



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais – FAJS

CAROLINE ARAUJO LOPES

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: HARMONIZAÇÃO COM O DIREITO PENAL BRASILEIRO OU
CONSTRUÇÃO *AD HOC*.**

**Brasília
2013**

CAROLINE ARAUJO LOPES

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: HARMONIZAÇÃO COM O DIREITO PENAL BRASILEIRO OU
CONSTRUÇÃO *AD HOC*.**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Me. José Carlos Veloso
Filho.

**Brasília
2013**

Dedico este trabalho aos meus pais, às minhas irmãs e aos meus amigos, que sempre me incentivaram a estudar e me deram força para encarar todas as adversidades pelas quais passei.

Agradecimentos,

Primeiramente a Deus por mais esta conquista e por sempre me auxiliar nas minhas escolhas e propiciar oportunidades únicas; e a todos que me ajudaram nesta importante jornada.

Ao professor e mestre José Carlos Veloso Filho, que me direcionou e auxiliou desde o primeiro encontro no curso deste trabalho, possibilitando grande aprendizado e amadurecimento.

RESUMO

A presente monografia visa analisar se a adoção da Teoria do Domínio do Fato pelo Poder Judiciário brasileiro, e mais especificamente pelo Supremo Tribunal Federal, é legítima frente ao Código Penal atual, ou se seria uma inovação utilizada a depender do caso concreto (criação *ad hoc*). Tal análise se dá pelo estudo minucioso do instituto do Concurso de Pessoas dentro do Direito Penal, suas mais variadas teses, teorias e entendimentos; concomitantemente a isso, pela observação dos dispositivos do Código Penal que tratam do assunto; para ao final recorrer-se à análise jurisprudencial. Sendo certo que o Código Penal prevê o Concurso de Pessoas para situações em que existem dois ou mais agentes reunindo esforços para o cometimento de uma infração penal, verifica-se a adoção da Teoria Monista e da Teoria Restritiva de autoria (hipótese em que há diferenciação entre autor – somente quem realiza o núcleo do verbo – e partícipe). Nessa situação, o Código Penal prevê a cominação das penas “na medida de sua culpabilidade”. Entretanto, em detrimento das teorias usualmente adotadas, surgem, ao menos em tese, problemas quanto à identificação de quem seria autor e de quem seria partícipe (como nos casos de chefes de quadrilha, que, na maioria das vezes, não realizam nenhum verbo do tipo penal, mas, claramente, está além de uma mera participação). E é para solucionar este último caso que o judiciário brasileiro vem, desnecessariamente, recorrendo à Teoria do Domínio do Fato.

Palavras-chaves: Direito Penal. Concurso de Pessoas. Teoria do Domínio do Fato.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. DO CONCURSO DE PESSOAS	9
1.1 Introdução – Conceito, previsão e requisitos do concurso de pessoas	9
1.2 Teorias do concurso de pessoas	14
1.2.1 <i>Teoria monista (unitária ou igualitária)</i>	15
1.2.2 <i>Teoria dualista</i>	17
1.2.3 <i>Teoria pluralista</i>	17
1.3 Autoria	20
1.3.1 <i>Conceito restritivo de autor</i>	21
1.3.2 <i>Conceito extensivo de autor</i>	25
1.3.3 <i>Teoria do domínio do fato</i>	26
2. DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO	33
2.1 Da aplicação da Teoria do Domínio do Fato no Brasil	33
2.2 Os posicionamentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal quanto à teoria.	37
2.3 Harmonização ou criação <i>ad hoc</i> da teoria do domínio do fato no Supremo Tribunal Federal	44
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

Embora exista, naturalmente, uma maneira mais simples para a prática de um ilícito penal, é muito frequente notícias sobre ações conjuntas, envolvendo duas ou mais pessoas, com intuito de cometer crimes. Nessa esteira, é perceptível o aumento dessa categoria de criminalidade de forma cada vez mais organizada e complexa, principalmente no âmbito da política e da Administração Pública.

Nessas situações, quando acontecem práticas ilícitas e antijurídicas, as investigações têm mostrado que o grau de envolvimento está muito além daqueles que, de fato, realizaram o núcleo do tipo penal, o que faz surgir dúvidas e discussões a respeito de autoria; participação; maior ou menor grau de importância das condutas; presunções quanto ao envolvimento de determinado agente na empreitada criminosa; dentre outros pontos. Tudo, claro, influenciando, decisivamente, na cominação da pena e até mesmo na condenação ou absolvição dos agentes.

Assim sendo, do aparato jurídico, envolvendo doutrina e jurisprudência, nascem teses e teorias que objetivam solucionar eventuais dúvidas. E, no presente caso, se trará a discussão sobre a possibilidade, adequação e necessidade de adoção da Teoria do Domínio do Fato para fundamentar condenações e penas, maiores ou menores.

Para tanto, primeiramente se faz necessário analisar o instituto do Concurso de Pessoas desde seu início, de sua forma mais simples de aplicação, passando, então, pelas teorias mais importantes e mais questionadas; até chegar às mais modernas, que, muitas vezes, utilizam dois ou mais métodos para alcançar supostas soluções. Sendo visível, entretanto, que todas possuem defeitos e são alvos de críticas.

Passar-se-á, portanto, no capítulo 1 deste trabalho, pelo conceito de Concurso de Pessoas; seus postulados legais; requisitos; suas teorias quanto à quantidade de crimes (monista, dualista e pluralista); chegando, então, às teorias quanto à delimitação entre autoria e participação (restritiva, extensiva, e do domínio do fato). Logo após essa fase de conceituações doutrinárias, serão tratadas, no

capítulo 2, as análises jurisprudenciais, quando se chegará, finalmente, a possíveis conclusões.

Não obstante as conclusões e apurações, é inconteste a recorrente aplicação da Teoria do Domínio do Fato nas fundamentações de decisões judiciais nos tribunais de todo o país. Fato esse que ensejou uma onda de críticas e debates, principalmente quando do julgamento da AP 470 no Supremo Tribunal Federal, quando houve, ao menos em tese, uma interpretação errada da teoria para condenação de certo réu, ante uma suposta insuficiência de provas.

Enfim, sem mais delongas, se a referida aplicação é correta, ou não, é o que se tentará ver daqui em diante.

1. DO CONCURSO DE PESSOAS

Neste primeiro capítulo será tratado o instituto do Concurso de Pessoas de forma minuciosa: conceitos doutrinários, previsões legais, requisitos constitutivos, bem como as teorias existentes acerca do assunto. Ao final, será abordada, também minuciosamente, a teoria central do presente trabalho (Teoria do Domínio do Fato), o que permitirá um melhor estudo de jurisprudência no capítulo 2.

1.1 Introdução – Conceito, previsão e requisitos do concurso de pessoas

Existe, a princípio, uma forma mais simples, básica, de cometimento de um ato delituoso, a qual seria a intervenção de uma só pessoa para tal ação. Entretanto, frequentemente se verifica a união de dois ou mais indivíduos na prática delituosa, seja para garantir a execução, seja para assegurar o interesse de várias pessoas. A essa participação conjunta dá-se o nome de concurso de pessoas.¹

Concurso de pessoas é, portanto, uma cooperação entre dois ou mais indivíduos para o cometimento de um ilícito penal. E, como preleciona Guilherme de Souza Nucci, também pode se chamar, em sentido lato, coautoria, participação, concurso de delinquentes, concurso de agentes, dentre outros.²

Mirabete, por sua vez, ao conceituar o instituto em questão, destaca a voluntariedade e ciência na participação para o cometimento do ilícito. Em suas próprias palavras existe, “na hipótese, convergência de vontades para um fim comum, que é a realização do tipo penal (...)”³. Ademais, essa colaboração recíproca para cometimento de uma infração pode envolver tanto vários autores como envolver autores e partícipes, conforme Rogério Greco⁴.

Por esse motivo, a reforma penal de 1984 adotou o nome “concurso de pessoas” no lugar de “coautoria”, tendo em vista ser uma expressão mais abrangente. Dada alteração da legislação foi defendida por Fernando Capez, pois, assim como prelecionou Rogério Greco, os casos de concurso de agentes não se

¹ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 401.

² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 374.

³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do CP**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 1. p. 212.

⁴ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do CP**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v. 1. p. 427.

esgotam na coautoria, existindo, também, outra forma de concurso chamada de participação, como se verá mais adiante. Segundo ele, a “expressão adotada pela nova legislação, qual seja, ‘concurso de pessoas’, é bem mais adequada, pois abrange tanto a coautoria, que é apenas uma das espécies, quanto a participação”⁵.

A previsão legal do instituto está no código penal brasileiro, onde tem título próprio, com três artigos. Em síntese, o primeiro artigo (29) traz uma definição de concurso e a possibilidade de redução da pena quando da participação de menor importância ou quando o infrator quis participar de crime menos grave.

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).⁶

O artigo (30), a seu turno, estabelece a não comunicabilidade das circunstâncias ou condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime; e o artigo 31, por fim, prevê o caso de impunibilidade dado nos casos de ajuste, determinação ou instigação e auxílio, em que o crime sequer chega a ser tentado, salvo disposição legal expressa em contrário.

Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).⁷

Os crimes em geral classificam-se em monossubjetivos (também chamado de unissubjetivos) e plurissubjetivos. Em definição de Damásio de Jesus:

Monossubjetivos são aqueles que podem ser cometidos por um só sujeito. Plurissubjetivos são os que exigem pluralidade de agentes.

⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 360.

⁶ BRASIL. *Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2013.

⁷ BRASIL. *Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2013.

Assim, o homicídio é delito monossubjetivo, uma vez que pode ser praticado por uma só pessoa. A rixa, ao contrário, exige a participação de mais de duas pessoas.⁸

Assim sendo, a regra do código penal, quanto ao concurso de pessoas, aplica-se somente aos unissubjetivos quando são praticados por mais pessoas:

A regra trazida pelo art. 29 do Código Penal aplica-se, mormente, aos chamados crimes de concurso eventual (unissubjetivos), que são aqueles que podem ser cometidos por um único agente, mas que, eventualmente, são praticados por duas ou mais pessoas.⁹

Isso se dá porque um crime plurissubjetivo (ou de concurso necessário), nas exatas palavras de Guilherme de Souza Nucci, “exatamente porque exige mais de uma pessoa para sua configuração, não demanda a aplicação da norma de extensão do art. 29”. Acentua o autor que seus próprios tipos penais já trazem, para sua configuração, a exigência de dois ou mais agentes, no mínimo, como no caso de formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal). Assim, naquela primeira classificação, crimes unissubjetivos, quando duas ou mais pessoas concorrerem para o crime incidirão nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade¹⁰.

Pois bem, passada a conceituação do Concurso de Pessoas, colocam os doutrinadores a necessidade do preenchimento de certos requisitos para caracterizá-lo. Em uma tênue variação de nomenclatura entre um doutrinador e outro, Guilherme de Souza Nucci lista cinco requisitos: existência de dois ou mais agentes; relação de causalidade material entre as condutas e o resultado; vínculo de natureza psicológica ligando as condutas entre si; reconhecimento da prática da mesma infração para todos; e existência de fato punível¹¹.

A pluralidade de agentes é posto por Damásio de Jesus como “pluralidade de condutas”, e, de certa forma, percebe-se que acaba por definir o mesmo conceito:

⁸ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 401.

⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do CP. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v. 1. p. 427.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 376.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 380.

Na participação há agentes que praticam o núcleo do tipo e outros que, não cometendo atos preparatórios ou executórios (em princípio atípicos), contribuem para o desdobramento físico da série de causas do evento e respondem pelo fato típico em razão da norma de extensão.¹²

Assim como na conceituação de Fernando Capez:

Pluralidade de condutas: para que haja concurso de agentes, exigem-se, no mínimo duas condutas, quais sejam, duas principais, realizadas pelos autores (coautoria), ou uma principal e outra acessória, praticadas, respectivamente, por autor e partícipe. Da mesma forma que “uma andorinha não faz verão”, uma só conduta não caracteriza o concurso de pessoas.¹³

De mais a mais, Rogério Greco diz ser esse primeiro requisito indispensável, uma vez que o próprio nome do concurso indica a necessidade de duas ou mais pessoas¹⁴. Por sua vez, o requisito “relação de causalidade material entre as condutas e o resultado”, se equivale ao termo “relevância de condutas” para Damásio de Jesus; “relevância causal de cada conduta” para Rogério Greco; dentre outros termos utilizados por grandes juristas. Novamente, apesar da diferença de nomenclatura, convergem todos no mesmo sentido.

Afirma então Rogério Greco que o segundo requisito diz respeito à relevância causal de cada conduta praticada pelos agentes. Se, eventualmente, a conduta levada a efeito por um dos agentes não tiver importância para o crime, deve-se desconsiderá-la, distanciando, por conseguinte, seu agente. Para exemplificar, traz ele a seguinte hipótese:

A, com o firme propósito de causar a morte de **B**, pelo fato de não ter encontrado a sua arma, vai até a residência de **C** e, explicando-lhe o fato, pede-lhe o revólver emprestado. **C**, mesmo sabendo da intenção de **A**, empresta-lhe a arma. Antes de ir ao encontro de **B**, **A** resolve, mais uma vez, procurar a sua pistola, calibre 380, e, para sua surpresa, consegue achá-la. Assim, deixa de lado a arma que havia solicitado a **C** e, agora, com a sua pistola vai à procura de **B** e causa-lhe a morte. (...) embora tenha querido contribuir, a ausência de relevância de sua conduta fará com que não seja responsabilizado penalmente pelo resultado.¹⁵

¹² JESUS, Damásio E. de. **Direito penal:** parte geral. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1 .p. 416.

¹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 372.

¹⁴ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte geral: arts. 1º a 120 do CP. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v. 1. p. 428.

¹⁵ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte geral: arts. 1º a 120 do CP. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v. 1. p. 428.

Ainda quanto à relevância causal, alerta Damásio de Jesus que uma simples manifestação de adesão a uma prática delituosa não é participação, como no caso de A dizer que vai concorrer no homicídio de B contra C. Pois “a exteriorização do desígnio não foi seguida de uma conduta”. Ademias, não seria partícipe quem apenas aplaude a realização de um delito¹⁶.

O requisito “vínculo de natureza psicológica ligando as condutas entre si” é denominado pela maioria dos autores como “liame subjetivo” entre os agentes.

Optando-se aqui, então, pela definição de Fernando Capez, coloca-se que se não houver liame subjetivo entre os agentes, ou seja, se não tiverem os agentes agido de forma unida, cada qual responderá separadamente por sua conduta, caracterizando a chamada “autoria colateral”. Logo, é imprescindível a unidade de desígnios e não é admitida participação dolosa em crime culposo e vice-versa:

No caso, por exemplo, de um pai desalmado que coloca o filho menor no meio de uma auto-estrada, propiciando, com isso, que ele seja atropelado e morto, será considerado autor mediato de homicídio doloso e não partícipe de homicídio culposo, pois se serviu do condutor do automóvel que esmagou a criança como se fosse instrumento de sua atuação.¹⁷

No que concerne à homogeneidade do elemento subjetivo (dolo ou culpa), por último exemplificado, Damásio de Jesus resume em duas regras: não há participação dolosa em crime culposo e não há participação culposa em crime doloso, podendo ocorrer que o agente que seria partícipe não responda por nenhum crime. Cita o autor, como exemplo, o caso de uma empregada deixar, negligentemente, a porta da residência aberta, por onde penetra o ladrão e pratica um furto. “Acontece que, não havendo homogeneidade de elemento subjetivo, cada agente responde pelo crime cometido a título de dolo ou culpa. No caso aventado, não existindo furto *culposo*, o fato praticado pela empregada é atípico”.¹⁸

Apesar de indispensável que as vontades se encontrem para a produção do resultado, Fernando Capez adverte que não se exige prévio acordo entre os agentes, “bastando apenas que uma vontade adira à outra”. Dá ele o

¹⁶ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 416.

¹⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 372.

¹⁸ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 418.

exemplo de uma babá que abandona o infante em área de intensa criminalidade, com intuito de que ele seja morto. Ocorrendo o assassinato dessa criança, a babá será considerada partícipe do homicídio, sem que o assassino sequer saiba que foi ajudado por ela. Perceba-se que mesmo não havendo prévio acordo entre a babá e o assassino, suas vontades coincidiram (ambos desejaram a morte do menor), havendo, portanto, concurso de pessoas.¹⁹

Assim, somente em relação ao partícipe é necessário o elemento subjetivo da participação. Em exemplo semelhante, cite-se Damásio de Jesus: “A, sabendo que B vai matar C e desejando a morte deste, furta-lhe o revólver com o qual poderia defender-se”. A seria partícipe do homicídio, apesar de B desconhecer a sua ajuda. E Damásio vai além, diz que a participação pode até mesmo ser recusada pelo autor do crime.²⁰

Já o quarto requisito, diz, em suma, que, além de existir liame subjetivo entre os agentes, devem eles ter desejado praticar o mesmo crime. Nas palavras de Rogério Greco, “seus esforços devem convergir ao cometimento de determinada e escolhida infração penal”²¹.

Ao que parece, a maioria dos doutrinadores não listam o último requisito “existência de fato punível”, colocado por Guilherme de Souza Nucci. Nas palavras dele se “o crime não é mais punível, por atipicidade reconhecida, por exemplo, para um dos coautores, é lógico que abrange todos eles”²².

Por derradeiro, pequeno resumo de Rogério Greco reunindo os primeiros quatro requisitos em epígrafe:

Em síntese, somente quando duas ou mais pessoas, unidas pelo liame subjetivo, levarem a efeito condutas relevantes dirigidas ao cometimento de uma mesma infração penal é que poderemos falar em concurso de pessoas²³.

1.2 Teorias do concurso de pessoas

¹⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 373.

²⁰ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 417.

²¹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do CP. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v. 1. p. 428.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 380.

²³ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do CP. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v. 1. p. 429.

Tendo então dois ou mais indivíduos agido com liame subjetivo no intuito de cometer uma determinada infração penal, vem à tona a discussão sobre a quantidade de crimes teria havido, vez que cada qual praticou uma conduta diversa. Pergunta-se se na “co-delinquência, compreendidas a coautoria e a participação, há um ou vários crimes?”²⁴

Respondendo a essa dúvida, três principais teorias se formam. São elas: teoria unitária ou monista, teoria dualista e a teoria pluralista.

1.2.1 Teoria monista (unitária ou igualitária)

De acordo com Rogério Greco, afirma esta teoria que no concurso de pessoas existe somente um crime atribuído para todos aqueles que para ele concorreram, dentre eles autores e partícipes²⁵.

A respeito da teoria em questão, lição de José Flávio Braga:

É a mais tradicional e predomina entre os penalistas da Escola Clássica (...). Embasa sua estrutura na unidade do crime, não constituindo obstáculos a pluralidade de agentes e a diversidade de condutas. Tal delito será um único e igual para todos aqueles que dele participarem, sendo que cada conduta constitui parte integrante do evento delituoso. De tal forma não é necessário que todos os participantes cometam juntos o ato material descrito no tipo penal.²⁶

Partindo da sua conceituação, confirma Guilherme de Souza Nucci que o Código Penal Brasileiro a adota:

Havendo pluralidade de agentes, com diversidade de condutas, mas provocando-se apenas um resultado, há somente um delito. Nesse caso, portanto, todos os que tomam parte na infração penal cometem idêntico crime. É a teoria adotada, como regra, pelo Código Penal (Exposição de Motivos, item 25)²⁷.

E, assim como fez referência Guilherme de Souza Nucci, acima citado, na própria Exposição de Motivos do Código Penal atual, tem-se a indicação da teoria adotada:

²⁴ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 408.

²⁵ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do CP. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v. 1. p. 430.

²⁶ NASCIMENTO, José Flávio Braga. **Concurso de pessoas**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 49.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 374.

Ao reformular o Título IV, adotou-se a denominação “Do Concurso de Pessoas” decerto mais abrangente, já que a co-autoria não esgota as hipóteses do concursus delinquentium. O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monástica do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). Sem completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos críticos dessa teoria, ao optar, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação. Distinção, aliás, reclamada com eloqüência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas²⁸.

Porém, como se verá agora, para alguns autores a referida teoria não é adotada na sua forma original. Há, entretanto, divergências quanto a isso.

Como já visto, alguns doutrinadores defendem que o Código Penal Brasileiro adota somente a teoria unitária/monista, tendo em vista o conjunto de condutas consubstanciarem um só crime. Neste sentido está a própria conceituação supracitada de Guilherme de Souza Nucci e, também, a opinião de Fernando Capez:

O Código Penal adotou, como regra, a teoria unitária, também conhecida como monista, determinando que todos, co-autores e partícipes, respondam por um único delito. Neste passo, seu art. 29, *caput*, dispõe que: ‘quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade’. Todos aqueles que, na qualidade de co-autores ou partícipes, deram sua contribuição para o resultado típico devem por ele responder, vale dizer, todas as condutas se amoldam ao mesmo tipo legal²⁹.

Ao revés, há outros que defendem que se adota a teoria unitária e a teoria dualista de forma mitigada, uma vez que o Código diferencia autor e partícipe; repartição esta trazida, de fato, pela teoria dualista. Deste lado, palavras de Cezar Roberto Bitencourt:

Essa teoria não faz qualquer distinção entre autor e partícipe, instigação e cumplicidade (...). Embora o crime seja praticado por diversas pessoas, permanece único e indivisível. O crime é o resultado da conduta de cada um e de todos, indistintamente (...). A Reforma Penal de 1984 permanece acolhendo esta teoria. Procurou, contudo, atenuar os seus rigores distinguindo com precisão a punibilidade de autoria e participação. Estabeleceu alguns princípios disciplinando determinados *graus de participação*. Adotou, como regra, a teoria monística, determinando que todos os participantes de uma infração penal incidem nas sanções de um único e mesmo

²⁸ BRASIL. *Lei N° 7.209, de 11 de julho de 1984*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília, 1984. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=82614>>. Acesso em: 23 set. 2013.

²⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 367.

crime e, como exceção, a concepção dualista, mitigada, distinguindo a atuação de autores e partícipes.³⁰

1.2.2 Teoria dualista

José Flávio Braga Nascimento, em um contexto mais histórico e denominando-a como teoria dualística, conta que ela foi proposta por Vincenzo Manzini em seu *Trattato de Diritto Penale Italiano*, dividindo a participação em primária e secundária: “Para o grande mestre do direito italiano, existe um delito único para autores principais e outro idêntico para todos os partícipes – cúmplices”³¹.

Reiterando o disposto, Guilherme de Souza Nucci sem maiores delongas sobre a teoria, explica: “havendo pluralidade de agentes, com diversidade de condutas, causando um só resultado, deve-se separar os coautores, que praticam um delito, e os partícipes, que cometem outro”³².

Todavia, assim como divergiu quanto à teoria adotada pelo Código Penal atual, novamente Cezar Roberto Bitencourt leciona diferentemente a respeito da teoria dualista. Segundo ele, para essa teoria há dois crimes:

um para os autores, aqueles que realizam a atividade principal, a conduta típica emoldurada no ordenamento positivo, e outro para os partícipes, aqueles que desenvolvem uma atividade secundária, que não realizam a conduta nuclear descrita no tipo penal. Assim, os *partícipes* se integram ao plano criminoso, porém, não desenvolvem um comportamento central, executivamente típico. Contudo, apesar desta concepção dupla, o crime continua sendo um só e, muitas vezes, a ação daquele que realiza a atividade típica é menos importante que a do partícipe.³³

1.2.3 Teoria pluralista

A última das teorias também é chamada de “cumplicidade do delito distinto”, “delito de concurso” ou “autonomia da cumplicidade”, isso porque, segundo ela, o Concurso de Pessoas se trata de vários delitos ligados por uma relação de causalidade. Dessa forma, em havendo pluralidade de agentes, com diversidade de

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 8 ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 379.

³¹ NASCIMENTO, José Flávio Braga. **Concurso de pessoas**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 50.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 374.

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 8 ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 379.

condutas, ainda que provocando um só resultado, cada agente responderia por um delito distinto, de acordo com a conduta que cometera.³⁴

À vista disso, de acordo com Cezar Roberto Bitencourt, a cada participante corresponderia uma conduta própria, um elemento psicológico próprio e um resultado também particular. Existiriam, por consequência, tantos crimes quantos forem os participantes do fato delituoso. Para ele, no entanto, a teoria se torna improcedente:

Contudo, essa ideia era insustentável, já que o título do crime que se pune é o do tipo especificamente violado e não uma suposta figura particular para cada um (...). O resultado produzido também é um só. Na verdade, a participação de cada concorrente não constitui atividade autônoma, mas converge para uma ação única, com objetivos e resultados comuns. Esta é uma teoria subjetiva, ao contrário da monística que é objetiva.³⁵

Não obstante as críticas quanto à inaplicabilidade de tal teoria, o Código Penal atual a adota em casos específicos, tipificando separadamente condutas tidas para a prática de um único propósito. Segundo Guilherme de Sousa Nucci, é o caso do crime de aborto em que “a gestante que permita a prática do aborto em si mesma responda como incurso no art. 124 do Código Penal, enquanto o agente provocador do aborto, em lugar de ser coautor dessa infração, responda como incurso no art. 126”.³⁶

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54):
Pena - detenção, de um a três anos.³⁷

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54):
Pena - reclusão, de um a quatro anos.³⁸

Os autores ainda indicam outros crimes em que a teoria pluralística é adotada. São eles:

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 374.

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 8 ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 379.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 374.

³⁷ BRASIL. *Decreto-Lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2013.

³⁸ BRASIL. *Decreto-Lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2013.

Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003).³⁹

Corrupção ativa

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003).⁴⁰

Da mesma forma, em exemplos de Damásio de Jesus, o agente casado que contrai novo casamento responde por bigamia (artigo 235, *caput*), mas a mulher que contrai matrimônio com ele, conhecendo as circunstâncias impeditivas, ao invés de responder como coautora, incide especificamente num outro tipo penal, qual seja o parágrafo 1º do artigo 235, do Código Penal.⁴¹

Bigamia

Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

§ 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.⁴²

E, por fim, o crime de falso testemunho e corrupção de testemunha, também citado por Damásio de Jesus⁴³:

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001)

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.⁴⁴

³⁹ BRASIL. *Decreto-Lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2013.

⁴⁰ BRASIL. *Decreto-Lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2013.

⁴¹ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 409.

⁴² BRASIL. *Decreto-Lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2013.

⁴³ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 409.

⁴⁴ BRASIL. *Decreto-Lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2013.

Art. 343. Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação: (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001)

Pena - reclusão, de três a quatro anos, e multa.(Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001).⁴⁵

Parágrafo único. As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta. (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001).⁴⁶

Partindo do já disposto e do que disciplina a lei penal brasileira ao regular os crimes supracitados, percebe-se que quando se adota a teoria pluralista há na verdade uma supressão do próprio Concurso de Pessoas, ou melhor, à ação praticada não é mais aplicado a norma de extensão do Concurso de Pessoas. Só existe, na verdade, a simultaneidade de vários crimes. Assinala isso, José Flávio Braga Nascimento:

É uma teoria que leva à extinção o instituto da co-delinquência, face a só existir uma concomitância de vários crimes diversos e independentes. Foi seguida na Itália por **Massari**, que dissertando a respeito do tema pluralidade de crimes, entende que, ao invés de *concorso nel reato*, dever-se-ia falar em *reato di concorso*.⁴⁷

1.3 Autoria

Da simples leitura do código e do entendimento da teoria que é adotada hoje, percebe-se que há, de fato, separação entre autor e partícipe influenciando, principalmente, na cominação da pena. Mas o ponto principal deste estudo está na definição e delimitação de quem seria esse autor e de quem seria esse partícipe e na consequente incidência de pena proporcional à participação de cada agente.

De acordo com Guilherme de Sousa Nucci, coube primeiramente à doutrina fazer essa distinção entre coautoria e participação, uma vez que o Código

⁴⁵ BRASIL. *Decreto-Lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2013.

⁴⁶ BRASIL. *Decreto-Lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2013.

⁴⁷ NASCIMENTO, José Flávio Braga. **Concurso de pessoas**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 51.

Penal de 1940 equiparava os vários agentes do crime, podendo o juiz aplicar a mesma pena a todos. Em sequência, porém, veio a Reforma Penal de 1984 reconhecendo que a distinção feita até então somente pela doutrina era correta e fazendo a mudança ao que hoje é aplicado, conforme dito logo acima.⁴⁸

Retomando, feita a distinção, faz-se necessário definir quem é autor e quem é partícipe, pois o Código Penal não traz o conceito, ficando, mais uma vez, a cargo dos doutrinadores. Assim sendo, surgiram definições restritas, outras mais abrangentes e outras conciliatórias, evidenciando que tal tema não é pacífico.⁴⁹

Para Rogério Greco, antes de se passar a definir conceitos de autoria e participação para o Direito Penal, deve-se atentar que, na verdade, autoria e participação são conceitos imanentes ao homem, existindo antes mesmo de qualquer definição jurídica. E a partir desse conceito que acompanha a natureza do homem, é possível chegar a teorias que chamaram para si a responsabilidade de, juridicamente, identificar as figuras de autor e partícipe.⁵⁰

Para tanto, os doutrinadores, em geral, listam três teorias: teoria restritiva, teoria extensiva e teoria do domínio do fato.

1.3.1 Conceito restritivo de autor

Consoante esta teoria, autor é somente aquele que realiza a conduta típica expressa na lei, realizando o núcleo do tipo. Neste sentido, nem todo aquele que concorre para uma causa realiza o tipo penal, sendo que as espécies de participação, instigação e cumplicidade, serão, com essa definição, “causas de extensão de punibilidade”, já que por não integrarem a figura típica caracterizariam comportamentos impuníveis.⁵¹

Depreende-se, portanto, que a teoria restritiva faz diferenciação entre autor e partícipe. Nas expressas palavras de Fernando Capez, a “autoria não decorre da mera causação do resultado, pois não é qualquer contribuição para o

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 375.

⁴⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do CP**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v. 1. p. 474.

⁵⁰ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do CP**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v. 1. p. 475.

⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 8 ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 384.

desfecho típico que pode enquadrar-se nesse conceito”. Logo, existe o autor que realiza o núcleo do tipo e os demais agentes seriam meros partícipes, apesar de contribuírem para o resultado.⁵²

O Código Penal Brasileiro, segundo Damásio de Jesus, adota a teoria restritiva, pelo mesmo motivo que adota a teoria unitária: fazem distinção entre autor e partícipe. Destaca ele, como identificador da teoria, que o artigo 62, III, Código Penal, além do artigo 29 já amplamente debatido, traz tal diferença, agravando a pena em relação ao agente que “executa o crime ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa”. Posto isso, conclui ele, por meio do próprio código, que “quem executa o crime é autor; quem induz, instiga ou auxilia, considera-se partícipe, desde que não tenha o domínio do fato”. Porém, alerta Damásio de Jesus, isso “não resolve certos problemas, como o da autoria mediata, em que o sujeito vale-se de outrem para cometer o delito”. Referido problema seria resolvido com a teoria do domínio do fato, teoria tal objeto central deste estudo e que será mais a frente abordada.⁵³

Ademais, os autores que tratam do tema ainda apontam a necessidade de uma divisão dentro da própria teoria restritiva: a teoria objetivo-formal e a teoria objetivo-material. É como aduz Rogério Greco:

(...) se a realização da ação típica já significa objetivamente algo distinto ao seu favorecimento, deduz-se por si só que 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*.⁵⁴

Para Cezar Roberto Bitencourt, a teoria objetivo-formal, embora sem negar a importância do elemento causal, destaca as “características exteriores do agir”, ou seja, a conformidade da ação com a descrição do tipo penal na lei. Atentar-se-ia esta teoria à literalidade da lei, caracterizando-se como autor aquele cujo comportamento se amolda perfeitamente ao círculo abrangido pela descrição típica e, como partícipe “aquele que produz qualquer outra contribuição causal ao fato”.⁵⁵

⁵² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 362.

⁵³ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 404.

⁵⁴ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do CP. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v. 1, p. 475.

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 8 ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 384.

Assim sendo, para a teoria restritiva objetiva-formal autor é quem realiza a conduta principal (aquela descrita em lei) e partícipe é aquele que, sem realizar tal conduta principal, concorre para o resultado. Nessa linha, Fernando Capez conclui que o mandante do crime não pode ser considerado autor, tendo em vista não ter lhe competido todos os atos de execução do tipo. Para aprofundamento do tema, suas próprias palavras:

(...) o mandante de um crime não é considerado seu autor, visto que não lhe competiram os atos de execução do núcleo do tipo (quem manda matar não mata; logo não realiza o tipo do verbo). Igualmente, o chamado 'autor intelectual', ou seja, aquele que planeja toda a empreitada delituosa, não é autor, mas partícipe, na medida em que não executa materialmente a conduta típica.⁵⁶

Por outro lado, mas ainda de acordo com o mesmo entendimento, ainda segundo o mesmo autor, Fernando Capez, verifica-se que se um agente segura a vítima enquanto outro mantém com ela conjunção carnal, ambos são considerados autores do estupro, isso porque a figura típica do artigo 213 do Código Penal tem como núcleo a conduta de "constranger" e não a de "manter" conjunção carnal.⁵⁷

A teoria restritiva objetiva-material veio, ou ao menos tentou, suprir os defeitos da objetiva-formal considerando a maior importância objetiva da participação do autor em relação à contribuição do partícipe, pois, de acordo com Cezar Roberto Bitencourt, nem sempre os tipos penais descrevem precisamente o "injusto da ação", impossibilitando a distinção entre autoria e participação, principalmente nos crimes de resultado.⁵⁸

Contudo, a desconsideração do aspecto subjetivo e a dificuldade de diferenciar, na prática, causas mais ou menos importantes, motivou a doutrina a deixar tal teoria de lado, como, por exemplo, a doutrina alemã, que adotou, por conseguinte, a teoria restritiva de autor, sob o critério da objetivo-formal.⁵⁹

Para Guilherme de Sousa Nucci, não fosse a norma de extensão do artigo 29, Código Penal, o partícipe ficaria impune segundo a teoria restritiva, pois

⁵⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 362.

⁵⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 362.

⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 8 ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 385.

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 8 ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 385.

autor seria o agente que realiza o núcleo do tipo e partícipe seria aquele que comete ações fora do tipo.⁶⁰

Tendo em vista, portanto, que para dada teoria autor é somente aquele que realiza o núcleo do tipo penal, excluindo-se os mandantes, uma ideia de injustiça salta aos olhos. Por este motivo críticas vêm dos autores, colocando Fernando Capez como a principal delas a de que não só o verbo do tipo pode ser considerado conduta principal, o que o torna insatisfatório na solução de determinados casos concretos. Questiona ele, por conseguinte, se seria admissível considerar como simples participante um chefe de quadrilha de traficantes de tóxicos que tem o comando e controle de todos que atuam na operação criminosa, somente porque ele não realiza nenhuma conduta típica; e se seria razoável qualificar como partícipe quem se serviu de um menor inimputável para a execução material de fato típico.⁶¹

Na mesma linha aponta Rogério Greco para as dificuldades do conceito restritivo de autor, aduzindo:

A teoria objetiva, de acordo com o conceito restritivo de autor, encontrou-se em sérias dificuldades no que dizia respeito à chamada autoria mediata. Imaginemos o seguinte exemplo: um médico, querendo causar a morte de seu inimigo que se encontrava internado no hospital no qual aquele exercia suas funções, determina a uma enfermeira que nele aplique uma injeção, por ele preparada, contendo veneno letal. A enfermeira, atendendo ao pedido levado a efeito pelo médico, aplica a injeção e causa a morte do paciente. Como se percebe, o médico não realizou a conduta descrita no núcleo do tipo penal do art. 121 do Código Pena. Na verdade, quem matou alguém, por erro determinado por terceiro, foi a enfermeira. Como o médico não praticou a conduta narrada pelo verbo do tipo, pela teoria objetiva não poderia ele ser considerado autor. Tal conclusão, sem muito esforço, não parece ser a melhor.⁶²

Embora sejam considerações importantes, Fernando Capez não deixa de afirmar que o critério objetivo-formal traz segurança jurídica e se sustenta no princípio da reserva legal:

Pesem embora tais críticas, o critério oferece segurança jurídica e está arrimado na reserva legal. A conduta principal é aquela definida no tipo, ao qual o comportamento do agente no caso concreto deve

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 375.

⁶¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 363.

⁶² GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do CP. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v. 1. p. 476.

se ajustar, e o que está definido no tipo é o verbo; logo, este é, por vontade da lei, o núcleo da ação principal.⁶³

E, por fim, no mesmo sentido e rebatendo as críticas, Guilherme de Sousa Nucci conclui que a teoria restritiva objetiva-formal é a melhor das opções:

Em nossa visão, melhor é a teoria objetivo-formal, ou seja, coautor é aquele que pratica, de algum modo, a figura típica, enquanto ao partícipe fica reservada a posição de auxílio material ou suporte moral (onde se inclui o induzimento, a instigação ou o comando) para a concretização do crime. Consegue-se, com isso, uma clara visão entre dois agentes distintos na realização do tipo penal – o que ingressa no modelo legal de conduta proibida e o que o apoia, de fora, a sua materialização -, proporcionando uma melhor análise da culpabilidade.⁶⁴

1.3.2 Conceito extensivo de autor

O conceito extensivo de autor, por óbvio, é totalmente contrário ao conceito restritivo. Por este conceito ter como partida a “teoria da equivalência das condições”, não faz ele distinção entre autor e partícipe, tendo, então, que todos aqueles que participaram de alguma forma da prática do fato são considerados autores.⁶⁵

Contribuindo, Cezar Roberto Bitencourt leciona que aqui não se distingue a importância da contribuição causal de uns e outros, o que iguala instigadores, cúmplices e autores.⁶⁶

Partindo do exposto, se autoria e participação não podem ser diferenciados objetivamente, porque são equivalentes do ponto de vista causal, somente resta buscar a distinção segundo um critério *subjetivo*. Por essa razão, o conceito extensivo de autor se identifica com a teoria subjetiva da participação.⁶⁷

Assim, também, ensina Cezar Roberto Bitencourt:

Objetivamente, (...) não há distinção entre autoria e participação, ante a equivalência das condições. Essa distinção, contudo, que a lei reconhece e que está na realidade das coisas, deve ser buscada

⁶³ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 363.

⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 376.

⁶⁵ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do CP. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v. 1. p. 477.

⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 8 ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 385.

⁶⁷ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do CP. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v. 1. p. 477.

através de um *critério subjetivo*. Por isso, a teoria “extensiva de autor” vem unida à *teoria subjetiva da participação*, que seria um complemento necessário daquela.⁶⁸

Para Rogério Greco, a teoria subjetiva procura, portanto, traçar um critério de distinção entre autores e partícipes, valorando, para isso, o elemento anímico entre os agentes. Existiria uma vontade de ser autor (quando o agente quer o fato como próprio) e uma vontade de ser partícipe (quando o agente deseja o fato como alheio).⁶⁹

Corroborando, autor seria quem realiza uma contribuição causal para o fato, não importando o conteúdo, com *animus* de autor, e partícipe seria quem possui somente “vontade de partícipe”.⁷⁰

Passada a fase de conceituação desta teoria, salta aos olhos, porém, a insegurança trazida por ela. É como pondera Juarez Cirino dos Santos:

A crítica aponta dois problemas principais da teoria subjetiva de autor: critérios baseados em fenômenos psíquicos (intelectuais ou emocionais), como *vontade* ou *ânimo* de autor ou de partícipe, não são determináveis diretamente e, portanto, são imprecisos (...).⁷¹

1.3.3 Teoria do domínio do fato

Dentro de “autoria”, tem-se, finalmente, a teoria do domínio do fato, objeto central do presente estudo. Ela foi trazida ao instituto do concurso de pessoas juntamente com o “finalismo” em 1939 por Hans Welzel, sendo atualmente adotada por vários doutrinadores, tais como Roxin, Jescheck, Gallas, Stratenwerth, Maurach, Wessels, Blei, Muñoz Conde, Córdoba Roda, Zaffaroni, Cezar Roberto Bitencourt, Luiz Flávio Gomes, Luiz Régis Prado, dentre outros⁷².

Em obra conjunta, Fernando Capez e Edilson Mougenot traçam, em apertada síntese, como a teoria se desenvolveu, apontando para a importante participação do jurista Claus Roxin (nome bastante citado atualmente acerca da discussão sobre o tema):

⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 8 ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 385.

⁶⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do CP. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v. 1. p. 477.

⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 8 ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 386.

⁷¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. rev., atual. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 345.

⁷² JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 403.

Foram os juristas alemães que sistematizaram a teoria do domínio do fato, também chamada de objetivo-subjetiva, e objetiva-final. Embora criada por Hans Welzel em 1939, foi, depois, desenvolvida em 1967 por Claus Roxin, na obra *Taterschaft und tatherrschaft*, tendo, então, inspiração finalista.⁷³

Ao criá-la, partiu Hans Welzel da tese restritiva (vez que há, sim, a diferenciação entre autor e partícipe) empregando, para tanto, um critério objetivo-subjetivo: “autor é quem tem o controle final do fato, domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstâncias (“se”, “quando”, “onde”, “como” etc)”.⁷⁴

Cezar Roberto Bitencourt, ao introduzir a teoria do domínio do fato, a define como “uma elaboração superior às teorias até então conhecidas, que distingue com clareza *autor* e *executor*”, admitindo para isso, ao contrário das outras (extensiva e restritiva) já estudadas, a figura do “autor mediato”⁷⁵.

Acerca desse aspecto “solucionador” da teoria do domínio do fato, também lecionam, novamente, Fernando Capez e Edilson Mougenot. Dizem eles que, por juntar aspectos objetivos e subjetivos, a teoria em questão é capaz de definir os diversos tipos de execução ou de contribuição para a realização do ilícito penal, sem, contudo, esbarrar em contradições e problemas das teorias restritivas e extensivas⁷⁶.

Portanto, neste ponto (problemática quanto à “autoria mediata”, sob o critério das demais teorias já abordadas), é importante lembrar que para aqueles que adotam a teoria restritiva de autoria, não existem dúvidas em reconhecer como autor aquele que venha a executar a conduta descrita no tipo legal. Entretanto, como já colocado outras vezes, pode acontecer, por exemplo, que o agente, não sendo o autor executor, seja a “cabeça do grupo” (aquele que traça todos os planos). A teoria do domínio do fato conseguirá, então, resolver situações como essa, e o fará por meio de argumentos das teorias objetiva e subjetiva.⁷⁷

⁷³ BONFIN, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito penal:** parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 602.

⁷⁴ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal:** parte geral. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 403.

⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 18 ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 549.

⁷⁶ BONFIN, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito penal:** parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 603.

⁷⁷ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte geral: arts. 1º a 120 do CP. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v. 1. p. 479.

E é por este motivo que ela é denominada “objetiva-subjetiva”, pois não é puramente objetiva nem puramente subjetiva, mas sim “mista”. Logo, tem-se que, embora o domínio do fato pressuponha um controle final (característica subjetiva), não se requer, somente, a finalidade, como também uma posição objetiva que determine o “efetivo domínio do fato”.⁷⁸

Integra-se, assim, o critério objetivo da teoria restritiva de autoria (vinculando o conceito de autor ao tipo legal), com o critério subjetivo da teoria extensiva (que tem a “vontade” como fonte do tipo de injusto). São esse os ensinamentos conclusivos de Juarez Cirino dos Santos:

A teoria do *domínio do fato* – hoje dominante na dogmática penal – integra o critério **objetivo** do conceito *restritivo* de autor (...) com o critério **subjetivo** da teoria subjetiva (...), mas supera os limites de ambas as teorias porque considera a ação na sua estrutura subjetiva e objetiva, pressuposta no *controle* do tipo de injusto e necessária para mostrar o fato como *obra* do autor: subjetivamente, o **projeto** de realização (a vontade criadora) do tipo de injusto; objetivamente, a (magnitude das contribuições para) **realização** do projeto de tipo de injusto.⁷⁹

Assim sendo, autor é quem tem poder de decisão sobre a realização do fato. Porém, não é só quem executa, mas também aquele que se utiliza de outrem para a execução da infração. Nas palavras do próprio criador, Hans Welzel, “a conformação do fato mediante a vontade de realização que dirige de forma planificada é o que transforma o autor em senhor do fato”⁸⁰.

No mesmo sentido, leia-se explicação 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 da sua conduta, pode deixar de lado a empreitada criminoso.⁸¹

Com efeito, posto que autor é aquele que detém o controle final do fato, com poderes para decidir sobre sua prática, interrupção e circunstâncias, não

⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 18 ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 549.

⁷⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. rev., atual. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 346.

⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 18 ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 549.

⁸¹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do CP. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v. 1. p. 478.

se importaria, conseqüentemente, se o agente pratica ou não o verbo descrito no tipo legal, pois o que se exige é controle de todos os atos.⁸²

Entretanto, quanto ao poder de decidir sobre a interrupção do fato, convém ponderar que não é necessário que o agente deva ter o poder de evitar a prática da infração penal a qualquer custo, mas sim que deva ter o domínio funcional com relação à parte do plano que lhe foi atribuída.⁸³

Ademais, cumpre também notar que a teoria do domínio do fato se limita aos delitos dolosos, pois somente nestes se verifica o domínio final do fato típico. Já nos delitos culposos, observa-se, facilmente, exatamente o oposto: a perda do domínio⁸⁴.

É como aduz Damásio de Jesus:

A teoria do domínio do fato só é aplicável aos crimes dolosos, sejam materiais, formais ou de mera conduta. Nos culposos, inexistente distinção entre autoria e participação: é autor todo aquele que, mediante qualquer conduta, produz um resultado típico, deixando de observar o cuidado objetivo necessário.⁸⁵

Passada a fase de conceituação e caracterização da teoria do domínio do fato, para melhor compreensão antes de do desfecho quanto à aplicação dela no Brasil, faz-se necessário concluir, enunciar as conseqüências de sua adoção e, por derradeiro, ater-se às, sempre necessárias, críticas.

Neste quesito, Cezar Roberto Bitencourt aponta como conseqüências da teoria do domínio do fato: 1) “a realização pessoal e plenamente responsável de todos os elementos do tipo fundamentam sempre a autoria”; 2) é autor quem utiliza outra pessoa como instrumento para executar o fato (autoria mediata); 3) é autor o coautor que realiza uma parte necessária do plano global, mesmo que não seja um ato típico (domínio funcional do fato).⁸⁶

Juarez Cirino dos Santos, por sua vez, ao concluir, sintetiza que esta teoria é adequada para definir todas as possíveis formas de realização ou de contribuição do tipo penal, quais sejam: autoria e participação. Sendo que autoria

⁸² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 363.

⁸³ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do CP. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v. 1. p. 479.

⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 18 ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 550.

⁸⁵ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 404.

⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 18 ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 549.

abrangeria: 1) a autoria direta (realização pessoal), 2) a autoria mediata (utilização de outrem como instrumento) e 3) a autoria coletiva (decisão comum e realização comum do tipo de injusto); e participação seria a contribuição acessória dolosa em fato principal doloso de outra pessoa, sob as formas de 1) *instigação*, “como determinação dolosa a fato principal doloso de outrem”, e 2) *cumplicidade*, “como ajuda dolosa a fato principal doloso de outrem”.

Já Damásio de Jesus, a partir dos conceitos da referida teoria, conclui que a autoria é dividida em 1) “autoria propriamente dita (autoria direta individual e imediata)”; 2) autoria intelectual; 3) autoria mediata; e 4) coautoria (reunião de autorias).

Na primeira, autoria propriamente dita, o autor e executor realiza materialmente a conduta típica, agindo sozinho. Na segunda, autoria intelectual, o sujeito “planeja a ação delituosa, constituindo o crime produto de sua criatividade”. É onde entra a famosa situação do presente estudo e exemplificado por Damásio de Jesus: “caso do chefe de quadrilha que, sem efetuar comportamento típico, planeja e decide a ação conjunta”⁸⁷.

Em relação à autoria mediata, Damásio de Jesus traz o famoso termo “sujeito de trás”, que é aquele que se serve de outrem, como instrumento, para realização do crime:

Ele possui o domínio da vontade do executor, chamado de “instrumento”. Exs.: o hipnotizador sugere ao hipnotizado a prática de um delito; o sujeito constrange alguém, mediante grave ameaça, a assinar um documento falso. Nesses casos, não há participação uma vez que o autor mediato tem o domínio do comportamento e da vontade de seu executor material. É autor.⁸⁸

Já na quarta forma de autoria (coautoria), o agente realiza o verbo típico ou concretiza parte da descrição do crime, ainda que não seja típica, mas desde que “esteja abarcada pela vontade comum de cometimento do fato”:

Cada um dos integrantes possui o domínio da realização do fato conjuntamente com outro ou outros autores, com os quais tem plano comum de distribuição de atividades. Há divisão de tarefas, de maneira que o crime constitui consequência das condutas repartidas, produto final da vontade comum. E nenhum deles é simplesmente instrumento dos outros.⁸⁹

⁸⁷ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 405.

⁸⁸ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 406.

⁸⁹ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 406.

Por fim, a quarta forma, coautoria, ainda é dividida em *direta* (várias pessoas agredem a vítima, por exemplo) e *parcial* ou *funcional*. Nessa última, é onde entra o “domínio funcional do fato”, termo já utilizado neste estudo, em que há repartição de funções, sendo que “a conduta de cada um dos autores seja de tal modo necessária que sem ela o crime não seria cometido (e repita-se: mesmo que determinado ato não seja, *per si*, lícito). Caso contrário, há participação”.⁹⁰

Conforme programação acima proposta, passa-se, neste momento, às críticas da doutrina brasileira no tocante à teoria do domínio do fato.

Não obstante a quantidade de juristas que a adotam ou que nela veem a solução para casos cotidianos (tais como a autoria mediata, autoria intelectual e chefes de quadrilha), são inúmeras as críticas quanto à sua utilização no Direito.

Fernando Capez, por exemplo, ao criticá-la, aponta sobre a questão de ela ser aplicável somente aos crimes dolosos. Assim, esta teoria “não explica satisfatoriamente o concurso de agentes no crime culposos”, pela razão de que neste delito o agente não quer o resultado, logo, não tem o domínio sobre algo que não deseja. Segundo ele, somente o critério formal objetivo pode, com exatidão, “aplicar a participação ao delito culposos. Assim, será autor aquele que realiza o verbo do tipo culposamente (...) e partícipe, o que tiver concorrido com culpa (...)”.⁹¹

Como se vê, o autor refuta a teoria do domínio do fato, mostrando sua predileção pela teoria restritiva e, dentro dela, pelo critério formal-objetivo, não obstante seus defeitos:

A posição mais correta é a restritiva (...) ainda que padecendo de certas deficiências, é o que mais respeita o princípio da reserva-legal. Com efeito, conduta principal não é aquela que o operador do direito acha que é relevante, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto. Conduta principal é aquela que o tipo elegeu para descrever como crime.⁹²

De mais a mais, ainda de acordo com o mesmo jurista, a realização do verbo da conduta típica como ação considerada principal é opção político-criminal, devendo as demais (autoria intelectual, a conduta de mandante etc) serem consideradas acessórias e, conseqüentemente, modalidades de participação.⁹³

⁹⁰ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 407.

⁹¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 365.

⁹² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 365.

⁹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 365.

Outra crítica parte de Guilherme de Sousa Nucci. Segundo ele, a teoria do domínio do fato só faz sentido para aquelas legislações que adotam nítida distinção entre autor e partícipe, obrigando o juiz a aplicar pena menor para quem for considerado partícipe, o que não é o caso do Brasil:

É certo que o juiz pode aplicar penas iguais ao coautor e ao partícipe, bem como pode infligir pena mais severa ao partícipe, desde que seja recomendável. Exemplo disso é o partícipe que atua como mentor do delito, organizando a atividade dos executores: merece maior sanção penal, “na medida da sua culpabilidade”, como estipula o art. 29 do Código Penal.⁹⁴

Percebe-se, desde logo, sua preferência, também, pela teoria objetivo-formal, considerando autor aquele que pratica a figura típica, enquanto partícipe é o que tem posição de auxílio material ou suporte moral (induzimento, instigação e comando).⁹⁵

⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 376.

⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 375.

2. DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Esgotada a fase de conceituação e caracterização da Teoria do Domínio do fato, e antes de se adentrar no mérito sobre a harmonização, ou não, dela com o Direito Penal Brasileiro, não se pode negar que, independentemente de opinião doutrinária, de fato, tal teoria vem sendo, ao menos em tese, amplamente aplicada pelo poder judiciário no Brasil. É o que consta da vasta jurisprudência dos tribunais do país e até mesmo do Supremo Tribunal Federal, conforme será explicitado a seguir.

2.1 Da aplicação da Teoria do Domínio do Fato no Brasil

Facilmente se constata que em todos os tribunais do Brasil, sem exceção, a Teoria do Domínio do Fato já foi aplicada em ações penais. A título de exemplo, e para melhor sedimentar o que até agora foi descrito, declina-se jurisprudência que atine ao assunto.

O primeiro exemplo é do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. No caso, trata-se de ação penal proposta em virtude de um furto qualificado e, no que tange ao assunto, há alegação de participação de menor importância para o agente que “apenas” aguardou o executor do tipo penal no carro, permitindo-lhe a fuga. Veja-se:

FURTO QUALIFICADO MEDIANTE CONCURSO DE DUAS PESSOAS - ALEGAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA.

1. A participação de menor importância é aquela que tem aplicação quando a conduta do partícipe demonstra leve eficiência causal.
2. Há relevância causal significativa, quando o réu fica na situação de garante e na posição de quem se presta não só a levar o outro agente à cena do crime, mas também a de lhe permitir, com a fuga, a consumação e o próprio exaurimento do crime.
3. A propósito, vem ganhando primazia nos Tribunais a Teoria do Domínio do Fato, idealizada por Claus Roxin, que considera também co-autor o agente que participa de um plano adrede preparado, com divisão de tarefas, influenciando, decisivamente, com a sua conduta, no resultado final do ilícito.

(TJDFT. Acórdão n.263008, 20020110414487APR, Relator: EDSON ALFREDO SMANIOTTO, Revisor: LECIR MANOEL DA LUZ, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 30/10/2006, Publicado no DJU SECAO 3: 28/02/2007. Pág.: 120. **Grifo nosso**)⁹⁶.

⁹⁶ BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Ação Penal com Revisão nº 20020110414487**. Primeira Turma Criminal. Relator: Edson Alfredo Smaniotto. Brasília, 30 de outubro

Como se vê, para refutar tal alegação da defesa, o magistrado defende a conduta do agente como relevante para o crime e, em seguida, traz a Teoria do Domínio do Fato para justificar a conduta do agente como autoria.

Veja-se outro julgado, também do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em que houve utilização da teoria e a consequente caracterização dos agentes como coautores em virtude do domínio do fato que ambos possuíam:

PENAL. CONCURSO DE AGENTES. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. INOCORRÊNCIA. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. IGUALDADE DE FUNDAMENTAÇÃO.

Constatada a atuação de ambos os réus com pleno domínio do fato, dividindo as tarefas na fase da execução do crime, não há que se falar em participação de menor importância, que justifique a imposição de pena-base diferenciada, mormente quando a fundamentação desta foi única para os réus.

(TJDFT. Acórdão n.112725, APR1917898, Relator: Desembargador não cadastrado, Revisor: NATANAEL CAETANO, Órgão não cadastrado, Data de Julgamento: 12/11/1998, Publicado no DJU SECAO 3: 05/05/1999. Pág.: 35)⁹⁷.

O mesmo ocorreu no Tribunal de Justiça de São Paulo. No caso, o magistrado adverte para a dominância da Teoria do Domínio do Fato na literatura jurídica penal e na esfera dos tribunais, e, assim, aplica a teoria ao caso. Observa-se, entretanto, que o relator do voto não aplica a teoria para caracterização do agente como coautor, mas sim o faz para fundamentar a condenação de um réu como partícipe do crime, uma vez que “acedeu sua conduta” à ação principal:

A confissão, os juristas sempre a reputaram a rainha das provas ("regina probationum"); se produzida em Juízo, é absoluto seu valor, visto se presume livre dos vícios de inteligência e vontade, e pode justificar edito condenatório. "Se o réu é confesso, não há perder tempo em levar adiante o exame da prova. Parte confessa é parte condenada" (Rui, Obras Completas. vol. XXIV: t. II, p. 270). Em pontos de concurso de pessoas, triunfa hoje, assim na literatura jurídica penal como na esfera dos Tribunais, a teoria do domínio do fato: responde pelo crime não só o executor físico, que produz o resultado, mas também o partícipe, que acede sua conduta à ação

de 2006. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 23 set. 2013.

⁹⁷ BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Ação Penal com Revisão nº 1917898**. Primeira Turma Criminal. Relator: Ana Maria Duarte Amarante Brito. Brasília, 12 de novembro de 1998. Disponível em: < <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 23 set. 2013.

principal (Damásio E. de Jesus, Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas, 1999, p. 13). A causa de aumento do art. 155, § 1º do Código Penal (repouso noturno) somente se aplica ao furto simples ("caput"), que não ao qualificado.

(TJSP. Ação Penal com Revisão 0005301-18.2005.8.26.0271, Relator: Carlos Biasotti, Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal, Data de Julgamento: 29/01/2009, Data de Registro: 02/03/2009)⁹⁸.

Continuando a análise da jurisprudência nos mais diversos tribunais do país, veja-se julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Nesta ação, verifica-se, mais uma vez, a aplicação da teoria para justificar e fundamentar a atuação de determinado réu como verdadeiro autor do delito, tendo em vista que possuía “em suas mãos” o poder de decidir sobre o fato:

PENAL - PROCESSO PENAL - RECURSO DEFENSIVO - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - DESCLASSIFICAÇÃO ARTIGO 28 LEI 11.343/06 - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS DELITO DO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06 - RECURSO MINISTERIAL - RECRUDESCIMENTO PENA BASE - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 42 DA LEI Nº 11.343/06 - RECRUDESCIMENTO CAUSA DE AUMENTO DE PENA ARTIGO 40, III, DA LEI Nº 11.343/06 - IMPOSSIBILIDADE - MONTANTE FIXADO NA SENTENÇA JUSTO E SUFICIENTE PARA A REPARAÇÃO E PREVENÇÃO PENAL - PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - IMPOSSIBILIDADE - CARÁTER SUBJETIVO DE AMBAS - SUBSTITUIÇÃO DE PENA - IMPOSSIBILIDADE - NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DE NATUREZA SUBJETIVA.

- Adotando-se a teoria do domínio do fato no concurso de pessoas, será autor do delito aquele que possuir em suas mãos o curso do fato, decidindo preponderantemente a seu respeito.

- Tendo o apelado o domínio sobre o crime praticado pela corré, determinado que esta entrasse no estabelecimento prisional com substância entorpecente, a condenação como coautor pela prática do delito tipificado no artigo 33, da Lei de Drogas é medida de rigor.

(...)

(TJMG. Apelação Criminal 1.0079.10.059631-5/001, Relator: Julio Cezar Guttierrez, Órgão julgador: 4ª Câmara Criminal, Data de julgamento: 07/11/2012, Publicado em 14/11/2012)⁹⁹.

⁹⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Ação Penal com Revisão nº 0005301-18.2005.8.26.0271**. Quinta Câmara de Direito Criminal. Relator: Carlos Biasotti. São Paulo, 29 de janeiro de 2009. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em 24 set. 2013.

⁹⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Criminal nº 1.0079.10.059631-5/001**. Quarta Câmara Criminal. Relator: Julio Cezar Guttierrez. Minas Gerais, 07 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?palavras=Pesquisa&num>>

Por fim, cite-se julgado do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, em que ocorre a adoção da teoria para fundamentar que, mesmo não tendo o agente realizado os elementos objetivos do tipo penal, ele se configura, sim, como coautor do delito, na medida em que possuía domínio de funções previamente atribuídas para a prática do delito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CORREIOS. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE PESSOAS. ART. 155, § 4º, I E IV, DO CP. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA DEMONSTRADAS. DIVISÃO DE TAREFAS. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A autoria e a materialidade delitiva foram suficientemente demonstradas nos autos.

2. Para a teoria do domínio funcional do fato, não é necessário que cada coautor pratique os elementos objetivos do tipo penal, bastando, para tanto, que haja a reunião dos autores, cada um com o domínio das funções que lhes foram previamente atribuídas para a prática do delito, de acordo com o critério da divisão de tarefas.

3. O momento consumativo do furto ocorre quando existe a inversão da posse da coisa subtraída, sendo prescindível que os autores do delito tenham a posse mansa e pacífica da res furtiva. Precedentes.

4. Apelo desprovido.

(TRF-1. ACR 0000676-61.2012.4.01.4300/TO; APELAÇÃO CRIMINAL. Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz, Órgão Julgador: quarta turma, Data de julgamento: 15/01/2013, Publicado em 01/02/2013, e-DJF1, p. 282)¹⁰⁰.

Do exposto, percebe-se ser incontestável, portanto, que a Teoria do Domínio do Fato é aplicada pelo Poder Judiciário no Brasil. De uma rápida leitura dos julgados acima colacionados, percebe-se que ela é reiteradamente aplicada no âmbito dos tribunais nacionais, mormente para fundamentar a caracterização de certo agente como coautor de determinado ilícito penal. E assim o fazem quando tal agente não realizou o verbo do tipo penal, mas é considerado, naquele caso concreto, essencial para o resultado, possuindo controle final sobre o fato.

Em todos os casos trazidos, houve a prática de um ilícito por duas ou mais pessoas por meio de divisão de tarefas e, devido a tal divisão, há tentativa por parte da defesa de definir certas condutas como meras participações (visto não consubstanciarem elementos objetivos do tipo penal) e conseqüentemente, diminuir a pena de determinado acusado. Assim, ante à hipótese dos advogados e

eroRegistro=1&totalLinhas=1&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar>. Acesso em: 23 set. 2013.

¹⁰⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. **Apelação Criminal nº 0000676 61.2012.4.01.4300/TO**. Quarta Turma. Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz. Tocantins, 15 de janeiro de 2013. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br>>. Acesso em: 29 set. 2013.

defensores públicos, o Tribunal, na grande maioria dos casos, decide por manter o réu como autor, tendo como base a teoria do Domínio do Fato.

Essa breve análise jurisprudencial já afasta, de certa forma, a hipótese de utilização *ad hoc* da teoria do Domínio do Fato, tendo em vista sua larga adoção, caracterizando verdadeira regra e não uma utilização casual, apenas para um caso determinado.

Limitar-se-á, entretanto, a análise da aplicação da Teoria do Domínio do Fato, de uma forma mais profunda e crítica, ao campo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, conforme a seguir.

2.2 Os posicionamentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal quanto à teoria

Ao se fazer uma pesquisa jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, é possível, também, encontrar julgados nos quais foi empregada a Teoria do Domínio do Fato.

O primeiro bom exemplo é o voto do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do *Habeas Corpus* 102439, de sua relatoria. No caso, se imputa aos pacientes a prática do delito descrito no art. 149 do Código Penal e, diante da tentativa da defesa pelo trancamento da ação penal por falta de justa causa, o Ministro Relator sustenta a participação dos acusados, tendo em vista serem proprietários do estabelecimento onde fora praticado o delito. Para tanto, leva em consideração o conjunto fático-probatório constante da denúncia e a teoria do domínio do fato. Veja-se o seguinte trecho:

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator):

(...)

Outrossim, foram verificadas, dentre outras irregularidades, falta de registro dos empregados, contratação sem realização de exames médicos admissionais, inexistência no local de material necessário a prestação de primeiros socorros e que os empregadores não mantinham no local de trabalho os recibos de pagamento ou qualquer outro documento sujeito à inspeção.

Os denunciados WOLNEY DUMMER BUSS e EDESON DUMMER BUSS eram proprietários da empresa na época dos fatos.

Desse modo, vislumbra-se, literalmente, a intenção por parte dos denunciados de recrutar pessoas par afins de exploração laboral e restrição da liberdade individual. Os denunciados ofenderam os princípios e garantias fundamentais da pessoa humana e os princípios da organização do trabalho.

Com tal comportamento, em unidade de desígnios e no contexto da teoria do domínio do fato, os denunciados reduziram trabalhadores a condição análoga à de escravo, quer submetendo-os a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-os a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador (fls. 49-51, apenso 1).

Ademais, extrai-se dos autos que a denúncia ofertada está amparada em conjunto probatório idôneo, consubstanciado em autos de infração administrativa e em inquérito policial com acervo de documentos e diligências tomadas sem qualquer vício legal aparente. (STF. HC nº102439/ Mato Grosso. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data de Julgamento: 11/12/2012, publicado em 13/02/2013, DJe-028. **Grifo nosso**)¹⁰¹.

Cite-se, também, trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa no julgamento da Ação Originária 1046, de sua relatoria. Nessa ação os recorrentes foram condenados pelo artigo 121 do Código Penal, como autores, pois foram mandantes do crime. Há, então, tentativa de absolvição por parte da defesa, uma vez que outros acusados, considerados partícipes, foram absolvidos por negativa de autoria:

V O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator) : (...)

IV – DA ALEGAÇÃO DE QUE A DECISÃO DOS JURADOS É MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS.

Sustenta o apelante que a absolvição de quatro acusados, pela negativa de autoria, inevitavelmente absolve também a si e a seu irmão, apontados como mandantes do crime.

Também não lhe assiste razão nesse ponto.¹⁰²

O ministro relator, então, vota no sentido de que a absolvição dos supostos partícipes executores não obsta a condenação dos recorrentes, ora mandantes, uma vez que há provas suficientes nos autos. Em sequência, o magistrado discorre a respeito do instituto do Concurso de Pessoas, registrando que autor é quem pratica o elemento do tipo, incluindo-se, entretanto, os casos de autoria mediata, por influência da Teoria do Domínio do Fato:

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 102439/ MT**. Segunda Turma. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 11 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28102439%2EENUME%2E+OU+102439%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l2xaye8>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Originária nº 1046/ RR**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 23 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281046%2EENUME%2E+OU+1046%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l7fzohz>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

O Código Penal, no art. 29, ao tratar do concurso de pessoas, prevê as figuras do autor, co-autor e partícipe, de sorte que pode integrar legitimamente o pólo passivo da ação penal quem de qualquer modo concorra para o crime, ainda que não tenha praticado diretamente, no sentido naturalístico, a conduta prevista no núcleo do tipo penal.

Nos termos de nosso Código Penal, autor é aquele que comete a ação típica, aí incluídos os casos de autoria mediata, influência da teoria do domínio do fato de Welzel, segundo a qual autor é todo aquele que tem o domínio final do fato, domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática.

Prevê ainda o Código Penal brasileiro que os vários partícipes do crime devem ser punidos na medida de sua culpabilidade, em virtude do princípio da individualização da pena, consagrado constitucionalmente no art. 5º, XLVI.

Consta dos autos que o executor material do crime, apontado na denúncia como autor dos disparos que causaram a morte da vítima, seria José Ricardo Cardoso, o Ouriçado, que permanece foragido.

Os co-réus absolvidos foram acusados como partícipes, e o apelante e seu irmão, como autores intelectuais do delito. Dessa forma, não obsta o reconhecimento da prática criminosa do apelante e de seu irmão, na qualidade de mandantes, o fato de os demais partícipes terem sido absolvidos, uma vez que o executor material do crime permanece foragido.

Não há nenhuma incongruência em absolver um partícipe e condenar outro, ou mesmo condenar o autor intelectual do crime, quando as provas dos autos o permitirem.

(...)

(STF. Ação Originária nº1046/ Roraima. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 23/04/2007, publicado em 22/06/2007, DJe-042) ¹⁰³.

Em ambos os casos, assim como ocorrera nos Tribunais inferiores, houve a utilização da teoria do Domínio do fato como forma de atribuir a qualidade de “autor” às participações de certos agentes, apesar de não terem praticado o núcleo do tipo penal.

No segundo voto colacionado, observa-se, em resposta à tentativa infrutífera do advogado (tentativa – absurda - de absolvição dos supostos mandantes por falta de provas que condenasse os executores do crime), a ratificação dos réus como verdadeiros autores intelectuais, vez que atuaram como mandantes do crime. Neste caso, apesar da utilização expressa da teoria do Domínio do Fato, percebe-se certa incongruência: os executores do crime foram

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Originária nº 1046/ RR**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 23 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281046%2EENUME%2E+OU+1046%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l7fzohz>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

denunciados como partícipes, sendo que na realidade, segundo a teoria empregada, são autores todos aqueles que detêm o domínio final sobre realização do fato.

No caso, segundo a referida teoria, seriam todos coautores (tanto os mandantes como os executores): de acordo com Damásio de Jesus, tal situação seria uma coautoria complexa: “um executor e outro co-autor intelectual ou funcional”. Ademais, os executores do crime são considerados autores do tipo “direto”, sendo os sujeitos que executam o verbo do tipo diretamente. Os mandantes, por sua vez, são autores do tipo coautor “intelectual”, aquele que “na repartição de tarefas, é autor da ideia delituosa (caso do mandante que detém o domínio do fato)”¹⁰⁴.

Sintetizando, para a teoria do Domínio do Fato, aquele que “aperta o gatilho” tem o domínio da ação e nunca poderá ser considerado mero partícipe. Aquele que domina a ação é autor ainda que aja a pedido ou mando de outra pessoa, ou até mesmo em erro de proibição inevitável determinado por um terceiro (neste último caso será autor exculpado, mas ainda assim autor)¹⁰⁵.

Outro excelente exemplo de julgado do Supremo Tribunal Federal em que houve aplicação da teoria foi a Ação Penal 470 (famosa por tratar do caso “Mensalão”). Ela teve como objeto o suposto esquema de pagamento de “mesada” para deputados da base aliada durante o governo “Lula” em troca de apoio político. A denúncia do então Procurador-Geral da República, Antônio Fernando Sousa, apontava 40 pessoas que estariam envolvidas no esquema¹⁰⁶.

Oferecida a denúncia, já na análise do Plenário para seu recebimento, pode-se extrair o seguinte trecho em que é citada a teoria:

CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA. CORRUPÇÃO ATIVA. ATO DE OFÍCIO. VOTO DOS PARLAMENTARES. TIPICIDADE, EM TESE, DAS CONDUITAS. COMPLEXIDADE DOS FATOS. INDIVIDUALIZAÇÃO SUFICIENTE AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. CONCURSO DE VÁRIOS AGENTES. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. DIVISÃO DE TAREFAS. OBEDIÊNCIA AO ARTIGO 41 DO CPP. EXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. O “ato de ofício” mencionado no tipo legal do art. 333 do Código Penal seria, no caso dos autos, principalmente o voto dos parlamentares acusados de corrupção passiva, além do apoio

¹⁰⁴ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 407.

¹⁰⁵ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a Teoria do Domínio do Fato sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 933, p. 61-92, jul. 2013.

¹⁰⁶ REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-nov12/supremo_convertido_inquerito_mensalao_acao_penal>. Acesso em: 18 set. 2013.

denúncia, nesse plano de um juízo de delibação, portanto, entendo que as respostas são afirmativas.

Por isso, acompanho o eminente Relator.

(STF. Inquérito 2245/ Minas Gerais. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 28/08/2007, publicado em 09/11/2007, DJe-139) ¹¹⁰.

Do voto acima, pode-se concluir que houve mais uma vez a adoção da teoria do domínio do fato para caracterização de certo agente como verdadeiro autor do delito. No caso, houve vinculação do cargo exercido pelo réu ao poder de ter o domínio sobre a situação, pois considerou que o agente poderia intervir perfeitamente nas atividades delituosas em andamento.

Importante e interessante comentar neste momento que toda essa discussão a respeito da teoria na “AP 470” foi alvo de duras críticas, o que faz impor certa cautela sobre sua utilização.

Dada polêmica surgiu com a própria sustentação oral do Procurador Geral de Justiça diante do pleno do Supremo Tribunal Federal, fazendo crescer manifestações sobre a teoria e, inclusive, o estado de incerteza e desorientação generalizada quanto ao tema ¹¹¹.

Houve, então, amplo debate, rendendo repercussão não só em toda sociedade brasileira, como também no âmbito da doutrina penal internacional¹¹². Até mesmo Claus Roxin, incomodado com possíveis más interpretações de “sua” teoria do Domínio do Fato prestou esclarecimentos, deixando clara a impossibilidade de condenações apenas com base na “posição hierárquica” de uma organização de determinado réu. Em suas palavras:

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. (...) A posição hierárquica não fundamenta, sob

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 2245/ MG**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 28 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282245%2E+OU+2245%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mga5lxe>>. Acesso em: 23 set. 2013.

¹¹¹ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a Teoria do Domínio do Fato sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 933, p. 61-92, jul. 2013.

¹¹² BITENCOURT. Cezar Roberto. **A teoria do domínio do fato e a autoria colateral**. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral>>. Acesso em: 23 set. 2013.

nenhuma circunstância, o domínio do fato. O mero ter que saber não basta ¹¹³.

Todas essas críticas e preocupações de grandes juristas e estudiosos devem ser levadas em consideração, na medida em que a interpretação errada da teoria pode ensejar injustiças e condenações sem um conjunto fático probatório adequado, o que nada condiz com um Estado Democrático de Direito.

2.3 HARMONIZAÇÃO OU CRIAÇÃO *AD HOC* DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Colocando-se de lado toda essa polêmica quanto à suposta utilização distorcida que ocorrera no julgamento da Ação Penal 470 (o que demandaria análise minuciosa do conjunto fático-probatório), chega-se ao ponto em que se faz necessário direcionar o presente estudo (levando em consideração, principalmente, sua adoção no Supremo Tribunal Federal) e analisar sua compatibilização com o Direito Penal brasileiro, tendo como base o Código Penal atual.

É fácil observar que enquanto existem doutrinadores que optam por afastar a teoria do domínio do fato, adotando outras vertentes, conforme amplamente delineado no final do capítulo anterior, observa-se que outros simplesmente afirmam a adoção dela pelo Código Penal.

Nesse sentido, pode-se citar Juarez Cirino dos Santos, que considera os postulados da teoria do domínio do fato perfeitamente compatíveis com o Código Penal atual. Para ele, a lei brasileira adota, como regra, a teoria unitária de autor, porém, a introdução de critérios de distinção entre autor e partícipe transforma, na prática jurídica, o paradigma monístico em paradigma diferenciador, admitindo, portanto, teorias modernas como esta, aqui debatida, teoria do Domínio do Fato ¹¹⁴.

E Julio Fabbrini Mirabete:

Segundo boa parte da doutrina (...), o Código, na reforma de 1984, diante da aceitação da teoria finalista da ação, passou a adotar a

¹¹³ BITENCOURT. Cezar Roberto. **A teoria do domínio do fato e a autoria colateral**. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral> em 18/09/2013>. Acesso em: 23 set. 2013.

¹¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 4. ed. rev., atual. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 347.

teoria do domínio do fato (...). Reconheça-se que a teoria tem suas virtudes, resolvendo problemas surgidos nos casos de cooperação dolosamente distinta (...).¹¹⁵

Corroborando, os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal, em amplo debate sobre a matéria, colocam, em sua maioria, pela total harmonização dela com o Direito Penal. Colaciona-se, nesse sentido, trechos do Informativo 683, que melhor resume a repercussão sobre o assunto:

Os Ministros Cármen Lúcia e Gilmar Mendes acompanharam integralmente o voto do relator. A primeira registrou ser inaceitável declaração da defesa de que teria havido “caixa 2”, porquanto essa figura, além de criminosa, consistiria em agressão à sociedade brasileira. O segundo observou que a teoria do domínio do fato não seria algo novo. Lembrou que, para parcela expressiva da doutrina nacional, o legislador de 1984 não optara explicitamente por nenhuma das posições dogmáticas relativas ao conceito de autoria e pela distinção entre autoria e participação. No entanto, ao introduzir o dolo na ação típica final, como se poderia depreender da definição de erro de tipo, ao se aceitar o erro de proibição e ao abandonar o rigorismo da teoria monística em relação ao concurso de pessoas, teria reconhecido que o agente responderia na medida de sua culpabilidade. Inferiu, deste modo, que o legislador acolhera as mais relevantes teses finalistas, o que levaria à conclusão de que abraçara também a teoria do domínio do fato. Portanto, a solução do caso não reclamaria grandes debates ou construções teóricas, pois, à luz do princípio da legalidade, a resposta estaria no art. 29 do CP. AP 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, 9 a 11.10.2012. (AP-470)¹¹⁶.

No mesmo contexto, os Ministros Celso de Mello e Carlos Ayres Britto, ao aderirem aos termos do voto do relator, Ministro do Joaquim Barbosa, acabaram por defender a utilização da Teoria do Domínio do Fato como forma, até mesmo, de proteção da democracia, uma vez que atingiria os crimes tidos dentro do aparato governamental:

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

¹¹⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do CP. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 1. p. 217.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 682**. Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados/ 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo682.htm>>. Acesso em: 23 set. 2013.

ordem a viabilizar a consecução de objetivos reveladores de práticas que transgredissem a legislação penal.¹¹⁷

Por fim, o Ministro Celso de Mello, em discurso acerca da teoria, sedimentou o tema do presente trabalho, definindo que a teoria é perfeitamente compatível com o instituto do concurso de pessoas adotado no Brasil. Afastou sua utilização como construção *ad hoc* e, por derradeiro, apontou para a presença de provas no caso em debate, o que afastaria as críticas quanto à suposta má interpretação da Teoria do Domínio do Fato.

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. Saliou 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 argentemente, agremiações teriam sido açambarcadas para aliança perene, indeterminada no tempo e incondicionada materialmente para votar todo e qualquer projeto de interesse do partido hegemônico. AP 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, 9 a 11.10.2012. (AP-470)¹¹⁸.

De todo o conjunto jurisprudencial já disposto neste estudo, percebe-se o entendimento de muitos dos ministros pela possibilidade de harmonia entre a teoria e os ditames do Código Penal atual, tendo como base a reforma penal de 1984 e suas características.

Em sentido contrário, por sua vez, estava o Ministro Ricardo Lewandowski, então revisor da Ação Penal 470. Do Informativo 682 se extrai o seguinte trecho em que diverge sobre o assunto (com opinião bem peculiar a respeito do tema):

Assim, a peça acusatória basear-se-ia em conjecturas. Ressaiu que, à época, o acusado não seria responsável por atos praticados pela administração do partido. Dessumiu que depoimento de Roberto Jefferson seria o único elemento nos autos a incriminar o réu, e que haveria diversas outras provas em sentido contrário. Declarou que a teoria do domínio do fato não poderia ser utilizada na espécie, visto

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 682**. Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados/ 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo682.htm>>. Acesso em: 23 set. 2013.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 682**. Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados/ 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo682.htm>>. Acesso em: 23 set. 2013.

que os acusados não seriam caracterizados por sua fungibilidade, mas estariam devidamente identificados. Ademais, não se configuraria situação excepcional a justificar a aplicabilidade dessa teoria, a qual estaria ultrapassada. AP 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, 9 a 11.10.2012. (AP-470)¹¹⁹.

Esse último posicionamento, entretanto, é exceção.

É fato que em todos os casos apresentados houve emprego da referida teoria para justificar a classificação dos réus como autores do delito o que, conseqüentemente, gerou ou gerará uma pena mais elevada. Assim, pode-se concluir, pelo todo já debatido, que a teoria do Domínio do Fato não confronta, em nenhum momento, os ditames do Código Penal Brasileiro, na medida em que a lei não impõe nenhuma teoria a respeito da Autoria. Da mesma forma como muito já se utilizou a teoria restritiva, houve a utilização desta “nova” teoria, como forma de justificar o que o próprio código já dispõe: cominação das penas na medida da culpabilidade.

Colaborando com essa tese, o simples fato de ela já ser reiteradamente aplicada em todos os Tribunais do país, já afasta a ideia de ela ser uma construção *ad hoc*. Ao contrário, ela vem se tornando verdadeira regra.

É importante notar, por fim, que se não tivesse havido a adoção da teoria do Domínio do Fato nos casos supracitados, nada teria impedido que os magistrados fixassem penas maiores ou menores aos partícipes ou aos autores. A teoria, quando bem utilizada (tendo como alicerces provas suficientes, por exemplo), sequer permite punir mais do que já seria possível fazer com base no artigo 29 do Código Penal ¹²⁰.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 682**. Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados/ 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo682.htm>>. Acesso em: 23 set. 2013.

¹²⁰ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a Teoria do Domínio do Fato sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 933, p. 61-92, jul. 2013.

CONCLUSÃO

Pode-se concluir com o presente estudo que a aplicação da Teoria do Domínio do Fato no Supremo Tribunal Federal é, sim, harmônica com o Código Penal brasileiro, entretanto, tal harmonia não significa que sua utilização é, de todo, correta e adequada.

O Código Penal Brasileiro prevê o instituto do Concurso de Pessoas em seu artigo 29, determinando a cominação das penas aos agentes que participaram do ilícito, na medida da culpabilidade individualmente considerada. Assim, há separação, individualização, de acordo com a importância da participação de cada um, o que se faz chegar às figuras do autor e do partícipe. Ocorre que a Teoria do Domínio do Fato traz uma análise de acordo com critérios subjetivos e objetivos para chegar a essa divisão. Ora, uma coisa não exclui a outra. O Código Penal apenas aduz a diferenciação entre autor e partícipe, determinando penas de acordo com a participação em maior ou menor grau, mas não delimita quem será quem, ficando a cargo, portanto, da doutrina e da jurisprudência.

Assim sendo, fica caracterizada a harmonização da Teoria do Domínio do Fato com o Código Penal e afastada a hipótese de ser ela uma construção *ad hoc* (até porque, como ficou averiguado no presente trabalho, vem sendo amplamente adotada pelos magistrados de todo o país, se efetivando como uma verdadeira “regra”). Porém, apesar de tal constatação, percebe-se a desnecessidade de sua aplicação. Da mesma forma em que se verificou que o Código Penal faz distinção entre autor e partícipe, verifica-se que ele traz dispositivos que permitem a cominação da pena a depender do caso concreto, de uma forma subjetiva, de acordo com a importância de cada agente (dentro do limite legal). Nesse sentido, nada impede que o autor executor de um delito tenha pena menor que o partícipe, ou que um autor e um partícipe obtenham penas iguais.

O artigo 62 do Código Penal fortalece essa tese e traz a ideia de desnecessidade de utilização da Teoria do Domínio do Fato, vez que traz a possibilidade de aumento de pena para aqueles que promovem, organizam ou dirigem a atividade dos demais agentes (autoria intelectual). Desta forma, utilizar-se, ou não, da teoria em questão, tem consequências iguais. Trata-se apenas de questão de nomenclatura “autor/partícipe”.

Recapitulando, conclui-se que a Teoria do Domínio do Fato, sendo bem empregada, afastando-se seu emprego casual, errado e distorcido (como, para alguns, aconteceu no julgamento da Ação Penal 470), é harmônica com os ditames do Código Penal atual, mas é desnecessária, só fazendo sentido sua adoção frente àquelas legislações que determinam que o juiz aplique pena maior ao “autor” e pena menor ao “partícipe”.

Nesses casos, o juiz, frente ao concurso de pessoas, ficaria limitado a fixar pena maior àquele que executou o elemento do tipo penal e pena menor aos demais. De certo, tal limitação acabaria por ensejar injustiças, como em situações, por exemplo, de autoria mediata. Assim, o emprego da Teoria do Domínio do Fato, seria plenamente adequado, uma vez que estenderia a qualificação de “autor” àquele que, apesar de não ter executado o verbo do tipo penal, possuía o domínio da ação, permitindo, assim, sua sujeição à pena maior.

Mas esse não é o caso do Brasil. Conforme ficou constatado, dentre inúmeras teorias acerca do assunto, o código penal atual adota a teoria monista, e quanto à autoria, há preferência pela Teoria restritiva objetivo-formal (autor é quem realiza o verbo do tipo penal e os demais são partícipes), nada obstando a aplicação de uma pena maior ou igual aos considerados partícipes. Tal predileção traz maior segurança jurídica, pois resolve a maioria dos casos de concurso de pessoas, dando menos margem a erros e injustiças eventualmente trazidas por uma utilização errada de novas teorias. Se o próprio código penal traz possibilidades de aumento de pena a depender da importância de cada participação, não faz sentido adotar uma teoria diferente para se chegar ao mesmo fim.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **A teoria do domínio do fato e a autoria colateral**. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral> em 18/09/2013>. Acesso em: 23 set. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 8 ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 18 ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONFIN, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. *Decreto-Lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2013.

BRASIL. *Lei N° 7.209, de 11 de julho de 1984*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília, 1984. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=82614>>. Acesso em: 23 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Originária nº 1046/ RR**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 23 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281046%2EENUME%2E+OU+1046%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l7fzohz>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 102439/ MT**. Segunda Turma. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 11 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28102439%2EENUME%2E+OU+102439%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l2xaye8>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 682**. Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados/ 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo682.htm>>. Acesso em: 23 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 2245/ MG**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 28 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282245%2EENUME%2E+OU+2245%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mga5lxe>>. Acesso em: 23 set. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. **Apelação Criminal nº 0000676 61.2012.4.01.4300/TO**. Quarta Turma. Relator: Desembargador Federal

Hilton Queiroz. Tocantins, 15 de janeiro de 2013. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br>>. Acesso em: 29 set. 2013.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Ação Penal com Revisão nº 20020110414487**. Primeira Turma Criminal. Relator: Edson Alfredo Smaniotto. Brasília, 30 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 23 set. 2013.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Ação Penal com Revisão nº 1917898**. Primeira Turma Criminal. Relator: Ana Maria Duarte Amarante Brito. Brasília, 12 de novembro de 1998. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 23 set. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a Teoria do Domínio do Fato sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 933, p. 61-92, jul. 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do CP**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v. 1.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Criminal nº 1.0079.10.059631-5/001**. Quarta Câmara Criminal. Relator: Julio Cezar Guttierrez. Minas Gerais, 07 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?palavras=Pesquisa&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar>>. Acesso em: 23 set. 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do CP**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 1.

NASCIMENTO, José Flávio Braga. **Concurso de pessoas**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-nov12/supremo_converte_inquerito_mensalao_acao_penal>. Acesso em: 18 set. 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** parte geral. 4. ed. rev., atual. Florianópolis: Conceito, 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Ação Penal com Revisão nº 0005301-18.2005.8.26.0271.** Quinta Câmara de Direito Criminal. Relator: Carlos Biasotti. São Paulo, 29 de janeiro de 2009. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em 24 set. 2013.