



**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE**  
**VICTOR EDUARDO DA SILVA E SILVA**

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO CONCURSO DE  
PESSOAS COM BASE NO ESTUDO DA AÇÃO PENAL NÚMERO 470 DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Criciúma  
2017.

**VICTOR EDUARDO DA SILVA E SILVA**

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO CONCURSO DE  
PESSOAS COM BASE NO ESTUDO DA AÇÃO PENAL NÚMERO 470 DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, como requisito parcial à obtenção do certificado de Bacharel em Direito.

Orientador: Alfredo Engelmann Filho.

Criciúma

2017.

**VICTOR EDUARDO DA SILVA E SILVA**

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO CONCURSO DE  
PESSOAS COM BASE NO ESTUDO DA AÇÃO PENAL NÚMERO 470 DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense.

Criciúma, 05 de julho de 2017.

---

Prof. e Orientador. Alfredo Engelmann Filho, Esp.

---

Prof. Leandro Alfredo da Rosa, Esp.

---

Prof. João de Mello, Esp.

Dedico este trabalho especialmente a minha família, que esteve sempre ao meu lado, me incentivando em todos os momentos.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente gostaria de agradecer a Deus, pela saúde, força e coragem para continuar a caminhada. Agradeço do mesmo modo os momentos difíceis que enfrentei, pois foram estes obstáculos que me ensinaram a enfrentar os desafios sem sentir medo.

À minha mãe Ana, uma mulher guerreira, que me educou, ensinou, mostrou a diferença do certo e do errado e que sempre se preocupou, incondicionalmente, com seus três filhos, sendo compreensiva e incentivadora.

Ao meu pai Paulo, um exemplo de honestidade, ética, que se sacrificou para me proporcionar esta formação e que me passou todos seus valores e levarei por toda vida.

Aos meus irmãos Guilherme e João, sempre companheiros e solícitos, dispostos sempre ajudar, pessoas verdadeiras e de corações raros.

A minha namorada Caroline, companheira de todas as horas, compreensiva nos momentos de ausência e incentivadora nos momentos mais importantes desta etapa da minha vida.

Aos meus companheiros de trabalho, que proporcionaram debates acerca deste tema, e que me apoiaram para a elaboração deste trabalho e compreenderam o que e esta etapa representa para mim.

Ao meu orientador, Alfredo, por ter aceitado o convite de embarcar comigo neste desafio e também pela sua dedicação e paciência dispostas na realização deste estudo.

À UNESC, pela excelente equipe do corpo docente do Curso de Direito.

“Só o bem neste mundo é durável, e o bem, politicamente, é todo justiça e liberdade, formas soberanas da autoridade e do direito, da inteligência e do progresso.” (Rui Barbosa).

## **RESUMO**

O estudo proposto tem como objetivo analisar a aplicação da teoria do domínio do fato quando do julgamento da Ação Penal 470/MG, julgada pelo STF entre os anos de 2013 e 2014. Foi utilizado como metodologia científica o modo dedutivo, tendo sido delimitado o objetivo por meio de pesquisa através do estudo exploratório, quanto pela análise de um julgamento concreto. Os dados foram coletados por meio de pesquisa bibliográfica e documental. No primeiro capítulo tratou-se de assuntos como a conceituação de crime, autoria, coautoria e partícipe. Sendo necessário também, descrever os requisitos necessários para caracterização do concurso de pessoas e os princípios mais relevantes quando se tem a aplicação da teoria do domínio do fato, como no caso mensalão. No segundo capítulo foi feita a abordagem direta sobre a teoria do domínio do fato, o concurso de agentes e demais conceituações necessárias a análise da AP 470 do STF. No terceiro capítulo tratou-se do objetivo central, que era o de determinar se a teoria do domínio do fato foi corretamente utilizada pelos Ministros do STF na Ação Penal 470 do STF, especialmente em relação as condutas praticadas pelo Ex Ministro-Chefe da Casa Civil, senhor José Dirceu.

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

## ABSTRACT

*The purpose of this study is to analyze the application of the theory of the domain of fact during the trial of Criminal Action 470 / MG, judged by the Supreme Court between the years of 2013 and 2014. The deductive mode was used as the scientific methodology. By means of research through the exploratory study, as well as by the analysis of a concrete judgment. The data were collected through bibliographic and documentary research. In the first chapter we dealt with issues such as the conceptualization of crime, authorship, co-authorship and participant. It is also necessary to describe the necessary requirements for the characterization of the contest of people and the most relevant principles when one has the application of the theory of the domain of fact, as in the mensalão case. In the second chapter a direct approach was taken on the theory of the domain of fact, the contest of agents and other concepts necessary for the analysis of the AP 470 of the STF. In the third chapter the central objective was to determine if the theory of the domain of the fact was correctly used by the STF Ministers in the STF's Penal Action 470, especially in relation to the conduct of the former Chief of Staff, Mr. José Dirceu.*

*Key-words: Domain of fact. Criminal Action 470/MG. Contest of people.*

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>CONCEITOS E PRINCÍPIOS RELEVANTES .....</b>	<b>11</b>
2.1	CONCEITUAÇÃO DE CRIME, AUTOR, COAUTOR E PARTÍCIPE .....	11
2.1.1	Crime .....	12
2.1.2	Autor, coautor e partícipe .....	13
2.1.3	Requisitos e formas do concurso de pessoas .....	14
2.2	PRINCÍPIOS PENAIS MAIS RELEVANTES NO USO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO .....	19
2.2.1	Princípio da anterioridade e da legalidade .....	19
2.2.2	Princípio do contraditório e da ampla defesa.....	20
2.2.3	Princípio da presunção de inocência .....	21
<b>3</b>	<b>TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO.....</b>	<b>22</b>
3.1	TEORIAS DO CONCURSO DE PESSOAS.....	22
3.2	TEORIA DA AÇÃO.....	25
3.3	TIPICIDADE .....	26
3.4	ILICITUDE.....	27
3.5	CULPABILIDADE.....	28
3.6	CAUSA DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE DA COLISÃO DE DEVERES .....	29
3.7	CONCEITO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E CRÍTICAS DECORRENTES DA SUA APLICAÇÃO .....	31
<b>4</b>	<b>AÇÃO PENAL NÚMERO 470 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>35</b>
4.1	CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA NA AÇÃO PENAL Nº 470 DO STF.....	35
4.2	A PARTICIPAÇÃO DE JOSÉ DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA NO CASO CONHECIDO COMO MENSALÃO .....	39
4.3	APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO COMO TESE PRINCIPAL PARA CONDENAÇÃO DO EX-MINISTRO-CHEFE DA CASA CIVIL JOSÉ DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA POR CORRUPÇÃO ATIVA .....	41
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>47</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>50</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho é analisar a Ação Penal 470/MG, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, verificando a aplicação da teoria do domínio do fato em relação às condutas praticadas, especialmente, pelo ex Ministro-Chefe da Casa Civil, senhor José Dirceu de Oliveira e Silva.

Antes de se analisar a aplicação da teoria do domínio do fato, propriamente dita, mostra-se necessária a conceituação de alguns termos, bem como, da própria teoria, que resumidamente equivale dizer que aquele que executa o fato, dominando-o, ou pratica a conduta típica por meio de terceiro, o que se nomina autoria mediata, no entanto, dominando os fatos em si, sendo que suas decisões ou condutas mudariam o resultado, denomina-se autor do tipo penal.

No primeiro capítulo far-se-á a conceituação de crime, autoria, coautoria e partícipe. Sendo necessário também, descrever os requisitos necessários para caracterização do concurso de pessoas e os princípios mais relevantes quando se tem a aplicação da teoria do domínio do fato, como no caso mensalão.

O segundo capítulo tem como título Teoria do Domínio do Fato, abordando mais aprofundadamente a teoria em si. No entanto é preciso em primeiro plano fazer a análise das teorias do concurso de pessoas e da teoria da ação.

Além disso, para que se possa discutir posteriormente a utilização da teoria do domínio do fato como base processual no voto dos Ministros do STF na AP 470, é importante apresentar no segundo capítulo breve abordagem acerca da tipicidade, culpabilidade e ilicitude, além das excludentes desta última.

O último tópico finalmente faz a conceituação expressa da teoria do domínio do fato assim como a apresentação de algumas críticas decorrentes de sua aplicação, especialmente no que diz respeito ao caso do mensalão.

No último capítulo tratar-se-á do tema proposto, com a análise da teoria do domínio do fato utilizada pelos Ministros da Suprema Corte Federal para fundamentarem seus votos, especialmente no que tange à condenação do senhor José Dirceu, que segundo se apurou, teria sido o grande arquiteto do maior caso de corrupção e propina já julgados no Brasil até então.

Também será feita, no terceiro capítulo, a análise das condutas praticadas pelo ex Ministro-Chefe da Casa Civil, senhor José Dirceu, ao qual foi atribuído o domínio dos fatos

narrados na denúncia no que se refere à formação de quadrilha e corrupção ativa, sendo que para tal atribuição houve, pelo STF, a aplicação da teoria do domínio do fato.

Para a análise da utilização da teoria em destaque, optou-se pelo estudo em torno do relatório do Ministro Relator Joaquim Barbosa, que foi acirradamente contraposto pelo Revisor Ministro Ricardo Lewandowski, em inúmeros pontos, mas especialmente quanto a utilização da teoria do domínio do fato como instrumento processual, conforme é possível observar na íntegra do Acórdão, lembrando que as peças processuais citadas não serão juntadas ao presente trabalho, podendo ser acessadas por meio do *linck* constante das referências bibliográficas.

Por fim, é preciso destacar que será utilizado como metodologia científica o modo dedutivo, tendo sido delimitado o objetivo por meio de pesquisa através do estudo exploratório, quanto pela análise de um julgamento concreto. Os dados serão coletados por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

## 2 CONCEITOS E PRINCÍPIOS RELEVANTES

Para a devida compreensão em relação ao tema proposto é preciso, em primeiro momento, esclarecer alguns significados, dentre eles, os conceitos de crime, autor, partícipe, concurso de pessoas e suas formas de participação no crime.

Há que se estar atento, também, para a necessidade de exposição dos princípios mais relevantes no presente estudo, levando-se em consideração a aplicação da teoria do fato no concurso de agentes em relação ao tipo penal sob estudo.

Assim, os tópicos a seguir tratarão das referidas conceituações, classificações e principais requisitos de configuração, bem como, dos princípios preponderantes na ação penal a ser estudada de forma detalhada em capítulo próprio.

### 2.1 CONCEITUAÇÃO DE CRIME, AUTOR, COAUTOR E PARTÍCIPE

Antes de adentrar aos conceitos mais proeminentes para melhor entendimento desta monografia, mostra-se interessante esclarecer que “[...] desde as origens, a sociedade humana esteve sujeita a um conjunto de normas de conduta e de organização.[...]” (LEAL, 2004. p. 35).

Graças a estas normas de condutas, que foram sendo aperfeiçoadas, pode-se chegar ao que se conhece hoje como sociedade civilizada, onde cada país possui autonomia e regramento jurídico pátrio próprio, porém, observando os tratados internacionais dos quais sejam signatários.

Escreve Leal (2004, p. 37):

As normas jurídicas, em princípio, estabelecem limites à liberdade de atuação dos indivíduos na vida social, criando obrigações, proibindo condutas e reprimindo certo tipos de comportamento. Por outro lado, estas mesmas normas criam direitos subjetivos de agir e de se organizar, assegurando as liberdades individuais e, neste caso, podem ser vistas como uma garantia para o indivíduo na sua vivência social. A grande luta é no sentido de fazer com que estas normas sejam o reflexo incontestável dos interesses da maioria. Aí, sim, poderemos falar do direito justo; aí sim, poderemos afirmar que o direito será um complexo de normas a serviço do bem estar coletivo!

Dito isto, cabe lembrar que o Brasil está fundado sob o Estado Democrático de Direito, com Diplomas Legais diversos e específicos para cada área. Os conceitos a seguir serão descritos com base no que prevê a Constituição Brasileira de 1988, o Código Penal e o Código de Processo Penal, além de inúmeras leis esparsas e posicionamentos doutrinários.

### 2.1.1 Crime

Primeiramente é preciso esclarecer que para um fato ser considerado crime, carece da existência três elementos, quais sejam, tipicidade, ilicitude ou antijuridicidade e culpabilidade. Já para a configuração da infração penal, verificamos que o fato deve ser típico e ilícito, pelo menos. (CAPEZ, 2010).

Damásio de Jesus (2010) esclarece que para a configuração de crime devemos observar a existência de uma conduta humana, que poderá ser tanto comissiva quanto omissiva, ou seja, positiva ou negativa. Lembra o autor, contudo, que nem toda conduta poderá ser enquadrada como crime ou delito, mas apenas aquelas que possuem os caracteres da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Os dois primeiros requisitos, segundo Damásio de Jesus (2010), ou seja, o fato típico e a antijuridicidade são características resultantes do crime visto sob o aspecto formal.

Capez (2010, p. 135) afirma que “[...] a culpabilidade não pode ser um elemento externo de valoração exercido sobre o autor do crime e, ao mesmo tempo, estar dentro dele. Não existe crime culpado, mas autor culpado.”

Nucci (2013, p. 75), diferentemente do autor acima citado, entende que a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade são elementos do crime, e, neste sentido, ensina:

Observa-se, portanto, que a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade, elementos do crime, gravitam em torno do bem jurídico; em razão dele são tecidos tipos penais incriminadores, formando a ilicitude penal; conforme o grau de lesão provocado ao bem jurídico, ingressa-se na avaliação da culpabilidade, tanto na parte concernente à formação do delito, como também no âmbito da aplicação da pena, afinal, bens jurídicos fundamentais demandam penas mais severas.

O professor Damásio de Jesus (2010, p. 196) leciona que “fato típico é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca um resultado (em regra) e é previsto na lei penal como infração”.

Ainda na visão do referido doutrinador acima, temos:

Antijuridicidade é a relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico. A conduta descrita em norma penal incriminadora será ilícita ou antijurídica quando não for expressamente declarada ilícita. Assim, o conceito de ilicitude de um fato típico é encontrado por exclusão: é antijurídico quando não declarado lícito por causas de exclusão da antijuridicidade (CP, art. 23, ou normas permissivas encontradas em sua parte especial ou em leis especiais). (DAMÁSIO DE JESUS, 2010, p. 197).

Em relação ao último elemento, ou seja, a culpabilidade escreve o autor citado acima: “Culpabilidade é a reprovação da ordem jurídica em face de estar ligado o homem a um fato típico e antijurídico”. Destaca-se, porém, que no entendimento deste autor, a

culpabilidade não seria elemento do crime, mas, condição de imposição de pena. (DAMÁSIO DE JESUS, 2010, p. 197).

É preciso atentar ao fato de que, antes de qualquer conceito, devemos observar o que determina o artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

[...] (BRASIL, 2017, a).

O texto expresso da Carta Magna remete ao princípio da anterioridade, mas também, reforça o que já foi dito acima em relação à tipicidade, ou seja, quando um ato humano, comissivo ou omissivo que provoque efeito no mundo jurídico, ainda que capaz de causar desequilíbrio neste, não estiver previsto em lei com a determinação de que se trata de fato típico, se está diante de um fato ou ato atípico, sobre o qual não se pode impor a punibilidade.

Não se pretende opinar sobre quais dos autores acima estão corretos em relação aos elementos do crime, e se a culpabilidade seria, ou não, um de seus elementos.

Contudo, após análise das explanações dos doutrinadores trazidos no presente tópico, e mesmo que não possuindo titulação para determinar qualquer conceito teórico, arrisca-se a concordância com o posicionamento de Nucci (2013, p. 184), que entende que crime é o fato típico, ilícito e culpável, ou em suas palavras: “[...] crime é fato típico, antijurídico e culpável”.

### **2.1.2 Autor, coautor e partícipe**

Embora os três agentes referidos no título do presente tópico possam ser confundidos em razão dos atos que praticam quando em andamento determinada tipificação penal, tratam-se de figuras completamente distintas. (NUCCI, 2013).

Segundo Nucci (2013), existem duas teorias para distinção entre coautoria e participação. A primeira é a subjetiva, adotada pelo Código Penal de 1940, onde não existe diferenciação entre coautor e partícipe, podendo, o juiz, portanto, aplicar pena igual para ambos.

A segunda é a teoria objetiva, que foi determinada pela doutrina, mas, também sofre divisão interna, a saber:

a) *teoria formal*: autor é quem realiza a figura típica e partícipe é aquele que comete ações fora do tipo, ficando praticamente impune, não fosse a regra de extensão que o torna responsável. [...]. Exemplo: quem aponta o revólver, exercendo a grave ameaça, e quem subtrai os bens da vítima são coautores de roubo, enquanto o motorista do carro que aguarda para dar fuga aos agentes é o partícipe (os dois primeiros praticaram o tipo do art. 157; o último apenas auxiliou).

b) *teoria normativa* (teoria do domínio do fato): autor é quem realiza a figura típica, mas também quem tem o controle da ação típica dos demais, dividindo-se entre “autor executor”, “autor intelectual” e “autor mediato”. O partícipe é aquele que contribui para o delito alheio, sem realizar a figura típica, nem tampouco comandar a ação. Assim, exemplificando, por essa teoria, o chefe de um grupo de *justiceiros*, que ordenou a execução, bem como o agente que diretamente matou a vítima são coautores. (NUCCI, 2013, p. 384, grifos do autor).

Na opinião de Nucci (2013), a melhor teoria a ser aplicada, como também é a posição majoritária dos autores que ele cita em sua obra, seria a teoria objetivo-formal, onde o autor ou o coautor, de alguma forma, pratica a conduta típica, enquanto, de outro lado, o partícipe apenas presta auxílio material ou moral, sendo que este suporte moral incluiria a instigação, o induzimento ou o comando. Coautor tem o mesmo significado de autor, contudo, é o termo utilizado quando mais de um agente, munido da mesma intenção, e ao mesmo tempo, pratica a conduta tipificada, ou seja, quando dois autores praticam o mesmo ato previsto como tipo penal, ainda que com intensidades e de formas diferenciadas.

Na visão do doutrinador citado acima, o juiz poderá aplicar tanto para o autor, ou coautor, quanto para o partícipe, a mesma pena, podendo, contudo, aplicar pena mais branda ao último agente.

Esta teoria do domínio do fato “somente tem sentido para as legislações que adotam nítida distinção entre autor e partícipe, obrigando o juiz a fixar a sanção menor para quem for considerado partícipe”. Contudo, em casos específicos, também existe a possibilidade de aplicação de pena mais severa ao partícipe, em razão de “[...]sua maior culpabilidade. [...]” (NUCCI, 2013, p. 385-386).

Acerca da teoria do domínio do fato far-se-ão maiores considerações em título próprio, vez que não se pretende esgotar o assunto neste tópico, mas apenas, introduzir a questão central do tema proposto.

### **2.1.3 Requisitos e formas do concurso de pessoas**

Para que se possa tratar dos requisitos do concurso de pessoas é necessário, primeiramente, trabalhar o significado de concurso de agentes e suas formas de ocorrência.

O concurso de pessoas nada mais é do que a prática de um determinado tipo penal “[...] com a colaboração ou com a participação de dois ou mais agentes. [...] Isto significa que

o crime pode ser praticado individualmente (um só agente) ou em conjunto (mais de um agente).” (LEAL, 2004, p. 521).

Na visão de Leal (2004, p. 521) temos o seguinte conceito:

[...] Nessa segunda hipótese, temos o que se chama de concurso de pessoas ou de agentes, co-autoria, co-delinquência (sic) ou *concursum delinquentium*, que se configura quando *dois ou mais agentes, de comum acordo, participam de uma mesma empreitada criminosa e praticam um mesmo crime, pelo qual devem responder penalmente, na medida de suas respectivas culpabilidades*”. (Grifos do autor).

A maior parte dos crimes cometidos é de natureza unissubjetiva, ou seja, aquele que poderia ser executado por apenas um agente. (NUCCI, 2013).

Conforme Leal (2004, p. 522) e também Nucci (2013, p. 386), os crimes que possuem obrigatoriamente a necessidade de serem executados por duas ou mais pessoas, são chamados de “[...] crimes plurissubjetivos [...]”.

Nos casos de crimes de natureza unissubjetiva, ou seja, aqueles que possuem previsão de serem caracterizados como tipo penal ainda que praticados por um único agente, existe também a possibilidade de sua prática na forma coletiva. Exemplos simples são os tipos penais conhecidos como roubo, furto, homicídio, estupro, etc. Todos estes crimes, para restarem caracterizados, podem ser praticados por um único agente. Contudo, quando praticados em concurso de pessoas, denominam-se **concurso eventual**. (LEAL, 2004. Grifo nosso).

De outro lado, o chamado crime plurissubjetivo, só poderá ocorrer quando houver obrigatoriamente o concurso de pessoas, como por exemplo, formação de quadrilha ou bando, crime de rixa, bigamia, etc. Neste caso, encontra-se a figura do **concurso necessário** de agentes. (LEAL, 2004. Grifo nosso).

Damásio de Jesus (2010, p. 448) ensina:

Cuida-se do concurso necessário no tocante aos crimes plurissubjetivos. Fala-se em concurso eventual quando, podendo o delito ser praticado por uma só pessoa, é cometido por várias. No primeiro, o concurso de pessoas é descrito pelo preceito primário da norma penal incriminadora, enquanto no segundo não existe essa previsão. Quando a pluralidade de agentes é elemento do tipo, cada concorrente responde pelo crime, mas este só se integra quando os outros contribuem para a formação da figura típica.

A citação acima tem ligação com o que determina o artigo 29 do Código Penal, que foi alterado pela Lei 7.209 de 1984:

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). (BRASIL, 2017, b).

Ainda conforme Damásio de Jesus (2010), a aplicação do artigo 29 do CP, só se dá nos casos de concurso eventual. Ou seja, no concurso eventual, o agente que concorre para a caracterização do tipo penal incide nas penas a ele cominadas, por ampliação devido a disposição prevista no art. 29 do CP. Já nos casos de concurso necessário, não assiste razão para a ampliação punitiva prevista no referido artigo, visto que, o tipo penal precisa ser praticado por dois ou mais agentes para que seja passível de ser caracterizado.

Em relação às alterações do Código Penal trazidas pela Lei 7.209 de 1984, Nucci (2013, p. 386) entende que devem ser aplicadas, pois tem como meta diferenciar autoria e participação, e, desta forma, permitem ao juiz aplicar a pena de acordo com “[...] o juízo de reprovação social que cada um merece, em respeito ao princípio constitucional da individualização da pena. [...]”.

No entendimento de Capez (2010, p. 365), as formas do concurso de pessoas são a coautoria e a participação. A primeira, como dito acima, quando os agentes em colaboração, e com a mesma finalidade, praticam a conduta principal prevista no tipo. A última se caracteriza quando o partícipe – figura distinta do autor – “[...] concorre para que o autor ou coautores realizem a conduta principal [...]”. O partícipe, portanto, não praticaria a ação, ou omissão, diretamente, mas, exerceria a função de colaborador para que esta fosse praticada.

Para esclarecer quanto aos requisitos no concurso de agentes, adota-se, até o final deste tópico, o entendimento de Damásio de Jesus (2010).

De acordo com o autor, são três os requisitos do concurso de pessoas na modalidade de participação, quais sejam, a pluralidade de condutas, o liame subjetivo e a identidade de infração para todos os participantes.

Na pluralidade de condutas, enquanto um ou mais partícipes praticam atos elencados como núcleo do tipo, podem haver agentes que não estejam cometendo atos de preparação ou execução do crime, o que inicialmente os colocaria em situação de fato atípico. (DAMÁSIO DE JESUS, 2010).

É necessário destacar que, conforme ensina o autor em destaque, embora estes partícipes não estejam praticando a conduta em si, estão contribuindo para inúmeras causas e conseqüências no evento, sendo responsabilizado assim, pela conduta, em razão da aplicação extensiva do artigo 29 do CP, ou, norma de extensão.

Percebe-se que existe, portanto, pluralidade de condutas, afinal, enquanto uns praticam a conduta mais ao centro do núcleo do tipo, outros se limitam “[...] a determinar, a instigar, a auxiliar moral ou fisicamente o executor ou executores, cometendo atos que, *em si mesmos*, não são delituosos”. (BALESTRA e FRIKER, 1956 Apud DAMÁSIO DE JESUS, 2010, p. 462).

Sobre a relevância das condutas, não se trata simplesmente de possuir conhecimento sobre a conduta criminosa, antes sim, trata-se de contribuir com a realização do crime de alguma maneira. (DAMÁSIO DE JESUS, 2010).

A atitude do partícipe, para que assim seja considerado, deve ser relevante, indo além do limite de conhecimento sobre os atos omissivos ou comissivos. É preciso que o agente tenha agido de tal forma que seu ato tenha contribuído para a realização da conduta típica. (DAMÁSIO DE JESUS, 2010).

Leciona o doutrinador em destaque:

A simples manifestação de adesão a uma prática delituosa não é participação. Assim, se **A** diz que vai concorrer no homicídio a ser cometido por **B** contra **C**, não há participação. Isso porque a exteriorização do desígnio criminoso não foi seguida de uma conduta. Agora, se instiga **B** a matar **C**, ocorrendo pelo menos tentativa de homicídio, existe participação. [...] Da mesma forma, não é partícipe quem apenas aplaude intimamente a realização de um delito. (DAMÁSIO DE JESUS, 2010, p. 462-463, grifos nossos).

Deve o agente, portanto, para ser considerado partícipe, atuar de tal forma que sua intenção, aliada a sua ação, ainda que apenas por meio de incentivo, causem reações ao ponto de se ver executada a conduta típica. Ou seja, deve haver nexos de causalidade entre o ato do agente e o crime, devendo tal ato ser relevante para a tipificação. (DAMÁSIO DE JESUS, 2010).

Quanto ao liame Subjetivo e Normativo, neste requisito há necessidade de fazermos nova análise das condutas do autor ou coautor e do partícipe, visto que, somente em relação ao partícipe mostra-se necessário o elemento subjetivo da participação, ou seja, vontade de aderir à conduta, podendo, tal elemento faltar ao autor, ou coautor, sem que tenhamos, contudo, ausência da configuração do agente como partícipe. (DAMÁSIO DE JESUS, 2010).

O que o doutrinador supracitado pretende esclarecer, é que o acordo de vontades entre autor ou coautor e partícipe não é indispensável para que tenhamos caracterizada a conduta do agente com consequente participação no crime.

Na tentativa de clarear a compreensão deste requisito, observe-se o que escreve o autor:

Não é necessário o acordo de vontades (*pactum sceleris*). Basta que uma vontade adira à outra. Suponha-se que uma empregada doméstica, percebendo que um ladrão está rondando a residência, para vingar-se do patrão, deliberadamente deixa a porta aberta, facilitando a prática do furto. Há participação e, não obstante, o ladrão desconhecia a colaboração da criada (não ocorreu o acordo prévio). (DAMÁSIO DE JESUS, 2010, p. 462).

Encontra-se na obra de Capez (2010), basicamente a mesma descrição dos requisitos trazidos pelo autor acima transcrito.

Ele considera que, em relação ao requisito da **pluralidade de conduta**, para que haja efetivamente o concurso de agentes “[...] exigem-se, no mínimo, duas condutas, quais sejam, duas principais, realizadas pelos autores (coautoria), ou uma principal e uma acessória, praticadas, respectivamente, por autor e partícipe. [...]”. (CAPEZ, 2010, p. 371. Grifo nosso).

No que se refere à **relevância causal de todas as condutas**, se uma delas não contribui para o resultado, não pode, tal agente ser considerado parte no concurso de pessoas. “[...] Assim, por exemplo, não se pode falar em concurso quando a outra conduta é praticada após a consumação do delito. Se ela não tem relevância causal, então o agente não concorreu para nada, desaparecendo do concurso”. (CAPEZ, 2010, p. 371. Grifo nosso).

Quanto ao **liame subjetivo ou concurso de vontades**, entende o mesmo doutrinador, que a vontade dos agentes envolvidos deve contribuir para alcançar o resultado. “É necessária a homogeneidade de elemento subjetivo, não se admitindo participação dolosa em crime culposo e vice-versa. [...]. Embora imprescindível que as vontades se encontrem para a produção do resultado, não se exige prévio acordo, [...]”. (CAPEZ, 2010, p. 371- 372. Grifo nosso).

O entendimento de Damásio de Jesus (2010, p. 364) é de que o dolo seria o elemento subjetivo, enquanto a culpa seria o elemento normativo, e, em relação a esta afirmação, tem-se do autor, os seguintes exemplos:

1.<sup>a</sup>) Não há participação dolosa em crime culposo. Ex.: A, desejando matar C, entrega a B uma arma, fazendo-o supor que está descarregada e induzindo-o a acionar o gatilho na direção da vítima. B, *imprudentemente*, aciona o gatilho e mata C. Não há participação criminosa, mas dois delitos: homicídio doloso em relação a A; homicídio culposo em relação a B.

2.<sup>a</sup>) Não há participação culposa em crime doloso. Ex.: um médico, *negligentemente*, entrega a uma enfermeira um veneno, supondo-o substância medicinal. Ela, percebendo o engano, mas com intenção de matar o doente, ministra-lhe a substância fatal. Há dois crimes: homicídio culposo por parte do médico; doloso em relação à enfermeira. (DAMÁSIO DE JESUS, 2010, p. 464. Grifos do autor).

Para finalizar o presente tópico, necessário trazer a informação de que o Código Penal, em seu artigo 31, traz expresso que a instigação, a determinação e o auxílio não podem ser punidos se o tipo penal não for, pelo menos, tentado. Inclusive, segundo Damásio de Jesus

(2010), se a desclassificação do delito ocorre para um dos concorrentes, também se opera em relação aos demais.

## 2.2 PRINCÍPIOS PENAIIS MAIS RELEVANTES NO USO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Para que o posicionamento acerca do tema proposto possa ser mais bem compreendido, mostra-se necessário a explanação acerca de alguns princípios processuais penais, que serão vistos a seguir.

### 2.2.1 Princípio da anterioridade e da legalidade

Os princípios da anterioridade e da legalidade são previsões expressas no texto constitucional, trazendo a certeza de que ninguém será condenado sem que haja previsão, em lei, de conduta passível de punição.

Determina o artigo 5º, inciso XXXIX da Carta Magna:

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. (BRASIL, 2017, a).

De acordo com Capez (2010), a doutrina maciça entende que não existam diferenças entre o princípio da legalidade e a chamada reserva legal.

O autor, no entanto, discorda desta afirmação, esclarecendo que o princípio da legalidade é o gênero ao qual pertencem a reserva legal e a anterioridade da lei penal, ambos expressos no artigo da Constituição Federal acima transcrito.

Referido autor escreve:

[...] trata-se de garantia constitucional fundamental do homem. O tipo exerce função garantidora do primado da liberdade porque, a partir do momento em que somente se pune alguém pela prática de crime previamente definido em lei, os membros da coletividade passam a ficar protegidos contra toda e qualquer invasão arbitrária do Estado em seu direito de liberdade. O princípio contém uma regra – segundo a qual ninguém poderá ser punido pelo poder estatal, nem sofrer qualquer violação em seu direito de liberdade – e uma exceção, pela qual os indivíduos somente serão punidos se, e quando, vierem a praticar condutas previamente definidas em lei como indesejáveis. (CAPEZ, 2010, p. 57).

Em contraposição ao posicionamento de Capez, Damásio de Jesus (2010) entende que o artigo 5º, XXXIX da CF/88 traz, em seu texto, a previsão de dois princípios distintos, ou seja, o da legalidade e o da anterioridade, não sendo, a anterioridade, para ele, subgênero da legalidade, mas, princípio de mesma relevância que esta.

Leal (2004, p. 100-101), a despeito do princípio da legalidade, escreve:

Não há dúvida de que se trata de um princípio basilar do Direito Penal contemporâneo, adotado pela quase unanimidade das legislações penais contemporâneas. Alguns países em decorrência do regime totalitário implantado, acabaram revogando o princípio da reserva legal. Foi o caso da Alemanha nazista que, em 1933, aboliu esta garantia e os resultados funestos todos nós conhecemos. Após a II Guerra, o princípio foi restabelecido na Alemanha. Na Rússia, após sua revogação em 1922, voltou a ser consagrado a partir da reforma penal de 1958.

O autor acima transcrito entende que em razão do princípio da legalidade, a lei penal reforça a garantia individual, limitando o poder do Estado ao que estiver definido em lei, e, desta forma, impossibilitando sua intervenção excessiva nas demais condutas não previstas em lei incriminadora.

Quanto ao princípio da anterioridade, a opinião de Leal (2004, p. 102) é no sentido de que “[...] Sem lei anterior criadora do tipo penal, [...] o fato cometido pode ser imoral, anti-social (sic), ou mesmo ilícito, mas não constituirá *crime* e seu autor não poderá ser punido com uma sanção de natureza criminal”. (grifo do autor).

### **2.2.2 Princípio do contraditório e da ampla defesa**

Os princípios do contraditório e da ampla defesa encontram guarida na Constituição Federal, em seu artigo 5º, LV:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL, 2017, a).

Estes dois princípios permitem que as partes possam conhecer as provas e alegações no processo a que estiverem sujeitas, garantindo, assim, o devido processo legal.

Tourinho Filho (2007), entende que a intenção destes dois princípios, especialmente do contraditório, é de que a parte tem o direito e deve ser ouvida sobre qualquer ato ou prova que a outra parte trouxer aos autos, estando elas, sempre em igualdade de condições no processo.

No entendimento dos doutrinadores Távora e Alencar (2014), a ampla defesa é garantia que tem o acusado em determinado processo, enquanto o contraditório diz respeito aos direitos e garantias que as duas partes possuem no processo.

Entendem ainda, os mesmos autores, que a Súmula 523 do STF determina que a ausência de defesa da parte no processo constitui nulidade absoluta, porém, só haverá anulação se o réu sofrer prejuízo comprovado. (BRASIL, 2017, d).

Percebe-se, portanto, que a ampla defesa e o contraditório são direitos constitucionais que tem como objetivo garantir que todo aquele que pratica conduta típica possa se defender das alegações que lhe são imputadas, e, para isto, tem o direito de conhecer todos os atos praticados no processo do qual é parte.

### 2.2.3 Princípio da presunção de inocência

Este princípio tem como principal objetivo evitar que alguém seja condenado injustamente por crime que não cometeu. Ou seja, na dúvida, ou falta de provas, deverá o acusado ser considerado inocente.

Nossa Constituição Federal traz o seguinte mandamento:

[...]  
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;  
[...] (BRASIL, 2017, a).

Entende-se, da leitura do artigo 5º, inciso LVII, acima transcrito, que o réu só poderá ser considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença que assim o determinar, ou seja, depois de esgotados todos os recursos da defesa. Até lá, portanto, não poderá ser considerado culpado.

Para reforçar a compreensão em relação ao artigo constitucional, Damásio de Jesus (2010, p. 53), que denomina o mesmo princípio de “**princípio do estado de inocência**”, esclarece que “[...] Somente depois de a condenação tornar-se irrecorrível é que podem ser impostas medidas próprias da fase de execução”. (grifo nosso).

Comunga-se do entendimento do autor citado acima, no sentido de que, para proteger o cidadão de possível arbitrariedade estatal, é necessário que o réu só seja considerado culpado depois de esgotados todos os recursos, com sentença transitada em julgado, bem como, se houver dúvida em relação à sua culpabilidade, deve ser considerado presumidamente inocente.

### 3 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

No presente capítulo se irá discorrer sobre a teoria do domínio do fato em si, na forma de concurso de agentes, bem como, sua origem, conceito, críticas a despeito de sua aplicação, e especialmente, sua ligação com o princípio da presunção de inocência.

Contudo, antes de adentrar na teoria do fato propriamente dita, far-se-á breve apanhado sobre as teorias do concurso de pessoas, teoria da ação, da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade.

#### 3.1 TEORIAS DO CONCURSO DE PESSOAS

O concurso de pessoas possui sua previsão expressa nos artigos 29, 30 e 31 do Código Penal Brasileiro:

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)

##### **Circunstâncias incommunicáveis**

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)

##### **Casos de impunibilidade**

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). (BRASIL, 2017, b).

Conforme Prado (2014), os artigos acima tratam da hipótese de contribuição, comumente chamada de concurso de agentes, onde duas ou mais pessoas participam, de algum modo, para a prática do crime.

A contribuição entre os agentes pode se dar na prática do crime, assegurando sua realização, como forma de garantir a impunidade dos agentes ante a aplicação da lei penal, ou, ainda, porque o fato punível em si interessa a mais de uma pessoa. (PRADO, 2014).

Ainda de acordo com o autor, as tarefas do fato ilícito podem ser divididas, ou, ainda, pode haver cooperação de um para com os atos do outro, sem prévio acordo, mas com a consciência da referida cooperação.

Zaffaroni e Pierangeli (2013) ensinam que se fala de ‘concurso de pessoas no delito’ quando vários autores, ou, ainda, um ou mais autores cometem o delito, podendo haver

também a participação de outros, sem autoria propriamente dita, que colabore com a prática do ilícito.

Acordam ainda os autores supracitados, que quando falamos de participação, estamos nos referindo a “participação na conduta do autor”, podendo se dar na forma de instigação, ou seja, quando se incentiva alguém a praticar um delito, e, ainda, na forma de cumplicidade, quando se auxilia o autor na conduta delitiva. (p. 593).

Embora já se tenha feito a conceituação de autoria e participação, na intenção de buscar um conceito enxuto para ambas, verifica-se a seguinte explanação:

Esse esquema de compreensão da matéria representa o produto histórico do desenvolvimento de teorias sobre a experiência judicial dos fatos criminosos, expressa pelo conceito *unitário* e pelo conceito *restritivo* de autor, bem como pela teoria *subjéctiva*, que diferencia autor e partícipe pelo critério da *vontade*, e pela moderna teoria do *domínio do fato*, que integra critérios objetivos e subjetivos para definir autor e partícipe do fato punível. (SANTOS, 2000, p. 275, grifos do autor).

Explica o doutrinador que sob o enfoque do conceito unitário de autor e partícipe está a mais antiga teoria sobre a relação do sujeito e o fato, onde “[...] autor é quem produz qualquer contribuição causal para realização do tipo legal [...]”. (p.275).

Este conceito unitário, ainda de acordo com o mesmo autor, não faz distinção entre autor e partícipe, ou seja, quanto a contribuição objetiva ou subjetiva, não há distinção entre os agentes, servindo a correta distinção das condutas apenas para o momento da aplicação da pena, onde se individualiza a culpabilidade.

Sob a ótica do conceito restritivo, autor é aquele que realiza a ação do tipo penal previsto. De outro lado, partícipe seria aquele que não participa do ato delitivo em si, mas, instiga ou auxilia realização do tipo penal, sendo, porém, punido por extensão da punibilidade prevista na legislação. (SANTOS, 2000).

Explica ainda o doutrinador acima, que a teoria subjéctiva identifica e diferencia a figura do autor e a do partícipe segundo o critério da vontade. Com base nesta teoria, o autor é aquele que age com *animus auctoris*, ou seja, com ânimo de autor, tomando para si a vontade de praticar o ato punível, ainda que não realize a ação típica. Já o partícipe, pressuporia contribuição causal com vontade de partícipe, ou seja, o agente age em razão de fato alheio, sem tomar o como sua aquela vontade, estando imbuído do *animus socci*, ainda que realize a ação típica em si. O grande problema desta teoria se encontra no fato de estar no campo da psique, o que dificulta a precisão e análise das condutas típicas.

A teoria do domínio do fato seria, de acordo com Santos (2000), a mais adequada, uma vez que não se atem apenas nos critérios objetivos ou então, apenas nos subjetivos das condutas típicas.

Leciona o autor que, de acordo com a teoria do domínio do fato, a autoria seria dividida em **autoria direta**, onde se tem a realização das características do tipo penal pelo próprio agente; **autoria mediata**, onde se tem outra pessoa utilizada como instrumento para a prática do tipo penal; e **autoria coletiva**, onde há decisão e realização comum entre os agentes para a prática do tipo.

Valendo-se da mesma teoria, a participação ocorre na forma de instigação ou cumplicidade, sendo a primeira a “[...] determinação dolosa a fato doloso de outrem [...]” e a segunda, “[...] ajuda dolosa a fato principal doloso de outrem [...]”. (SANTOS, 2000, p. 280).

Esclarece ainda o mesmo autor, que a lei penal optou inicialmente pelo conceito unitário de autoria, porém, na Exposição do Motivos do Código Penal, há o reconhecimento de que a parte final do artigo 29 do referido código permite e impõe a distinção precisa entre autor e partícipe, com base na doutrina.

Prado (2014) classifica as teorias de autoria e participação em pluralística, dualística e monística.

Segundo a teoria pluralística, que tem caráter subjetivo, o partícipe é tratado como autor de crime autônomo. Ou seja, cada agente realiza uma ação, que assim, corresponde a um evento específico, embora todas as condutas estejam ligadas psicologicamente entre si. “[...] Considera-se cada partícipe, de forma autônoma, como autor; ou a participação é tratada como delito *sui generis*. Aos diversos delitos seus diversos autores”. (PRADO, 2014, p. 401).

Conforme a teoria dualística existem dois delitos, com diferenciação de participação primária e secundária, sendo esta punida com menos rigor. O autor, ou autores, realizam, então, a atividade principal, ou seja, o tipo penal específico. Enquanto isso, pressupõe-se a existência de um outro delito ao partícipe, que executa uma conduta secundária e não o núcleo descrito no tipo penal previsto. (PRADO, 2014).

Por fim, a teoria monística, segundo o mesmo autor, é aquela onde se observa a equivalência das condições, não diferenciado autores e partícipes. Portanto, todo aquele que participa, em menor ou maior grau, para a cadeia de fatos que levam à conclusão do tipo penal, são autores deste. Assim, o partícipe é sempre um coautor, respondendo integralmente pelo evento criminoso.

Ensina Prado (2014, p. 404) que a teoria do domínio finalista do fato é a mais adequada para aplicação da lei penal. Onde o autor “[...] é todo aquele que contribui para a

produção do resultado [...]. Todo aquele que participa da finalidade (delito doloso) e toma parte na divisão do trabalho é coautor. [...]”, existindo, contudo, divisão entre autor e executor, como no caso de autoria mediata, onde o autor não executa a conduta em si, mas o faz por meio de outrem.

No mesmo entendimento, partícipe é aquele que se resume a ajudar, contribuindo com “[...] atividades secundárias e complementares (‘no empreendimento’), na ação delitiva do autor. [...]”. (PRADO, 2014, p. 404).

Reforça o autor que a pessoa que realiza a conduta típica sempre tem o domínio do fato, e desta forma, se excluiria do tipo penal o autor da autoria mediata, que não realiza a ação do tipo diretamente, mas o faz por meio de outro.

Desta forma, tem o doutrinador, a preferência por adoção conceitual de autoria aquela que possa considerar autor também quem detém o domínio funcional do fato e não apenas aquele que executa a conduta.

### 3.2 TEORIA DA AÇÃO

Com base no tema do presente trabalho, será utilizado o conceito finalista de ação, que distingue fato natural de ação humana. O primeiro é fenômeno de natural e externo, que independe da vontade ou da atitude humana, ao menos sob o enfoque ação humana direta. Já a ação humana, está intimamente ligada ao comportamento e conduta humana, “[...] dirigida pela vontade consciente do fim. [...]”. (SANTOS, 2000, p. 15).

O entendimento de Santos (2000) é de que, quando se fala de ação humana, a vontade é a força propulsora da ação, e a consciência do fim é a sua finalidade perspicaz, sendo que o fim almejado direciona os acontecimentos para que os planejamentos do autor se concretizem.

A definição de ação como *atividade dirigida pelo fim* (nobre ou abjeto, altruísta ou egoísta, legal ou criminoso) destaca o traço que diferencia a ação de todos os demais fenômenos humanos ou naturais, e permite delimitar a base real capaz de incorporar os atributos axiológicos do conceito de crime, como ação típica, antijurídica e culpável. (SANTOS, 2000, p. 31, grifos do autor).

O autor esclarece, ainda, que como conduta típica relevante para a definição do tipo penal, tem-se a ação, ou seja, quando o agente pratica determinada conduta prevista como tipo penal, ou, poderá ser omissiva, quando aquele que tinha dever de agir deixa de cometer conduta que evitaria a prática delituosa, ou que cause dano a alguém.

Ademais, o mesmo autor destaca que, além das espécies ação e omissão, observamos também a existência da espécie imprudência, que poderia ser definida como execução defeituosa de uma determinada ação, ou seja, o defeito residente na ação final se encontra em sua forma de realização.

Conclui Santos (2000, p. 19), então, que, com base nas condutas relevantes para o Direito Penal, as ações dolosas seriam aquelas proibidas; as ações imprudentes poderiam ser consideradas aquelas que possuem execução defeituosa; e a omissão poderia ser compreendida como a “[...]inexecução de *ação mandada*, dolosa ou imprudente”. (grifo do autor).

### 3.3 TIPICIDADE

De acordo com a teoria da tipicidade, não existe crime sem que antes haja lei que assim defina determinada conduta. A própria CRFB tratou de assegurar a aplicação da teoria da tipicidade, em seu artigo 5º, inciso XXXIX. (Brasil, 2017, a).

A tipicidade, ou descrição do crime previsto em lei, passou a figurar como delimitadora do fato típico, ilícito e punível, ou, tipo penal. Afinal, uma determinada conduta poderá ser considerada reprovável de acordo com os conceitos éticos e morais de um povo, sem, contudo, configurar crime, se não houver lei anterior que o defina. (MÉDICI, 2004).

Santos (2000, p. 33) subdivide a teoria do tipo em três espécies distintas. A primeira, que é denominada **tipo legal**, consiste em se ter descrita a conduta ou comportamento proibido, estando descritas também as “[...] características subjetivas, objetivas, descritivas e normativas, realizada na parte especial do CP (e leis complementares). [...]”. (grifo nosso).

A segunda, denominada **tipo de injusto**, descreve o a lesão causada ao bem jurídico protegido, e descreve os “[...] fundamentos positivos da tipicidade (descrição do comportamento proibido) e os fundamentos negativos da antijuridicidade (ausência de causas de justificação). [...]”. (SANTOS, 2000, p. 33, grifo nosso).

A terceira visão do tipo denomina-se **tipo de garantia**, que tem como função especial a “[...] político-criminal, atribuída ao princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF), expressa na fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege*, e compreende todos os pressupostos da punibilidade [...]”. (SANTOS, 2000, p. 33, grifo nosso).

Médici (2004, p. 105) escreve que “as normas incriminadoras são os tipos penais que descrevem as condutas consideradas lesivas a um bem jurídico, cominando as respectivas punições. Compõem-se, necessariamente, de *preceito e sanção*. (grifos do autor).

O autor acima citado destaca que o tipo pode ser visto sob o âmbito objetivo ou ainda, sob o âmbito subjetivo. O primeiro corresponderia diretamente à conduta humana, sem qualquer elemento subjetivo, ou seja, que envolva a intenção ou finalidade do agente. A visão subjetiva do tipo penal está, por outro lado, intimamente ligada à finalidade ou intenção do agente.

Aqui volta-se a lembrar que existem diversas condutas dentro de um tipo penal, que determina e caracteriza autor, co-autor e partícipe, sendo que os elementos objetivo e subjetivo poderão, e deverão determinar à qual categoria de agente se enquadra aquele que participou de conduta típica, e conseqüentemente, assim será aplicada a pena cabível. (MÉDICI, 2004).

### 3.4 ILICITUDE

Greco (2010) entende que “Ilicitude, ou antijuridicidade, é a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico”.

A ilicitude seria, no sentido formal, um ato cometido por determinada pessoa, que contrarie a regra estabelecida pelo legislador. Já a ilicitude em sentido material, seria, por sua vez, a atitude de determinado agente que afeta os bens jurídicos mais importantes, como a vida, seja em agressão a um particular ou em ato que agrida o coletivo. (GRECO, 2010).

Entende-se, portanto, que a ilicitude possui como centro de seu conceito, o ato típico, ou seja, aquele que contraria norma jurídica previamente estabelecida e com previsão de punibilidade.

Existem, porém, algumas excludentes da chamada ilicitude, quando, o agente que comete o ato que aparentemente seria típico e punível, pode vir a ser absolvido por tal conduta. (GRECO, 2010).

As excludentes de ilicitude estão previstas no artigo 23 do Código Penal, a saber:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - em estado de necessidade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - em legítima defesa; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

**Excesso punível** (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo. (BRASIL, 2017, b).

Explica Greco (2010), que nos casos acima transcritos, o agente pratica a conduta típica, porém, as circunstâncias especiais justificam ou impedem que aquele ato seja considerado antijurídico, ou, por assim, dizer, ilícito.

O autor supracitado ensina que existem ainda outras excludentes de ilicitude, como no caso dos artigos 128 e 146, §3 do Código Penal, além de situações conhecidas como causas de excludente supralegais, das quais se tem como exemplo o consentimento do ofendido para a prática considerada antijurídica.

### 3.5 CULPABILIDADE

Carvalho (1996, p. 62), ensina que durante a evolução político-jurídica do conceito de culpabilidade, observamos que esta vem sendo compreendida “[...] como o juízo de reprovabilidade imposto ao indivíduo pela conduta típica-ilícita – injusto penal. [...]”.

Contudo, o autor escreve que ao longo do tempo, e com as devidas evoluções teóricas, passou-se a visualizar o conceito de culpabilidade isento de valoração subjetiva-psicológica, ou seja, deve ser, a culpabilidade, analisada do ponto de vista estritamente normativo, onde, apesar de mantido o dolo e a negligência como elementos, desenvolveu-se o a conceituação de que a culpabilidade é a reprovação do sujeito que age sem observar sua capacidade de raciocinar, atuando contrário ao que determina o direito.

Sendo o dolo e a negligência deslocados como elementos, da culpabilidade para a tipicidade, em razão da teoria finalística da ação, houve remoção dos últimos elementos subjetivos da referida teoria. Assim, entende-se como culpabilidade, a conduta do agente que não observa o comportamento exigido em lei, vindo a agir, assim, com antijuridicidade, ou seja, incidindo em ilicitude. (CARVALHO, 1996).

Teixeira (2014) explica que o conceito processual de culpa, ou culpabilidade possui inúmeros significados. Já no direito penal material, embora culpabilidade possua diversos significados, estes são mais específicos, cumprindo funções também específicas.

A primeira função trata “[...] da culpabilidade como limite do exercício do poder estatal, como condição necessária para a legítima intervenção punitiva do Estado.[...]” (TEIXEIRA, 2014).

Nesta primeira função que tange no sentido político-filosófico, ou sociológico, entende-se, conforme sugere o autor acima, que há exigência de que o agente apenas poderá

ser punido, conforme prevê o tipo penal, se tiver agido imbuído de dolo, ou pelo menos, culpa, caso contrário, estaremos diante da chamada responsabilidade objetiva.

A segunda função da culpabilidade se dá no sentido de se auferir a pena, ou como explica Teixeira (2014, p. 22), “[...] refere-se à *culpabilidade como critério de medição da pena*. [...]”. (grifo do autor).

O terceiro significado de culpabilidade está estritamente ligado ao delito, ou seja, temos a culpabilidade como elemento do delito, ao lado da antijuridicidade e do tipo, sendo ela, “[...]” composta por imputabilidade, consciência, da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa. [...]”. (TEIXEIRA, 2014, p. 22).

Esta conceituação de que a culpabilidade é elemento do delito, servindo para, dentre outras coisas, quantificar a pena, se resume no sentido estrito do significado de culpabilidade. No entanto, vem-se utilizando “[...] o conceito de culpabilidade em sentido mais amplo. Afirma-se comumente que a culpabilidade descrita no art. 59 do CP refere-se ao grau de *censurabilidade ou reprovabilidade da conduta*”. (TEIXEIRA, 2014, p. 30, grifos do autor).

Segundo o autor, a aplicação da teoria da culpabilidade em sentido amplo, especialmente quando se tem como termo central a reprovabilidade, pode dar margens à majoração de pena feita com base em valoração pouco ou nada jurídica, ou ainda, não penal. Por isso, a culpabilidade como elemento de valoração da pena não deve ser analisada sob o enfoque de reprovabilidade, mas antes, com base no significado de injusto culpável.

### 3.6 CAUSA DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE DA COLISÃO DE DEVERES

Os dispositivos legais brasileiros, ainda não tratam, de forma expressa, as causas de excludente do crime de colisão de deveres. Contudo, a referida excludente é de suma importância para aplicação da lei penal no âmbito geral, afinal, nos casos constantes de condutas típicas que verificamos diariamente, talvez esta excludente seja mais útil de utilização que aquela prevista no artigo 23 do Código Penal, qual seja, a discriminada como estado de necessidade. (HERINGER JÚNIOR, 2015).

A colisão de deveres pode ocorrer de três formas, sendo elas: “[...] como conflito entre deveres de ação, como conflito entre deveres de omissão ou como conflito entre deveres de ação e de omissão”, sendo que a mais comum e mais relevante, para se compreender a excludente em destaque, seja a colisão de deveres de ação. (HERINGER JUNIOR, 2015, p. 116).

O autor acima citado esclarece que a justificante do estado de necessidade autoriza que o agente pratique conduta típica sem que esta seja considerada ilícita ou antijurídica, em razão das circunstâncias especiais autorizadoras.

Há que se levar em consideração que uma coisa é tratar da excludente de ilicitude por estado de necessidade, onde a lei autoriza que o agente que se encontra em determinada situação, ou em perigo, possa não se obrigar a dar guarida à determinado bem jurídico tutelado pelo Estado. (HERINGER JUNIOR, 2015).

De outro lado, tem-se deveres que se colidem, ou seja, há a obrigação de ação do agente, que se vê compelido a executar duas ou mais condutas, ou deixar de praticá-las – vemos aqui a obrigação de condutas comissivas ou omissivas - por força de lei. No entanto, ocorrem situações em que a conjuntura não permite que o agente cumpra os dois deveres, tendo que optar por assegurar apenas um dos bens jurídicos em risco. Está-se, portanto, diante da situação de colisão de deveres. (HERINGER JUNIOR, 2015).

O autor leciona que em relação a natureza jurídica, existem divergências doutrinárias, que discutem se o conflito de deveres seria causa de justificativa ou de exclusão da antijuridicidade, informando que a doutrina dominante, segundo ele, se expressa no sentido de ser, realmente, causa excludente. Ensina, ainda, que a colisão de deveres se assemelha à justificante do estado de necessidade, uma vez que a lei impõe dois atos comissivos ou omissivos, embora no caso concreto o agente esteja impossibilitado do cometimento dos dois, justificando-se, assim, a conduta típica praticada ou omissa.

Observe-se o que escreve Heringer Júnior (2015, p. 120):

É interessante notar que nos países que adotam a teoria diferenciadora para o estado de necessidade, como na Alemanha, mesmo assim se entende que na colisão entre deveres de mesma significação jurídica (em que está em jogo mais de uma vida, por exemplo) se reconhece uma causa de justificação, e não simplesmente uma exculpante, como ocorre nas situações de estado de necessidade em que a ação de salvamento se dá em detrimento de um bem jurídico de importância similar ao salvo. Apesar da resistência de alguns teóricos, que vêem aqui apenas uma causa de exclusão da culpabilidade, Roxin, com razão, afirma que o ordenamento jurídico somente pode desaprovar juridicamente e qualificar como incorreta uma conduta se puder dizer qual era o comportamento exigido e o que o agente deveria ter feito na situação. De maneira semelhante, Jacobs poderá que, nas hipóteses em que inexiste máxima jurídica vinculante a orientar os destinatários da lei, não se pode reconhecer a ilicitude do comportamento escolhido pelo agente, pois a defraudação de eventual vítima afetaria expectativas não garantidas juridicamente.

Heringer Júnior (2015) esclarece que no Brasil, onde se adota a teoria do estado de necessidade, que é unitária, quando se está em situação de colisão de deveres de mesma hierarquia, não existem grandes dificuldades a serem enfrentadas, já que se trata de situação justificante.

Como exemplo de excludente de colisão de direitos, tem-se o médico que, atendendo à várias vítimas de acidente pode optar por atender prioritariamente as mais feridas para tentar salvar-lhes a vida, para depois atender aquelas que se encontram aparentemente menos feridas. Em sentido contrário, poderia-se entender ser mais relevante atender as pessoas feridas que possuem maior chance de sobreviver, em detrimento da mais ferida que pode não resistir. Nestas situações, dificilmente o direito nos traria solução que se adequasse a todos os casos. HERINGER JÚNIOR, 2015).

É necessário esclarecer que segundo o autor supra, apenas deveres jurídicos podem ser conflitantes, sendo que deveres meramente morais não podem se valer da teoria da excludente de colisão de direitos.

### 3.7 CONCEITO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E CRÍTICAS DECORRENTES DA SUA APLICAÇÃO

Nas últimas décadas, a doutrina vem destacando o surgimento da teoria do domínio do fato, onde, como visto acima, o autor deixa de ser visto apenas sob o prisma da teoria objetiva ou da subjetiva, mas, passa a conceituar autor aquele que possui o domínio do fato (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2013).

Escrevem os autores que pode ser considerado possuidor do fato aquele que mantém em suas mãos o curso das condutas, ou seja, se e como ela vai ocorrer. Em poucas palavras, é o que possui o poder de decidir sobre a configuração do tipo penal.

De acordo com os autores supra, não se pode verificar a existência, ou não, do dolo como elemento central, uma vez que, na participação também existe a figura do dolo, porém, o partícipe não é confundido com o autor.

É cediço que aquele que executa a conduta típica, tem o domínio do fato. Não se pode, no entanto, excluir o domínio do fato das mãos daquele que pratica o crime por meio de pessoa diversa, ou seja, o chamado autor mediato ou indireto. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2013).

Frisa-se, ainda com base nos autores acima, que a autoria mediata não pode necessariamente pressupor autoria direta por parte daquele que executa a conduta. Imagine-se que um autor que dispara arma que acreditava estar carregada com festim, ou mesmo, que acreditava estar descarregada, tenha cometido erro do tipo por indução de um terceiro, que carregou a arma com balas reais. Desta forma, aquele que carregou a arma e induziu que o executor atirasse na vítima, é o autor mediato, porém, quem possui o domínio do fato era ele.

Da mesma forma, ainda que quem tenha disparado a arma fosse considerado autor direto, não pode ele ser considerado imbuído de dolo, e talvez, sequer lhe reste o elemento da culpa, uma vez que desconhecia totalmente os fatos, não tendo qualquer domínio sobre eles.

Também de acordo com os doutrinadores supra, nos casos em que o autor direto desconhecer os fatos, ou tiver que agir em cumprimento de dever ou lei, nas tentativas ou nos casos de instigação a inimputável, por exemplo, o determinador não pode ser considerado com domínio do fato, não havendo, portanto, autoria mediata, mas, instigação, deixando ele, portanto, de ser autor e passando à figura de partícipe. Importa ressaltar que deve, o autor, preencher todos os requisitos que o tipo penal exige para que se configure o autor.

Em relação a teoria do domínio do fato é preciso ainda destacar a existência de erro, capaz de excluir um dos agentes da posição de autor e transferi-lo à posição de partícipe, como acima exposto:

*O erro na autoria mediata pode ocorrer na pessoa do autor mediato ou na pessoa do instrumento. O erro do autor mediato, incidente sobre características que fazem do autor imediato um instrumento nas mãos daquele, exclui o domínio do fato e transforma o autor mediato em instigador: o autor pensa incumbir doente mental de produzir incêndio, mas o autor imediato é capaz de culpabilidade e, portanto, responsável pelo fato típico como autor direto. A hipótese inversa, de erro sobre a capacidade de culpabilidade de pistoleiro contratado para realizar homicídio, que, sem conhecimento do contratante, é doente mental, constitui, objetivamente, autoria mediata, mas o desconhecimento do domínio do fato pelo autor mediato mantém sua posição de instigador. (SANTOS, 2000, p. 284, grifos do autor).*

Já em relação à autoria coletiva, ou também denominada por Santos (2000), co-autoria, esta se define pelo domínio comum do fato punível, onde ocorre a divisão de tarefas para a concretização do ilícito. Havendo a necessidade de conhecimento do fato e divisão das tarefas, entende o autor, não ser possível a caracterização da co-autoria nos crimes de imprudência. Contudo, conforme destaca em sua obra, no Brasil se verifica a aplicação da co-autoria no referido tipo penal.

O artigo 29 do Código Penal determina:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (BRASIL, 2017, b).

Verifica-se que o artigo acima destaca que será responsabilizado tanto o co-autor, quanto o partícipe, na medida de sua contribuição e intenção de resultado do fato típico, o que nos remete aos elementos objetivos e subjetivos do tipo penal. (SANTOS, 2000).

Quando se se fala em decisão comum para o fato, equivale dizer que existem consciência e vontade dos co-autores para a prática do crime. O momento da decisão antecede

a realização, podendo, contudo, vir a ocorrer durante a realização do fato típico. (SANTOS, 2000).

Já a realização do fato, que ocorre em concurso de esforços e contribuições objetivas de cada um dos agentes, explica “[...]o domínio funcional do fato típico. [...]”, podendo, cada uma destas contribuições, representar a realização integral, parcial ou, ainda, a ausência de realização de qualquer conduta que caracterize o tipo penal. (SANTOS, 2000, p. 289).

O autor supracitado usa como exemplo de ausência de conduta que não descaracteriza o domínio do fato na realização, ou domínio funcional, o co-autor que em um tipo penal descrito como roubo, permanece no veículo, com o motor em funcionamento, em prontidão para fuga, enquanto outro co-autor desliga os alarmes do local, um terceiro co-autor facilita e garante a retirada, um quarto elemento controla a vítima, ameaçando-a com uma arma, e, apenas o quinto agente realmente pega o dinheiro.

O que o autor quis explicar, com o exemplo acima, é que embora apenas um dos co-autores tenha apanhado o dinheiro, todos os demais são co-autores do tipo penal, mesmo aquele que não se encontrava no local, mas estava no carro aguardando, pois sua conduta contribuiu para que o tipo penal fosse realizado, ainda que não estivesse fisicamente no local.

Streck (2015), falando especificamente sobre a teoria do domínio do fato, ensina que sua origem está em Welzel, mas que, no entanto, Roxin foi quem a direcionou e criou suas especificidades.

“A *Tatherrschaftstheorie*, ou teoria do domínio do fato, tem como pressuposto determinar a possibilidade de se ‘pegar’ o ‘homem que está por trás’ do crime ou da organização criminoso”. (STRECK, 2015, p. 102).

Segundo o autor acima mencionado, mantém-se a possibilidade de encontrar e punir o agente que não executou diretamente o fato, ou, que não se encontrava pessoalmente no local da conduta típica, mas do qual teria partido a ordem para a execução do crime. Em outras palavras, o referido sujeito é quem tem o domínio da vontade da ação e, portanto, dos fatos.

Ainda conforme o autor acima equivale a dizer que os autores possuem o domínio do fato, enquanto os partícipes não, uma vez que as condutas destes são acessórias, e não principais.

Entende Streck (2015, p. 103) que a referida teoria não foi criada para ser vista como teoria, ou tese aberta, podendo ser aplicada quando e como entender melhor o magistrado. Antes, deve ser aplicada de forma ponderada e nos limites para as quais foi

criada, não podendo simplesmente, de acordo com o autor, “[...] ser aplicada no varejo (ou no atacado). [...]”.

Nas palavras do autor supra, temos:

Ela, a tese do Domínio do Fato, parece-me bem mais complexa. Aliás, para aplicar uma tese, há que, primeiro, entendê-la, certo? Com Heidegger, podemos dizer que ‘só compreendemos uma coisa quando sabemos o que fazer com ela’. Penso que os leitores compreendem a minha preocupação. Como na Macondo de Gabriel Garcia Marquez (*Cem Anos de Solidão*), por aqui (também) as coisas ainda são tão recentes que, para nos dirigirmos a elas, ainda temos que apontar com o dedo... Porque elas ainda não têm nome. (STRECK, 2015, p. 103, grifos do autor).

Por fim, entende o autor acima transcrito, que a teoria em questão tem cunho altamente político, o que não significa dizer exclusivamente político, já que ela tem como principal objetivo acusar, condenar e punir autores de crimes políticos, ou ainda, crimes de grave violação dos direitos humanos.

De forma sucinta Leite (2014, p. 59), escreve que a teoria do domínio do fato não pode ser considerada novidade no ordenamento, especialmente se observado o que diz o artigo 29, *caput*, do Código Penal, que traz a expressão “na medida de sua culpabilidade”.

Há que perceber-se, no entanto, que embora a teoria não possa ser vista como novidade, não era utilizada em sentido técnico, ou seja, distinguindo autor e partícipe na esfera do tipo penal, e não no sentido de reprovação, sendo necessário que ela sirva não apenas como fundamento para diferenciar autor e partícipe no sentido de quantificação da pena. Ela deve, antes, servir como parâmetro para avaliar o injusto do autor e o injusto do partícipe. (LEITE, 2014).

## 4 AÇÃO PENAL NÚMERO 470 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A teoria do domínio do fato, como dito anteriormente, ainda é nova no ordenamento, sendo discutível sua aplicação, uma vez que não existem regras específicas para tal, e tudo que se tem são algumas doutrinas que tratam do assunto de forma sucinta e a ousada tentativa de caracterização em alguns julgados.

Ainda que contestável, a referida teoria teve aplicação complexa no julgamento da Ação Penal 470, do STF, o chamado caso do mensalão.

Neste último capítulo do estudo proposto, far-se-á à análise da corrupção ativa na AP 470, assim como, a análise da efetiva participação de José Dirceu de Oliveira e Silva no caso mensalão e por fim, a análise da aplicação da teoria do domínio do fato para condenação de José Dirceu pelo crime que lhe fora imputado de corrupção ativa.

### 4.1 CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA NA AÇÃO PENAL Nº 470 DO STF

O presente tópico tem a intenção de esclarecer algumas das situações destacadas na Ação Penal 470 do STF, o caso mensalão, que estejam voltadas ao crime de corrupção ativa, do qual foi acusado o ex-presidente do Partido dos Trabalhadores, senhor José Dirceu.

A priori, se mostra fundamental explicar o conceito de corrupção ativa, e para isto, nos valem do artigo publicado no site Politize por Blume (2015):

A forma **ativa** do crime de corrupção, prevista no artigo 333 do Código Penal, se dá pelo **oferecimento** de alguma forma de compensação (dinheiro ou bens) para que o agente público faça algo que, dentro de suas funções, **não deveria fazer ou deixe de fazer algo que deveria fazer**.

A corrupção ativa é sempre cometida pelo **corruptor**, que em geral é um agente privado. Um exemplo de corrupção ativa é oferecer dinheiro ao guarda de trânsito para que ele não lhe dê uma multa (ou seja, **suborno**). Note que o simples ato de oferecer o suborno ao guarda já configura o crime de corrupção ativa, independente de o guarda aceitar ou não tal oferta. (grifos do autor).

É preciso, portanto, que se faça essa compreensão e diferenciação entre corrupção ativa e corrupção passiva, lembrando que, em regra, a corrupção ativa é praticada por particulares, que corrompem, ou tentam corromper, agentes públicos a praticar atos ilícitos e/ou contrários ao Estado e aos interesses do Estado.

Para iniciar a análise da imputação, e conseqüente condenação dos réus da Ação Penal 470 do STF, pela prática de corrupção ativa, é preciso antes trazer algumas informações acerca do surgimento da Denúncia.

Do Relatório da ação em questão, tem-se a informação de que o Relator do caso foi o Ministro Joaquim Barbosa, tendo como Revisor o Ministro Ricardo Lewandowski, o que, diga-se de passagem, gerou inúmeras discussões acaloradas, noticiadas, à época pela mídia, ao que temos como exemplo, matéria veicula no site G1, conforme trecho abaixo transcrito:

Em outro momento tenso da análise da Ação Penal 470, ele acusou Lewandowski de fazer **‘chicana’**, **que no jargão jurídico** significa uma manobra para atrasar o processo, em favor dos condenados.

‘Eu não vou me retratar, ministro’

‘Vossa excelência está dizendo que eu estou fazendo chicana? Peço que vossa excelência se retrate imediatamente’, exigiu Lewandowski. Barbosa, contudo, enfatizou: ‘Eu não vou me retratar, ministro’. (COSTA e NÉRI, 2014).

Da matéria política acima, pode-se extrair conclusão de que não se tratou de julgamento tranquilo, tampouco manteve-se, no Supremo Tribunal Federal a mais alta cortesia que se espera da Suprema Corte, e menos ainda, observaram-se posicionamentos uníssomos.

Neste sentido, Streck (2015, p. 98) escreve:

[...] Pensei que as sustentações orais trariam grandes teses, teorias aprofundadas... Não foi o que ocorreu.

Não falo do mérito de cada acusação que pesou sobre cada um dos réus. Falo, sim, do conteúdo dos discursos proferidos na Suprema Corte. Quando se pensa que ‘agora do advogado – ou ministro do STF – apresentará a tese e a matriz teórica que a sustentam’, ele declama autores do senso comum teórico-dogmático. [...].

Conforme o autor acima citado, as teorias utilizadas na AP 470 do STF trazem à tona a fragilidade de teorias novas e fundamentadas de acordo com o convencimento pessoal de cada administrador do Direito brasileiro.

É preciso, segundo ele, repensar o Direito com urgência, para que se evite a recepção de teorias, no ordenamento jurídico, de forma equivocada, sendo que maiores explicações acerca do posicionamento do autor, em relação à aplicação da teoria do domínio do fato, serão feitas no último tópico do presente capítulo.

Após as breves considerações sobre a polêmica criada no país e no mundo jurídico quando do julgamento do caso mensalão, é preciso se ater à questão proposta no presente tópico, qual seja, a análise da corrupção ativa na Ação Penal 470 do STF.

O caso mensalão, julgado pelo STF entre os anos de 2012 e 2013 trouxe em sua denúncia sete principais tipos penais, sendo eles: “[...] corrupção ativa e passiva, peculato, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, gestão fraudulenta de instituição financeira e formação de quadrilha. [...]”. (QUANDT, 2014).

É possível observar no relatório da AP 470 do STF, às folhas três, que o senhor José Dirceu foi denunciado pela prática de crime de formação de quadrilha e corrupção ativa, sendo que a denúncia a respeito do referido réu será tratada no tópico seguinte.

Agora, se mostra necessário conceituar corrupção ativa, especialmente com vistas na Ação Penal 470 do STF, para que se possa esclarecer a visão da Suprema Corte a respeito do tema.

Quandt (2014, p. 182-183) descreve:

A denúncia e o acórdão do ‘mensalão’ descrevem três situações distintas de corrupção: a entrega de dinheiro ao então presidente da Câmara dos Deputados para favorecessem o grupo publicitário que venceria a licitação realizada por aquele órgão e, posteriormente, auferiria vantagens indevidas na vigência do contrato; a entrega de dinheiro ao então diretor de *marketing* do Banco do Brasil S.A., o qual transigiria com a apropriação indevida de valores do banco pelo mesmo grupo publicitário; e, por fim, o emprego de parte das vantagens indevidas obtidas nos crimes anteriores para a compra de votos de parlamentares – o ‘mensalão’. Todas essas situações foram julgadas pelo STF como configuradoras dos crimes de corrupção ativa e passiva (ainda que alguns imputados tenham sido absolvidos por ausência de provas).

Explica o autor citado acima, que a discussão sobre se a vantagem obtida indevidamente resumiu-se, no julgamento do STF, a analisar as transações bancárias, não havendo discussão sobre a natureza da vantagem, ou seja, se estava resumida à patrimonial ou se poderia ter sido aferida vantagem de outra espécie.

Durante os debates acerca da vantagem indevida, as defesas de alguns dos réus trouxeram em suas alegações o fato de que tais vantagens estavam ligadas ao chamado caixa dois, em razão de despesas eleitorais, e portanto, não mantinham ligação com a função pública exercida pelos acusados de terem recebido-as. (QUANDT, 2014).

No acórdão dos autos da AP 470 do STF, segundo Quandt (2014), os votos proferidos deixavam clara a posição de que a destinação dos valores recebidos a título de propina não importava para que se configurasse a corrupção ativa ou passiva.

Para o autor em destaque, este posicionamento está incorreto, uma vez que a defesa de vários dos réus tentou desconstituir a ideia de que os valores auferidos eram propina em razão da alteração da natureza jurídica, que poderia ser mudada de acordo com a destinação dada ao dinheiro.

Ainda no diapasão do autor supracitado, embora o acórdão, por meio do voto dos Ministros tenha se empenhado em demonstrar que a propina recebida estava sim ligada à condição de agente público daqueles que a receberam, esta falha no posicionamento do STF, julgando irrelevante a destinação dos valores, poderá trazer conseqüências nocivas a análises de teses futuras.

Retomando a situação específica de corrupção ativa, é preciso verificar o que diz o artigo 333 do Código Penal:

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.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional. (BRASIL, 2017). (b).

O artigo supra traz previsão expressa de punição em virtude de ato que configure corrupção ativa, tipo penal do qual foi acusado o senhor José Dirceu no caso mensalão.

Estando o senhor José Dirceu intimamente ligado aos detentores do poder, arquitetou, segundo a denúncia que fora transcrita no relatório do Ministro Joaquim Barbosa, esquema de compra de apoio de parlamentares e propinas advindas de contrato com uma empresa de publicidade, que fazia parte do mesmo esquema. (BRASIL, 2017). (e)

Do relatório do Ministro Joaquim Barbosa extrai-se o seguinte:

Por outro lado, os crimes de corrupção ativa teriam sido praticados pelos réus do núcleo central e do núcleo publicitário da quadrilha narrada no item II da denúncia, quais sejam, JOSÉ DIRCEU (1º denunciado), JOSÉ GENOÍNO (2º denunciado), DELÚBIO SOARES (3º denunciado), SÍLVIO PEREIRA (4º denunciado), MARCOS VALÉRIO (5º denunciado), RAMON HOLLERBACH (6º denunciado), CRISTIANO PAZ (7º denunciado), ROGÉRIO TOLENTINO (8º denunciado), SIMONE VASCONCELOS (9º denunciada), GEIZA DIAS (10º denunciada), e ainda pelo réu ANDERSON ADAUTO (37º denunciado), relativamente aos réus ROBERTO JEFFERSON e ROMEU QUEIROZ. (BRASIL, 2017, p. 30). (e).

Depreende-se do relatório da AP 470 do STF que haviam vários núcleos na operação de corrupção, peculato, lavagem de dinheiro, dentre as outras condutas típicas constantes do caso mensalão, sendo que o núcleo central tinha como principal elemento o senhor José Dirceu, que, ainda conforme o relatório em questão, era a grande mente pensante de todo o esquema, além de ter exercido a função de presidente do Partido dos Trabalhadores até 2003 e ter sido um dos grandes responsáveis pela vitória do referido partido nas eleições presidenciais de 2002, sendo que, conforme narra a denúncia, havia a intenção de perpetuação do Partido dos Trabalhadores no poder, e com isso surgiu o mensalão.

A fim de que explore de forma mais adequada a participação do senhor José Dirceu, e as condutas que o levaram a ser condenado na AP 470 do STF, passar-se-á ao tópico seguinte.

## 4.2 A PARTICIPAÇÃO DE JOSÉ DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA NO CASO CONHECIDO COMO MENSALÃO

Feitas as devidas introduções acima, acerca do conceito de corrupção ativa, além das ponderações iniciais do relatório do Ministro do STF Joaquim Barbosa, far-se-á, a partir de agora, a análise das condutas do senhor José Dirceu, que o levaram a condenação, de acordo, especialmente, com o relatório e com o acórdão da AP 470 do STF.

Destaca-se do relatório do Ministro Joaquim Barbosa:

Segundo a acusação, ‘todos os graves delitos que serão imputados aos denunciados ao longo da presente peça têm início com a vitória eleitoral de 2002 do Partido dos Trabalhadores no plano nacional e tiveram por objetivo principal, no que concerne ao núcleo integrado por JOSÉ DIRCEU, DELÚBIO SOARES, SÍLVIO PEREIRA e JOSÉ GENOÍNO, garantir a continuidade do projeto de poder do Partido dos Trabalhadores, mediante a compra de suporte político de outros Partidos Políticos e do financiamento futuro e pretérito (pagamento de dívidas) das suas próprias campanhas eleitorais. (...) Nesse ponto, e com objetivo unicamente patrimonial, o até então obscuro empresário MARCOS VALÉRIO aproxima-se do núcleo central da organização criminosa (JOSÉ DIRCEU, DELÚBIO SOARES, SÍLVIO PEREIRA e JOSÉ GENOÍNO) para oferecer os préstimos da sua própria quadrilha (RAMON HOLLERBACH, CRISTIANO DE MELLO PAZ, ROGÉRIO TOLENTINO, SIMONE VASCONCELOS e GEIZA DIAS DOS SANTOS) em troca de vantagens patrimoniais no Governo Federal’ (5621/5622).

[...]

Os réus do chamado núcleo central – JOSÉ DIRCEU, JOSÉ GENOÍNO e DELÚBIO SOARES -, segundo a denúncia recebida por este Plenário, teriam sido os responsáveis por organizar a quadrilha voltada para a compra de apoio político, através dos votos dos parlamentares. Eles respondem, nestes autos, à acusação de crimes de formação de quadrilha e corrupção ativa.

[...]

‘Para o Procurador-Geral da República, relativamente ao réu JOSÉ DIRCEU, Provou-se 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 coligidas no curso do inquérito e da instrução criminal comprovaram, sem sombra de dúvida, que JOSÉ DIRCEU agiu sempre no comando das ações dos demais integrantes dos núcleos político e operacional do grupo criminoso. Era, enfim, o chefe da quadrilha. (...) Nesse sentido, há vários depoimentos nos autos. MARCOS VALÉRIO (...) confirmou que JOSÉ DIRCEU comandava as operações que estavam sendo feitas para financiar os acordos políticos com os líderes partidários (...)’ (fls. 45.123/45.124).

Sustenta, ainda, que “Outros fatos podem ser referidos para comprovar que JOSÉ DIRCEU integrava e comandava o grupo criminoso. (BRASIL, 2017, p. 6). (e).

Inúmeras condutas do ex-chefe da Casa Civil foram destacadas no Relatório do Ministro Joaquim Barbosa, sendo necessário transcrever os resumos feitos no relatório do Ministro, baseado na Denúncia apresentada pelo Procurador Geral da República.

Assim, importa destacar:

Para o Procurador-Geral da República, relativamente ao réu JOSÉ DIRCEU, ‘Provou-se 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 coligidas no curso do inquérito

e da instrução criminal comprovaram, sem sombra de dúvida, que JOSÉ DIRCEU agiu sempre no comando das ações dos demais integrantes dos núcleos político e operacional do grupo criminoso. Era, enfim, o chefe da quadrilha. (...) Nesse sentido, há vários depoimentos nos autos. MARCOS VALÉRIO (...) confirmou que JOSÉ DIRCEU comandava as operações que estavam sendo feitas para financiar os acordos políticos com os líderes partidários (...)’ (fls. 45.123/45.124).

Sustenta, ainda, que ‘Outros fatos podem ser referidos para comprovar que JOSÉ DIRCEU integrava e comandava o grupo criminoso. O primeiro refere-se à viagem que MARCOS VALÉRIO, ROGÉRIO TOLENTINO e EMERSON PALMIERI fizeram a Portugal para reunirem-se com o Presidente da Portugal Telecom. JOSÉ DIRCEU, na condição de Ministro-Chefe da Casa Civil, estava acompanhando as negociações desenvolvidas pelo grupo Portugal Telecom, com a intervenção do Banco Espírito Santo, para a aquisição da Telemig. No bojo dessas tratativas, surgiu a possibilidade de a Portugal Telecom doar o equivalente a 8 milhões de euros, equivalente, à época, a 24 milhões de reais, para o pagamento de dívidas de campanha do Partido dos Trabalhadores’ (fls. 45.127).

O Procurador-Geral da República afirma que ‘outro fato que também comprova o envolvimento de JOSÉ DIRCEU e os vínculos que mantinha com MARCOS VALÉRIO e seu grupo, refere-se a uma reunião ocorrida na Casa Civil entre JOSÉ DIRCEU e Ricardo Espírito Santo, presidente do Banco Espírito Santo no Brasil, com a participação de MARCOS VALÉRIO e DELÚBIO SOARES’ (fls. 45.132).

Aponta, ainda, outra prova contra o réu JOSÉ DIRCEU, consistente na ‘ajuda que MARCOS VALÉRIO deu a JOSÉ DIRCEU para solucionar problemas então enfrentados por sua ex-esposa, que pretendia vender um imóvel, obter um empréstimo e arranjar um emprego. Sobre esse fato, é interessante ler o depoimento de MARCOS VALÉRIO (...)’ (fls. 45.133). (BRASIL, 2017, p. 52). (e).

Nota-se, com base na citação acima, que todo planejamento e execução dos fatos ocorridos no caso mensalão foram, segundo a denúncia, arquitetados pelo senhor José Dirceu, que agiu não na condição de partícipe, mas de autor dos fatos contra si imputados.

Em análise do Acórdão, observa-se que o senhor José Dirceu, foi julgado na condição de co-réu com os demais, quanto a acusação de corrupção ativa.

Ademais o senhor José Dirceu ocupava a posição de Ministro da Casa Civil quando as condutas previstas como tipos penais foram cometidas, sendo que as provas juntadas aos autos demonstraram que realmente ele era a peça principal no esquema do mensalão, organizando e controlando as atividades criminosas. (BRASIL, 2017). (f).

Ainda conforme se observa no Acórdão sob análise, o então Ministro-Chefe da Casa Civil teria toda a responsabilidade acerca do que fora articulado entre os parlamentares corrompidos e corruptores para que apoiassem e aprovassem os projetos governamentais, além de atuar diretamente nas negociações que abarcavam os repasses dos valores para parte dos parlamentares.

O ex- Ministro-Chefe da Casa Civil acabou sendo condenado pelos Ministros da Suprema Corte, com base na aplicação da teoria do domínio do fato, conforme ver-se-á no próximo tópico.

#### 4.3 APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO COMO TESE PRINCIPAL PARA CONDENAÇÃO DO EX-MINISTRO-CHEFE DA CASA CIVIL JOSÉ DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA POR CORRUPÇÃO ATIVA

O resultado final das condutas praticadas pelo senhor José Dirceu, e que foram julgadas na Ação Penal 470 do STF, não poderia ser outro que não a sua condenação.

Contudo, o que se destaca aqui não é a condenação em si, mas a aplicação de uma teoria até então embrionária, como principal tese de fundamentação, qual seja, a teoria do domínio do fato.

No que tange a condenação do então réu José Dirceu, tem-se na ementa do Acórdão da AP 470 o seguinte:

CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA. CORRUPÇÃO ATIVA. ATO DE OFÍCIO. VOTO DOS PARLAMENTARES. TIPICIDADE, EM TESE, DAS CONDUTAS. 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. (BRASIL, 2017, p. 51812). (f).

Analisando o Acórdão, especialmente em relação ao voto do Revisor da AP 470, Ministro Lewandowski, observa-se o início da fundamentação a respeito da teoria do domínio do fato, que segundo ele, deriva da teoria finalista de Hans Welzel, onde se verifica a explicação de que aquele que exerce o domínio, ou controle da conduta típica, é que possui o interesse e o anseio do resultado da referida conduta.

“Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. [...]” (LEWANDOWSKI, 2014). (f).

O voto do relator segue fundamentado na teoria do domínio do fato, embora algumas de suas considerações, acerca de outros réus, especialmente subordinados hierarquicamente, tenham sido confusas, no sentido de questionar se o fato de serem subordinados os fazia desconhecerem os fatos em si e/ou dominá-los. Porém, não será feita a análise de referido posicionamento, uma vez que o presente trabalho se destina exclusivamente a análise das condutas típicas do senhor José Dirceu.

O posicionamento do Relator Ministro Joaquim Barbosa se dá no mesmo sentido de aplicar a teoria do domínio do fato para a individualização das condutas e punibilidade dos agentes envolvidos no caso mensalão, afinal, conforme tratado em tópico específico, a

determinação de autor e partícipe se mostra de fundamental valia, uma vez que individualiza condutas e sugere o mínimo de pena aplicável para cada conduta típica.

Necessário transcrever parte de seu voto:

Ainda na fase pré-processual, consignei que a teoria do domínio do fato, na linha de votos que antecederam a minha manifestação, permitiria a compreensão da setorização das ações dos agentes listados na denúncia e a localização do divisor de águas entre aquelas condutas próprias do cargo e aquelas ilícitas, cometidas em razão do cargo (ou com o abuso dele).

[...]

Acresce que não há dúvidas razoáveis de que José Dirceu concorreu (e tinha pleno conhecimento) para os delitos impulsionados pelos agentes do núcleo político. Na verdade, a meu aviso, este primeiro denunciado detinha o controle finalístico sobre a ação dos denunciados integrantes dos núcleos financeiro e publicitário. Com efeito, o que se tem dos autos é que o denunciado José Dirceu tinha mesmo o domínio intelectual das

ações dos demais acusados, naquilo em que dirigidas para o levantamento de numerário para o pagamento de dívidas e de 'mesadas' a parlamentares da base aliada. Denunciado, todavia, que negou as acusações (interrogatório fls. 16.634-16.671, v. 77 – negou inclusive ter qualquer relação com Marcos Valério) e atribuiu suas ações à função de coordenação política, própria do cargo que ocupava na Casa Civil. Casa Civil que, segundo ele, tinha uma sala de investimentos na qual recebera empresários e dirigentes do BMG, do Banco Rural e do Banco do Espírito Santo. Dirigentes, estes, conforme o depoimento do próprio José Dirceu, que se fizeram acompanhar por Marcos Valério. (BARBOSA, 2014, p. 56181). (f).

Leite (2014) observa que a aplicação da teoria do domínio do fato na Ação Penal 470 do STF gerou inúmeras discussões e preocupações por parte de doutrinadores e juristas, e nesta linha de raciocínio destaca, conforme relato a seguir, a contextualização da utilização da referida teoria, que segundo ele, estão ligadas à autoria e participação dos envolvidos no caso mensalão.

Relata o autor acima citado, que a primeira indicação sobre a teoria do domínio do fato, na Ação Penal 470 se deu quando do relatório que recebeu a denúncia, conforme já destacado acima.

O que sugere o autor supra, é que a teoria do domínio do fato foi introduzida no caso mensalão para que se pudesse suprir a lacuna existente no ordenamento quanto à definição específica de autor e partícipe, uma vez que o que se mantém aplicável, em regra, no ordenamento pátrio, é a teoria subjetiva de autor e partícipe, e de acordo com o que fora tratado no primeiro e segundo capítulo do presente trabalho, a doutrina entende ser coerente fazer a junção de elementos subjetivos com objetivos na conduta dos agentes praticantes da conduta típica. Assim, a teoria do domínio do fato seria a mais adequada para se individualizar as condutas e determinar os papéis de cada um, podendo aplicar-lhes as penas previstas, tanto para o autor quanto para o partícipe.

No sentido de considerar incorreta a aplicação da teoria do domínio do fato, escreve o autor ora citado:

[...] A conjugação dessas duas teorias indica uma falta de clareza em relação aos critérios que servem para diferenciar autor de partícipe. O requisito, todavia, do ‘interesse próprio no fato’ não surge com tanto peso nos posteriores votos dos ministros, e possui, no máximo, *status* de argumento adicional.

O termo ‘domínio do fato’ surge novamente na manifestação oral da Procuradoria Geral da República na fase de alegações finais. Como se sabe, vários dos ministros recorreram a esse termo no momento de fundamentar as suas decisões em relação a vários crimes (gestão fraudulenta de instituição financeira, lavagem de dinheiro, quadrilha, mas especialmente corrupção ativa), conforme indicarei a seguir. Como não há posição unívoca (acima 2), indicarei os contextos de utilização da chamada teoria do domínio do fato. (LEITE, 2014, p. 55).

Explica o autor que os ministros que utilizaram em seus votos a aplicação da teoria do domínio do fato tiveram o cuidado de compatibilizar a referida teoria com o artigo 29 do Código Penal, que, de qualquer sorte, não faz a diferenciação expressa nem obriga o aplicador do direito a distinguir entre autor e partícipe.

O maior problema se mostra no sentido de que a teoria do domínio do fato, segundo os votos dos ministros, teria servido para a diferenciação do autor e partícipe no caso mensalão. Contudo, o código 29 do CP já é amplo o suficiente e determina que todos os agentes que participaram da conduta típica incorrerão nas penas previstas no referido dispositivo legal. (LEITE, 2014).

O autor continua sua crítica, portanto, alegando que se não há qualquer obrigatoriedade em se distinguir autor e partícipe, e tendo sido a teoria do domínio do fato utilizada na AP 470 do STF para que se faça tal distinção, esta mesma teoria não poderia servir de fundamentação para a punibilidade dos envolvidos, mas apenas como limitadora das condutas de cada um.

Outra crítica apontada pelo mesmo doutrinador é a de que os votos de alguns ministros apontaram que a necessidade de diferenciar autor e partícipe só se mostra fundamental na fase de dosimetria da pena. Se considerar-se aceitável este posicionamento, restaria prejudicada a aplicação da teoria do domínio do fato, uma vez que esta é mais ampla do que apenas análise do merecimento da pena.

Importa destacar um dos trechos do voto do Ministro Celso de Mello, que defende essencialmente a necessidade de aplicação da teoria do domínio do fato na AP 470:

**Há que se destacar**, ainda, *por necessário*, **que a adoção**, pela legislação brasileira, **da teoria unitária em matéria de concurso de pessoas não afasta** a possibilidade de reconhecimento, em nosso sistema jurídico-penal, **da teoria do domínio do fato**. *Na realidade*, uma teoria **não exclui** a outra, **pois** o reconhecimento de uma **ou** de outra apenas poderá influenciar no “*quantum*” **a ser definido** na operação de dosimetria penal, **nos termos** do art. 29 do CP.

**Esse entendimento**, que decorre do reconhecimento da compatibilidade, **em face** da legislação nacional, *da teoria do domínio do fato* – cuja aplicação **deve sempre reger-se segundo as premissas que informam o Direito Penal da culpabilidade** –, **reflete-se** no magistério jurisprudencial firmado, *há décadas*, pelo Poder Judiciário brasileiro (JTACrSP, LEX 92/49 – RJTJSP 37/288 – RT 514/302 – RT 375/340): [...] (MELLO, 2014, p. 56814 grifos do autor). (f).

É possível perceber o posicionamento do Ministro Celso de Mello como defensor da aplicação da teoria do domínio do fato, inclusive conforme dito alhures, entendendo por sua importância essencialmente quando da fase de dosimetria da pena.

Rebatendo os argumentos utilizados pelo Ministro Celso de Mello, verifica-se o aparte do Revisor Ministro Lewandowski:

[...] Cumprimentando-o pelo aprofundado estudo que Vossa Excelência fez, e sempre fez, mas, na minha modesta intervenção que fiz, eu evidentemente - e certamente Vossa Excelência não me atribuiu isso – eu não disse que a Teoria do Domínio do Fato se aplicaria apenas em momentos de anormalidade institucional. O que eu disse é que ela se aplica a situações excepcionais.

[...]

O que me preocupa, Senhor Presidente, eminente Decano, é exatamente a banalização dessa teoria. Como é que os quatorze mil juízes brasileiros vão aplicar essa teoria, se esta Suprema Corte não fixar parâmetros bem precisos? É um pouco como disse o Pedro Aleixo naquele episódio famoso, quando Costa e Silva baixou o Ato Institucional 5. Ele disse: eu não estou preocupado com o uso que Vossa Excelência fará dele com suas honradas mãos, mas estou preocupado com o guarda da esquina.

É isto que nós precisamos assentar com muita clareza: quando é que essa teoria pode e deve ser utilizada?

Então é isso, eminente Decano, sem querer divergir de Vossa Excelência, quero apenas expressar essa minha preocupação, que foi a preocupação do próprio Claus Roxin, porque, se essa teoria for aplicada sem nenhum temperamento, amanhã, por exemplo, o presidente da Petrobrás poderá ser responsabilizado por um vazamento numa plataforma de petróleo, porque teoricamente ele tinha o Domínio do Fato; ou um chefe de redação ser responsabilizado por um artigo, que algum jornalista publique, ofensivo a algum cidadão; e assim por diante, os exemplos seriam múltiplos.

[...] LEWANDOWSKI, 2014, p. 56816). (f).

A contar das palavras proferidas pelo Revisor do caso mensalão, acima transcritas, é nítida a preocupação dele em relação a inadequada aplicação da teoria do domínio do fato na legislação brasileira, até mesmo porque, os magistrados das instâncias inferiores costumam utilizar os precedentes da Suprema Corte para fundamentarem suas decisões.

No voto do Ministro Gilmar Mendes, referindo-se a fundamentação utilizada pela Ministra Rosa Weber, demonstra, conforme já explicado acima, que a aplicação da teoria do domínio do fato para fundamentação da responsabilidade, ao invés de parâmetro para diferenciar autor e partícipe é incorreta, além de ser descabida, uma vez que o artigo 29 do CP resguarda a desnecessidade de diferenciar obrigatoriamente as duas figuras. Aliás, o voto da referida Ministra esclarece que o artigo 29 do Código Penal resguarda o princípio da

Legalidade, sendo suficiente para garantir as teses em julgamento no que se refere a individualização das condutas e aplicação da punibilidade. (LEITE, 2014).

Para explicar a crítica à aplicação da teoria do domínio do fato, pelo autor supra, necessário observar suas palavras a seguir:

A teoria do domínio do fato é uma teoria *diferenciadora e restritiva* do conceito de autor. Ela é *diferenciadora*, pois crê ser necessária a distinção, já no plano do tipo, de níveis de intervenção no delito, ou seja, entre autor (imediate e mediato, além da coautoria) e partícipe (instigador e cúmplice). Ela é *restritiva*, pois entende que apenas o autor do delito é que viola a norma de conduta inscrita na parte especial do Código, e a punição da participação seria produto de uma norma extensiva da punibilidade. O conceito restritivo de autor é contraposto ao conceito *extensivo*, que entende que autores e partícipes violam a norma de conduta contida na parte especial, e que a menor punição da participação é uma decisão do legislador por restringir a punição do partícipe. A teoria diferenciadora é contraposta à teoria *unitária*, que sequer distingue entre autor e partícipe. A busca por critérios distintivos entre autor e partícipe é louvável e representa um esforço dogmático permitido pela redação de nosso art. 29, *caput*, do CP, mas não se pode utilizar a teoria do domínio do fato, de nenhuma forma e em linguagem bastante clara, para transformar o que seria absolvição em condenação. Caso tenha sido essa a intenção do STF, ocorreu, como já foi dito, uma malversação da teoria. (LEITE, 2014, p. 57-58, grifos do autor).

O que pretende delinear o autor é o fato de que o artigo 29, *caput*, do Código Penal já determina que os agentes que concorrerem para o a conduta típica serão punidos na medida de sua participação, por isso, causa estranheza a aplicação da teoria do domínio do fato no caso da Ação Penal 470 do STF, afinal, para tal compreensão ela seria injustificável.

Se, por outro lado, ela foi aplicada para fundamentar as decisões dos Ministros, valendo-se eles da teoria apenas para análise da quantificação da pena, a referida teoria teria perdido seu propósito, já que sua intenção é definir autor e partícipe no âmbito do tipo e não apenas da punibilidade. (LEITE, 2014).

Ademais, outra crítica do autor citado acima é a confusão entre domínio do fato e domínio da organização, sendo esta espécie do gênero da primeira.

Ao ler as palavras de Leite (2014) é preciso atentar para a sinalização de incoerência, por ele apontada, uma vez que a teoria do domínio da organização tem a tendência de transformar partícipes em autores mediatos e essa teoria acaba por desmontar as fundamentações trazidas pelo ordenamento pátrio, especialmente no que tange a diferenciação de autor e partícipe

Não se pretende considerar inviável ou inaplicável a teoria do domínio do fato pelos Magistrados, contudo, há que se vislumbrar a necessidade, primeiramente, de estudo aprofundado acerca da mesma.

Em segundo lugar, é preciso que aplique a teoria do domínio do fato nas situações em que realmente se visualizar a necessidade e em sua integralidade, não apenas quanto à dosimetria da pena, conforme exposto acima, mas já como critério de análise da tipificação.

Por outro lado, é preciso destacar maior zelo ainda no que se refere à aplicação do domínio do fato como instrumento processual. Por certo que como teoria que é, poderá alterar possíveis requisitos necessários a produção das provas, no entanto, não pode ser considerada como teoria processual, conforme se observou disfarçadamente na Ação Penal 470 do STF. (LEITE, 2014)

Afinal, se a teoria do domínio do fato for utilizada da forma correta, em sua concepção pura, “[...] quem seria absolvido por ausência de provas sem ela, deve ser absolvido com ela”. Factualmente, esta não foi a forma vista pelo STF, que terminou por aplicar a teoria do domínio do fato na forma processual, sendo que sem sua aplicação, possivelmente alguns ou muitos dos que foram condenados teriam sido absolvidos por ausência de provas, e aqui pode estar incluído o senhor José Dirceu. (LEITE, 2014).

## 5 CONCLUSÃO

A necessidade de se ver punidas as figuras corruptas que fazem parte dos poderes da Nação tem se mostrado cada vez mais premente.

O povo clama por justiça em todas as suas formas e em todos os patamares dos alicerces do Estado Democrático, e melhor razão não poderia lhes assistir.

Contudo, justamente com base nesse Estado Democrático de Direito não se pode admitir que preceitos e princípios fundamentais sejam desmerecidos e sobrepujados, afinal, a lei que vale para o agente público é a mesma que vale para o povo em geral.

Admitindo-se exceções e precedentes duvidosos, estar-se-ia colocando em risco de ruína o ordenamento jurídico, com fragilização da legislação que o coordena e do próprio Estado Democrático.

Estas ponderações feitas precisam ser levadas em consideração em especial quando observado o julgamento da Ação Penal número 470, originária de Minas Gerais, que foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

A referida Ação Penal tratou do caso que ficou conhecido como Mensalão, uma vez que desviou soma vultosa do Estado por meio de um esquema que se destinava a compra de apoio político, com pagamento das chamadas mesadas a vários Parlamentares.

Para que se pudesse verificar se aplicação da teoria do domínio do fato foi adequada no julgamento do chamado mensalão, foi necessária, no primeiro momento, a conceituação de alguns termos, tais como crime, autor, partícipe, concurso de agentes, dentre outros.

Feitas as devidas conceituações chegou-se a análise da teoria propriamente dita, que pode ser denominada como aquela que une elementos objetivos e elementos subjetivos, delimitando exatamente as figuras do autor e do partícipe, desde a fase de tipificação. (LEITE, 2014).

Contudo, o ordenamento pátrio não faz distinção expressa e obrigatória entre as figuras do autor e do partícipe, adotando, porém, punibilidade distinta de acordo com a participação de cada um na conduta típica.

No caso da Ação Penal 470 do STF, os Ministros acabaram por aplicar a teoria do domínio do fato como fundamentação processual para condenação de alguns ou muitos dos réus ali julgados, estando dentre eles o senhor José Dirceu.

Houve inicialmente, no voto dos Ministros do STF explanação sobre a necessidade de utilização da teoria do domínio do fato para que se pudesse atender ao clamor

popular concedendo ao povo a sensação de que a Suprema Corte fez valer a punição aos praticantes de conduta típica, especialmente no que tange a corrupção.

Há que se observar, porém, que a referida teoria não foi criada com a finalidade de justificativa processual, ou seja, como fundamento para condenação, tampouco está diretamente ligada à fase de quantificação da pena.

Aliás, não se vislumbra motivo real para que a teoria do domínio do fato tivesse sido aplicada ao caso do mensalão, uma vez que o ordenamento pátrio, como dito alhures, não mantém a obrigatoriedade de se distinguir autor de partícipe, mas apenas disciplina, no artigo 29, *caput*, do Código Penal, que nas mesmas penas incorrem aqueles que houverem participado das condutas típicas, ao que serão julgados de acordo com suas participações.

A teoria do domínio do fato foi utilizada pela Suprema Corte de forma desproporcional ao que ela representa, sendo que a sua não utilização teria acarretado, possivelmente, a absolvição de vários dos réus, e inclusive e provavelmente, do senhor José Dirceu, ex Ministro-Chefe da Casa Civil.

Não se faz aqui alusão a inocência do acusado José Dirceu. Também não se discute sua culpabilidade. Porém, num Estado Democrático de Direito, onde deve prevalecer o *in dubio pro reo*, aceitar que a aplicação de uma teoria possa ter ocasionado a condenação de um réu, ao invés das provas no processo, não é admissível.

Conforme ensina Streck, essa teoria não foi concebida para aplicação desmedida, ao interesse do magistrado, na forma de teoria aberta, mas para primeiramente ser bem analisada, estudada e posteriormente, aplicada nos casos em que realmente se observar cabível.

Não é possível que se aplique uma determinada teoria fracionada, fragmentada, fatiada. Se vai ser aplicada no ordenamento, há necessidade que se lhe faça em relação a sua integralidade, não como ocorreu no julgamento da AP 470 do STF, onde os Ministros optaram por utilizar a teoria do domínio do fato quanto a dosimetria da pena, além de erroneamente tê-la transformado em fundamentação jurídica para condenação dos réus.

Conclui-se, portanto, que a teoria do domínio do fato, embora não seja teoria nova, mas sim, tenha sido elaborada há mais de cinquenta anos, conforme explica Streck, é necessário que se dispense maior tempo em estudos a respeito dela, e assim se possa conhecer-lhe o fundamento essencial antes de sua utilização indiscriminada.

Desta feita, observa-se que a aplicação da teoria do domínio do fato de forma fracionada, no que os Ministros julgaram ser mais interessante, sem a consideração da unidade teórica como um todo, se deu de maneira equivocada na Ação Penal 470 do STF,

ocasionando possíveis erros de julgamento que culminaram com a condenação de réus sobre os quais não pesavam as provas do processo, e que se acaso não se tivesse a aplicação da referida teoria, possivelmente não teriam sido condenados, mas sim absolvidos pela ausência de provas.

Em se tratando do direito positivo e de segurança jurídica, conclui-se pela alta periculosidade do precedente aberto pela Suprema Corte, já que suas decisões servem de parâmetro para as instâncias inferiores e acabam por fundamentar decisões que resultam na manutenção ou supressão, ainda que temporária, de dois dos maiores bens tutelados pelo Estado, quais sejam, a vida e a liberdade de cada cidadão.

## REFERÊNCIAS

- BLUME, Bruno André. In: **Politize**, 2015. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/corruptao-ativa-e-corrupcao-passiva/>>. Acesso em 07. jun. 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 7. mai. 2017. (a).
- \_\_\_\_\_. Código Penal Brasileiro. **Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 7. mai. 2017. (b).
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984**. Dispõe sobre alteração de dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art29](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art29)>. Acesso em: 1. jun. 2016. (c).
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 523**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_501\\_600](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600)>. Acesso em: 07. mai. 2017. (d)
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Relatório da Ação Penal 470**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf>>. Acesso em: 05. mai. 2017. (e).
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da Ação Penal 470**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/ap470/InteiroTeor\\_AP470.pdf](http://www.stf.jus.br/portal/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf)>. Acesso em: <07. jun. 2017. (f).
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120**. 14. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização**. Rio de Janeiro: Luam, 1996.
- COSTA, Fabiano; NÉRI, Felipe. **Relembre as polêmicas de Joaquim Barbosa como Ministro do Supremo**. G1: Política. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/05/relembre-polemicas-de-joaquim-barbosa-como-ministro-do-supremo.html>>. Acesso em 07. jun. 2017.
- GRECO, Rogério. **Direito Penal: parte geral**. Revista online UniversoJus, 2010. Disponível em: <<https://www.universojus.com.br/direito-penal-ilicitude/>>. Acesso em: 20. mai. 2017.
- HERINGER JUNIOR, Bruno. **Colisão de Deveres: a causa de justificação esquecida**. Revista de Estudos Criminais, nº 56. São Paulo: ITEC, 2015.
- JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. 31. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010. (ver se vou usar)
- LEAL, João José. **Direito penal geral**. 3. ed. Florianópolis: Editora OAB/SC, 2004.

LEITE, Alaor. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Teoria dos tipos penais: parte especial do Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PUIG, Santiago Mir. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. Tradução: Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. **Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva a propósito do julgamento do ‘mensalão’ (APn 470/MG do STF)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **As incongruências da doutrina: o caso da AP 470, a teoria do domínio do fato e as citações descontextualizadas**. Revista de Estudos Criminais, nº 56. São Paulo: ITEC, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Bahia: Editora JusPODVM, 2014.

TEIXEIRA, Adriano. **Culpabilidade e proibição de dupla valoração na determinação judicial da pena na APn 470/MG do STF (Caso Mensalão)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (ver se vou usar)

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

