



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA - UEPB
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

RODOLFO BARBOSA DE FREITAS

**A NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO
DOMÍNIO DO FATO**

**CAMPINA GRANDE - PB
2016**

RODOLFO BARBOSA DE FREITAS

**A NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO
DOMÍNIO DO FATO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado no Curso de Graduação de
Direito na Universidade Estadual da
Paraíba em cumprimento à exigência
para obtenção do grau de Bacharel.

Área de Concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Msc. José Cavalcanti
dos Santos.

**CAMPINA GRANDE - PB
2016**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

F862n Freitas, Rodolfo Barbosa de.
A necessidade de ampliação da aplicação da teoria do domínio do fato [manuscrito] / Rodolfo Barbosa de Freitas. - 2016.
27 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2016.
"Orientação: Prof. Me. José Cavalcanti dos Santos,
Departamento de Direito Público".

1. Domínio do fato. 2. Autoria. 3. Concurso de Agentes. 4.
Direito Penal. I. Título.

21. ed. CDD 345

RODOLFO BARBOSA DE FREITAS


A NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DA APLICABILIDADE DA TEORIA DO
DOMÍNIO DO FATO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado no Curso de Graduação de
Direito da Universidade Estadual da
Paraíba em cumprimento à exigência
para obtenção do grau de Bacharel.

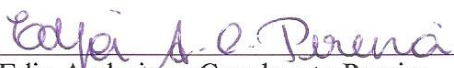
Área de Concentração: Direito Penal.

Aprovada em: 27/10/2016.


BANCA EXAMINADORA



Prof. Msc. José Cavalcanti dos Santos (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof.^a Esp. Edja Andreína Cavalcante Pereira
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Msc. Milena Barbosa de Melo
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Ao meu pai e minha mãe, pela dedicação,
companheirismo e amizade, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

Ao professor José Cavalcanti do Santos pelas leituras sugeridas ao longo dessa orientação e pela dedicação.

Ao meu pai José Carlos Dutra de Freitas, a minha mãe Severina Maria Barbosa de Freitas, aos meus irmãos Sara, André e Isabella, pela compreensão por minha ausência nas reuniões familiares.

À minha namorada, Herla Kalina Coura Moreira, pela compreensão em minha ausência física em vários momentos e minha gratidão pela ajuda incondicional neste trabalho.

Ao amigo Ednaldo Moscoso, pela ajuda na escolha do tema e pelas leituras sugeridas.

Aos funcionários da UEPB pela presteza e atendimento quando nos foi necessário.

Aos colegas de classe pelos momentos de amizade e apoio.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	07
2	CONCURSO DE AGENTES.....	09
3	AUTORIA.....	09
3.1	TEORIA UNITÁRIA OU SUBJETIVA.....	10
3.2	TEORIA EXTENSIVA.....	10
3.3	TEORIA RESTRITIVA.....	10
3.3.1	TEORIA OBJETIVO-FORMAL.....	10
3.3.2	TEORIA OBJETIVO-MATERIAL.....	11
4	TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO.....	11
5	A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO À LUZ DO DIREITO PENAL.....	14
5.1	LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.....	14
5.2	LEI DE CRIMES AMBIENTAIS.....	15
6	A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO APLICADA NO JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL 470 DO STF.....	16
	CONCLUSÃO.....	18
	REFERÊNCIAS	22

A NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DA APLICAÇÃO TEÓRICA DO DOMÍNIO DO FATO

FREITAS, Rodolfo Barbosa de¹
SANTOS, José Cavalcanti dos²

RESUMO

A teoria do domínio do fato ganhou força e forma a partir de 1939, inicialmente como principal defensor Hans Welzel. Surgindo da necessidade de suprir a lacuna existente nas teorias que explicavam a autoria, lançou-se como uma teoria intermediária entre a objetiva-subjetiva. Segundo esta teoria o autor é aquele que possui o controle sobre a situação delituosa, ou seja, possui o domínio final do delito, determinando o modo de execução, suspensão, interrupção e condições. Autor é aquele que domina a vontade dos demais agentes com o escopo de lesar o bem jurídico penalmente tutelado. A teoria do domínio do fato surgiu como um complemento da teoria restritiva, acrescentando-lhe ferramentas para que se alcance um maior número de agentes que concorrem para cometimento de delitos, não obstante sua atuação criminoso sem realizar o núcleo do tipo penal. Brevemente lembrada pelo Código Penal brasileiro, a partir da reforma de 1984, esta teoria surge como uma importante ferramenta no combate à impunidade, principalmente quando são julgados crimes cometidos por agentes que compõem organizações criminosas.

PALAVRAS-CHAVE: Concurso de agentes, autoria e participação.

1 INTRODUÇÃO

A doutrina penal brasileira mais tradicional classifica os crimes elencados no Código Penal Brasileiro³ em Crimes monossubjetivos e plurissubjetivos. A primeira classificação se consubstancia em virtude de haver, nestes crimes, a participação de apenas um autor, além de serem os mais comuns encontrados no Código Penal. De outra forma, os crimes chamados de plurissubjetivos são assim classificados pelo fato de serem cometidos por mais de um agente e se configuram como minoria dentro do rol existente na atualidade.

A ocorrência de crimes que podem ser cometidos por uma pluralidade de autores, ou de concurso necessário, têm aumentado substancialmente em todo território

¹ Acadêmico do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, Campus I.
E-mail: rodolfofreitas@hotmail.com

² Professor da Universidade Estadual da Paraíba, Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Doutorando em Planejamento Urbano e Regional pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

³ BRASIL. Decreto nº 2.884, 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1940.

nacional, assim como se mostra uma tendência em escala mundial. Existe, nestes crimes, a participação de diversos autores praticando condutas de modo a concorrerem em um mesmo delito.

Partindo da premissa de pluralidade de autoria, aplicam-se regras que implementam o concurso de pessoas. Neste caso, diversos institutos do direito penal se coadunam, quais sejam as causas de exclusão da imputabilidade, causas de exclusão da ilegalidade, elementos subjetivos do tipo, dentre outros.

Tendo em vista a pluralidade de autores, foi criado o instituto do concurso de agentes como forma de contemplar a diferentes formas de cooperação entre as condutas dos delinquentes no momento da ação delitiva. Dentre outras, a doutrina pátria menciona diversas formas de concurso necessário, tais como a autoria, a coautoria e a participação, sendo estas formas as únicas adotadas no Código Penal.

O conceito de autoria tem enfrentado diversas polêmicas na doutrina uma vez que a atual denominação deste instituto tem tomado concepções cada vez mais complexas, haja vista a superveniência de crimes em que surge a denominada autoria intelectual.

No contexto nacional, ganha força a Teoria do Domínio do Fato, a qual traz em seu conceito a concepção de que há uma participação de maior relevância nos casos em que se observa a figura do autor intelectual, ou seja, aquele que domina a situação das ações por outros autores desempenhada.

Desta forma, cumpre anotar que o presente artigo objetiva demonstrar, dentro do concurso de pessoas, a relevância da aplicação da Teoria do Domínio do Fato no atual panorama nacional, de cuja necessidade de implementação não resta dúvidas.

Para tanto, há a necessidade de retomar as teorias adotadas, as classificações e espécies principais do concurso de pessoas lembrados pela doutrina penal brasileira. Há, ainda, a necessidade de fazer uma revisão da literatura dos conceitos de autoria e participação.

Por fim, abordar a origem e a aplicação da Teoria do Domínio do Fato nos Tribunais pátrios, citando exemplos de julgados – ação penal 470 do Supremo Tribunal Federal conhecia como “mensalão” - e da legislação vigente – Lei de Organizações Criminosas e Lei de Crimes Ambientais - que já se utiliza deste instituto do direito penal. Buscando, diante do estudo doutrinário realizado, identificar o posicionamento mais adequado a respeito da temática.

2 CONCURSO DE AGENTES

Em nosso direito pátrio, configura-se concurso de agentes quando duas ou mais pessoas concorrem na prática de um mesmo delito criminoso. Ressalte-se que, essa colaboração criminosa pode ocorrer em crimes cometidos por várias pessoas, bem como como naqueles em que existem as figuras de autores e partícipes.

Cumpra anotar que o artigo 29 do Código Penal é aplicado, como regra, aos crimes classificados como unissubjetivos, também chamados de crimes de concurso eventual, que são aqueles crimes praticados por uma pessoa e que, eventualmente, são praticados por duas ou mais pessoas. No caso de duas pessoas concorrerem para a prática de um mesmo tipo penal, incidirão nas penas a ele cominadas, na medida de suas respectivas culpabilidades.

Conforme preceitua Jesus⁴, o princípio segundo o qual quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a ele cominadas (Código Penal, art. 29), somente é aplicável aos casos de concurso eventual, com exclusão do concurso necessário. Nestes, como a norma incriminadora exige a prática do fato por mais de uma pessoa, não há necessidade de estender-se a punição por intermédio da disposição ampliativa a todos os que o realizam.

Greco⁵ afirma que são quatro os requisitos para que se possa haver concurso de agentes: i) pluralidade de agentes e de condutas; ii) relevância de cada conduta; iii) liame subjetivo entre os agentes; e iv) identidade de infração penal.

Resumidamente, pode-se falar em concurso de agentes quando há entre duas ou mais pessoas o liame subjetivo objetivando tornar relevantes condutas dirigidas ao cometimento de um mesmo crime.

3 AUTORIA

A grande maioria da doutrina brasileira diverge com relação ao conceito de autoria. Diversas teorias surgiram ao longo dos anos com a finalidade de suprir a lacuna deixada pelo legislador do Código Penal. Foram três as teorias elaboradas para se conceituar a figura da autoria, são elas:

⁴ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal – Parte Geral* 1. 36.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 18.^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

3.1 TEORIA UNITÁRIA OU SUBJETIVA

Segundo esta teoria, autor e partícipe não comportam diferenciação. A figura do autor é aquela que de qualquer modo contribui para a produção de um resultado penalmente relevante. Inicialmente trazida pela redação do Código Penal de 1940, esta teoria se fundamenta na Teoria da Equivalência dos Antecedentes ou *conditio sine qua non*, tendo em vista que qualquer colaboração para o resultado, independente do seu grau, a ele deu causa.

3.2 TEORIA EXTENSIVA

Fundamenta-se, outrossim, na Teoria da Equivalência dos Antecedentes, não fazendo distinção entre autor e partícipe, ou seja, todos são autores. Entretanto, consubstancia-se como mais branda que a teoria unitária, uma vez que esta admite a existência de causas de diminuição de pena, estabelecendo diferentes níveis de autor. Surgindo, dessa maneira, a figura do cúmplice, ou seja, um autor que concorre de modo menos importante para o resultado.

CAPEZ⁶, em sua obra, aduz que embora não fazendo distinção entre autoria e participação, aceita-se uma autoria mitigada, sendo aquela em que se aplicam as causas de redução de pena, em face da menor importância da conduta.

3.3 TEORIA RESTRITIVA

Segundo esta, autor seria somente aquele que pratica a conduta descrita no núcleo do tipo penal. Aqueles que, de alguma forma, auxiliam, mas não realizam a conduta descrita no verbo do tipo penal seriam considerados partícipes. Foi adotada pela Lei 7.209/1984 – Reforma da Parte Geral do Código Penal. Esta teoria se subdivide em três, vejamos:

3.3.1 TEORIA OBJETIVO-FORMAL:

⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. vol.I. 16.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Segundo a teoria supracitada, o autor seria aquele que perfaz o núcleo do tipo penal incriminador. O partícipe, por sua vez, seria aquele que, de algum modo, concorre para o crime, sem, no entanto, praticar o núcleo do tipo. O art. 29, *caput*, do Código Penal, ostenta a norma de extensão pessoal, propiciando que a figura do partícipe seja punido na medida de sua culpabilidade. A adequação típica, na participação, é de subordinação mediata, conforme afirma Masson⁷.

Segundo este conceito, pode-se falar que o autor intelectual é visto como mero partícipe de um crime, tendo em vista que planeja mentalmente a conduta criminosa, no entanto, não pratica o verbo do tipo penal incriminador.

3.3.2 TEORIA OBJETIVO-MATERIAL

Esta teoria afirma que autor não é aquele que realiza o verbo do tipo, mas aquele que reúne, objetivamente, a contribuição mais relevante para cometimento de um crime. Tal teoria não é adotada em nosso ordenamento, uma vez que deixa uma lacuna ao não especificar quais os tipos de contribuições são efetivamente relevantes.

4. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Conforme afirma Greco et. al.⁸, expressão domínio do fato foi inicialmente formulada por Hegler, em 1915, sem no entanto, ter a conotação que existe atualmente. Apenas ganhou relevância quando mencionada por Welzel, em 1939, referindo-se a um domínio final do fato como critério determinante de autoria.

Embora boa parte da doutrina brasileira não mencione, acredita-se que a origem da Teoria do Domínio do fato, quando Beccaria⁹, em sua obra “Dos delitos e das penas”, disserta no capítulo XXVII acerca da Tentativa, Cúmplice e Impunidade. A Teoria do Domínio do Fato é amplamente dominante na doutrina alemã atual¹⁰. Corroborando com o exposto, é relevante acrescentar que diversos autores estrangeiros já adotam esta teoria, sendo mais comum na Europa.

⁷ MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado. Parte Geral. v. I. 8.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

⁸ GRECO, Luís; et al.. Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1.^a ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, 2.^a ed., trad. de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella, São Paulo: Revista dos Tribunais.

¹⁰ SANTIAGO, Mir Puig, *Derecho penal: parte general*, 3.^a ed., Barcelona: PPU, 1995.

A aludida teoria foi concebida para tentar sanar um problema concreto, segundo o qual se tenta distinguir as figuras do autor e do partícipe. Outrossim, tenta-se buscar a punição do agente, seja como autor ou como partícipe.

Sendo esta teoria como parte da tese restritiva, emprega-se, além desta, um critério objetivo-subjetivo. Assim, não é inteiramente objetiva, nem tampouco subjetiva, é mista. O autor é quem tem o controle final do fato, domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstâncias¹¹. Observa-se que esta teoria se sedimenta em princípios relacionados à conduta e não ao resultado.

Desta forma, pode-se dizer que partícipe é aquele que não tem o domínio do fato, age criminosamente cooperando, induzindo, incitando, etc.

Igualmente, a teoria do domínio do fato não exclui a teoria restritiva. Apenas a complementa. Sua existência se fez para dar solução adequada às questões que se apresentam envolvendo autores materiais e intelectuais de crimes, chefes de quadrilha, etc.

Capez¹², em sua obra, afirma que o autor intelectual de um crime é, de fato, considerado seu autor, pois não realiza o verbo do tipo, mas planeja toda a ação delituosa, coordena e dirige a atuação dos demais. Aduz, ainda, que é também considerado autor qualquer um que detenha o domínio pleno da ação, mesmo que não a realize materialmente.

A teoria do domínio funcional do fato, adotada por grande número de doutrinadores, resolve o problema com os argumentos das teorias objetiva e subjetiva, acrescentando, ainda, um dado extremamente importante, qual seja, a chamada divisão de tarefas¹³.

De acordo com esta teoria, portanto, autor é aquele que possui o controle sobre a situação delituosa, ou seja, possui o domínio final do delito, determinando o tempo, o modo e forma da conduta e da realização do crime. É aquele que domina a vontade dos demais agentes com o escopo de lesar o bem jurídico penalmente tutelado.

Desta forma, autor não seria necessariamente aquele pratica os atos de execução, mas aquele que domina o fato, determinando o modo de operação, o local, o tempo, o planejamento etc.

¹¹ JESUS, Damásio Evangelista de, E. de. Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹² CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. vol.1. 16.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹³ MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado*. Parte Geral. vol. 1. 8.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

A criminalidade na forma de associações se tornou cada vez mais comum e alcançou uma proporção inimaginável, além de se apresentar mais organizada, constituindo uma divisão política e administrativa tão complexa comparável aos padrões de uma atividade empresarial.

Ressalte-se que a aplicação desta teoria se mostra cada vez mais adequada tendo em vista a importância de se penalizar o mentor ou o chefe das quadrilhas ou dos crimes organizados.

São exemplos de associações criminosas bastante comuns nos dias atuais, os que atuam com o tráfico ilícito de entorpecentes, o tráfico internacional de pessoas, a venda ilegal de armas de fogo etc.

Em assim sendo, é imperioso a criminalização bem como a punição aos que comandam esses tipos de crime que se mostram demasiadamente perigosos e causam vastos prejuízos à sociedade como um todo. Sob esta ótica, a teoria do domínio do fato surge como uma ferramenta importante para o aplicador do direito penal.

A aplicabilidade da teoria do domínio do fato apenas poderá ocorrer quando há crimes dolosos, tendo em vista que deve haver a vontade do autor em dominar a ação criminosa. Desta forma, em consonância com o aludido, nos crimes omissivos e culposos a aplicação desta teoria é excluída.

Nos crimes omissivos próprios ou impróprios, a aplicação da teoria do domínio do fato ficará afastada porque na omissão, autor direto ou material é aquele que, tendo o dever de atuar para evitar o resultado, deixa de realizar a conduta impeditiva. Ensina Rodrigues¹⁴, que o omitente, neste caso, será autor não em razão de possuir o domínio do fato, mas porque descumpriu a obrigação genérica de atuar e evitar o resultado.

Conforme se observa no § 2º do artigo 13 do Código Penal¹⁵, em crimes omissivos impróprios cabe ao garantidor evitar o resultado, ainda que este não possua o domínio da situação.

Ressalta, ainda Rodrigues¹⁶, que se terá o domínio do fato quando o sujeito possa decidir sobre a continuidade da ação delitiva, assim como a maneira, a forma e

¹⁴ RODRIGUES, Michele Alves Correia. A Autoria no Direito Penal Brasileiro e a Teoria do Domínio do Fato. 2009. 47 f. Monografia (Especialização em Direito Público e Privado: material e processual) – Faculdade Exponencial (FIE) – SC.

¹⁵ Artigo 13, § 2º, Código Penal Brasileiro: " A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. o dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado." BRASIL. Decreto nº 2.884, 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1940.

quem irá executá-la. Circunstâncias estas que não estão presentes na atuação do omitente que, embora tenha a possibilidade de evitar o resultado, não terá o domínio do fato.

Os crimes culposos são caracterizados pela inobservância do dever de cuidado, exigida para uma determinada conduta ou procedimento, acarretando por lesar um bem jurídico penalmente tutelado de modo involuntário.

Assim, a teoria do domínio do fato não se aplica aos crimes culposos visto que nesse tipo de crime, o autor não tem o domínio da situação fática. Em contrapartida, nos crimes culposos se exige a produção de um resultado involuntário, tornando incompatível essa involuntariedade com o controle da situação que o autor possui na teoria do domínio do fato.

5 A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO À LUZ DO DIREITO PENAL

No que concerne a autoria, o Código Penal Brasileiro adotou como regra a teoria restritiva, considerando como autor aquele que realiza a ação contida no núcleo do tipo penal incriminador. Os artigos 29¹⁷ e 62¹⁸ do Código Penal trazem a distinção entre autor e partícipe, com a possibilidade de agravamento da pena para aqueles que executam o crime ou dele participam mediante paga ou promessa de recompensa.

Constata-se, na atualidade, que a legislação penal possui omissões quando se trata de certos tipos de situações, como é no exemplo da autoria mediata, em que o agente se vale de outrem para a praticar o delito. A partir desta lacuna a doutrina se

¹⁶ RODRIGUES, Michele Alves Correia. A Autoria no Direito Penal Brasileiro e a Teoria do Domínio do Fato. 2009. 47 f. Monografia (Especialização em Direito Público e Privado: material e processual) – Faculdade Exponencial (FIE) – SC.

¹⁷ Artigo 29, Código Penal Brasileiro: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave." Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm, acesso em 15/09/2016.

¹⁸ Artigo 62, Código Penal Brasileiro: "A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II - coage ou induz outrem à execução material do crime; III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa." Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm, acesso em 15/09/2016.

socorre da Teoria do Domínio do Fato para que se possa punir o autor que domina a ação delituosa.

Na legislação brasileira atual poucas são os atos normativos que atentaram para a importância da aplicabilidade da teoria do domínio do fato. Como exemplo pode-se citar a Lei de Organizações Criminosas e a Lei de Crimes Ambientais. Pela relevância do conteúdo tratado nestas leis, estas passam a ser exploradas a seguir.

5.1 LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS:

A Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013¹⁹, Lei de Organizações Criminosas, foi concebida em nosso ordenamento jurídico pela necessidade criada pelos massivos prejuízos causados ao erário público em virtude da atuação do crime organizado, os quais comumente estão vinculados às práticas delituosas como tráfico ilícito de entorpecentes, lavagem de dinheiro e crimes contra a ordem da administração pública.

Rodrigues²⁰, com muita coerência, lembra que, não raras vezes, as investigações conseguem chegar apenas até os pequenos criminosos envolvidos, sendo que os reais comandantes da organização nunca ou quase nunca são revelados, o que faz com que a população passe a acreditar na impunidade e desacreditar neste instituto constitucional.

A partir da adoção da Teoria do Domínio do Fato, no caso de crimes cometidos no âmbito de organizações criminosas, os verdadeiros mandantes e organizadores, ou seja, aqueles que efetivamente dominam toda a ação delituosas, podem ser penalizados como autores e não como meros partícipes. Geralmente, o que se observa é que estes não praticam a conduta prevista nos tipos penais, apenas detém o controle e o domínio do fato. Logo, devem ser apenados de forma mais grave, por se tratar dos verdadeiros mentores do delito.

Assim, os verdadeiros mentores e mandantes dos crimes, os quais deveriam ser efetivamente apenados de forma mais grave, acabam figurando nos tribunais como meros partícipes, recebendo menor reprimenda do Estado.

Observa-se, desta forma, real e efetiva importância de se aplicar a teoria do domínio do fato nestas circunstâncias. Cumpre anotar que o legislador pátrio inovou, de

¹⁹Lei 12.850, 02 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm, acesso em 15/09/2016.

²⁰ RODRIGUES, Michele Alves Correia. A Autoria no Direito Penal Brasileiro e a Teoria do Domínio do Fato. 2009. 50 f. Monografia (Especialização em Direito Público e Privado: material e processual) – Faculdade Exponencial (FIE) – SC.

forma acertada, no § 3º, art. 2º: “a pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.”²¹. Desta forma, aquele que detém do domínio da ação criminosa, ainda que não pratique pessoalmente o(s) verbo(s) contidos no tipo penal, terá sua pena aumentada.

5.2 LEI DE CRIMES AMBIENTAIS:

De forma pioneira e inovadora, a Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 173, § 5º previu a possibilidade de se responsabilizar a pessoa jurídica, sujeitando estas às punições referentes às ações praticadas contra a ordem financeira, econômica e contra a economia popular.

Nesta mesma tomada, a Carta Magna, em seu art. 225, §3º, responsabiliza as pessoas jurídicas nos casos em que a prática de condutas ou ações são consideradas lesivas ao meio ambiente, sujeitando aquelas às sanções penais e administrativas.

Neste sentido, para regular o teor das normas estabelecidas do último artigo anteriormente citado, foi elaborada a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998²², a chamada de Lei de Crimes Ambientais, a qual prevê penas exclusivas para as pessoas jurídicas.

Adotou a Lei de crimes ambientais a teoria da dupla imputação, em que a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a do ser humano que comete o crime. A referida lei trouxe a previsão expressa da possibilidade de punibilidade das pessoas jurídicas, a qual responderá em co-autoria pelos crimes ambientais cometidos por seus representantes ou prepostos.

No âmbito da lei em comento cumpre consignar a importância de se distinguir a responsabilidade penal subjetiva e objetiva da pessoa jurídica quando se observa a identificação ou não da autoria delitiva.

Por responsabilidade penal subjetiva entende-se que quando a conduta é praticada através de uma ação, pode-se identificar o agente delituoso, portanto, o

²¹ BRASIL. Lei n. 10.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Diário Oficial da União. Brasília - DF, 08 ago. 2013.

²² Lei 9.605, 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm, acesso em: 15/09/2016.

julgador deverá examinar a culpabilidade da pessoa natural, responsável pela autoria, responsabilizado a pessoa jurídica como co-autoria da ação delituosa.

A responsabilidade penal objetiva se caracteriza quando a conduta praticada for uma omissão culposa. Desta forma, a pessoa jurídica será responsabilizada criminalmente sem o exame da culpabilidade da pessoa natural, pelo fato de não existir a identificação do autor. Para que ocorra a responsabilização, aplica-se a norma constante no art. 3º: “a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.”²³

Rodrigues²⁴, com propriedade, afirma que a aplicação da Teoria do Domínio do Fato se vislumbrará nas hipóteses de responsabilidade penal subjetiva, se ocorrer a identificação das pessoas naturais como autoras do crime, e estas atuarem mediante divisão de tarefas na condução criminosa, desde que cientes do resultado a ser alcançado com ação ilícita. Assim, a pessoa jurídica será co-autora dos seus agentes que executaram a ação criminosa.

6 A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO APLICADA NO JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL 470 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O dinamismo dos comportamentos e condutas sociais é vertiginoso. A sociedade é construída por processos históricos que conferem diversas mudanças nestes aspectos, dos quais a criminalidade se mostra como um de maciça evolução. Neste sentido, é possível observar, atualmente, organizações criminosas com alto grau de ordenação política e administrativa, contendo uma complexa divisão de atividades comandadas por criminosos perspicazes e audaciosos.

Neste cenário, faz-se necessária uma adequação jurisprudencial que seja capaz de punir com maior rigor os responsáveis por estas organizações criminosas.

Diante deste contexto, a autoria do domínio do fato está sendo aplicada de forma a penalizar aqueles que possuem o poder, o comando, a chefia dessas empresas criminosas, embora não pratiquem a conduta expressa no tipo penal.

²³ BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Diário Oficial da União. Brasília – DF. 13 de fev. 1998.

²⁴ RODRIGUES, Michele Alves Correia. A Autoria no Direito Penal Brasileiro e a Teoria do Domínio do Fato. 2009. 50 f. Monografia (Especialização em Direito Público e Privado: material e processual) – Faculdade Exponencial (FIE) – SC.

Neste diapasão, cumpre anotar a importância da aplicação da teoria do domínio do fato no julgamento da Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal²⁵, comumente conhecida como julgamento do “Mensalão” e que passa a ser discutida a seguir.

Embora presente na doutrina penal brasileira, a teoria do domínio do fato foi utilizada pela Suprema Corte como tese justificadora de autoria apenas no ano de 2013, no julgamento do maior escândalo de corrupção do governo do presidente Luís Inácio Lula da Silva.

Atuando de forma inédita no julgamento da Ação Penal 470, o órgão de cúpula do poder judiciário, ao contrário do entendimento que demonstrava em anos anteriores, quando priorizava a presunção de inocência mesmo em casos em que havia um corpo robusto de provas que envolviam os mandantes dos crimes.

Neste julgamento, o entendimento majoritário foi seguido pelo pedido de condenação proposto pelo Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, seguido pelo relator do processo, ministro Joaquim Barbosa.

Segundo o entendimento da Corte, para alcançar o réu, entendido como chefe maior da organização criminosa do esquema de corrupção, José Dirceu, foi necessária a aplicação da teoria do domínio do fato.

Neste sentido, é relevante consignar que esta teoria foi utilizada não para se determinar quais os autores dos crimes investigados, mas para distinguir se o réu investigado havia concorrido na qualidade de autor ou partícipe.

O entendimento predominante dos julgadores era de que havia provas substanciais que permitiam confirmar a existência dos crimes, entretanto, o que se buscava era mensurar a participação de cada integrante denunciado, qual seja: praticante de conduta atípica, partícipe ou autor em modalidade imediata ou mediata.

O momento mais aclamado e controverso do julgamento, conforme mencionado, girou em torno da condenação de José Dirceu, ex-ministro da Casa Civil, que foi condenado pelo fato de ser considerado o mentor do esquema, tendo exercido o pleno domínio dos fatos típicos ocorridos durante o lapso temporal em que o esquema funcionava para financiar a compra de votos de parlamentares da base aliada do governo do Partido dos Trabalhadores para que votassem segundo as diretrizes do executivo.

²⁵ Ação Penal 470, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf, acesso em: 15/09/2016.

Sobre este caso, comenta Greco²⁶ que a teoria do domínio do fato define quem é o autor de um crime, em contraposição ao mero partícipe. O autor responde pelo fato próprio, sua responsabilidade é originária. Na prática, a teoria do domínio do fato não condena quem, sem ela, seria absolvido; ela não facilita, e sim dificulta condenações. Sempre que for possível condenar alguém com a teoria do domínio do fato, será possível condenar sem ela.

Dessa forma, para os ministros do Supremo Tribunal Federal, a aplicação desta teoria na condenação do réu anteriormente citado teve o escopo de demarcar o limiar entre autoria e participação. No caso comentado alhures, o ex-ministro foi condenado como autor, conforme comprovação, em virtude de ter atuado com ânimo doloso e em conduta comissiva para o cometimento dos crimes apurados na ação penal.

Os ensinamentos de Bottini²⁷ são claros quando afirma que a fixação da autoria nos crimes empresariais é complexa, e muitas vezes a estrutura organizacional é voltada para ocultar os efetivos responsáveis pela determinação da conduta delitiva. E tal estratégia merece atenção, devendo ser minada por análises cuidadosas dos fluxos de poder e responsabilidade dentro das instituições.

Desta forma, no julgamento da Ação Penal 470, a teoria do domínio do fato, de forma acertada e inédita, foi utilizada com a finalidade de classificar o grau de responsabilidade dos agentes que haviam sido identificados como responsáveis pelos crimes, sendo necessário apenas quantificar a relevância dos atos praticados.

7 CONCLUSÃO

O crime organizado e suas diversas formas, no Brasil, vem crescendo exponencialmente e a legislação vigente deve acompanhar as mudanças observadas nos crimes na mesma medida. Esta natureza de infração penal é bastante complexa e, não raras vezes, se apresenta como uma modalidade criminosa que causa prejuízos de grande monta.

Neste cenário, constata-se que o crime evoluiu. Diversos tipos penais como tráfico ilícitos de entorpecentes e de pessoas, crimes contra a administração pública,

²⁶ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. *Fatos e mitos sobre a teoria do domínio do fato*. **Folha de São Paulo**, São Paulo, out. 2013. Disponível em: <<http://www.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/134367-fatos-e-mitos-sobre-a-teoria-do-dominio-do-fato.shtml>>, acesso em: 15/09/2016.

²⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Aplicação da teoria do domínio do fato na AP 470*. **Conjur**, São Paulo, 13 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-13/direito-defesa-aplicacao-teoria-dominio-fatos-ap-470>>, acesso em: 15/09/2016.

pedofilia e lavagem de dinheiro, por exemplo, vêm sendo praticados por grupos ou organizações criminosas, seus efeitos sociais são catastróficos.

Comumente, crimes desta natureza e nessas circunstâncias, são praticados por diversas pessoas estruturalmente organizadas em diversas ramificações, sendo que para cada componente é atribuída uma função, e componentes distribuídos nas mais diversas camadas sociais, políticas e no funcionalismo público.

A impunidade, neste cenário, é um dos motivos mais alentadores sobre os quais estas organizações se debruçam. Na maioria dos casos que chegam à julgamento, os autores intelectuais ou chefes das organizações, são punidos de forma mais branda por serem classificados como meros partícipes, uma vez que não praticam o verbo previsto no tipo penal.

Na realidade, essas empresas criminosas, geralmente, são chefiadas e comandadas por uma ou algumas pessoas, as quais possuem em seu controle, a decisão de parar ou continuar com as ações do grupo. O mentor ou detentor do domínio, é quem escolhe as vítimas, planeja as ações, financia e determina ordens a serem executadas pelos subordinados.

Desta forma, a teoria do domínio do fato se apresenta como uma importante ferramenta no atual panorama brasileiro.

Pode-se afirmar, portanto, que sem a aplicação da teoria *retro* uma gama massiva de injustiça estaria sendo cometida, deixando-se de punir mais severamente àqueles que participam dos delitos sem no entanto cometer as ações previstas nos tipos penais. Muitas vezes os mentores de crimes complexos, são na verdade, mais perigosos do que os executores.

O tradicional conceito de autoria e participação se mostram inadequados a atual realidade brasileira, pois é puramente objetiva, não permitindo distinguir, no caso dos crimes anteriormente mencionados, o que seria participação.

Não obstante o art. 62, I, prever punição mais rigorosa sobre aqueles que promovem ou organizam a cooperação no crime ou dirigem as atividades dos demais agentes, pode-se dizer que houve, por parte do Código Penal, discreto acolhimento da Teoria do Domínio do Fato.

O fato que insurge, na verdade, é que o art. 21, sequer distingue claramente as figuras do autor e partícipe, deixando para a doutrina a tentativa explicar quais alternativas estão à disposição para preencher este vazio.

A teoria do domínio do fato surgiu para completar a teoria restritiva, ampliando o conceito de autor, o qual não será somente aquele que pratica a conduta principal do tipo, mas, também, será autor aquele que possui o domínio da situação delituosa, controlando e coordenado as atividades dos demais.

Nota-se, portanto, a necessidade de ampliação da aplicação da Teoria do Domínio do Fato na legislatura penal vigente no país, tendo em vista o amplo auxílio que esta ferramenta possui no combate à impunidade de pessoas que se valem desta lacuna do código penal brasileiro. Desta forma, espera-se que a elaboração do Projeto de Código Penal, que tramita no Senado Federal²⁸, acolha este entendimento.

Por fim, conclui-se que a teoria do domínio do fato tem sido cada vez mais utilizada pelos tribunais brasileiros, tendo como momento emblemático a Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal, sendo comum encontrar jurisprudências baseadas em suas teses. Ademais, a doutrina brasileira reconhece a importância desta teoria, embora haja divergência em sua adoção.

ABSTRACT

The control over the act theory gained strength and form about 1939, initially as the main defender Hans Welzel. Arising from the need to bridge the gap in the theories that explained the authors, it was released as an intermediate theory between the objective-subjective. According to this theory the author is the one who has control over criminal situation, ie, has the final area of the crime, determining the mode of execution, suspension, interruption and conditions. Author is the one that dominates the will of the other agents with the aim of prejudicing the legal and criminal tutored. The control over the act theory has emerged as a supplement to the restrictive theory by adding tools to reach a larger number of agents competing for the commission of crimes, regardless of their criminal activities without making the core of the criminal type. Briefly recalled by the Brazilian Penal Code, from the reform of 1984, this theory appears as an important tool in combating impunity, particularly when crimes are committed judged in agent that make up criminal organizations.

KEYWORDS: agentes contest, author and sharer.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, 2. ed., trad. de J. Cretella Júnior e Agnes

²⁸ Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404> >, acesso em: 15/09/2016.

Cretella, São Paulo: Revista dos Tribunais.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, volume 1: parte geral. 21. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Aplicação da teoria do domínio do fato na AP 470*. Conjur, São Paulo, 13 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-13/direito-defesa-aplicacao-teoria-dominio-fatos-ap-470>>. Acesso em: 15/09/2016.

BRASIL. Lei nº. 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília – DF, 13 jul. 1984.

_____. Lei nº. 10.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Diário Oficial da União. Brasília - DF, 08 ago. 2013.

_____. Lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Diário Oficial da União. Brasília – DF. 13 de fev. 1998.

_____. Decreto nº 2.884, 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. vol.1. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. *Fatos e mitos sobre a teoria do domínio do fato*. Folha de São Paulo, São Paulo, out. 2013. Disponível em: <<http://www.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/134367-fatos-e-mitos-sobre-a-teoria-do-dominio-do-fato.shtml>>. Acesso em: 15/09/2016.

GRECO, Luís; et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 18 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.


JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal – Parte Geral I*. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado*. Parte Geral. vol. 1. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

RODRIGUES, Michele Alves Correia. A Autoria no Direito Penal Brasileiro e a Teoria do Domínio do Fato. 2009. Monografia (Especialização em Direito Público e Privado: material e processual) – Faculdade Exponencial (FIE) – SC.

SANTIAGO, Mir Puig, *Derecho penal: parte general*, 3. ed., Barcelona: PPU, 1995.


 UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
 CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
 CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

AVALIAÇÃO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Horário de início: 11:00hs

Horário de encerramento: 11:15 Hs

ALUNO(A): RODRIGO BARBOSA DE FREITAS
Indicar a matrícula.

ORIENTADOR: M. Sc. JOSÉ CAVALCANTE DOS SANTOS
Indicar a titulação do(a) professor(a).

MONOGRAFIA

Fundamentação teórico-doutrinária e/ou legal	Pesquisa realizada	Coerência e argumentação	Relevância social e jurídica	Apresentação da monografia A banca	Conclusão e sugestões	A B N T
10	10	10	10	10	10	10

*Notas atribuídas por cada um dos avaliadores, incluindo-se o orientador, numa escala de zero a dez, ao final da apresentação de monografia, e dividido por 7,0(média da instituição).

Avaliador: JOSÉ CAVALCANTE DOS SANTOS Nota: 100

Campina Grande, 27 de OUTUBRO de 2016.



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

AVALIAÇÃO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Horário de início: 11:00

Horário de encerramento: 11:35

ALUNO(A): Rodolfo Barbosa de Freitas
Indicar a matrícula.

ORIENTADOR: ~~_____~~ ~~_____~~ Jose Cavalcanti dos Santos
Indicar a titulação do(a) professor(a).


MONOGRAFIA

Fundamentação teórico-doutrinária e/ou legal	Pesquisa realizada	Coerência e argumentação	Relevância social e jurídica	Apresentação da monografia à banca	Conclusão e sugestões	A B N T
10,0	10,0	10,0	10,0	10,0	10,0	10,0

*Notas atribuídas por cada um dos avaliadores, incluindo-se o orientador, numa escala de zero a dez, ao final da apresentação de monografia, e dividido por 7,0(média da instituição).

Avaliador: Juina Barbosa de Kub Nota: 10,0

Campina Grande, 29 de outubro de 2016


 UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
 CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
 CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

AVALIAÇÃO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Horário de início: 11h00min

Horário de encerramento: 11h15min

ALUNO(A): Rodolfo Barbosa de Freitas
Indicar a matrícula.

ORIENTADOR: José Gonçalves dos Santos
Indicar a titulação do(a) professor(a).

MONOGRAFIA

Fundamentação teórico-doutrinária e/ou legal	Pesquisa realizada	Coerência e argumentação	Relevância social e jurídica	Apresentação da monografia A banca	Conclusão e sugestões	A B N T
10	10,0	10,0	10,0	10,0	10,0	10,0

*Notas atribuídas por cada um dos avaliadores, incluindo-se o orientador, numa escala de zero a dez, ao final da apresentação de monografia, e dividido por 7,0(média da instituição).

Avaliador: Edja de Perena Nota: 10,0

Campina Grande, 27 de outubro de 2016