assim, na hipótese de ocorrência de um crime cometido por duas ou mais pessoas, serão estes considerados autores, sendo irrelevante a intensidade com que contribuíram para a produção do resultado.

Contraopondo os mencionados conceitos de autoria, a Teoria Restritiva, prevalecte como a adotada no Brasil, distingue as figuras de autor e partícipe. Logo, para essa concepção, autor é quem pratica a conduta, o verbo nuclear descrito no tipo penal²⁴, ao passo que partícipe é o sujeito que presta auxílio para que a conduta central se realize, exercendo, dessa forma, um papel secundário, de coadjuvante, mas que influencia na prática da infração penal²⁵. Isto posto, para esta corrente, o mentor intelectual e o mandante que não pratica a ação nuclear típica no caso concreto não é autor, mas sim partícipe do crime.

Por fim, tem-se a Teoria do Domínio do Fato de Welzel que, segundo leciona Fernando Capez²⁶ “autor é aquele que detém o controle final do fato, dominando toda a realização delituosa, com plenos poderes para decidir sobre sua prática, interrupção e circunstâncias”.

Esclarece ainda o mesmo jurista que o que a lei exige é que todos os atos, desde o início da execução, até a produção do resultado, sejam controlados pelo agente. Deste modo, autor é quem possui o poder de decisão, não necessitando, para tanto, que execute o núcleo do tipo legal.

Quanto às figuras do mandante e do chamado “autor intelectual” à luz da Teoria do Domínio do Fato, em sentido contrário à Teoria Restritiva, o doutrinador afirma que, em que pese não pratiquem o verbo nuclear típico, estes devem ser considerados autores, visto que, ao determinarem a prática de um delito, detêm o

²³ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor E. *Direito Penal Esquematizado: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 348.

²⁴ GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 122.

²⁵ *Ibid.*, p. 127.

²⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 362.

pleno controle finalístico do fato criminoso, coordenando e dirigindo a atuação dos demais, até a sua consumação.

Frisa-se, pois, que a mencionada teoria supre deficiências que a Teoria Restritiva de autor apresenta no tocante à autoria mediata. Para Damásio E. de Jesus²⁷, a Teoria do Domínio do Fato é uma complementação à concepção Restritiva, defendendo, assim, que ambas sejam conciliáveis, vez que a primeira não exclui a segunda. Neste sentido, sob a ótica do jurista, autor é aquele que realiza a conduta prevista no tipo penal, adotando-se, para tanto, a teoria restritiva, que distingue autores de partícipes, ao passo que, no que diz respeito à autoria mediata, aplica-se a teoria do domínio do fato.

Isso ocorre porque o autor mediato, embora não realize a conduta típica, manipula terceiro para que este a realize, utilizando-o como instrumento para a efetivação do delito²⁸.

Depreende-se, portanto, que no Direito Penal existem teorias que visam definir a autoria criminal, que, a depender da definição adotada, poderá acarretar desdobramentos distintos.

2.2.2 O Concurso de Pessoas

Denomina-se concurso de agentes como sendo a colaboração empreendida por várias pessoas para o cometimento de um crime, tendo suas regras disciplinadas entre os artigos 29 e 31, do Código Penal. Quando isso ocorre, surge a figura da codelinquência²⁹.

Conforme exposto no capítulo anterior, há graus de diferença entre aqueles que concorrem para a prática de um determinado crime. Com o fito de definir a complexidade da criminalidade coletiva, foram desenvolvidas inúmeras teorias, merecendo destaque, entretanto, as teorias Monística, Dualística e Pluralística.

²⁷ JESUS, Damásio E. de. *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18.

²⁸ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor E. *op. cit.*, p. 349.

²⁹ SOUZA, Artur; JAPIASSÚ, Carlos E. *Direito penal: volume único*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 310.

2.2.2.1 Teorias do Concurso de Agentes

Para Cezar Roberto Bittencourt³⁰, a Teoria Monística ou Unitária, que é a adotada como regra na legislação brasileira, em seu artigo 29, do Código Penal³¹, rejeita a distinção entre autor e partícipe, só havendo que se falar, portanto, em autores e coautores. Deste modo, todos aqueles que concorrem para o ilícito penal, em sua totalidade, por ele respondem de forma integral, atribuindo-se, assim, um só crime a todos os concorrentes.

Ministra o autor que, apesar de o delito ser praticado por diversas pessoas, este se mantém único e indivisível, razão pela qual todos aqueles que convergem para com a infração penal devem ser responsabilizados.

Quanto à Teoria Dualística, o doutrinador supracitado aponta que, para a referida teoria, há dois crimes a serem imputados, sendo um atribuído aos autores, que são aqueles que realizam a atividade principal, isto é, a ação nuclear típica, e outro para os partícipes, que exercem uma atividade secundária, acessória, sem praticar a conduta nuclear prevista no tipo penal³². Todavia, sustenta o autor que, apesar dessa dupla concepção, o crime permanece sendo um só.

Por fim, leciona o doutrinador que, quanto à Teoria Pluralística, no concurso de agentes, além da pluralidade de pessoas, ocorre a pluralidade de crimes. Neste sentido, a cada participante corresponde uma conduta própria e elemento psicológico e resultado próprios, e por este motivo, há tantos crimes quantos forem os participantes do ilícito penal³³.

Portanto, em que pese o Código Penal tenha adotado como regra a Teoria Monística para o concurso de crimes, existem ressalvas que merecem destaque à medida que, em algumas hipóteses, o referido Código adere à Teoria Pluralista. Quanto à temática, Masson exemplifica:

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 278.

³¹ BRASIL. *Código Penal*. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.*, p. 277.

³³ *Ibid.*

Excepcionalmente, contudo, o CP abre espaço para a teoria pluralista, pluralística, da cumplicidade do crime distinto ou autonomia da cumplicidade, pela qual se separam as condutas, com a criação de tipos penais diversos para os agentes que buscam um mesmo resultado. É o que se dá, por exemplo, nos seguintes crimes: a) aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante: ao terceiro executor imputa-se o crime tipificado no art. 126, enquanto para a gestante incide o crime previsto no art. 124, *in fine*; b) bigamia: quem já é casado pratica a conduta narrada no art. 235, *caput*, ao passo que aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, incide na figura típica prevista no § 1º do citado dispositivo legal; e c) corrupção passiva e ativa: o funcionário público pratica corrupção passiva (art. 317), e o particular, corrupção ativa (art. 333).³⁴

Por tais razões, verifica-se que a teoria em questão não é tida como regra no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido adotada de forma excepcional em dispositivos específicos tipificados no Código Penal.

2.2.2.2 Requisitos do Concurso de Pessoas

No tocante aos requisitos do concurso de agentes, segundo esclarece Cleber Masson³⁵, são exigidos cinco para a sua configuração, quais sejam: (a) a pluralidade de agentes culpáveis; (b) condutas com relevância causal para a produção do resultado; (c) a existência de um vínculo subjetivo; (d) a unidade de delito para todos os agentes; e (e) a existência de um fato punível. Logo, ausente um dos requisitos, não há que se falar em concurso de agentes.

No que diz respeito ao primeiro pressuposto, o doutrinador afirma que a codelinquência reclama duas ou mais pessoas, ou, pelo menos, duas condutas que possuam relevância penal, devendo os coautores ou partícipes, contudo, ser dotados de culpabilidade. Portanto, torna-se evidente que não basta o número de agentes para que se configure o concurso de pessoas, é preciso, antes de tudo, que todos sejam culpáveis.

Quanto ao segundo elemento, o jurista destaca que a conduta praticada pelo agente deve ser relevante, ao ponto de que sem a qual o ilícito penal não teria ocorrido da mesma forma que ocorreu. Assim, verifica-se que cada conduta individual deve refletir e influenciar na produção do resultado, não podendo ser

³⁴ MASSON, Cleber. *op. cit.*, p. 224-225.

³⁵ *Ibid.*, p. 223-224.

considerado coautor ou partícipe aquele que não dá causa ao delito, pelo fato de sua conduta ser irrelevante para o Direito Penal.

Salienta ainda o autor que a relevância causal se subordina a uma contribuição anterior ou concomitante à execução, ou seja, prévia à consumação. Quando posterior, há a prática de crime autônomo, não havendo que se falar em concurso de agentes.

No que toca ao terceiro requisito, também chamado de concurso de vontades, o citado doutrinador ressalta que não haverá crime praticado em concurso quando os agentes não estiverem ligados entre si por um vínculo de ordem subjetiva. Estar-se-ia diante, na hipótese, da autoria colateral.

Enfatiza, deste modo, que “os agentes devem revelar vontade homogênea, visando à produção do mesmo resultado”³⁶. Diante disso, finaliza o autor não ser possível a concorrência dolosa para um delito culposo, tampouco a contribuição culposa para um crime doloso.

Com relação ao quarto item, Masson avança ao esclarecer que deve haver uma identidade de infração para todos os envolvidos, ainda que suas condutas sejam distintas, sujeitando-se os coautores e partícipes a um único ilícito penal e excetuando-se, entretanto, os crimes que se subordinam à teoria pluralística.

Por fim, no que concerne ao último pressuposto, o referido jurista menciona que o concurso de agentes depende para a sua caracterização que a infração penal seja punível, pelo que requer, ao menos, que a execução se inicie, em obediência ao princípio da exterioridade. Neste sentido, dispõe o art. 31, do Código Penal: “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”³⁷.

Superadas as teorias e requisitos que circundam o concurso de agentes, passa-se, agora, à análise das formas em que o instituto se manifesta.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ BRASIL. *Código Penal*. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 set. 2019

2.2.2.3 Formas do Concurso de Agentes sob a perspectiva da Teoria do Domínio do Fato

Para Mirabete, tendo o Brasil adotado a Teoria Restritiva no tocante ao concurso de agentes, pode-se afirmar que a coautoria e a participação são formas de concurso de pessoas³⁸.

2.2.2.3.1 Coautoria

Conforme conceitua Cezar Roberto Bitencourt³⁹, “coautoria é a realização conjunta, por mais de uma pessoa, de uma mesma infração penal”. Não se exige, na ótica do autor, acordo prévio entre os envolvidos, sendo suficiente a consciência de colaborar na ação comum. Ademais, o jurista sustenta a desnecessidade de que todos os agentes pratiquem o mesmo ato de execução para que se configure a supradita figura.

Afirma o doutrinador, ainda, que a coautoria se fundamenta no fato de que cada agente coopera com sua parte no intento criminoso, atuando de forma conjunta na sua execução de tal forma que podem ser chamado como verdadeiros autores.

Isto posto, é possível observar que a figura do coautor, que se perfaz pela modalidade do domínio funcional do fato através do domínio do fato, é uma autoria coletiva que se baseia no princípio da divisão de trabalho⁴⁰. Deste modo, existem condutas que, em um primeiro momento, poderiam afigurar uma participação, entretanto, configuram na realidade uma verdadeira coautoria, consoante lecionam os autores Eugênio Pacelli e André Callegari⁴¹. Conforme os mencionados doutrinadores, pressupõem-se que são coautores, à luz da teoria, todos aqueles que dominam funcionalmente o fato, ainda que não pratiquem a conduta prevista no tipo penal.

³⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 254.

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 281.

⁴⁰ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1979, p. 79.

⁴¹ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 262.

Fernando Capez⁴² destaca em sua obra a definição de coautoria parcial ou funcional, afirmando ser o conceito adotado pela Teoria do Domínio do Fato. Assim, os atos executórios do delito são partilhados entre os demais autores, sendo cada um responsável por sua parte, desde a execução até a consumação do crime. Frise-se, ainda, que as colaborações são distintas, porém, dependentes umas das outras, de modo que a ausência de uma frustraria o delito. Neste sentido, explica o autor:

[...] no roubo, são divididas as ações de apoderamento do dinheiro, constrangimento dos sujeitos passivos mediante ameaça, vigilância e direção do veículo; no homicídio, um sujeito segura a vítima e outro a esfaqueia; no estupro, um ameaça com emprego de arma e outro mantém com ela conjunção carnal.

Contudo, entende o doutrinador não haver lugar para a coautoria funcional, pelo fato de o Código Penal ter adotado a Teoria Restritiva, só existindo coautoria, dessa forma, na chamada coautoria direta, em que, diferentemente da primeira, nesta todos os autores realizam o verbo típico principal.

2.2.2.3.2 Participação

Segundo Fernando Capez⁴³, é considerado partícipe aquele que concorre para que o autor ou coautores pratiquem o verbo nuclear principal, ou seja, aquele que colabora para a produção do resultado, sem realizar diretamente a conduta descrita no tipo penal. Ministra o autor que a participação é definida em dois aspectos, no qual o primeiro diz respeito à vontade de colaborar com a prática da conduta principal, ainda que a produção do resultado dependa inteiramente do autor, ao passo que o segundo se refere à efetiva cooperação prestada pelo partícipe, mediante um comportamento concreto acessório à principal.

Por tais razões, verifica-se que se admite na Teoria do Domínio do Fato a figura do partícipe. Para Masson⁴⁴, isso é possível desde que o agente, além de não praticar a ação nuclear do tipo penal, não possua o controle finalista do crime.

⁴² CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 362.

⁴³ *Ibid.*, p. 365.

⁴⁴ MASSON, Cleber. *Código Penal comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 226.

Afirma, ainda, que o partícipe seria um concorrente acessório, tratando-se no caso, de mero “colaborador”, e que só possui o domínio da vontade da própria conduta.

2.3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO BRASIL

2.3.1 Uma análise da Ação Penal 470/MG do STF – Mensalão

No início dos anos 2000, foi deflagrado um grande escândalo de corrupção, que consistia, basicamente, em um esquema de compra de votos parlamentares, que objetivava conquistar apoio político⁴⁵.

Ato contínuo, o procurador-geral da República à época, Rodrigo Janot, ofereceu denúncia em face de quarenta réus, dentre eles, o ex-ministro chefe da Casa Civil, José Dirceu, tido como o mentor do grupo, pela prática do crime de corrupção ativa e formação de quadrilha, dando início, assim, à ação penal 470, popularmente conhecida como “Mensalão”. O julgamento da referida ação ocorreu em 2012, no Supremo Tribunal Federal, e resultou na condenação de vinte e quatro acusados, tendo sido a Teoria do Domínio do Fato utilizada em algumas situações para justificar a autoria do crime, o que acarretou calorosas discussões entre os juristas, que possuíam diferentes entendimentos acerca da temática, conforme será demonstrado a seguir⁴⁶.

Diante disso, é cediço que a Teoria do Domínio do Fato ainda acarreta calorosas discussões no meio jurídico, e, por ser nova no ordenamento e não apresentar regras específicas para a sua aplicação, desperta posições divergentes entre doutrinadores e juristas acerca de sua inserção no direito pátrio.

⁴⁵ DARIE, Marina. *O que aconteceu no escândalo do mensalão?*. Politize. 2018. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/mensalao-o-que-aconteceu/>>. Acesso em: 16 set. 2019.

⁴⁶ GHIRALDI, Janaina. *Teoria do domínio do fato e sua aplicação no julgamento da ação penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal*. Portal Educação. [2016?]. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/teoria-do-dominio-do-fato-e-sua-aplicacao-no-julgamento-da-acao-penal-470-stf/71763>>. Acesso em: 16 set. 2019.

2.3.1.1 Posição favorável à aplicação da teoria

Segundo Janaina Ghiraldi⁴⁷, os juristas favoráveis à aplicação da referida Teoria argumentam, em suma, que a utilizaram com o objetivo de incluir José Dirceu como chefe da organização criminosa em questão, e se assim não fosse, o ex-ministro jamais poderia ser considerado autor das condutas a ele imputadas. Desta forma, a teoria teria sido invocada somente para diferenciar a figura da autoria e participação, para fins de quantificação da pena, não tendo servido, portanto, para substituir uma condenação sem provas.

Ademais, a autora acima citada menciona que para os julgadores não havia dúvidas acerca das provas apresentadas, razão pela qual se limitaram os ministros da Corte Suprema a avaliar a conduta de cada acusado, seja como autor ou mero partícipe. Todavia, a grande controvérsia do julgamento se encontrava na condenação de José Dirceu de Oliveira e Silva, o qual foi considerado chefe do esquema de corrupção, sob a justificativa de possuir o pleno domínio dos fatos ilícitos que ocorriam. Deste modo, os nobres julgadores entenderam que o réu supracitado detinha conhecimento dos delitos que eram praticados, revelando, portanto, que agiu dolosamente. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello ao proferir o seu voto, aduz:

Há que se destacar, ainda, *por necessário*, **que a adoção**, pela legislação brasileira, **da teoria unitária em matéria de concurso de pessoas não afasta** a possibilidade de reconhecimento, em nosso sistema jurídico-penal, **da teoria do domínio do fato**. Na realidade, uma teoria **não exclui** a outra, **pois** o reconhecimento de uma **ou** de outra apenas poderá influenciar no “*quantum*” **a ser definido** na operação de dosimetria penal, **nos termos** do art. 29 do CP. **Esse entendimento**, que decorre do reconhecimento da compatibilidade, **em face** da legislação nacional, **da teoria do domínio do fato** – cuja aplicação **deve sempre reger-se segundo as premissas que informam o Direito Penal da culpabilidade** –, **reflete-se** no magistério jurisprudencial firmado, *há décadas*, pelo Poder Judiciário brasileiro (JTACrSP, LEX 92/49 – RJTJSP 37/288 – RT 514/302 – RT 375/340): [...] ⁴⁸ (grifos do autor)

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Penal n. 470/MG*. Relator, Ministro Joaquim Barbosa. Publicado no DJ de 22.04.2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/ap470.pdf>> Acesso em: 16 set. 2019, p. 5.199.

Isto posto, nota-se que José Dirceu atuava diretamente nas negociações e que possuía toda a responsabilidade acerca das articulações entre os parlamentares para que estes dessem apoio e aprovassem os projetos do governo na época.⁴⁹

Cumprе ressaltar que, para os ministros favoráveis a aplicação da teoria do domínio do fato, a autoria de José Dirceu teria sido corroborada durante o processo por meio de provas incontestáveis, restando, assim, mais do que comprovada. Entretanto, houve juristas que discordaram do argumento, defendendo que a referida teoria estava sendo utilizada de forma equivocada.

2.3.1.2 Posição desfavorável à aplicação da teoria

Por outro lado, os críticos da decisão do Supremo Tribunal Federal sustentam que os acusados já haviam sido condenados antes mesmo do julgamento em tela, em virtude do elevado apelo midiático que envolveu o caso. Alegam, deste modo, que a mídia demonstrou um forte clamor público pelas condenações dos réus, o que teria acarretado julgamentos políticos, e não jurídicos, especialmente quanto a José Dirceu.⁵⁰

Prosseguem os juristas contrários à aplicação da teoria do domínio do fato sustentando não haver provas contundentes à condenação de José Dirceu como chefe da organização criminosa, tendo em vista que os indícios de sua autoria decorreram somente de uma denúncia que partiu de Roberto Jefferson. Logo, afirmam que a mencionada teoria tenha sido distorcida para que justificasse a condenação do ex-ministro chefe da Casa Civil. Desta forma, os críticos à decisão que condenou José Dirceu ainda afirmam que alguns ministros a utilizaram como sinônimo de “domínio pela posição”, o que vai de encontro ao verdadeiro fundamento da teoria do domínio do fato, uma vez que o chefe do grupo não deve

⁴⁹ SILVA, Victor Eduardo da Silva e. *A aplicação da teoria do domínio do fato no concurso de pessoas com base no estudo da ação penal número 470 do Supremo Tribunal Federal*. 2017. 53 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2017.

⁵⁰ GHIRALDI, Janaina. *op. cit.*

ser punido pela posição hierárquica que ocupa, mas sim por ter o controle de toda a empreitada criminosa⁵¹.

Destarte, o Revisor Ministro Ricardo Lewandowski, contrapondo os argumentos anteriormente apresentados pelo também Ministro Celso de Mello, se posicionou em seu aparte:

Cumprimentando-o pelo aprofundado estudo que Vossa Excelência fez, e sempre fez, mas, na minha modesta intervenção que fiz, eu evidentemente - e certamente Vossa Excelência não me atribuiu isso – eu não disse que a Teoria do Domínio do Fato se aplicaria apenas em momentos de anormalidade institucional. O que eu disse é que ela se aplica a situações excepcionais. [...] O que me preocupa, Senhor Presidente, eminente Decano, é exatamente a banalização dessa teoria. Como é que os quatorze mil juízes brasileiros vão aplicar essa teoria, se esta Suprema Corte não fixar parâmetros bem precisos? É um pouco como disse o Pedro Aleixo naquele episódio famoso, quando Costa e Silva baixou o Ato Institucional 5. Ele disse: eu não estou preocupado com o uso que Vossa Excelência fará dele com suas honradas mãos, mas estou preocupado com o guarda da esquina. É isto que nós precisamos assentar com muita clareza: quando é que essa teoria pode e deve ser utilizada? Então é isso, eminente Decano, sem querer divergir de Vossa Excelência, quero apenas expressar essa minha preocupação, que foi a preocupação do próprio Claus Roxin, porque, se essa teoria for aplicada sem nenhum temperamento, amanhã, por exemplo, o presidente da Petrobrás poderá ser responsabilizado por um vazamento numa plataforma de petróleo, porque teoricamente ele tinha o Domínio do Fato; ou um chefe de redação ser responsabilizado por um artigo, que algum jornalista publique, ofensivo a algum cidadão; e assim por diante, os exemplos seriam múltiplos. Então é muito importante, eminente Decano, eu quero expressar, mais uma vez, a minha preocupação com relação à possível banalização dessa teoria e a aplicação que será feita não apenas pelos juízes brasileiros, mas também, por membros do Ministério Público.⁵²

Janaina Ghiraldi menciona, por fim, a opinião da docente Janaína Conceição Pachoa⁵³, que defende não ter havido a aplicação da teoria em voga no julgamento do Mensalão. Para esta última, se a citada teoria tivesse sido de fato utilizada, José Dirceu teria sido condenado pelos demais delitos cometidos pelo grupo, quais sejam, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, corrupção passiva, peculato, gestão fraudulenta de instituição financeira, bem como evasão de divisas, e não somente pelos crimes de corrupção ativa e formação de quadrilha.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *op cit.*, p. 5201-5202

⁵³ GHIRALDI, Janaína *apud* PASCHOAL, Janaína C. *Teoria do domínio do fato e sua aplicação no julgamento da ação penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal*. Portal Educação. [2016?]. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/teoria-do-dominio-do-fato-e-sua-aplicacao-no-julgamento-da-acao-penal-470-stf/71763>>. Acesso em: 17 set. 2019.

Desta forma, a professora justifica seu posicionamento apontando que, por ter sido o ex-ministro líder da organização criminosa, presume-se que este possuía o pleno domínio de todos os atos ilícitos praticados, finalizando o seu ponto de vista ao afirmar que não se pode confundir a teoria em questão com a do Domínio da Organização, tese esta já exposta anteriormente.

2.3.2 Críticas decorrentes da aplicação da Teoria do Domínio do Fato na Ação Penal 470 do STF e nas demais sentenças penais condenatórias no Brasil

Como é sabido, a Teoria em discussão foi e ainda é alvo de diversas críticas no mundo jurídico, vez que comporta posicionamentos distintos acerca de sua correta adoção. A primeira delas, segundo Rangel Bento Araruna⁵⁴, consiste no fato de não haver definição do termo “domínio do fato”, limitando-se Roxin e Welzel a apontar somente as suas hipóteses de cabimento, o que evidencia a fragilidade em sua aplicação no ordenamento brasileiro, dada a sua subjetividade.

Ademais, Leciona Capez⁵⁵ que a teoria supracitada não esclarece o concurso de pessoas nos delitos culposos. Já Araruna sustenta também não ser possível sua incidência nos delitos omissivos⁵⁶.

Este último autor destaca que, nos crimes culposos, o agente não possui a intenção de produzir o resultado típico, razão pela qual age com imprudência, negligência ou imperícia, evidenciando, assim, uma violação ao dever de cuidado. Assim, afirma não ser possível o agente possuir o domínio final sobre algo que não é querido. Portanto, se o sujeito não queria o resultado, não há como este controlar a vontade de um terceiro com o objetivo de realizar algo não desejado. No mesmo sentido, André Estefam explica:

Nos crimes culposos, finalmente, também se revela inaplicável a teoria do domínio do fato, pois não se pode admitir uma ideia de autoria baseada em domínio do fato se o indivíduo não atua dolosamente, não tendo consciência e vontade de produzir o resultado.⁵⁷

⁵⁴ ARARUNA, Rangel Bento. *A Teoria do Domínio do Fato e Sua Adoção no Brasil*. [2016?] 207 f. Monografia. Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará, [2016?].

⁵⁵ CAPEZ, Fernando. *Direito penal simplificado: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 141.

⁵⁶ ARARUNA, Rangel Bento. *op cit.*

⁵⁷ ESTEFAM, André. *Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 369.

No tocante aos crimes omissivos, Araruna prossegue sua crítica esclarecendo não ser admissível a aplicação da teoria. Os delitos omissivos, próprios ou impróprios, são configurados a partir de uma abstenção de um comportamento que se espera de um indivíduo que se relaciona em uma sociedade, de modo que a sua omissão, por possuir tamanha relevância, é tipificada como crime. Desta forma, afirma o autor não haver que se falar em domínio do fato, vez que este se aplica aqueles que possuem poder de decisão sobre o delito, sobre todas as circunstâncias fáticas, bem como sobre o lugar e o modo de execução do ilícito penal, o que não ocorre nos delitos omissivos, em que o agente deixa de realizar uma conduta impeditiva de um resultado jurídico quando podia fazê-lo, infringindo, assim, o seu dever de agir⁵⁸.

À vista disso, é possível observar que a teoria em voga abarca inúmeras outras críticas decorrentes de sua adoção nos julgamentos ocorridos no Brasil. A sua aplicação no caso do “Mensalão” despertou questionamentos se a teoria teria sido utilizada de forma distorcida para que se sustentasse uma condenação, especialmente do ex-ministro José Dirceu.

Para o autor Rodrigo Ferreira Rodrigues Souto⁵⁹, José Dirceu teria sido condenado pela Corte Suprema, pois a maioria dos ministros entendia que o acusado exercia cargo de chefia, razão pela qual detinha o domínio dos ilícitos que eram cometidos. Afirma, ainda, que tal fato ocorreu em virtude de aspirações políticas e de clamor público.

Neste sentido, Janaina Ghiraldi⁶⁰ destaca o voto da Ministra Rosa Weber, que adotou em seu pronunciamento – alvo de muitas críticas, por sinal – a expressão “presunção relativa de autoria dos dirigentes”, o que na sua ótica não teria sido adequado, vez que apenas indícios ou presunção de autoria não são capazes, por si sós, de justificar uma condenação. Prossegue a autora afirmando, ainda, que a mera posição de chefia não permite a responsabilização do chefe pelos crimes que os seus subalternos venham a praticar.

⁵⁸ ARARUNA, Rangel Bento. *op cit.*

⁵⁹ SOUTO, Rodrigo Ferreira Rodrigues. *Da aplicação da teoria do domínio do fato em face à deficiência do conjunto probatório na ação penal 470 julgada pelo pretório excelso*. 54 f. Monografia (Graduação em Direito) - Fundação Universidade Federal de Rondônia, Cacoal, 2015.

⁶⁰ GHIRALDI, Janaína. *op cit.*

Imperioso destacar que Roxin concedeu uma entrevista à Folha de São Paulo, corroborando as críticas acima citadas:

Folha de São Paulo: É possível usar a teoria para fundamentar a condenação de um acusado supondo sua participação apenas pelo fato de sua posição hierárquica?

Roxin: Não, em absoluto. 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.

Folha de São Paulo: O dever de conhecer os atos de um subordinado não implica em corresponsabilidade?

Roxin: 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. "No caso do Fujimori, por exemplo, foi importante ter provas de que ele controlou os sequestros e homicídios realizados".

Folha de São Paulo: A opinião pública pede punições severas no mensalão. A pressão da opinião pública pode influenciar o juiz?

Roxin: Na Alemanha temos o mesmo problema. É interessante saber que aqui também há o clamor por condenações severas, mesmo sem provas suficientes. O problema é que isso não corresponde ao direito. "O juiz não tem que ficar ao lado da opinião pública".⁶¹

Diante disso, Souto⁶² afirma ter havido no julgamento da ação penal 470 uma grave violação aos princípios constitucionais e processuais penais da presunção de inocência e da obrigatoriedade da busca da verdade real, sob o argumento de que presunções relativas não podem servir como embasamento para condenações, mas sim comprovações absolutas de autoria e materialidade de um crime.

Destaca, ainda, que a denúncia foi recebida sem a descrição detalhada do fato criminoso e da conduta de cada um dos acusados, em nítido desrespeito ao art. 41, do Código de Processo Penal⁶³, o que violaria os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, por considerar impossível a defesa de fatos genéricos.

Por fim, conclui o autor acima mencionado que o julgamento do caso "Mensalão" representa uma grave insegurança jurídica ao Brasil, uma vez que a adoção equivocada da teoria abre precedentes para outras violações ao Estado Democrático de Direito, que põem em cheque a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

⁶¹ SOUTO, Rodrigo Ferreira Rodrigues *apud* Folha de São Paulo. *op. cit.*, p. 37.

⁶² SOUTO, Rodrigo Ferreira Rodrigues. *op. cit.*, p. 48.

⁶³ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689/Compilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2019.

Posto isto, é possível verificar que a jurisprudência vem adotando a teoria do domínio do fato com o fito de alcançar aqueles que não praticam a conduta nuclear do tipo penal, mas que exercem o controle finalístico de terceiros para atingir tal objetivo. Entretanto, Araruna⁶⁴ afirma não haver homogeneidade nos parâmetros aplicados pelos Tribunais, que apresentam argumentos incompatíveis entre si para justificarem a fundamentação da supradita teoria.

Dito isto, o autor esclarece que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também vem adotando, ainda que timidamente, a teoria em questão, admitindo, a título de exemplo, a coautoria de indivíduo que não estava presente no local da prática do crime, mas que possuía o domínio sobre todas as circunstâncias que envolviam o delito.

Ato contínuo, vislumbra-se que a teoria do domínio do fato é abarcada por variadas críticas e posicionamentos, não havendo ainda um consenso nos debates jurídico-acadêmicos, sendo considerada, por muitos, incompatível com o ordenamento brasileiro. Neste sentido, Alflen⁶⁵ dispõe:

Por fim, cabe ter em vista que a teoria do domínio do fato de Roxin não é compatível com a ordem jurídico-penal brasileira, em virtude da opção do legislador brasileiro por um sistema unitário funcional no tocante ao concurso de pessoas. Todavia, isso não implica o rechaço à ideia de domínio do fato, mas a necessidade de construção de uma teoria compatível com a ordem jurídica nacional.

Por tais razões, nota-se que a aplicação da teoria do domínio do fato ainda é uma questão bastante sensível no universo jurídico brasileiro, e demonstra ser um tema longe de estar esgotado. Apesar das inúmeras críticas acerca da matéria, é possível verificar uma tendência na jurisprudência, que se posiciona cada vez mais favorável à adoção da teoria, o que evidencia a necessidade de se conhecer, bem como de se aprofundar na temática. Todavia, é preciso que a referida teoria seja aplicada com zelo, para que garantias constitucionais não sejam violadas.

⁶⁴ ARARUNA, Rangel Bento. *op cit.*, p. 193-194.

⁶⁵ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato: incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras*. Revista eletrônica de direito penal & política criminal. 2013. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/46430/28970>>. Acesso em: 19. set. 2019, p. 83.

3 CONCLUSÃO

Quando iniciado o trabalho, questionou-se em que medida a Teoria do Domínio do Fato poderia servir para embasar uma sentença penal condenatória, bem como se seria a tese mais adequada para fundamentar condenações de indivíduos sujeitos ao poder punitivo estatal.

De início, afirma-se que o Brasil adotou a teoria restritiva no tocante ao concurso de pessoas, a qual distingue as figuras da autoria e da participação. Assim, para essa concepção, autor é aquele que pratica o verbo nuclear típico, ao passo que partícipe é quem presta auxílio para que a conduta central se realize, exercendo, deste modo, um papel de coadjuvante. Logo, para esta corrente, o mentor intelectual e o mandante que não pratica a conduta prevista no tipo penal não é autor, mas sim partícipe do crime.

Entretanto, restou demonstrado no presente estudo que esta teoria, sozinha, não atende à complexidade dos arranjos criminosos. É sabido que os líderes das organizações criminosas possuem forte poder de domínio sobre as ações perpetradas por seus subalternos, sendo certo que, muitas das vezes, utilizam-se de jovens e adolescentes ludibriados pelo aparente glamour e sucesso financeiro propiciado pela atividade ilícita como instrumentos para a prática do delito.

Desta forma, a Teoria do Domínio do Fato surge como complementação à teoria restritiva ao impor a responsabilização dos seus líderes pelas infrações penais praticadas por seus subordinados, o que evidencia a sua importância no combate ao crime organizado, servindo a teoria, portanto, como meio apto a desarticular de forma inteligente e efetiva o ciclo criminoso.

Todavia, a atribuição de responsabilidade não pode ser realizada a todo custo. Para que isso ocorra, é preciso que, primeiramente, se entenda a complexidade do problema, não bastando, à vista disso, que o indivíduo apenas ocupe um cargo de chefia. Logo, a mera posição hierárquica, por si só, não fundamenta, sob nenhuma circunstância, o domínio do fato.

Assim, faz-se necessário contextualizar o seu comportamento, colhendo, para tanto, elementos de prova e peças de informação suficientes à sua responsabilização. É o caso do julgamento da ação penal 470 (Mensalão), que

acarretou na condenação do ex-ministro José Dirceu, no qual os Ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam pela importância dos indícios (artigo 239, do Código de Processo Penal), e das provas circunstanciais, desde que sejam convergentes e harmônicos com os fatos e com todo o conjunto probatório.

Diante disso, tratou-se na primeira seção do surgimento da Teoria do Domínio do Fato, dos aspectos gerais que a rodeiam, bem como dos princípios constitucionais relevantes oriundos de sua aplicação. Já na segunda seção, fez-se necessário conceituar alguns termos e institutos, tais como a autoria, coautoria e participação, o concurso de pessoas, as teorias dele decorrentes, assim como os seus requisitos e formas em que a codelinquência se manifesta. Por fim, na terceira seção procurou-se analisar a adoção da Teoria do Domínio do Fato no Brasil, apresentando tanto as posições favoráveis à sua aplicação, quanto as críticas originadas de sua utilização, especialmente quanto à Ação Penal 470 do STF, no que tange à condenação de José Dirceu.

Neste sentido, notadamente, diante da tutela deficiente do direito fundamental à segurança (art. 6º da Constituição Federal) proporcionada pelo Estado, o povo clama por justiça em todos os seus aspectos, e melhor razão não poderia lhes assistir. Contudo, o Estado Democrático de Direito não permite que preceitos e princípios fundamentais sejam desprezados, tendo em vista que, caso sejam admitidas exceções e precedentes duvidosos, estar-se-ia colocando em risco o próprio ordenamento jurídico, o que fragiliza o Estado Democrático de Direito e a segurança jurídica dele decorrente.

Diante do exposto, conclui-se que o tema ainda desperta inúmeras discussões no mundo jurídico-acadêmico, razão pela qual se mostra suscetível de um estudo mais aprofundado e pormenorizado. Todavia, verifica-se que a utilização da Teoria do Domínio do Fato não pode ser de todo desprezada, mormente que se mostra compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, bem como demonstra ser um instrumento efetivo à política de segurança que se pretende estabelecer no Brasil, em especial com foco no combate ao crime organizado.

É preciso que, entretanto, a mencionada teoria seja aplicada com cautela e como complementação à teoria restritiva, desde que haja provas contundentes e robustas aptas a atribuir a um indivíduo que ocupa uma posição de liderança a

responsabilização da infração penal praticada por seus subalternos, sob pena de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, devido processo legal, bem como da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

ABDALLA, Gabriel Mendes. *A Teoria do Domínio do Fato: Evolução dogmática e principais características*. Jusbrasil. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<https://gabrielabdalla.jusbrasil.com.br/artigos/140774358/a-teoria-do-dominio-do-fato>>. Acesso em: 06 set. 2019.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato: incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras*. Revista eletrônica de direito penal & política criminal. 2013. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/46430/28970>>. Acesso em: 19. set. 2019.

ARARUNA, Rangel Bento. *A Teoria do Domínio do Fato e Sua Adoção no Brasil*. [2016?] 207 f. Monografia. Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará, [2016?].

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1979.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 14 set. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Penal n. 470/MG*. Relator, Ministro Joaquim Barbosa. Publicado no DJ de 22.04.2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/ap470.pdf>> Acesso em: 16 set. 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. *Direito penal simplificado: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DARIE, Marina. *O que aconteceu no escândalo do mensalão?*. Politize. 2018. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/mentacao-o-que-aconteceu/>>. Acesso em: 16 set. 2019.

ESTEFAM, André. *Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor E. *Direito Penal Esquemático: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRARI, Rafael. *O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal*. Revista Jus Navigandi. Teresina, 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21862/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-como-garantia-processual-penal>>. Acesso em: 14 set. 2019.

GHIRALDI, Janaina. *Teoria do domínio do fato e sua aplicação no julgamento da ação penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal*. Revista Jus Navigandi. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46502/teoria-do-dominio-do-fato-e-sua-aplicacao-no-julgamento-da-acao-penal-470-pelo-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 16 set. 2019.

GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2018.

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

MASSON, Cleber. *Código Penal comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORCELLI, Róger Augusto Fragata Tojeiro. *Teoria do domínio do fato*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/TeoriaDominio.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2019.

MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SANTOS, Iveraldo Bezerra Ferreira dos. *Princípios constitucionais do Processo Penal*. Revista Jus Navigandi. Teresina, 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25074/principios-constitucionais-do-processo-penal/1>>. Acesso em: 14 set. 2019.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

SILVA, Douglas Rodrigues da. *Entenda, de uma vez por todas, o que é a Teoria do Domínio do Fato*. Canal Ciências Criminais. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/teoria-do-dominio-do-fato/>>. Acesso em: 17. Set. 2019.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Domínio do fato e autoria em direito penal: critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial*. 2012. 26 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

SILVA, Victor Eduardo da Silva e. *A aplicação da teoria do domínio do fato no concurso de pessoas com base no estudo da ação penal número 470 do Supremo Tribunal Federal*. 2017. 53 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2017.

SOUTO, Rodrigo Ferreira Rodrigues. *Da aplicação da teoria do domínio do fato em face à deficiência do conjunto probatório na ação penal 470 julgada pelo pretório excelso*. 54 f. Monografia (Graduação em Direito) - Fundação Universidade Federal de Rondônia, Cacoal, 2015.

SOUZA, Artur; JAPIASSÚ, Carlos E. *Direito penal: volume único*. São Paulo: Atlas, 2018.

WELZEL, Hans. *Direito penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 14 set. 2019.