



Centro Universitário de Brasília - Uniceub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

MATHEUS FEITOSA DOS SANTOS

**NECESSIDADE OU NÃO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO
DO FATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Brasília

2018

MATHEUS FEITOSA DOS SANTOS

**NECESSIDADE OU NÃO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO
DO FATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia para apresentação como requisito
para conclusão de bacharelado em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do UniCeub.

Orientador: Prof. José Carlos Veloso Filho

Brasília

2018

RESUMO

O presente trabalho analisa a teoria do domínio do fato, sob os aspectos da doutrina e da jurisprudência brasileira. Portanto, trata-se de um estudo a frente da teoria geral do concurso de agentes e como é realizada a aplicação do Domínio do Fato. Todos esses vetores levando em consideração que o Brasil em seu ordenamento jurídico adota a teoria monista ou unitária que poderia, claramente, ser aplicada em detrimento da teoria supramencionada. Outrossim, tal problemática assumiu reflexo na jurisprudência após o julgamento da Ação Penal nº 470 do Supremo Tribunal Federal e a partir desta decisão da Suprema Corte Brasileira, possibilitou a abertura de um precedente para utilização da teoria em demais casos pelo país como fundamento para condenações de acusados/réus em diversos casos. Consequentemente, causando uma insegurança jurídica para o sistema jurídico, tendo em vista, como já mencionado, nosso ordenamento adota a Teoria Monista ou Unitária onde poderia ser aplicada como fundamento jurídico sem a necessidade de aplicação de qualquer outra teoria. Outrossim, neste trabalho haverá uma verificação sobre a verdadeira necessidade da utilização da teoria do domínio do fato, ou, se somente é mais uma ferramenta do judiciário para ter um maior êxito nos casos de ação penal.

Palavras chaves: Concurso de pessoas; teoria do domínio do fato; domínio do fato; teoria final do fato.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	4
1 CONCURSO DE PESSOAS.....	5
1.1 CONCEITO.....	6
1.2.TEORIAS DO CONCURSO DE PESSOAS.....	7
1.2.1 Teoria monista ou unitária.....	8
1.2.2 Teoria dualista.....	9
1.2.3. Teoria pluralista.....	10
1.3. Autoria e participação.....	11
1.3.1 Critério extensivo do autor.....	12
1.3.1.1 Critério subjetivo.....	13
1.3.2 Critério restritivo do autor.....	14
1.3.2.1 Critério formal-objetivo.....	15
1.3.2.2 Teoria do Domínio do Fato.....	17
2 DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO.....	18
2.1 Conceito.....	19
2.2 Da autoria.....	20
2.3 Da participação.....	22
2.4 Críticas à Teoria do Domínio do Fato.....	23
3 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA AÇÃO PENAL N.º 470 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	23
3.1 Da Denúncia.....	25
3.2 Do acórdão.....	26

INTRODUÇÃO

Evidentemente, a maneira mais comum para a prática de um tipo penal são ações realizadas somente por um único indivíduo. No entanto, as práticas envolvendo a participação de dois ou mais indivíduos com a intenção de cometer crimes tem sido objeto constante de investigações criminais e notícias por parte da mídia.

Nesse sentido verifica-se o aumento substancial de crimes praticados por mais de uma pessoa, e de uma forma muito complexa e organizada, principalmente, nos casos de crimes cometidos contra Administração Pública.

Desta maneira, as investigações e situações fáticas, apresentadas nos cursos das ações penais têm demonstrado um grau de envoltura muito além dos indivíduos que praticaram o núcleo do tipo penal. Fazendo recair diversas dúvidas quanto a quem deve se atribuir a autoria do tipo penal e como proceder acerca dos outros indivíduos que participaram da infração penal.

E partir dessas dúvidas que operadores do direito se utilizam de novas teorias e teses com intuito de resolver a situação problema, como é o caso da Teoria do Domínio do Fato. Operadores do Direito utilizam-se dessa Teoria sem tomar conta que em nosso próprio ordenamento jurídico poderia se encontrar a solução para tais questões com a Teoria que adotamos (Teoria Monista ou Unitária).

O presente trabalho analisará a Teoria do Domínio do fato, tratando da possibilidade, adequação e necessidade de tal teoria no ordenamento jurídico brasileiro como forma de fundamentação para condenações e penas em decisões. Para tanto será necessário um estudo completo acerca do instituto do concurso de pessoas, dando início com forma clara de aplicação, passando então pelas teorias que tratam do assunto, até posteriormente falar acerca das teorias mais modernas que se utilizam muita das vezes de dois ou mais métodos para alcançar soluções nas situações fáticas.

Dessa forma a análise do concurso de pessoas será abordado no primeiro capítulo deste trabalho tratando do conceito com a opinião e apontado de vários doutrinadores; teorias do concurso de pessoas da qual trata teoria pluralística, monista e dualista; distinção entre autoria

e participação; por fim a explanação acerca dos critérios utilizados para definir o instituto do autor do crime.

No segundo capítulo será feita uma abordagem acerca da Teoria do Domínio do Fato de uma forma que venha a esclarecer os fundamentos da teoria. Outrossim, fará uma análise propriamente dita acerca de como a teoria faz distinção entre autor e partícipe; como é admitida e figura do autor mediato na teoria; e quais as críticas que a teoria desenvolvida por Welzel e aprimorada por Claus Roxin são atribuídas ao domínio do fato.

Por fim abordagem da aplicação da Teoria do domínio do fato por parte dos Tribunais como forma de fundamentação no devido caso concreto, como, por exemplo, análise do notório caso do “Mensalão” e quais os principais argumentos acerca da Teoria que foram utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal para a fundamentação da citada Ação Penal.

Este trabalho de pesquisa buscou utilizar-se da linha dogmática, vez que realizará estudo atual e relevante, buscando a melhor instrumentalização das práticas jurídicas diante dos expostos conflitos de posições doutrinárias e jurisprudenciais, de modo a esclarecer como é feita a adequação, quais as possibilidades e a necessidade da Teoria do Domínio do Fato no Direito Brasileiro.

Ademais, cabe uma análise mais aprofundada do acórdão de Ação Penal nº 470 do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, que se utilizou de Teoria de Roxin e Welzel para basear seus fundamentos. Cabe ressaltar, que esta ação penal fora a primeira utilizar-se de tal teoria como forma de fundamentar acórdão para, no caso específico, condenação de alguns réus. Outrossim, nada mais adequado do que uma análise do acórdão que possibilitou a utilização da teoria do domínio do fato como precedente em outros casos.

1 CONCURSO DE PESSOAS

Para uma melhor apropriação e entendimento dos conceitos da teoria do domínio do fato, deve-se explicar como o legislador brasileiro e os doutrinadores entendem e aplicam o instituto do concurso de pessoas. Aqui serão mostrados conceitos doutrinários, previsões legais, requisitos constitutivos e teoria existente acerca do instituto.

1.1. Conceito

Concurso de pessoas pode ser definido como a ciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na mesma infração penal. (MIRABETE e FABRINI, 2013, p. 212).

Essa reunião de pessoas no cometimento de uma infração penal dá origem ao chamado *concursum delinquentium*. A cooperação na realização do fato típico pode ocorrer desde a elaboração intelectual até a consumação do delito. (BITENCOURT, 2016, p. 557).

Sendo nas palavras de Cristiano Rodrigues os elementos do concurso “quando dois ou mais agentes concorrem para prática de vontade, liame subjetivo, podendo ocorrer por meio de uma coautoria e participação”. (RODRIGUES, 2012, p. 168).

Bittencourt, atesta que, normalmente os tipos penais contidos na parte especial do Código Penal referem-se a fatos realizáveis por uma única pessoa. Contudo, o fato punível pode ser obra de um ou vários agentes. Frequentemente a ação delituosa é produto de concorrência de várias condutas praticadas por sujeitos distintos. (BITENCOURT, 2016, p. 557).

Outrossim, respondem pelo ilícito o que ajudou a planejá-lo, o que forneceu os meios materiais para a execução, o que intervém na execução e mesmo os que colaboraram na consumação do delito. (BITENCOURT, 2016, p. 557).

Cabe ressaltar que somente as condutas realizadas ao longo do *inter criminis* até a consumação serão considerados como formas de intervenção no delito. Portanto, concurso de pessoas é instituído onde duas ou mais pessoas, se agrupam com intuito de cometer ilícito penal. (BITENCOURT, 2016, p. 558).

1.2 Teorias acerca do concurso de pessoas

São várias as teorias a respeito da natureza do concurso de agente quando se procura estabelecer se existe na hipótese de vários delitos, delas defluindo diversas quanto à aplicação da pena. (MIRABETE e FABRINI, 2013, p. 212).

Outrossim, tem-se discutido se a conduta delituosa praticada em concurso constitui um ou vários crimes. Algumas teorias procuram definir essa problemática por meio das teorias denominadas: pluralística; dualística; e monística. (BITENCOURT, 2016, p. 557).

1.2.1 Teoria Pluralista

Segunda essa teoria, a cada participante corresponde uma conduta própria, um elemento psicológico próprio e um resultado igual particular. À pluralidade de agentes corresponde a pluralidade de crimes. (BITENCOURT, 2016, p. 559).

Seria como se cada autor ou partícipe tivesse praticado a sua própria infração penal, independente da sua colaboração para com os demais agentes. Assim, se alguém, tivesse induzido duas outras pessoas a praticar o delito de furto, teríamos três infrações penais distintas. (GRECO, 2016, p. 527).

Mirabete e Fabbrini, argui, que há falhas nessa teoria, pois “as participações de cada um dos agentes não são formas autônomas, mas convergem para uma ação jurídica, já que há um único resultado que deriva de todas as causas diversas”. (MIRABETE e FABRINI, 2013, p. 212).

Contudo, o Código Penal brasileiro possui algumas exceções a não aplicação da Teoria Pluralista. Guilherme Souza Nucci explicita em seu livro da seguinte forma:

[...]Como exceção, o código penal adota essa teoria ao disciplinar o aborto (Artigo 124 – “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque” – e Artigo 126 – “Provocar aborto com consentimento das gestantes”, fazendo com que a gestante que permita a prática do aborto em si mesmo responda com incurso no artigo 124 do Código Penal, enquanto o agente provocador do aborto, em lugar de coautor responderá com incurso no artigo 126 da mesma codificação[...]. (NUCCI, 2014, p. 292).

Contudo, essa ideia da teoria pluralista é insustentável, já que, em regra, as condutas praticadas em concurso de agentes têm o enfoque à realização de um mesmo crime, mantendo-se a unidade de imputação para todos aqueles que nele participam. (BITENCOURT, 2016, p. 559).

1.2.2 Teoria dualista

A teoria dualista distingue o crime praticado pelos autores daquele cometido pelos partícipes. Outrossim para a teoria, haveria uma infração penal para os autores e outra para os partícipes. (GRECO, 2016, p. 530).

Trata-se, na verdade, de dupla concepção a respeito do papel exercido por cada um dos agentes, cabendo ao autor o desempenho da ação principal e ao partícipe a prática dos atos acessórios. (SANCHES, 2016, p. 371).

Cezar Roberto Bitencourt em sua obra tratado de direito penal leciona que nessa teoria há dois crimes: um para os autores, aqueles que realizam a atividade principal, a conduta típica descrita no código penal, e outro para os partícipes, que não realizam a conduta nuclear descrita no tipo penal. (BITENCOURT, 2016, p. 559).

Fabbrini e Mirabete, em sua obra “Manual de Direito Penal”, traz uma ressalva quanto a mencionada teoria. Para o autor “o crime é um só fato e que, por vezes, a ação do executor é menos importante que a do partícipe (casos de mandato, de coação resistível etc.). Ademais, a teoria não se ajusta aos casos de autoria mediata”. (MIRABETE e FABBRINI, 2013, p. 213).

1.2.3 Teoria monística ou unitária

Para essa teoria o fenômeno da codelinquência deve ser valorado como constitutivo de um único crime, para o qual converge todo aquele que voluntariamente adere à prática da mesma infração penal. (BITENCOURT, 2016, p. 560).

Outrossim, a teoria monista, adotada pelo nosso Código Penal, explica que todos os indivíduos que concorrem para o crime incidem nas penas cominadas, na medida de sua culpabilidade. Existe um crime único, atribuído a todo aqueles que para que concorreram,

autores e partícipes, embora o delito seja praticado por diversas pessoas, permanece único e indivisível. (GRECO, 2016, p. 530).

Há de observar que, na teoria monística, para que exista o concurso de pessoas é indispensável que haja o nexos causal físico (objetivo) e o psíquico (subjetivo). Ou seja, deve estar presente a consciência e vontade do agente em participar do delito. (BITENCOURT, 2016, p. 561).

Ademais, existem outros requisitos para que haja concurso de pessoas, Cezar Roberto Bittencourt em sua obra “Tratado de Direito Penal”, elenca da seguinte forma:

[...]Pluralidade de participantes e de condutas: Esse é o requisito básico do concurso eventual de pessoas: a concorrência de mais de uma pessoa na execução de uma infração penal. Relevância causal de cada conduta: A conduta típica ou atípica de cada participante deve integrar-se à corrente causal determinante do resultado. Vínculo subjetivo entre os participantes: Deve existir também, repetindo, um liame psicológico entre os vários participantes, ou seja, consciência de que participam de uma obra comum. Identidade de infração penal: Para que o resultado da ação de vários participantes possa ser atribuindo a todos, “tem que consistir em algo juridicamente unitário” [...] (BITTENCOURT, 2016, p. 563-564).

Nota-se, portanto, que a figura do partícipe não se caracteriza como uma figura acessória do crime, será, na realidade, tratado com coautor e penalmente responsável pela totalidade de seus atos criminosos. (PRADO, 2011, apud, ASSIS, 2014, p. 10).

1.3 Da autoria e participação

O Código Penal não traz de os conceitos de autor e partícipe, tais definições ficaram a cargo de nossa doutrina. Surge então, algumas definições restritas, outras mais abrangentes e também posições tidas como mais comum. (GRECO, 2016, p. 530-531).

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 29, adotou a Teoria Monista para delimitação do concurso de pessoas. (RODRIGUES, 2012, p. 168). E o legislador ao definir no artigo 29 que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade” recepciona uma ideia de igualdade entre autores e partícipes. (BRASIL, 1940).

Conforme aponta Greco e Mirabete, o artigo 29, não distingue, a princípio, os institutos da autoria de participação. Cabendo a doutrina fazer a separação entre coautoria e participação, além do que a Reforma Penal de 1984 terminou por reconhecer a distinção entre ambas. (NUCCI, 2014, p. 295).

Conforme supramencionado a Reforma Penal de 1894, terminou por reconhecer a distinção entre os institutos e acrescentou §§ 1º e 2º no artigo 29, vejamos: (NUCCI, 2014, p. 295).

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

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (BRASIL, 1940).

Julio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini, ao analisar o tema aponta:

Sensível às críticas da teoria monista, porém, e em face de decisões reconhecidamente injustas, o legislador procurou regras precisas para distinguir a autoria e participação, como se reconhece na exposição de motivos da Lei n. 7.209. Enquanto a manutenção da teoria monista se impõe como exigência de certeza, de justiça e de segurança, a referência à culpabilidade é uma proclamação de princípio que ilumina todo o quadro do concurso e introduz uma autêntica cláusula salvatória contra os excessos que poderia levar uma interpretação literal e radicalizante do disposto no artigo 29 do Código Penal (MIRABETE E FABRINI, 2013, p. 213).

César Roberto Bittencourt em sua obra “Tratado de Direito Penal” aponta que:

Essa foi a teoria adotada pelo Código Penal de 1940, que evitou uma série de questões que naturalmente decorreriam das definições de autores, partícipes, auxílio necessário, auxílio secundário, participação necessária etc. A Reforma Penal de 1984 permanece acolhendo essa teoria. Procurou, contudo, atenuar os seus rigores, distinguindo com precisão a punibilidade de autoria e participação (BITTENCOURT, 2017, p. 560).

Na busca de melhor compreender o instituto e trazer maior segurança na aplicação da pena a cada um dos colaboradores, no caso de concurso de pessoas, foram elaboradas teorias que diferenciam em categorias os agentes. O reconhecimento de tal diferença, no entanto, não é pacífico. (JUNQUEIRA, 2017, p. 482).

Portanto, cabe análise de tais teoria para melhor compreensão do conceito de autor. Teorias denominadas pelos estudiosos e pelo judiciário como “critério extensivo do autor” e “critério restritivo do autor”.

1.3.1 Critério extensivo do autor

Essa teoria parte do princípio da equivalência das condições, os adeptos do conceito extensivo não fazem distinção entre autores e partícipes. Todos aqueles que, de algumas formas, colaboraram para a prática do fato, são considerados autores. (GRECO, 2016, p. 533).

Percebe-se semelhança com a monista na medida em que define que o autor e o partícipe não são figuras distintas, apenas se considera para efeitos de punibilidade que o cúmplice e o instigador terão a sua punibilidade limitada em face de critérios subjetivos de percepção de sua atuação no fato típico. (CÔELHO, 2015, p. 264).

Cezar Bitencourt, em sua obra Tratado do Direito Penal – Volume I, diserta que existe uma “vontade de autor” e uma “vontade do partícipe”, que poderiam levar a sancionar como partícipes agentes que realizaram integralmente os elementos do tipo e que seriam autores, tornando-se um critério que deve ser rechaçado. (BITTENCOURT, 2016, p. 565-566).

Na opinião de Mirabete e Fabrini:

[...]Autor é não só o que realiza a conduta típica, como também aquele concorre com uma causa para o resultado. Não se faz assim distinção entre autor e partícipe, já que os agentes concorreram para o resultado ao contribuírem com uma causa para o evento[...] (MIRABETE E FABRINI, 2013, p. 216)

Outrossim, o conceito extensivo de autor fundamenta-se na causação do resultado: autor é quem dá causa ao evento. Assim, em princípio, é autor quem, realizando determinado comportamento, causa a modificação do mundo externo. Não é somente quem realiza as características do tipo penal, mas também aquele que, de qualquer maneira, contribui para a produção do resultado. (JESUS, 2014, p. 449).

Partindo desse pressuposto, é imprescindível demonstrar a diferença em juízos internos do julgador, isto é, em critério puramente subjetivos, por isso o critério extensivo do autor é sempre vinculado ao chamado critério subjetivo da participação, esta considerada um complemento necessário daquela. (BITTENCOURT, 2016, p. 565).

1.3.1.1 Critério subjetivo

A teoria subjetiva busca apontar um critério de diferenciação entre autores e partícipes, qualificando o elemento anímico dos agentes. Existe uma vontade ser autor (*animus auctoris*), quando o agente quer o fato como próprio, e uma vontade de ser partícipe (*animus soci*), quando o agente deseja o fato como alheio. (GRECO, 2016, p. 533).

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; em tipos penais que excluem autoria mediata (delitos de mão própria, por exemplo), sujeitos não qualificados não podem ser autores e sujeito qualificados não podem ser apenas partícipes, por mais que queiram o fato como próprio ou como alheio, respectivamente. (DOS SANTOS, 2012, p. 345).

Todavia, tal posicionamento não se mostra eficiente para a conclusão de casos práticos, Zaffaroni em sua obra “Manual de Direito Penal” comenta a temática da seguinte forma:

Esse critério subjetivo de distinção foi usado pela jurisprudência alemã, onde ainda persiste, e conduziu a soluções totalmente absurdas. Assim, afirmou-se que um assassino profissional contratado num país estrangeiro, que fora enviado para matar asilados croatas com uma pistola de gás venenoso, não era autor, porque não queria o fato como seu, pois o interesse pelo resultado pertencia à potência que o enviava; afirmou-se que a irmã da parturiente que, a pedido desta – prostrada e sem forças – afogou o recém-nascido na banheira, não era autora, e sim, cúmplice, porque não queria o fato como seu, nem tinha interesse pessoal no seu resultado. A observação mais superficial indica indefensabilidade desta posição. (ZAFFARONI, 2013, p. 596).

Bittencourt e Zaffaroni explanam ainda que a criação de um critério único subjetivo para distinção de autoria poderá gerar interferências no curso da ação penal. Outrossim, teoria deve ser rechaçada, tendo em vista a existências da teoria com melhores pontos de argumentos. (BITTENCOURT, 2016, p. 566).

1.3.2 Conceito restritivo do autor

Outrora, o critério restritivo de autor, por sua vez, tem como ponto de partida o entendimento de que nem todos os participantes no crime são autores. Ademais, preceitua que unicamente é autor quem realiza a conduta típica descrita na lei, isto é, apenas o autor (ou

coautores) pratica (m) o verbo núcleo do tipo penal: mata, subtrai, falsifica etc. (BITENCOURT, 2016, p. 566).

De forma mais objetiva, Zaffaroni coloca o conceito nas seguintes palavras “autor é aquele que reúne os caracteres ônticos e típicos para sê-lo, sendo a cumplicidade e a instigação formas de extensão e punibilidade”. (ZAFFARONI, 2013, p. 596).

O conceito restritivo de autor é a primeira tentativa científica de distinguir autor e partícipe, com base no critério objetivo-formal da ação típica; conforme mencionado o autor realiza a ação típica (o núcleo do tipo penal) enquanto o partícipe realiza ação de instigação ou de ajuda extratípica para a realização do tipo de injusto, punível por extensão da punibilidade da ação típica. (DOS SANTOS, 2012, p. 343).

A teoria restritiva encontra-se numa situação diametralmente oposta à do conceito extensivo. Pelo fato de partir da teoria da equivalência das condições, os adeptos do conceito extensivo não fazem distinção entre autores e partícipes. Em contraponto, na concepção restritiva, todos aqueles que, de alguma forma, auxiliassem, mas que não viessem a realizar a conduta narrada pelo verbo do tipo penal seriam considerados partícipes. (GRECO, 2016, p. 531-533).

Deduz-se daí a necessidade de desenvolver critérios que identifiquem a conduta do autor, distinguindo-a das formas de participação acessória. (BITENCOURT, 2016, p. 567).

1.3.2.1 Critério objetivo-formal

Para teoria objetivo-formal, autor é aquele que pratica a conduta descrita no núcleo do tipo; todos os demais que concorrem para essa infração penal, mas que não realizarem a conduta expressa pelo existente no tipo serão considerados partícipes. (GRECO, 2016, p. 534).

Eugênio Pacelli, em sua obra “Manual de Direito Penal” afirma que considera autor todo aquele cujo comportamento entre no círculo que o tipo pretende abarcar, enquanto, qualquer outra ação causal ao delito só poderá ser considerada participação. Outrossim, autor seria quem executa o núcleo da ação típica, por outro lado, a participação ocorre quando o colaborador, sem executar pessoalmente a ação típica (núcleo), atua meramente de forma preparatória ou em apoio para conclusão da ação delituosa. (PACELLI, 2017, p. 360).

Gustavo Junqueira traz crítica a essa teoria em sua obra, no sentido de que “a teoria não resolve problemas simples, pois considera, a princípio, o mandante (mentor intelectual) como partícipe junto a isso temos a dificuldade da teoria em explicar a autoria mediata”. (JUNQUEIRA, 2017, p. 484).

Nesse sentido, Bitencourt em seu tratado de direito penal, concluiu que apesar desse critério indicar que a autoria se refere à realização dos elementos do tipo, essa teoria não foi capaz de mostrar quais elementos materiais do tipo identificaria a conduta do autor frente às contribuições causais constitutivas de mera participação. Cabe ressaltar ainda que muito se criticou a versão clássica dessa teoria, pois partindo de suas premissas não haveria uma explicação contundente de como se daria a conduta do coautor e do autor mediato na descrição do fato típico. (BITTENCOURT, 2016, p. 567).

Zaffaroni, compartilha da opinião de Bittencourt afirmando que a teoria acaba sendo insustentável. Em sua obra dá o exemplo de um indivíduo que aponta uma arma para outro, enquanto um terceiro agente furta carteira, na opinião do autor ao invés de ser um roubo com arma seria um delito de constrangimento ilegal, realizado pelo agente que aponta a arma e um furto pelo que se apodera da res. (ZAFFARONI, 2013, p. 597).

1.3.2.2 Critério material-objetivo

A teoria objetivo-material, busca suprir os defeitos da teoria objetivo formal. (GRECO, 2016, p.532). A mencionada teoria, considera autor quem contribui objetivamente de forma mais efetiva para ocorrência do resultado, não necessariamente praticando a ação nuclear típica. Partícipe, por outro lado, é o concorrente menos relevante para o desdobramento causal, ainda que sua conduta consista na realização do núcleo do tipo. (SANCHES, 2016, p. 372).

Bitencourt acerca, em sua obra Tratado de Direito Penal, do tema disserta que a teoria objetivo-material, procurou suprir os defeitos da formal-objetiva, considerando a maior periculosidade que deve caracterizar a contribuição causal do autor em comparação a do partícipe, ou a maior importância objetiva da contribuição causal do partícipe, ou ainda a maior importância objetiva da contribuição do autor em relação à contribuição do partícipe. (BITTENCOURT, 2016, p. 567-568).

Mais adiante conclui a ideia que, no entanto, a desconsideração do aspecto subjetivo e a tentativa de estabelecer diferenças objetivo-materiais com base na causalidade conduziram essa teoria ao fracasso. (BITENCOURT, 2016, p. 568).

Outrossim, trata-se de critério gerador de insegurança, na medida em que não se sabe, com precisão, o que vem ser “contribuição objetiva mais importante”. Ficando na dependência exclusiva daquilo que o intérprete irá considerar relevante. (CAPEZ, 2015, p. 356).

1.3.2.3 Critério final-objetivo

Mais conhecida como teoria do domínio do fato surgiu com intuito de diferenciar o autor do executor do crime buscando equilíbrio entre a teoria objetivas e subjetivas. Para tanto, considera autor aquele que domina finalisticamente o fato, ou seja, quem decide a sua forma de execução, seu início, cessação e demais condições. (SANCHES, 2014, p. 373).

O critério final-objetivo afirma que é o autor o sujeito que detém o domínio do fato. Este critério, portanto, exige-se sempre uma valoração que deve ser realizada a cada tipo e a cada conduta no caso concreto (ZAFFARONI, 2013, p. 597).

Por se tratar do tema da presente pesquisa, a teoria do domínio do fato será desenvolvida com maior detalhe no capítulo que se segue.

2. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Tendo sido feito análise acerca do concurso de pessoas e suas respectivas teorias, passa-se ao importante estudo da Teoria Do Domínio do Fato, que é propriamente dita objeto de pesquisa do presente do trabalho. Como mencionado, o estudo da teoria vai de encontro com fundamento teórico utilizado para reconhecimento da autoria, e conseqüentemente a condenação dos réus na Ação Penal n. ° 470 que tramitou no Supremo Tribunal Federal.

2.1 Conceito

A teoria do domínio do fato integra o critério objetivo do conceito restritivo do autor com o critério subjetivo da teoria subjetiva de autor, tornando, portanto, uma teoria mista. Desenvolvida inicialmente por Hans Welzel, onde falou sobre “domínio final do fato”, e

posteriormente continuado o desenvolvimento por Claus Roxin, afirma que autor é indivíduo que possui o domínio da conduta ilícita. (DOS SANTOS, 2012, p. 345-346).

De maneira mais enfática, Bitencourt trata do assunto em obra da afirmando que nem uma teoria totalmente objetiva nem outra totalmente subjetiva são capazes de fundamentar a autoria e fazer, simultaneamente, a delimitação correta entre autoria e participação. Outrossim, a teoria do domínio do fato, partindo do conceito restritivo de autor, tem a pretensão de sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, impondo-se como uma teoria objetivo-subjetiva. Muito embora a teoria suponha um controle final “aspecto subjetivo”, não se requer somente a finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato. Ademais, para Bittencourt, autor, segundo essa teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. (BITTENCOURT, 2017, p. 568).

Na mesma linha de raciocínio, Damásio de Jesus, diz que partindo de uma ideia restritiva e empregando um critério objetivo subjetivo, autor seria aquele que tem o controle final do fato, domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstâncias “se”, “quando”, “onde” (JESUS, 2014, p. 449).

Levando em consideração que o domínio do fato abarca aspectos tanto objetivos quanto subjetivos, ressalta-se que o senhorio do autor sobre o curso do fato é proporcionado tanto pela forma em que se desenvolve a causalidade em cada caso concreto como pela direção que é imprimida a ela, não devendo ser confundida com o dolo, porque o dolo também há na participação (o cúmplice e o instigador agem com dolo), sem que haja domínio do fato. (ZAFFARONI, 2013, p. 598).

Para melhor compreensão, para essa concepção, autor seria aquele que decida a sua forma de execução, seu início, cessação e demais condições. Outrossim, podemos afirmar que tem o controle final do fato: a) aquele que, por sua vontade, executa o núcleo do tipo (autor propriamente dito); b) aquele que planeja a empreitada criminosa para ser executada por outras pessoas (autor intelectual); c) aquele que se vale de um não culpável ou de pessoa que atua sem dolo ou culpa para executar o tipo, utilizada como seu instrumento (autor mediato). (SANCHES, 2016, p. 373).

Outrossim, na teoria do domínio do fato apenas a finalidade da conduta (ação de natureza humana) não é suficiente, extremamente necessário que a posição objetiva do sujeito

determine o domínio das circunstâncias do ato criminoso (FELICIANO, 2009, apud, ASSIS, 2013, p. 20).

Partindo deste pressuposto, que para que haja o domínio do fato por indivíduo não executor, deve-se apresentar vontade reitoria de sua parte, tal situação foi denominada como “domínio da vontade”. Outrossim, para que se configure o domínio do fato é necessário que o autor tenha controle sobre o executor do fato, e não apenas ostente uma posição de superioridade hierárquica, como se chegou a interpretar na jurisprudência brasileira. (BITTENCOURT, 2016, p. 569).

Caso o executor realize a conduta tipicamente descrita pessoalmente, dolosamente e sem estar sob coação ou subordinação total à vontade do “homem de trás”, tal ato será denominado como domínio da ação. (BITTENCOURT, 2016, p. 569).

Já no caso de coautoria, Alflen afirma que é a própria autoria, cuja peculiaridade consiste em que o domínio final do fato sobre a conduta delitiva encontra-se não com um indivíduo, mas com vários conjuntamente. Nesse sentido, explica que toda conduta final radica, como regra, em uma multiplicidade de atos isolados finalisticamente relacionados uns com os outros, e que constituem um todo unitário, por conta disso, cada indivíduo não é autor de uma parte, senão coautor do todo, de forma que cada um se responsabiliza como coautor do fato integral. (WELZEL, 2003, apud, ALFLEN, 2014, p. 91).

Cumprido ressaltar que no âmbito de aplicação da teoria do domínio do fato, com seu conceito restritivo de autor, limita-se aos delitos dolosos. Somente nestes se pode falar em domínio final do fato típico, pois os delitos culposos caracterizam-se exatamente pela perda desse domínio. (BITTENCOURT, 2016, p. 570).

Na mesma linha de raciocínio Damásio de Jesus em sua obra “Direito Penal – Parte Geral” leciona que “inexiste distinção entre autoria e participação: é autor todo aquele que, mediante qualquer conduta, produz um resultado típico deixando de observar o cuidado objetivo necessário”. (JESUS, 2014, p. 450).

Rogério Greco em sua obra, trata a teoria do domínio do fato afirmando que vem sendo adotada por grande número de doutrinadores, com foco em resolver o problema com argumentos das teorias objetivas e subjetiva, acrescentando, ainda, um dado extremamente importante, qual seja, a chamada divisão de tarefas. Quando se refere ao domínio do fato, não

quer dizer que o agente deva ter o poder de evitar a prática da infração penal a qualquer custo, mas, sim, que com relação à parte do plano criminoso que lhe foi atribuída, sobre esta deverá ter o domínio funcional. O domínio será, portanto, sobre as funções que lhe foram confiadas e que têm uma importância fundamental no cometimento da infração penal. (GRECO, 2016, p. 534).

2.2 Autoria

No ordenamento jurídico brasileiro, quando há ocorrência de uma infração penal, com características de instituto do concurso de pessoas, tem-se a necessidade de preenchimento de certos requisitos, com a vontade ciente e voluntária dos agentes. (BITTENCOURT, 2016, p. 563). Tais sujeitos que praticam a ação delituosa devem ser julgados na medida de sua culpabilidade, conforme dito anteriormente e como descreve o artigo 29 do Código Penal. (BRASIL, 1940)

Importante ressaltar, ainda, que o Código traz uma importante definição, trata-se, do inciso primeiro do artigo 18 indicando que “a gente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” prática crime doloso. Outrossim, fica claro que ao agente é atribuída sanção na medida da importância das suas ações na atividade delituosa. (BRASIL, 1940).

No entanto, sob a ótica do domínio do fato, trata-se de uma elaboração superior às teorias até então conhecidas, que distingue com autor de partícipe, admitindo a figura do autor mediato, além de possibilitar uma melhor compreensão da coautoria. (BITTENCOURT, 2016, p. 568).

Cristiano Rodrigues leciona em sua obra acerca dos critérios do domínio final do fato, indicando que será autor aquele que possuir o “domínio sobre o final dos fatos”, outrossim, possuir o comando e o controle de toda situação. Cabe ressaltar que seria denominado autor independente de realizar, ou não o núcleo do tipo penal. (RODRIGUES, 2012 p. 169).

Pablo Alflen em sua obra “Teoria do Domínio do Fato” explica que para Welzel que é considerado como autor aquele quem “é o senhor sobre sua decisão e execução e com isso o senhor sobre seu ato, o qual ele realiza de forma consciente final em sua essência e existência”. Porém, verifica-se que este não é único critério para determinação da autoria, sendo ela dependente de alguns requisitos, entre eles: 1) pressupostos pessoais, decorrentes da estrutura

do tipo: a) objetivos, tais como a posição especial de dever do autor, e b) subjetivos, tais como intenções especiais, tendências ou tipo de sentimentos; e 2) Pressuposto fático: o domínio final do fato. (Welzel, 2003, apud, ALFLEN, 2014, p. 89-90).

Bittencourt afirma ainda que “A doutrina alemã trabalha com dois conceitos distintos de autor: nos delitos dolosos utiliza o conceito restritivo de autor fundamentado na teoria do domínio do fato, e nos delitos culposos utiliza um conceito unitário de autor, que não distingue autoria e participação”. (BITTENCOURT, 2012, p. 570).

Após apresentação de conceitos basilares acima, é possível afirmar que na teoria do domínio do fato, há uma distinção entre as funções desempenhadas pelos os agentes concorrentes de uma ação delitiva, ou seja, existe uma variação entre os tipos de autoria, que na visão de autores como Damásio de Jesus e Rogério Greco seria da seguinte forma: autoria propriamente dita que seria o autor seria detentor do domínio da ação (imediata); autoria intelectual; autoria mediata em que autor seria o detentor do domínio da vontade; e a coautoria. (JESUS, 2013, p. 451-452).

2.2.1 Autoria direta

Para determinar a autoria, Alflen afirma que autoria direta consiste na realização direta, voluntária e conscientemente final do fato porque, tendo preenchido os pressupostos pessoas objetivos e subjetivos exigidos pelo tipo, possui o domínio pleno sobre a sua decisão e execução. (ALFLEN, 2014, p. 91)

Outrossim, na autoria propriamente dita, o autor realiza materialmente a conduta típica (executor material individual), age sozinho, não havendo indutor, instigador ou auxiliar. O autor tem o total domínio da conduta. (JESUS, 2013, p. 451).

Nesse mesmo sentido ao analisar a autoria imediata Greco afirma que o autor pode ser aquele que executa diretamente a conduta descrita pelo núcleo do tipo penal, ocasião em que será reconhecido como autor direto ou autor executor, ou poderá ser, também, aquele se vale de outra pessoa, que lhe serve, na verdade, como instrumento para a prática da infração penal, sendo, portanto, chamado de autor indireta. (GRECO, 2016, p. 537)

Zaffaroni, complementando o estudo, afirma que se adequa a autoria direta quem realiza pessoalmente a conduta típica, ainda que utilize outro, que não realiza a conduta, como instrumento físico. (ZAFFARONI, 2013, p. 599).

No entendimento de Nilo Batista o conceito de autor direto “não situa como dado essencial a subsunção da conduta ao tipo, e como decorrência o domínio do fato, e sim precisamente o oposto”. Não-autores podem ver suas condutas subsumíveis na descrição legal; a diferença específica a incidir sobre o gênero reside em que só o autor possui o domínio do fato. (BATISTA, 2004, p. 77).

2.2.2 Autoria intelectual

Na autoria intelectual, refere-se ao “homem inteligente” do grupo, aquele que traça o plano criminoso, com todos os seus detalhes. (GRECO, 2016, p. 542).

O sujeito planeja a ação delituosa, constituindo o crime produto de sua criatividade. É o caso do chefe de organização criminosa que, sem efetuar comportamento típico, planeja e decide a ação conjunta. O código penal brasileiro agrava a pena do autor intelectual, referindo-se ao sujeito que “promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes”, essa é a definição do artigo 62, inciso I do código. (JESUS, 2014, p. 452).

Cabe ressaltar que na autoria intelectual mostra uma diferença da autoria direta pelo fato do agente idealizador do fato criminoso, outrossim, constitui crime produto da criatividade do agente. (JESUS, 2013, p. 452). A aplicação pelo direito penal pátrio, encontra-se codificada na própria Constituição da República, que aponta no inciso XLIII, do seu art. 5º, que:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (BRASIL, 1988).

Eugênio Pacelli em sua obra complementa o conceito de autor intelectual da seguinte forma:

[...]O que deve ficar claro que não é a simples organização que fundamenta a coautoria, mas o domínio funcional do fato e a coautoria somente subsistirá enquanto houver este domínio. Batista, com precisão, estabelece que esta

figura do organizador como coautor não provém da simples circunstância de organizar a engenharia do empreendimento criminoso, mas da qualidade de liderança na empresa criminosa, de chefia (poder) sobre os demais que introduz o domínio funcional do fato. [...] (BATISTA, 2004, apud, PACHELLI, 2017, p. 364).

Ademais, pode-se constatar que a simples elaboração do plano não configura coautoria, na verdade, configuraria a participação, sem incidência de agravante. Por quanto é importante o autor deter o domínio do fato. (PACHELLI, 2017, p. 364).

2.2.3 Autoria mediata

Há, segundo a teoria do domínio do fato, a chamada autoria mediata. (WELZEL, 2003, apud, ALFLEN, 2014, p. 89).

Para Damásio de Jesus na autoria mediata o agente, denominado “sujeito de trás”, utiliza outra pessoa para praticar fato, podendo a ele ser atribuída a “propriedade” do crime. O agente possui o domínio da vontade do executor, chamada de “instrumento”. Jesus traz ponto importante na obra, ao afirmar que nos casos de autoria mediata, não há participação, uma que autor mediato tem o domínio tanto do comportamento como da vontade. (JESUS, 2013, p. 452).

Nesse sentido todo processo de realização da figura típica, segundo essa teoria, deve apresentar-se como obra da vontade do “homem de trás”, o qual deve ter absoluto controle sobre o executor do fato. Inicialmente, a autoria mediata surgiu com o intuito de preencher os “vazios” que ocorriam com o emprego da teoria da acessoridade extrema da participação. (ANÍBAL, 1967, apud, BITTENCOURT, 2016, p. 570).

Zaffaroni, sobre o domínio do autor mediato, dispõe:

[...]O determinador tem o domínio do fato quando o determinado não realiza uma conduta (autoria direta), o que não exige maiores demonstrações. Também tem o domínio do fato aquele que se vale de quem age sem dolo, por que é evidente que é o único que tem o domínio do fato, já que não domina o fato quem não dirige a conduta até o resultado buscado pelo outro. Igualmente, tem domínio do fato aquele que se vale de uma conduta realizada em cumprimento de um dever jurídico, porque o interposto é ameaçado com uma pena pela ordem jurídica e o determinador cria a situação em que esta cominação se opera[...] (ZAFFARONI, 2013, p. 579).

Outrossim, para que haja a aplicação da autoria mediata, todos os requisitos necessários de punibilidade devem ser encontrados no indivíduo do “homem de trás”, no autor mediato, e não no executor, autor imediato. Não há que se falar em autoria mediata, por exemplo, nos crimes de mão própria. Mais uma vez, o comportamento doloso determina a imputação da autoria (BITENCOURT, 2016, p. 571).

A doutrina disserta que o autor mediato realiza os atos da conduta ilícita através de outrem, como instrumento humano, que atua: a) em virtude da situação de erro em que se encontra, devido à falsa representação da realidade; b) coagido, devido à ameaça ou violência utilizada pelo homem de trás; ou c) em um contexto de inimizabilidade. Essas são as hipóteses mais comuns de autoria mediata. (BITTENCOURT, 2016, p. 571).

Sobre o assunto, Rogério Grego em sua obra “Curso de Direito Penal – Parte Geral” afirma que as hipóteses mais comuns de autoria mediata decorrem do erro, da coação irresistível e do uso de inimputáveis para a prática de crimes e obediência hierárquica, o que não impede a possibilidade de sua ocorrência em ações justificadas uma situação de exclusão de criminalidade para aquele. (GRECO, 2016, p. 538).

Tal afirmação de Greco tem embasamento no próprio Código Penal, que admite crimes de autoria mediata (GRECO, 2016, p. 538). Acerca do tema, Damásio de Jesus lista as hipóteses, sendo elas: a) ausência de capacidade penal do instrumento por menoridade penal, embriaguez ou doença mental (artigo 62, inciso III, do Código Penal); b) coação moral irresistível ou obediência hierárquica (artigo 22 do Código Penal); c) erro de tipo escusável determinado por terceiro, em que o instrumento age sem dolo (artigo 20, § 2º, do Código Penal); e d) erro de proibição invencível (artigo 21, caput, do Código Penal); e) obediência hierárquica. (JESUS, 2014, p. 460).

Na hipótese de domínio da vontade por meio da organização de poder, Roxin explica que ocorre nas hipóteses de crimes intrínsecos às instituições hierarquizadas, outrossim, admitindo-se que seja por crimes societários, seja pelo crime relacionado às organizações criminosas em geral. (ROXIN, 2000, apud, ASSIS, 2013, p. 26).

Ademais, nas hipóteses de domínio da vontade por estruturas de poder organizadas, os conceitos da autoria mediata e participação não têm acolhimento, outrossim, parte-se para um conceito mais abstrato do domínio do fato. Isso de acordo com Feliciano, serve para adequar à

teoria às intenções de política criminal, uma vez que, embora não falte ao executor nem a liberdade tampouco a responsabilidade penal. (FELICIANO, 2009, apud, ASSIS, 2013, p. 28)

2.2.4 Da participação

Partícipe, na doutrina do domínio do fato, é quem efetiva um comportamento que não se adapta ao verbo do tipo e não tem poder de quem efetiva um comportamento que não se adapta ao verbo do tipo (JESUS, 2016, p. 453). A doutrina, de um modo geral, tem considerado duas espécies de participação: instigação e cumplicidade. (BITENCOURT, 2016, p. 573).

Nas sábias palavras de Rogério Greco, o instituto da participação é definido como:

[...]. Informamos ser o autor o protagonista da infração penal. É ele quem exerce o papel principal. Contudo, não raras as vezes, o protagonista pode receber o auxílio daquele que, embora não desenvolvendo atividade principais, exercem papéis secundários, mas que influenciam na prática da infração penal. Estes, que atuam como coadjuvantes na história do crime, são conhecidos como partícipes. [...] (GRECO, 2016, p. 548)

Na opinião da doutrinadora Beatriz Vargas o vocábulo partícipe pode ser empregado no sentido amplo, para significar, todos aqueles que participam da realização do crime: é os conceitos extensivos de partícipe. Neste sentido, o termo engloba tanto os autores quanto os partícipes propriamente ditos. Todos são participantes. Afirma ainda que, em um sentido genérico pode-se dizer que a participação e concurso são noções equivalentes. Para o efeito de distinguir entre os diversos agentes do crime, no entanto, a palavra partícipe é usada para destacar, dentre todos os agentes, somente aqueles que, embora concorrendo para a prática da infração penal, desempenha atividade diversa da do autor. (VARGAS, 1996, apud, GRECO, 2016, p. 549).

As ações realizadas pelo partícipe são contribuições para a efetivação do ilícito penal, porém, a de se destacar, que sua “conduta não se amolda ao núcleo da figura típica”. Além disso, o partícipe não possui nenhum poder diretivo sobre o crime conseqüentemente não possui o domínio finalista do fato. Suas ações são consideradas como contribuições, por intermédio de uma conduta acessória, para a efetivação de um ilícito penal. (JESUS, 2013, p. 453-454).

No mesmo sentido, Damásio de Jesus e Rogério Greco, aponta que a participação a frente da teoria do domínio do fato, expõe as seguintes características:

Distinguem-se autor, coautor e partícipe. O autor detém o domínio do fato; o coautor, o domínio funcional do fato, tendo influência sobre “se” e o “como” do crime; o partícipe só possui o domínio da vontade da própria conduta, tratando-se de um “colaborador”, uma figura lateral, não tendo o domínio finalista. (JESUS, 2013, p. 454).

Outrossim, nota-se que “o delito não pertence ao partícipe, pois não tendo o domínio finalístico do crime ele é mero colaborador para efetivação da vontade do “homem de trás”. (JESUS, 2013, p. 454-455).

2.2.5 Princípio da acessoriedade da participação

Analisando de forma mais profunda o instituto da punibilidade do partícipe, compreende-se de forma imediata seu caráter secundário, para haver a participação, pressupõe-se a existência de um crime e, logicamente, de um autor. “Para que a contribuição do partícipe ganhe relevância jurídica é indispensável que o autor ou coautores iniciem, pelo menos, a execução da infração penal”. (BITTENCOURT, 2016, p. 573).

Os limites dos efeitos da participação tem sido alvo de discussões quanto ao seu alcance, para tanto foram postas várias teorias que procuram delimitar de maneira mais efetiva a fim de adequar a imputação do partícipe ao caso concreto. Destacam-se as teorias da acessoriedade máxima; acessoriedade mínima; acessoriedade limitada; e hiperracessoriedade. (GRECO, 2016, p. 551).

Adentrando sobre as teorias de acessoriedade, Paulo César Busato descreve todas elas da seguinte forma:

[...]. Na acessoriedade extrema sustenta que para punibilidade do partícipe, o autor deve ter realizado ação típica, antijurídica e culpável. Acessoriedade mínima defende que a punibilidade do partícipe resta condicionada à realização, por parte do autor, de uma ação típica. Acessoriedade limitada propõe que a punibilidade do partícipe seja condicionada à realização do injusto pelo autor. [...] (BUSATO, 2017, p. 692).

Ademais, cumpre ressaltar que não há uma definição sobre qual teoria deve ser seguida. A maior parte dos doutrinadores brasileiros como Rogério Greco e Juarez dos Santos, acreditam que acessoriedade limitada seja a teoria mais adequada a ser seguida, justamente para delimitar a punibilidade do partícipe. (DOS SANTOS, 2012, p. 358).

2.2.6 Das espécies de participação

Apesar do Código Penal Brasileiro não definir o que deve ser entendido por participação, a doutrina exemplifica, que há várias formas do instituto sendo há de mais destaques: instigação, determinação, chefia, organização, ajuste, cumplicidade. Contudo há um foco maior em duas espécies: instigação e cumplicidade. (BITTENCOURT, 2016, p. 573).

Sobre a instigação Juarez Cirino dos Santos em sua obra discorre da seguinte forma:

A instigação significa determinação dolosa do autor a realizar tipo de injusto doloso: o instigador provoca a decisão do fato mediante influência psíquica sobre o autor, mas não tem controle sobre a realização do fato, reservado exclusivamente ao autor. Os meios de influência do instigador no psiquismo do autor são inúmeros: persuasão, pedidos, presentes, ameaças etc. A influência sobre o psiquismo do autor para determinar decisão de realizar um tipo de injusto parece pressupor ação, excluindo a hipótese de instigação por omissão. (DOS SANTOS, 2012, p. 378 - 379)

Percebe-se que quando há um debate sobre instigação, afirma-se que o partícipe estimulou ou incutiu uma ideia de um fato criminoso determinado na mente de um agente também determinado. A conduta dolosa do partícipe deve dirigir-se a contribuir, acessoriamente, para a prática de determinada infração penal, que será levada a efeito por uma ou várias pessoas determinadas. (GRECO, 2016, p. 553).

A instigação é a dolosa colaboração de ordem espiritual, psicológica. Contudo a cumplicidade é a dolosa colaboração de ordem material, objetivando o cometimento de um crime doloso. (BATISTA, 2004, apud, PACELLI, 2017, p. 370), observa-se que no instituto da cumplicidade, segundo entendimento de Renato Sanches, que está prestação tem um caráter totalmente material, o partícipe então pratica uma ação a fim de auxiliar o autor do núcleo do tipo penal. (SANCHES, 2016, p. 383).

Rogério Greco, em sua opinião, aponta que a cumplicidade pode ser conhecida também por “prestação de auxílios materiais”, que tem objetivo facilitar materialmente a prática da infração penal, por exemplo, cedendo a carro para aquele que deseja evadir de um determinado local após concretizar roubo de uma residência privada. (GRECO, 2016, p. 556).

Cumprе ressaltar, ainda que, qualquer que seja a modalidade de participação, para que esta seja penalmente relevante deve-se aferir a indispensável presença de eficácia causal da ação ou omissão do partícipe, bem como da consciência de participar do ato delituoso.

Outrossim, para ser considerado partícipe, o indivíduo precisa ter plena consciência de que suas ações, influenciarão a ação nuclear do tipo, bem como o do resultado. (BITENCOURT, 2016, p. 574).

2.2.7 Críticas a teoria do domínio do fato.

Evidentemente que a Teoria do Domínio do Fato está longe de ser uma unanimidade entre doutrinadores, especialmente entre os brasileiros, o que se nota, na realidade, são críticas feitas a teoria e/ou até a desnecessidade em utiliza-la em nosso ordenamento pátrio.

A grande questão a ser debatida, gira em torno da imputação da autoria por meio da teoria do domínio do fato como argumento jurídico central. Apesar de sua aparente eficácia no sentido de solucionar os problemas de imputação de autoria no caso concreto, está longe de ser um consenso entre os doutrinadores de direito. Na realidade, muitos doutrinadores acabam criticando a sua aplicabilidade no caso concreto, levantando assim diversas dúvidas acerca da teoria. (ASSIS, 2013, p. 34).

De acordo com grande autor Jakobs, o domínio do fato, até pela sua estrutura, não apresenta ser o único critério para definição de autoria, visto que existem situações únicas em que autor não é provido somente do domínio do fato, mas também de um dever que tem como conteúdo uma contribuição positiva a outra pessoa ou instituição estatal, bem como a Administração Pública. (JAKOBS, 2003, apud, ASSIS, 2013, p. 34).

Outrossim, não há existência do domínio sobre o fato ilícito em hipóteses em que não há o dever de não o cometer. Na realidade, existe um dever de não realizar o fato ou permitir que ele aconteça. (JAKOBS, 2003, apud, ASSIS, 2013, p. 34).

Isso porque o artigo 29 do Código Penal, supramencionado, sem deixar dúvidas acerca de aderir a teoria monista, ao enunciar que "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a estes cominadas" (BRASIL, 1940) com a expressão "na medida da sua culpabilidade" adota a teoria restritiva do autor, abordando de maneira totalmente eficaz os possíveis vícios que determinados casos concretos podem trazer. (BITENCOURT, 2016, p. 561).

Ademais, nota-se que a teoria do domínio do fato se encaixa a alguns casos de crimes dolosos. Entretanto, observa-se que não supre todas as expectativas nas demais situações, como em casos de crimes culposos. Outrossim, não cobrindo eventuais lacunas no ordenamento jurídico brasileiro, que em seu artigo 29 e incisos cumpre com louvor a pretensão punitiva do Estado.

3. DA AÇÃO PENAL Nº 470 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Analisado a fundo o instituto do concurso de pessoa e posteriormente a teoria do domínio do fato, faz-se necessário analisar a teoria em um caso prático. A Ação Penal n. 470 do Supremo Tribunal Federal, popularmente chamada de "mensalão" é o caso mais notório ao utilizar-se dessa teoria como fundamento para pretensão punitiva.

Ressalta-se que o Processo supramencionado transitou em julgado, uma vez que já foram analisadas todas as questões de ordens e de mérito.

A Ação Penal nº 470, ganhou uma grande repercussão durante e após o seu percurso. Por consequência utilizará nesse trabalho, como pesquisa, à análise dos argumentos da acusação, defesa e sentença, limitando assim o a análise tão somente até o primeiro Acórdão.

3.1. Breve síntese do caso

Como mencionado, anteriormente, a Ação Penal, denominada “Mensalão”, foi movida pelo Procurador Geral da República, na qual protocolou denúncia no dia 11 de março de 2006, contra 40 pessoas, nas quais eram parlamentares, membros do Partido dos Trabalhadores - PT, empresários e funcionário de empresas públicas e sob a suspeita de formação de organização criminosa, que tinha como objetivo "loteamento política dos cargos públicos em troca de apoio às propostas do Governo". (BRASIL, 2012, p. 5.617).

A ação foi iniciada tendo em vista o conhecimento de uma gravação onde ex-funcionário da Empresa de Correios solicitou e recebeu vantagem indevida com fim de beneficiar um grupo de empresários, por meio de contratações que ocorreram e resultaram em vantagens

indevidas tanto para o funcionário da empresa como para o citado grupo de empresários. (BRASIL, 2012, p. 5.616).

Após o vazamento da gravação, começou a investigação dos fatos. Primeiramente foi formada Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI com intuito de investigar e responsabilizar pelo cometimento de tais atos infracionais. Foi na Comissão, por meio de uma de suas colheitas depoimentos, do ex-deputado federal Roberto Jefferson, que se soube a existências de um esquema de corrupção onde alguns parlamentares faziam parte, inclusive o depoente. (BRASIL, 2012, p. 5.617).

O ex-deputado divulgou detalhes do seria um ordenado de repasse de verbas do Partido dos Trabalhadores para a chamada “base aliada do Governo” em troca de apoio para projetos e ideia do Governo Federal no Congresso Nacional. (BRASIL, 2012, p. 5.617).

Citou ainda, quais pessoas seriam os responsáveis pelo comando da organização criminosa. Indicando, assim, seus prováveis líderes:

Em depoimento que prestou na Comissão de Ética da Câmara dos Deputados, Roberto Jefferson afirmou que o esquema era dirigido e operacionalizado entre outros, pelo ex-Ministro Chefe da Casa Civil, José Dirceu, pelo ex-tesoureiro do Partido dos Trabalhadores, Delúbio Soares, e por um empresário do ramo de publicidade de Minas Gerais, até então desconhecido do grande público, chamado Marcos Valério, ao qual incumbia a distribuição do dinheiro (BRASIL, 2012, p. 5.619).

Após oferecimento da denúncia, no dia 12 de novembro de 2007, após a publicação do acórdão no Diário da Justiça, o Inquérito 2245 é convertido na Ação Penal 470. Sendo de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. (BRASIL, 2012).

Cumprе ressaltar que inicialmente, foram rejeitadas todas as preliminares de mérito alegadas pelas defesas. Assim, a denúncia foi recebida parcialmente em atendimento aos requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal. (BRASIL, 2012, p. 51.794).

Nos casos dos Réus Sílvio Pereira, este realizou acordo de suspensão condicional do processo oferecido pelo Ministério Público com base na Lei 9.099/95; no caso do José Mohamed Janene foi decretado a extinção da sua punibilidade em ocorrência de seu falecimento. (BRASIL, 2012, p. 51.818).

Com o fim das devidas diligências, inclusive o interrogatório dos réus (onde negaram todas as imputações), bem como a inquirição de todas as testemunhas arroladas pelas partes e

juntada de todo conjunto probatório (BRASIL, 2012, p. 51.818). Abriu-se o prazo para apresentações de alegações finais por memoriais (BRASIL, 2012, p. 51.830).

O julgamento se estendeu por várias sessões durando pouco mais de 4 meses. A maioria dos ministros do Supremo decidiram por acompanhar o relator na condenação de vinte e cinco réus denunciados, pelos crimes de formação de quadrilha, peculato, corrupção ativa, lavagem de dinheiro, evasão de divisas e gestão fraudulenta. (BRASIL, 2012, p. 51.637-51.658).

3.2. Da denúncia

Conforme dito, anteriormente, a exordial acusatória tentou descrever e fundamentar as supostas atividades ilícitas dos agentes da organização criminosa denunciados.

Segundo o Procurador Geral da República o conjunto probatório produzido no âmbito do presente inquérito demonstra a existência de uma sofisticada organização criminosa, dividida em setores de atuação, que se estruturou profissionalmente para a prática de crimes como peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, além das mais diversas formas de fraude. (BRASIL,2012, p. 51.620).

A organização foi dividida em três "núcleos" organizados e dotados de diferentes finalidades, muito embora estivessem interligados em suas ações. O Ministério Público, então, descreveu a existência de três divisões: o núcleo central, o núcleo operacional e o núcleo financeiro. (BRASIL, 2012, p. 57. 774).

O primeiro núcleo, também denominado de político, era composto por José Dirceu, Delúbio Soares, Sílvio Pereira e José Genoíno. A acusação afirma que como dirigentes máximos, tanto do ponto de vista formal quanto material, do Partido dos Trabalhadores, os denunciados, em conluio com outros integrantes do Partido, estabeleceram um engenhoso esquema de desvio de recursos de órgãos públicos e de empresas estatais e também de concessão de benefícios diretos ou indiretos a particulares em troca de ajuda financeira. O objetivo desse núcleo principal era negociar apoio político, pagar dívidas pretéritas do Partido e também custear gastos de campanha e outras despesas do PT e dos seus aliados. (BRASIL, 2012, p. 57.774).

O segundo núcleo, também denominado de operacional - era integrado por Marcos Valério, Ramon Hollerbach, Cristiano Paz, Rogério Tolentino, Simone Vasconcelos e Geiza Dias. Coube a esse núcleo, oferecer a estrutura empresarial necessária para operacionalizar os repasses dos recursos que seriam aplicados na "compra" do apoio parlamentar. (BRASIL, 2012, p. 57.774 - 57.775).

Por fim, o terceiro núcleo, denominado de financeiro, constituído por José Augusto Dumont (falecido), José Roberto Salgado, Ayanna Tenório, Vinícius Samarane e Kátia Tabela, principais dirigentes do Banco Rural à época que em troca de vantagens indevidas, ingressou na engrenagem criminosa com o aporte de recursos milionários, mediante empréstimos simulados, além de montar uma sofisticada estrutura de lavagem de capitais para o repasse dos valores pagos aos destinatários finais. (BRASIL, 2012, p. 57.775).

Como forma de trabalho o Ministério Público menciona uma parceria conjunta com dirigentes do Banco Rural:

[...] Em conjunto com os dirigentes do Banco Rural, notadamente o falecido José Augusto Dumont, Marcos Valério desenvolveu um esquema de utilização de suas empresas para transferência de recursos financeiros para campanhas políticas, cuja origem, simulada como empréstimo do Banco Rural, não é efetivamente declarada, mas as apurações demonstraram tratar-se de uma forma de pulverização de dinheiro público desviado através dos contratos de publicidade. [...] (BRASIL, 2012, p. 57.775).

O Ministério Público conclui explicando como os três núcleos operacionavam conjuntamente. O Procurador Geral da República afirmou que o primeiro núcleo imprimia as diretrizes da atuação da quadrilha, valendo-se da experiência e conhecimento dos outros dois núcleos na prática reiterada de crimes contra o sistema financeiro nacional, contra a administração pública e de lavagem de dinheiro. Em troca, os executores dos comandos, pertencentes ao núcleo central (político) recebiam benefícios indevidos desse. (BRASIL, 2012, 57.126).

O Ministério Público mostrou uma grande preocupação em demonstrar a autoria e materialidade dos fatos imputados, tanto com provas documentais, testemunhais etc, procurando sempre que possível demonstrar quem estava na cadeia de comando da organização criminosa, conseqüentemente quem detinha o domínio do fato.

Como por exemplo:

Dentro do organograma da quadrilha em específico, José Janene, Pedro Corrêa e Pedro Henry ocupavam o topo de sua estrutura, possuindo o domínio do seu destino (DENÚNCIA, p. 5.709).

O Procurador-Geral da República, no que se diz respeito a José Dirceu, afirmou que ficou comprovado que o acusado, para articular o apoio parlamentar às ações do governo, associou-se aos dirigentes do seu partido e a empresários do setor de publicidade e financeiro para corromper parlamentares. As provas coligadas no curso do inquérito e da instrução criminal comprovam, sem sombra de dúvida, que o réu agiu sempre no comando das ações dos demais integrantes dos núcleos político e operacional do grupo criminoso. *“Era, enfim, o chefe da quadrilha”*. (BRASIL, 2012, p. 51.833).

3.3. Do acórdão

Conforme andamento processual disponível pelo portal do Supremo Tribunal Federal, o julgamento foi iniciado no dia 02 de agosto de 2012. Tendo sido realizado a leitura do relatório pelo Ministro Relator Joaquim Barbosa e posteriormente dando-se início às sustentações orais do Ministério Público Federal e das defesas dos réus.

Encerradas os trâmites da instrução, passou-se a deliberar acerca das várias questões preliminares, sobretudo nulidades, em sessão plenária, onde foram rejeitadas todas suscitada, salvo a preliminar de cerceamento de defesa pela não intimação de advogado constituído pelo réu Carlos Alberto Quaglia (BRASIL, 2012, p. 51.637). Consequentemente, deu-se início à leitura dos votos dos magistrados.

Tendo em vista a grande repercussão, complexidade e extensa quantidade de réus o Ministro Relator Joaquim Barbosa, propôs, que a leitura do voto segue a mesma estrutura lógica do acórdão de recebimento da denúncia. (BRASIL, 2012, p. 52.225).

Dessa forma o Relator explicou que a exposição dos crimes imputados aos réus foi dividida em capítulos, pela necessidade de julgar cada fato criminoso, tal como narrada na denúncia. Porém, cumpre ressaltar, que isto não significa uma sucessão cronológica: os fatos ocorreram simultaneamente, no período que se estende do final do ano de 2002 até o mês de junho de 2005, quando o réu Roberto Jefferson denunciou a existência de um esquema de

pagamento de propina a Deputados Federais da base aliada do Governo Federal. (BRASIL, 2012, p. 52.257).

Importante colocar, que para dar maior celeridade ao processo tendo em vista sua grande complexidade. A maioria do Supremo Tribunal Federal optou pela condenação de vinte e cinco réus pelos crimes de formação de quadrilha, peculato, corrupção ativa, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta e evasão de divisas. (BRASIL, 2012, p. 51.637-51.658).

3.4. Do uso da teoria do domínio do fato como fundamentação

Depois de um breve retrato do como se deu a “montagem” do acórdão pelos Ilustres Ministros do Supremo Tribunal Federal, pode-se visualizar que a teoria do domínio do fato foi ponto central da discussão acerca da definição da autoria dos agentes denunciados. Tal discussão se deu muito por conta da não individualização das ações cometidas pelos agentes no âmbito dos três núcleos citados anteriormente no início deste capítulo.

Em trecho do voto do Ministro-Relator Joaquim Barbosa, descreve a teoria do domínio do fato como uma teoria que constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel, sendo o propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, de acordo com Ministro, nos crimes com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Outrossim, domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. (BRASIL, 2012, p. 52.776).

O Ministro Celso de Mello também descreve em seu voto a teoria do domínio do fato como:

Trata-se, em suma, de formulação doutrinária compatível com a organização política de Estados, como o Brasil, revestidos de perfil democrático e cuja aplicabilidade não supõe a ocorrência de situações anômalas ou de exceção, para relembrar, quanto a esse aspecto, observação feita pelo próprio Claus Roxin em sua conhecida monografia, cabendo enfatizar, ainda, por necessário, que essa concepção doutrinária não se coloca em relação de antagonismo com o direito penal da culpabilidade nem elide, porque inadmissível, a presunção constitucional de inocência, inerente ao nosso modelo constitucional. (BRASIL, 2012, p. 56.586).

Outrossim, tendo como ponto de referência esse entendimento, levado pelo Ministro Relator, acerca do domínio do fato, os Ministros do Supremo realizaram uma análise de todos os fatos descritos na peça acusatória com intuito de exemplificar a imputação de cada agente à época.

O Ministro Relator Joaquim Barbosa afirmou ainda que uma divisão nesse campo tinha um caráter indispensável, ao que interessa à presente ação penal, pois existem crimes que tinha em seu polo ativo vários agentes, caso dos chamados "crimes empresariais", em que se utilizava a pessoa jurídica para a ação delituosa. Destacam os Réus José Dirceu, José Genoíno e Delúbio Soares por várias condutas típicas nesse sentido. E na visão do Tribunal, ambos, tinha direito de saber o conteúdo dos fatos pelos quais há de responder no juízo penal. (BRASIL, 2012, p. 52.775).

O Ministro Luiz Fux em um dos seus votos proferidos, destaca o seguinte ponto no mesmo sentido:

[...]Convenci-me, após análise da prova, como bem destacado pelo Relator, que - não obstante a proeminência e a ênfase atribuídas a Marcos Valério, Ramon Hollebarch e Cristiano Paz tinham conhecimento e domínio sobre os fatos (*participaram de reuniões, assinaram cheques, foram avalistas das operações de crédito, participaram na distribuição dos lucros, etc*) [...]

Constata-se que o Supremo Tribunal Federal direcionou a apreciação dos fatos a luz da teoria do domínio do fato, principalmente no diz respeito ao quesito da “organização criminosa” e seus três núcleos. Outrossim, conforme exposto no curso deste trabalho visualizou-se a chance de imputação dos réus como autores mediatos (domínio da vontade) ou coautores (domínio funcional) dos atos ilícitos.

Nesse sentido o Ministra Cármem Lúcia afirmou em seu voto que quando há vários concorrentes, é necessário esclarecer qual o papel de cada um dos agentes para a cadeia causal do crime imputado. Caso contrário será impossível aplicar a teoria monista contida no artigo 29 do Código Penal. Entretanto, diversa a situação quando se apontam comportamentos típicos praticados por uma pessoa jurídica. Seria necessário apenas verificar pelo contrato social ou, na falta deste, pela realidade factual, quem detinha o poder de mando no sentido de direcionar as atividades da empresa (domínio do fato). (BRASIL, 2012, 52.775).

A Ministra Rosa Weber no mesmo sentido expôs da seguinte forma:

[...], mas ainda com relação às empresas de Marcos Valério, no que dizia respeito a Cristiano Paz e Ramon Hollerbach, às vezes a denúncia não explicitava a conduta imputada a cada um. E, por isso, a teoria do domínio do fato ajudava a argumentação que declarava hígida a denúncia justamente pelo tipo do delito que estava sendo descrito naquela peça[...] (BRASIL, 2012, p. 56.845).

A teoria do domínio do fato foi elaborada como uma ideia de imputação de autoria que iria tentar aprimorar a objetividade pura da teoria restritiva. Na maioria das vezes se dá nos casos em que um agente com “aparatos de poder”, por onde determina a consolidação do injusto penal. Outrossim, para Roxin, o homem de trás não seria considerado como partícipe e sim como autor ou coautor do fato. (ROXIN, 2000, apud, ASSIS, 2013, p. 45).

Na opinião de Pierpaolo Bottini, a teoria do domínio do fato seria um mecanismo apenas para fixar limites entre autoria e participação, para isso a construção da imputação de um ilícito penal deve passar por duas etapas, sendo elas: a) comprovação que o agente conhecia os fatos e colaborou para prática do ilícito penal; b) usar a teoria do domínio do fato para fixar sua responsabilidade como autor ou partícipe do delito. (BOTTINI, 2013).

Bottini ainda explana que este é um ponto central no caso “Mensalão”, pois, ainda que diversas descrições da teoria e de sua origem histórica estejam absolutamente corretas, deuse a impressão que a teoria do domínio do fato foi utilizada como elemento de imputação de responsabilidade e não para distinguir os réus entre autores e partícipes. (BOTTINI, 2013).

Levando em consideração o ponto levantado do parágrafo anterior, fica claro do ponto de vista de Bottini, o uso da teoria do domínio do fato como uma espécie de presunção de responsabilidade aos dirigentes de empresas que, a princípio, teriam sempre o domínio do fato praticados em suas instituições somente por exercerem um cargo de alto hierarquia. (BOTTINI, 2013).

Para consubstancia, ratificar a o argumento utilizado por Bottini há de se mencionar trechos, no qual se destaca parte do voto do Ministro Fux ao afirmar que no âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. Sendo que resulta em duas consequências: a) é viável ao acusado comprovar que inexistia, poder de decisão; b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal

não sofrem esse juízo que pressupõe uma presunção *iuris tantum* da autoria. (BRASIL, 2012, p. 52.776).

Como bem se sabe, na doutrina, a fixação da autoria nos crimes empresariais é complexa, e muitas vezes a estrutura organizacional é voltada para ocultar os efetivos responsáveis pela determinação da conduta delitiva. E tal estratégia merece atenção, devendo ser minada por análises cuidadosas dos fluxos de poder e responsabilidade dentre das instituições. (BOTTINI, 2013).

O raciocínio apresentado pelo Ministro Luiz Fux, na opinião de doutrinadores como Bittencourt traz uma preocupação muito grande, tendo em vista que o argumento apresentado se assemelha bastante com a “responsabilidade objetiva”. (BITTENCOURT, 2013).

A constatação que alguém tinha o domínio do fato do crime é relevante para fixação da autoria, mas não é suficiente. A simples demonstração de que alguém é dirigente de uma empresa não significa que ele seja responsável por qualquer ato típico prático em seu seio. Tais atos devem ser demonstrados, descritos na inicial, e não presumidos pela posição hierárquica ocupada na estrutura institucional.

Nesse sentido Bittencourt, afirma que, muito embora o domínio do fato suponha um controle final, não requer somente a finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato. (BITTENCOURT, 2016, p. 568).

Pablo Aflen, dissertando sobre o caso da Ação Penal 470, vulgo "mensalão" comenta da seguinte forma:

"Conforme foi possível verificar até aqui, os equívocos praticados pela jurisprudência brasileira, no que diz respeito ao emprego da teoria do domínio do fato para fins de delimitação da autoria, são evidentes, a ponto de não se poder afirmar se há uma concepção predominante, quais os critérios realmente adotados ou, inclusive, se a jurisprudência se dispôs, deliberadamente, a construir uma nova vertente (o que não parece ser o caso, devido à falta de uniformidade e coesão verificada entre as decisões). Logo, como referido inicialmente, o julgamento do famigerado “caso mensalão” não destoaria da confusa práxis jurisdicionais brasileiras até então evidenciada." (AFLEN, 2014).

Portanto, conforme bem observa Bottini, há um entendimento histórico correto acerca da teoria do domínio do fato. Porém, o equívoco na aplicação da presunção de responsabilidade realça uma preocupação com segurança jurídica do ordenamento jurídico brasileiro. (BOTTINI, 2013).

Ademais, há de se destacar o voto do Ministro Gilmar Mendes, no sentido que o entendeu que o Código Penal, em seu artigo 29, serviria de total forma como fundamento para aferir a autoria e participação dos réus. (BRASIL, 2012, p. 56.772).

Gilmar Mendes afirma, que a teoria do domínio do fato não é algo novo empregado. Afirma ainda que para a doutrina nacional o legislador de 84 não se definiu por nenhuma das posições dogmáticas relativa ao conceito de autoria e da distinção entre autoria e participação. No entanto, à medida que introduziu o dolo na ação típica final, como se pode depreender da conceituação do erro de tipo, à medida em que aceitou o erro de proibição e, finalmente, à medida em que abandonou o rigorismo da teoria monística em relação ao concurso de pessoas, reconhecendo que o agente responde pelo concurso de pessoa na medida da sua culpabilidade. (BRASIL, 2012, p. 56.771)

Afirma, O Ministro em parte final de seu da seguinte forma:

[...] a solução do caso não reclama, grandes construções teóricas, na verdade, à luz do princípio da legalidade, a resposta está no artigo 29 do Código Penal "*quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade*". [...] (BRASIL, 2012, p. 56.772).

4. CONCLUSÃO

Realizado estudo acerca do instituto do concurso de pessoas, da teoria do domínio do fato, e do Acórdão da Ação Penal 470, com todas peculiaridades possíveis nesses tópicos, torna-se possível responder o questionamento proposto no início deste trabalho. Há necessidade da teoria do domínio do fato no direito Brasileiro?

O critério do domínio do fato exige sempre uma valoração que deve ser avaliada frente tentativa de materializar uma conduta dolosa. Não se pode ter na teoria do domínio do fato somente critérios objetivos ou critérios subjetivos, mas uma análise de acordo com os dois critérios, fato esse que levou ao estudo e aplicação de tal teoria no julgamento da ação penal nº 470.

Pode-se observar que adotamos no ordenamento jurídico brasileiro o instituto do concurso de pessoas que está previsto no artigo 29 do Código Penal, onde prevê a possibilidade de qualquer um participar de ato ilícito e ser julgado de acordo com culpabilidade de seus atos. Outrossim, nota-se que há uma individualização das condutas dos agentes.

O Código Penal Brasileiro traz, ainda, importante informação contida em seu artigo 62. Onde explana que a pena será agravada ao agente que promove, organiza, coage, induz, instiga ou determina alguém a cometer crime sujeito a sua autoridade. Partindo desse ponto de vista, a Teoria do Domínio do fato não preenche nenhuma lacuna, eventual, que o legislador brasileiro possa ter deixado na pretensão punitiva do Estado.

Não podemos deixar de mencionar, voto do Ministro Gilmar Mendes na Ação Penal nº 470, neste mesmo sentido, onde afirma categoricamente que a solução para o caso não necessitava de construção teóricas, bastava olhar, a luz do princípio da legalidade, que a resposta se encontra no mencionado artigo 29 do Código Penal. Dessa forma, Mendes, foi o único Ministro do Supremo Tribunal Federal, a perceber indícios de autoria sem necessidade da aplicação da Teoria do Domínio do Fato.

Sem mencionar que o Domínio do Fato, conforme leciona Bittencourt, muito embora, se adegue alguns casos de crimes dolosos, deixa a lacunas acerca de demais situações (como crimes culposos), mostrando a acertada escolha do legislador brasileiro pela teoria monista que com artigo 29 e 62 cumpre totalmente a pretensão punitiva do Estado.

Portanto, respondendo ao questionamento inicial, não há a necessidade de aplicação da teoria do domínio do fato nos casos concretos no judiciário brasileiro, tendo em vista que o nosso ordenamento jurídico prevê e preenche de forma clara a possibilidade de autor e partícipe serem julgados de acordo com seus atos e na medida de sua culpabilidade.

5. REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileiras*. Universitas JUS. Brasília. v. 25, n. 2, p. 15-33, jul./dez. 2014. Acesso em 28 de agosto de 2018

ASSIS, Enio Castro. *Aplicação da Teoria do Domínio do Fato na Ação Penal nº 470 do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (dissertação em Direito) – Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Brasília, 2013. Acesso em 26 de agosto de 2018.

BATISTA, Nilo. *Concurso de Agentes: Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 3a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral I*, 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Conceito de autoria: A teoria do domínio do fato e a autoria colateral*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral>. Acesso em 29 de agosto de 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Direito de Defesa: Aplicação da teoria do domínio dos fatos na AP 470*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-ago-13/direito-defesa-aplicacao-teoria-dominio-fatos-ap-470>>. Acesso em 15 de agosto de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 17 de setembro de 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o as regras aplicadas ao Direito Penal Material no âmbito do Direito Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 ago. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Dispõe sobre regras aplicadas ao processo penal no âmbito do Direito Penal Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - AP: 470/MG. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Data de Julgamento: 17/12/2012. Data de Publicação: DJ 04/02/202013, p. 145.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal. Volume 1 – Parte Geral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Geral Um*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Yuri Carneiro. *Curso de Direito Penal Didático – volume único*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DOS SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. *Direito Penal – Parte Geral*. 5ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Volume I*. 18ª edição. Niterói: Editora Impetrus, 2016.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: volume 1: parte geral*. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUNQUEIRA, Gustavo. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PACELLI, Eugênio. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

SANCHES, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

RODRIGUES, Cristiano. *Saberes Direito – Direito Penal Parte Geral I*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.