

OUTROS PERIÓDICOS

Revista dos Tribunais - RT
Periodicidade: mensal

Revista dos Tribunais Nordeste - RTNE
Coord.: Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti
Periodicidade: bimestral

Revista dos Tribunais Rio de Janeiro - RTRJ
Periodicidade: bimestral

Revista dos Tribunais São Paulo - RTSP
Periodicidade: bimestral

Revista dos Tribunais Sul - RTSUL
Periodicidade: bimestral

Revista de Processo - RePro
Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier
Periodicidade: mensal

Revista de Direito do Consumidor - RDC
Coord.: Claudia Lima Marques
Periodicidade: bimestral

Revista de Direito do Trabalho - RDT
Diretor: Pedro Paulo Teixeira Manus
Coords.: Carla Teresa Martins Romar
e Luiz Carlos Amorim Robertella
Periodicidade: bimestral

Revista de Direito Administrativo Contemporâneo - ReDAC
Coord.: Marçal Justen Filho
Periodicidade: bimestral

Revista Tributária e de Finanças Públicas - RTrib
Coord.: Edvaldo Pereira de Brito
Periodicidade: bimestral

LANÇAMENTO
Revista de Direito Empresarial - ReDE
Coord.: Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa
Periodicidade: bimestral

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS**

64875

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 22 • vol. 106 • jan.-fev. / 2014

64831

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

*CONTROL OVER THE PERPETRATION, ORGANIZATIONAL CONTROLE AND THE CRIMINAL
LIABILITY BY ACTS COMMITTED BY THIRD PARTIES. ABOUT THE CONCEPTS
OF PERPETRATOR AND ACCOMPLICE IN THE JUDGEMENT OF CRIMINAL
CASE N. 470 BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT*

ALAOR LEITE

Mestre e doutorando na Universidade Ludwig-Maximilian, de Munique, Alemanha.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo analisa a decisão do STF sobre o chamado caso "Mensalão" (APn 470/STF), com especial foco nas questões de autoria e participação e na utilização da chamada teoria do domínio do fato.

PALAVRAS-CHAVE: Concurso de pessoas (art. 29, 30 e 31 do Código Penal) – Distinção entre autoria e participação – Teoria do domínio do fato – APn 470/STF.

ABSTRACT: The purpose of the paper is to discuss the judicial decision of the Brazilian Supreme Court. The paper deals with the problems of the subjects of the crime.

KEYWORDS: Subjects of the crime – Theory of the perpetration – Control over the perpetration ("Tatherrschaftslehre") – APn 470/STF.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Efeitos jurídicos e fáticos da decisão e algumas dificuldades ligadas ao modo de decidir do Supremo Tribunal Federal: vinculação ao precedente? – 3. Autoria e participação na decisão da APn 470: a verdadeira razão para o recurso à teoria do domínio do fato: 3.1 Breve cronologia da utilização do termo domínio do fato na APn 470; 3.2 Compatibilidade da teoria do domínio do fato com o art. 29, *caput*, do CP; 3.3 Confusão entre domínio do fato e domínio da organização; 3.4 Domínio do fato, posição de comando e responsabilidade do superior por fato de terceiros; 3.5 Conclusão provisória: a verdadeira razão para o recurso à teoria do domínio do fato – 4. Outros problemas de autoria e participação: delitos de dever ("delitos especiais") e domínio funcional do fato (coautoria): 4.1 Domínio do fato, delitos de dever e peculato (art. 312 do CP); 4.2 Coautoria e domínio funcional do fato – 5. Domínio do fato e presunção de inocência: teoria processual? – 6. Conclusão a respeito da autoria e da participação na APn 470: domínio do fato como *paráfrase* e o *domínio da posição* – 7. Depois da APn 470: aspectos fundamentais da distinção entre autor e partícipe no direito penal e a lição da APn 470 – 8. Conclusão geral.

1. INTRODUÇÃO

No presente estudo, quero me debruçar sobre os conceitos de autor e partícipe no direito penal desde uma perspectiva, por assim dizer, indutiva.¹ Partirei do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal na APn 470 e, num segundo momento, avaliarei a correção das afirmações feitas no acórdão em busca de considerações generalizáveis, isto é, aplicáveis a outros casos. Não enunciarei, assim, os conceitos de autor e de partícipe que considero corretos, nem, tampouco, avaliarei a correção das condenações,² mas me limitarei a exercer o papel de crítica às decisões judiciais que cabe à ciência jurídica.³ Esse papel reveste-se de maior importância quando a decisão emana da mais alta Corte do país, em sessão plenária, e o que se quer é fazer uma espécie de análise do discurso contido na decisão, ou seja, avaliar se das premissas teóricas lançadas pelo STF poderiam decorrer as conclusões retiradas. Nada mais, mas também nada menos do que isso.

Estruturarei meus comentários à decisão em cinco grandes grupos de considerações. Em primeiro lugar, realizarei algumas considerações sobre os possíveis efeitos fáticos e jurídicos dessa decisão para a jurisprudência futura (2.). Após, indicarei os contextos em que os aspectos da autoria e participação surgiram na decisão, com especial foco na suposta adoção da chamada *teoria do domínio do fato*, em busca da

1. Em outro estudo, Luís Greco e eu cuidamos dos aspectos gerais ligados ao surgimento e ao desenvolvimento da teoria do domínio do fato, indicando as suas verdadeiras bases e resguardando o leitor de alguns dos equívocos mais comumente cometidos. Remeto o leitor a esse estudo mais geral. GRECO; LEITE, O que é e o que não é a teoria do domínio do fato, RT 933, 2013, p. 61 e ss. Manifestamo-nos de forma concisa também em GRECO; LEITE, Fatos e mitos sobre a teoria do domínio do fato. Tendências/Debates, *Jornal Folha de São Paulo*, 13/10/2013, acessível em: [www1.folha.uol.com.br/opinia0/2013/10/1358310-luis-greco-e-alaor-leite-fatos-e-mitos-sobre-a-teoria-do-dominio-do-fato.shtml]. Sobre o desenvolvimento específico da concepção de Roxin em GRECO; LEITE, Claus Roxin, 80 anos, *Revista Liberdades* 7 (2011), p. 97 e ss., p. 101 e ss. Todo o desenvolvimento da teoria do domínio do fato, bem como as discussões com as concepções divergentes encontram-se na fonte clássica da teoria: ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1. ed. Hamburg: DeGruyter, 1963; 8. ed. Berlin: DeGruyter, 2006; trad. espanhola da 7. ed., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, por Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000.
2. O que exigiria um amplo domínio de todo o material processual, algo que apenas os ministros, advogados dos acusados, os próprios acusados e os membros da acusação possuem. Qualquer *extraneus* que emita a sua opinião sobre a correção material da decisão, ou seja, sobre a inocência ou culpa dos réus, é, no mínimo, leviano. A minha base indutiva é a decisão publicada e acessível a todos.
3. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. ed., Berlin, 1976, p. 39: função de vigilância das decisões judiciais; SCHÜNEMANN, *Aufgabe und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert*, FS-Herzberg, 2008, p. 39 e ss.: ciência jurídica como o “quarto poder”. Ver também V. AFONSO DA SILVA; WANG, Quem sou eu para discordar de um ministro do STF?, *Revista Direito GV* 11, 2010, p. 95 e ss.

verdadeira razão para que o julgamento invocasse a teoria (3.). Respondida essa indagação, é preciso observar outros aspectos ligados à autoria e à participação presentes no acórdão, além de estudar uma eventual utilização processual da teoria do domínio do fato (4., 5.). Enunciadas as conclusões a respeito da decisão na APn 470, deve-se buscar um olhar prospectivo, com vistas às lições que devemos retirar e ao futuro das discussões em torno da autoria e da participação no Brasil (6., 7.).

2. EFEITOS JURÍDICOS E FÁTICOS DA DECISÃO E ALGUMAS DIFICULDADES LIGADAS AO MODO DE DECIDIR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: VINCULAÇÃO AO PRECEDENTE?

“O que me preocupa, Senhor Presidente, eminente Decano, é exatamente a banalização dessa teoria. Como é que os quatorze mil juizes 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?”

(Min. Ricardo Lewandowski, f. 56616 e ss.).

A APn 470, vulgarizada sob a rubrica de “Mensalão”, trouxe para si uma atenção provavelmente sem par em nossa história recente. O Supremo Tribunal Federal brasileiro, diversamente de o que ocorre com outras Cortes Constitucionais,⁴ é competente para julgar, em razão do foro por prerrogativa de função, em única e última instância ações penais (art. 102, I, c, da CF/1988).⁵ À famosa frase de Nelson Hungria, segundo a qual ao STF cabe o privilégio de “errar por último”⁶ deve-se acrescentar que, em ação penal originária, o STF, caso erre, não errará apenas derradeira, mas também originária e definitivamente. Em geral, toda decisão do STF por si só, deve ser objeto de máxima atenção da ciência. Afinal, diz a última palavra

4. Como é o caso da Corte Suprema alemã (o *Bundesverfassungsgericht*, abreviação BVerfG), que não julga ações penais originárias e que costuma repetir que não pode ser transformado em uma “super instância de revisão” (minha tradução aproximada do termo *Superrevisioninstanz*). Ver a esse respeito do BVerfG DEGENHART, *Staatsrecht* I, 25. ed., Heidelberg, 2009, p. 299 e ss.
5. PACELLI, *Curso de processo penal*, 15. ed., Rio de Janeiro, p. 207 e ss., p. 211 e ss.
6. Assim a multicitada frase de Hungria. A ela faz referência, por exemplo, Heleno Fragoso, citado em texto de Nilo Batista, disponível em: [www.fragoso.com.br/ptbr/arq_pdf/artigosho-menagem/arquivo4.pdf]. Não quero, na presente sede, entrar na complicada pergunta sobre a “última palavra”, especialmente porque não estamos diante de uma questão constitucional. Sobre essa discussão é fundamental ler a tese doutoral de HÜBNER MENDES, *Direito fundamentais, separação de poderes e deliberação*, Tese de Doutorado, São Paulo, USP, 2008.

a respeito da interpretação das mais relevantes questões constitucionais em nosso país. Um jurista estrangeiro talvez imaginasse tratar-se, no caso da APn 470, de uma relevante questão constitucional, e estou certo de que não esconderia a surpresa ao descobrir que o objeto de discussão era a prática de fatos criminosos, tais como os crimes violentos que ocorrem diariamente, mas que não encontram indignada acolhida nos meios de comunicação. Dessa vez, no entanto, os autores eram da classe dominante, no sentido econômico e político da expressão. Justamente em razão do alto grau do tribunal do qual emana a decisão é que se pode pensar que a decisão da APn 470 pode se tornar em um *precedente*⁷ em matéria de autoria e participação no direito penal. Essa impressão é, no entanto, equívoca.

O mais alto grau da Corte não afasta a consideração de que, nesse caso, o STF atuou como atua o juiz da primeira instância, que deve receber a denúncia (nos termos dos arts. 41, 395 e 396, do CPP; art. 6.º da Lei 8.038/1990; art. 234 e 235 do RISTF), presidir a produção probatória (art. 155 do CPP) e decidir pela absolvição ou pela condenação dos acusados (arts. 381, 386 e 387, do CPP).⁸ Em outras palavras, não se tratou de decidir apenas uma “questão de direito” – muito menos uma de teor constitucional –, mas também “questão de fato”.⁹ As “questões de direito” – como é exemplo o recurso à teoria do domínio do fato –, que surgiram ao longo do desenrolar processual e que foram objeto da decisão, são oriundas da necessidade de decidir os fatos objetos do processo, mas não da necessidade de decidir de forma geral a respeito da interpretação do direito em nosso país, muito menos de uma questão constitucional.

O que torna pensável qualquer referência à vinculação a precedentes é a função atribuída à decisão judicial, e não apenas à graduação do tribunal: faz todo o sentido cogitar uma vinculação a precedentes¹⁰ quando o precedente decorre, no âmbito

7. Precedente em sentido mais estrito, como uma decisão judicial qualificada, capaz de vincular jurídica ou faticamente os tribunais e juizes de instâncias inferiores.

8. Os problemas estruturais ligados às ações penais originárias não podem ser tratados nessa sede. No entanto, ao observar a forma como se deu a determinação judicial da pena, percebe-se a relativa inaptidão do STF nessa matéria. Sobre esse aspecto ver o estudo de Adriano Teixeira, neste volume.

9. Ver a seguinte passagem do voto do Min. Celso de Mello, fl. 56811: “Ressalto, Senhor Presidente, por isso mesmo, a importância deste julgamento, eis que, nele, estamos a proceder a ampla reflexão e análise em torno de indagação relevante imposta pelo exame da compatibilidade, ou não, da teoria do domínio do fato – que não constitui uma teoria de exceção (como erroneamente sustentado por alguns) – com o modelo e a disciplina que o Código Penal brasileiro estabeleceu em tema de concurso de pessoas e respectivo tratamento jurídico”. Nesse trecho do voto há uma digressão histórica relativamente longa a respeito da teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre “questões de fato” e “questões de direito” ver o estudo detalhado de SCHUNEMANN, Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, von Ober- und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozeßrecht, FS-Arthur Kaufmann, 1993, p. 299 e ss.

10. Não estou propondo tal vinculação, apenas cogitando a sua possibilidade.

do STF, de declaração de inconstitucionalidade de lei ou de dispositivo de lei em controle concentrado (art. 102, § 2.º, da CF/1988), ou ainda quando há, a respeito da matéria, súmula vinculante (art. 103-A da CF/1988; art. 354-A e ss. do RISTF). Do ponto de vista fático, as decisões do Superior Tribunal de Justiça, que resolvem divergências entre tribunais na interpretação do direito federal, podem adquirir *status* de precedentes, na medida em que a decisão serve, justamente, à uniformização da interpretação do direito (art. 105, III, c, da CF/1988).¹¹ Falar de vinculação a precedente diante de uma decisão em ação penal originária é, ao contrário, fora de lugar, na medida em que não é apenas a graduação da instância decisória que decide a respeito de uma possível vinculação jurídica das instâncias inferiores.

De outro lado, não há como negar uma *força normativa do fático*¹² que emergirá dessa decisão. Ainda que ausente uma força jurídica vinculante em decisões de ação penal originária, é inegável que a decisão do STF na APn 470 já serve de modelo a todos os órgãos do sistema de justiça. Delegados de polícia, membros do Ministério Público, juizes, tribunais, advogados, já guiam suas atuações com base no que foi decidido pelo STF, embora nem sempre com referência expressa à APn 470. Se não há no sistema jurídico brasileiro vinculação jurídica ao precedente, há, sem dúvida, vinculação fática.¹³ Algo deve, desde logo, ficar claro. A mera referência a “precedentes” não pode ser fundamentação suficiente da decisão. No entanto, como denunciava Sauer já na década de 40 do século passado na Alemanha, “contra essa regra elementar tem-se agido recorrentemente”.¹⁴ Esse diagnóstico retém vigência, provavelmente com maior força, entre nós, já que a referência a uma decisão anterior, tomada por um tribunal, pelo mesmo tribunal ou por tribunal de instância

11. Sobre os procedimentos de resolução de divergência no direito alemão e os seus efeitos nas instâncias inferiores, ver os estudos de SCHRÖDER, Der tragende Rechtsgrund einer Entscheidung, MDR 1960, p. 809 e ss.; KUHLEN, Die Abweichung einer Entscheidung von einer anderen und die Betrachtung des Einzelfalles, JA, 1986, p. 589 e ss.; SCHROTH, Der Ausgleich divergierender obergerichtlicher Entscheidungen, JR, 1990, p. 93 e ss.

12. Expressão consagrada por JELLINECK, *Allgemeine Staatslehre*, 3. ed. (sétima reimpressão), Darmstadt, 1960, p. 337 e ss., utilizada, evidentemente, em outro contexto.

13. Ver a manifestação do Min. Ricardo Lewandowski, na fl. 56817 e ss.: “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 Petrobras poderá ser responsabilizado por um vazamento numa plataforma de petróleo, porque teoricamente ele tinha o Domínio do Fato; ou um chefe de redação ser responsabilizado por um artigo, que algum jornalista publique, ofensivo a algum cidadão; e assim por diante, os exemplos seriam múltiplos. Então é muito importante, eminente Decano, eu quero expressar, mais uma vez, a minha preocupação com relação à possível banalização dessa teoria e a aplicação que será feita não apenas pelos juizes brasileiros, mas também, por membros do Ministério Público”.

14. SAUER, *Juristische Methodik*, Stuttgart, 1940, p. 405.

superior, possui o *status* de desincumbência argumentativa.¹⁵ Não há outra explicação, a não ser a existência de uma vinculação fática, para o termo domínio do fato, um vigoroso quinquagenário,¹⁶ ter ingressado com ares de novidade no vocabulário jurídico nacional. Embora também inexista vinculação em relação aos próprios precedentes,¹⁷ o próprio STF, na APn 481, de relatoria do Min. Luiz Fux, utilizou a expressão teoria do domínio do fato, muito embora não tenha, efetivamente, aplicado a teoria tal como ela foi concebida. Neste último caso, estava em questão o crime de corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral), e a discussão era se a determinado acusado poderia ser imputado o crime ainda que o acusado não tivesse feito “abordagens pessoais” solicitando votos em troca de “cirurgias de esterilização”. A teoria do domínio do fato estaria em condições de explicar a razão pela qual, apesar de não ter praticado o delito com as próprias mãos, o acusado seria autor do delito (Min. Luiz Fux, f. 144 e ss. da APn 481). Em razão disso é que surge o interesse científico na decisão. Bem vistas as coisas, não se deve nem sobrevalorizar a importância histórica desse julgamento atípico para uma Corte Constitucional,¹⁸ nem subvalorizar o fato de que as categorias jurídicas mencionadas no julgamento balizarão a atuação de todos os órgãos do sistema de justiça criminal.

Essa análise científica encontra, no entanto, dificuldades ao lidar com um aspecto ligado ao modo de decidir de nosso STF: cada ministro lavra e publica o seu próprio voto. Essa peculiaridade do modo de decidir dificulta enormemente a busca e a exposição da posição unitária de nossa Corte.¹⁹ Afinal, os votos individuais não são generalizáveis e atribuíveis ao STF. Não ocorre aqui, em analogia oportuna, uma espécie de imputação recíproca tal como ocorre na coautoria no direito

15. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 243 e ss., p. 258 e ss.

16. GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss.

17. Sobre o casos de *overruling* ver KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 286 e ss.; DUXBURY, *The nature and authority of precedent*, Cambridge, 2008, p. 116 e ss., p. 129 e ss.; CROSS; HARRIS, *Precedent in English Law*, 4. ed., Oxford, 1991, p. 97 e ss., p. 125 e ss.

18. A razão de tanto interesse é mais política, e menos jurídica. O jurista que considerar a decisão da AP 470, desde um ponto de vista jurídico, como “a maior decisão da história republicana” do Brasil, estará incorrendo em erro de avaliação a respeito do papel das Cortes Constitucionais. Ver a interessante entrevista de Virgílio Afonso da Silva para o Jornal Folha de São Paulo, publicada no dia 22.09.2013, acessível em: [www1.folha.uol.com.br/poder/2013/09/1345666-nao-faz-sentido-em-falar-em-pizza-do-mensalao-diz-constitucionalista-da-usp.shtml] (acessada em: 19.12.2013).

19. Sobre essa dificuldade em relação ao problema da perda de mandato de deputados federais por decisão transitada em julgado ver o interessante NEISSER, A Constituição que se tem e a Constituição que se quer: a perda de mandato de deputados federais por decisão transitada em julgado, RT 933 (2013), p. 167 e ss. Também Badaró indica que não será fácil, “futuramente, invocar esse julgado como precedente para outras decisões”: BADARÓ, O alibi do acusado e o in dubio pro reo no acórdão da APn 470/MG, RT 933 (2013), p. 251 e ss., p. 252.

penal,²⁰ em que os comportamentos de uns são atribuídos aos outros, nascendo uma espécie de comportamento conjunto. É exatamente essa dificuldade que me obrigará, a todo momento, a referir o ministro a quem deve ser atribuída a ideia criticada, de forma que este estudo tentará, entre outras coisas, facilitar a vida de um segundo pesquisador que queira debruçar-se sobre essa decisão.²¹ Não é preciso ir muito longe para perceber que esse processo de fragmentação das *rationes decidendi* dificulta sobremaneira não apenas a análise científica da decisão, mas também a adoção do posicionamento do STF por parte dos tribunais e juizes do país. É preciso vasculhar, em garimpo pelo emaranhado sem fim das 8.000 páginas da decisão, as verdadeiras razões de decidir, em contraposição aos sem número de *obiter dicta*, entre votos, manifestações orais e intervenções no voto alheio. Um empreendimento hercúleo, mas indispensável, pois mesmo onde há vinculação a precedentes, sabe-se bem que apenas a *ratio decidendi* possui efeitos vinculantes.²² É difícil, quando não impossível, enunciar a posição do STF, por exemplo, sobre a teoria do domínio do fato, o que traz como consequência a impossibilidade de tribunais e juizes recorrerem à posição do STF como espécie de desincumbência argumentativa na fundamentação de suas decisões.²³ Simplesmente, não há uma posição unitária do STF a respeito da teoria do domínio do fato.²⁴ Há manifestações es-

20. Sobre essa figura ver GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss., p. 75 e a sequência do texto (abaixo, IV. 2.)

21. A isso se devem as citações *ipsis literis* de trechos da decisão, com a referência das folhas da passagem.

22. Sobre a força vinculante das *rationes decidendi* ver KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 282 e ss.; CROSS; HARRIS, *Precedent in English Law*, 39 e ss.; DUXBURY, *The nature and authority of precedent*, p. 58 e ss., p. 67 e ss.; SCHLÜCHTER, *Mittlerfunktion der Präjudizien*, Berlin/New York, 1986, p. 104 e ss., p. 116 e ss.; SCHLÜTER, *Das Obiter Dictum*, München, 1973, p. 77 e ss.; LILIE, *Obiter dictum und Divergenzausgleich in Strafsachen*, Köln, 1993, p. 7 e ss., p. 65 e ss., p. 225 e ss.

23. Sobre o “precedente como argumento” ver HASSEMER in: KAUFMANN; HASSEMER; NEUMANN (orgs.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8. ed., 2011, p. 263 e ss.; PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 2. ed., 2011, p. 17.

24. Mesmo no interior do mesmo voto há imprecisões. No voto da Min. Rosa Weber surge, de repente, a afirmação de que o art. 29, CP, adota a teoria monista, ou seja, não distingue entre autor e partícipe (fl. 52775). Logo depois, a mesma Min. Rosa Weber inicia a exposição da teoria do domínio do fato, que é uma teoria destinada exatamente a distinguir autor de partícipe (fl. 52776). É digno de leitura o conciso e preciso artigo de V. AFONSO DA SILVA; HÜBNER MENDES, Entre a transparência e o populismo judicial, i Tendências/Debates. *Jornal Folha de São Paulo*, 11.05.2009, disponível em: [www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1105200908.htm] (acessado em: 08.01.2014): “Com maior frequência, o que se pode identificar nesse emaranhado de decisões, disponíveis às vezes quase em tempo real, e tão-somente a soma de 11 decisões individuais, que não têm a menor pretensão de construir uma posição institucional consistente. Ainda que a dissidência interna possa ser saudável, ela não pode implicar uma falta de compromisso com uma posição institucional.”

parças, nas quais tentarei buscar considerações generalizáveis. Falar em vinculação ao precedente nesse contexto é, assim, completamente descabido.

3. AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NA DECISÃO DA APn 470: A VERDADEIRA RAZÃO PARA O RECURSO À TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Muito já se disse a respeito dos supostos equívocos em relação à aplicação da teoria do domínio do fato.²⁵ A oportunidade, agora, é de provar que essa preocupante afirmação possui a sua razão de ser. Tentarei, assim, identificar os *contextos de utilização da teoria do domínio do fato*, a fim de identificar e avaliar os aspectos ligados à autoria e à participação na decisão da APn 470, apontando concretamente os trechos da decisão que guardam relevância desde o ponto de vista da dogmática da autoria e da participação. Será preciso, embora nem sempre possível, identificar o delito em questão e a ação ou omissão que se quer imputar ao acusado, para que se esteja em condições de avançar critérios mais gerais sobre como os ministros do STF compreendem nosso art. 29, *caput*, do CP, e os conceitos de autor e de partícipe no direito penal. A partir dessa análise será possível determinar as razões que conduziram os ministros a invocar a teoria do domínio do fato, e o sentido de sua utilização precisamente na APn 470. Desde logo é preciso dizer: não há um posicionamento uniforme, mas sim uma amálgama de considerações gerais, por vezes mesmo desgarradas do caso concreto, sobre autoria e participação e, em especial, sobre a teoria do domínio do fato. Apenas ao final da análise do discurso do STF é que estarei em condições, assim, de identificar o que considero ser o real conteúdo da teoria nas manifestações de alguns ministros. Posso adiantar que esse conteúdo não guarda correspondência com a forma como a ciência jurídica compreende a teoria do domínio do fato.²⁶

3.1 Breve cronologia da utilização do termo domínio do fato na APn 470

A primeira utilização do termo “domínio do fato” parece ter ocorrido no capítulo VI (trecho relativo ao delito de corrupção ativa – art. 333 do CP) da decisão que recebeu a denúncia, conforme consta da ementa da decisão que recebeu a denúncia, transcrita na decisão da APn 470 (fl. 55.097).²⁷ Nessa oportunidade, foi dito que o “núcleo político partidário” teria “interesse na compra de apoio político”

25. Ver nota de rodapé n. 1. Ver também BOTTINI, Aplicação da teoria do domínio dos fatos na AP 470, in: *Conjur*, 13.07.2013, acessível em: [www.conjur.com.br/2013-ago-13/direito-defesa-aplicacao-teoria-dominio-fatos-ap-470] (acessado em: 19.12.2013).

26. Para uma exposição vide DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, *La autoria en derecho penal*, Barcelona: PPU, 1991, p. 545 e ss.; em língua portuguesa, FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, 2. ed., Coimbra: Coimbra Ed., 2007, t. I, p. 765 e ss.

27. “Capítulo VI da denúncia. Corrupção ativa. Ato de ofício. Voto dos parlamentares. Tipicidade, em tese, das condutas. Complexidade dos fatos. Individualização suficiente ao exer-

(fl. 55.097), indicando uma linguagem compatível com a chamada *teoria subjetiva* da distinção entre autor e partícipe, segundo a qual autor é aquele que quer o fato como seu, possui interesse próprio (*animus auctori*) no fato etc.²⁸ Em verdade, a teoria do domínio do fato surgiu exatamente para superar os *deficits* da teoria subjetiva da autoria e da participação, reinante àquele tempo na jurisprudência alemã.²⁹ A conjugação dessas duas teorias indica uma falta de clareza em relação aos critérios que servem para diferenciar autor de partícipe.³⁰ 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.³¹ 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,³² lavagem de dinheiro,³³ quadrilha,³⁴ mas especialmente corrupção ativa³⁵), conforme indicarei a seguir. Como não há uma posição unívoca (acima 2), indicarei os contextos de utilização da chamada teoria do domínio do fato.

3.2 Compatibilidade da teoria do domínio do fato com o art. 29, *caput*, do CP

Os votos que fazem referência à teoria do domínio do fato cuidaram, corretamente, de problematizar a compatibilidade entre nosso art. 29, *caput*, do CP, e a referida teoria. Afinal, uma leitura inicial de nossos dispositivos legais indica que

cício do direito de defesa. Concurso de vários agentes. Teoria do domínio do fato. Divisão de tarefas. Obediência ao art. 41 do CPP. Existência de justa causa. denúncia recebida.”

28. Sobre essa teoria ver GRECO; LEITE, *RT* 933 (2013), p. 61 e ss., p. 66 e ss.

29. ROXIN, *Strafrecht, AT II*, München, 2003, § 25, nm. 22 e ss.; GRECO; LEITE, *RT* 933 (2013), p. 61 e ss., p. 66 e ss.

30. Também a ciência alemã reprova a adoção pela jurisprudência de uma “teoria normativa da combinação”, que mistura uma série de critérios (GRECO; LEITE, *RT* 933 (2013), p. 61 e ss., p. 67).

31. A manifestação do Procurador Geral encontra-se disponível no canal do STF no YouTube: [www.youtube.com/watch?v=h1tukT271Ko] (acessado em: 19.12.2013).

32. Ver o voto da Min. Rosa Weber, fl. 52775 e ss.

33. Sobre a interpretação do tipo penal de lavagem de dinheiro na APn 470/STF ver BOTTINI, *Lavagem de dinheiro na APn 470/MG*, *RT* 933 (2013) p. 383 e ss.

34. O Min. Luiz Fux, por exemplo, absolve o acusado Antônio Lamas do crime de quadrilha, já que não estaria provado que ele “detinha o domínio final da ação delituosa” (fl. 55698).

35. Como no voto do Min. Ricardo Lewandowski, fl. 56488 e ss. Sobre a interpretação do delito de corrupção na APn 470/STF ver os estudos de SALVADOR NETTO, *Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG*, *RT* 933 (2013) p. 47 e ss.; Gustavo Quandt, neste volume.

nosso Código, diferentemente de outros,³⁶ não obriga a distinguir entre autor e partícipe, e a pergunta fundamental é exatamente pelas razões, então, da utilização da teoria. Essa problematização por parte do STF é bastante razoável, mas não no sentido de que seria possível enxergar uma total e intransponível incompatibilidade. A problematização real deveria ser no sentido de que o recurso a uma teoria, cuja função dogmática é a de distinguir entre autor e partícipe e não a de fundamentar a punição de algum acusado, parece ser desnecessário diante de uma redação que, como a do art. 29, *caput*, do CP, entende que “aquele que de todo modo concorre para o crime incorrerá nas penas a ele cominadas”.

Não há redação mais ampla do que a do nosso art. 29, *caput*, do CP. Diante de um Código que à primeira vista sequer distingue autor de partícipe, uma teoria que se proponha a esse fim pode apenas operar como *limitadora*, e não como *fundamentadora* de punibilidade. Caso o recurso à teoria tenha servido para fundamentar a punibilidade de algum acusado, terá ocorrido uma malversação do propósito a que se presta a teoria do domínio do fato. Outro aspecto digno de nota é a consideração, presente em alguns votos, de que a diferença fundamental entre autoria e participação só se revelaria na dosimetria da pena, em outras palavras, que a distinção entre autor e partícipe é uma questão de *merecimento de pena*.³⁷ Essa consideração é equivocada caso se parta da teoria do domínio do fato, e parece ter sido induzida pela redação do art. 29, *caput*, do CP, em cuja redação ingressou, na reforma da parte geral em 1984, a expressão “na medida de sua culpabilidade”.³⁸

Os dois problemas apontados se revelam na seguinte passagem do voto do Min. Celso de Mello, que, a despeito desses pontos problemáticos, realizou uma digressão bastante detalhada a respeito dos primórdios da teoria do domínio do fato: “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”³⁹ (f. 56.811).

36. Como o alemão; informações e transcrições dos dispositivos em GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss., p. 65 e s.

37. Roxin afirma com todas as letras que o conceito de autor é “indiferente em relação à culpabilidade” e também não é mera questão de merecimento de pena ou determinação judicial da pena, sendo antes uma categoria relacionada ao tipo, ROXIN, Täterschaft, p. 330 e s. Ver o estudo de Adriano Teixeira, nesse volume.

38. Adriano Teixeira, neste volume.

39. E continua: “Nessa perspectiva, a teoria do domínio do fato – plenamente compatível com situações de normalidade institucional (não constitui teoria *ad hoc* nem de exceção) – não ofende o ordenamento brasileiro, eis que, além de se revelar compatível com a disciplina que o nosso Código Penal estabeleceu em tema e no tratamento jurídico do concurso de

Também na manifestação da Min. Rosa Weber é possível identificar os mesmos problemas (f. 56.841): “Refleti muito sobre a teoria do domínio do fato e me sinto muito confortável, porque, com todo respeito às compreensões contrárias, acredito que, ontem, o Min. Gilmar Mendes – se bem me recorde – ainda tenha lembrado a própria dicção do art. 29 do CP, em sua literalidade, que nos leva – e, pelo menos, como digo, na minha visão e respeitando as compreensões contrárias – a um entendimento de que é plenamente consentânea com o nosso direito posto, a teoria do domínio do fato, quando diz na literalidade, se me permite: ‘Art. 29. Quem, de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas,’ – claro – ‘na medida de sua culpabilidade’. O que, depois, vai se refletir na dosimetria da pena”.

A passagem do voto do Min. Gilmar Mendes à qual se refere a Min. Rosa Weber denota exatamente o que foi dito acima, ou seja, que a adoção da teoria do domínio do fato como tese para fundamentação da responsabilidade, e não para a distinção entre autor e partícipe, além de errada, é desnecessária diante de nosso art. 29, *caput*, do CP: “Portanto, Sr. Presidente, a solução do caso não reclama grandes construções teóricas, na verdade, à luz do princípio da legalidade, a resposta está no art. 29 do CP ‘quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade’” (Min. Gilmar Mendes, f. 56.772). Nesse sentido parece ser também a manifestação do Min. Ricardo Lewandowski, em debate oral com a Min. Rosa Weber: “Eu concordo plenamente, quer dizer, eu também adoto, no meu cotidiano de magistrado, o art. 29, que diz respeito ao conluio de pessoas que cometem determinados crimes. Mas é que, se bastasse o art. 29, não haveria a necessidade de invocação dessa Teoria do Domínio do Fato ou Domínio Funcional do Fato” (f. 56.841 e ss.). Apesar de todas as manifestações a respeito da compatibilidade da teoria do domínio do fato com o art. 29, *caput*, do CP, a pergunta fundamental a respeito das razões de sua utilização persiste. Como parece ter percebido, corretamente, o Min. Gilmar Mendes. Afinal, a utilização da teoria do domínio do fato, tal como construída pela ciência, seria em princípio desnecessária.

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 mediate, 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

“pessoas, a sua aplicação não enseja a consagração de uma inadmissível hipótese de responsabilidade penal objetiva” (fl. 58611 e ss.).

restringir a punição do partícipe.⁴⁰ 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.

Que uma teoria diferenciadora, que parte de um conceito restritivo de autor, como a teoria do domínio do fato, é compatível com o art. 29, *caput*, do CP, parece indubitável.⁴¹ Uma distinção entre autor e partícipe não é nem proscribida e nem obrigatoriamente comandada por nosso Código – tal seria o caso, se nossos dispositivos contivessem definições de autor e partícipe, como ocorre no CP alemão.⁴² Há, é verdade, uma longa discussão sobre a vigência do princípio da legalidade em relação à parte geral do direito penal. Alguns autores defendem que o princípio da legalidade ou simplesmente não vale ou vale de modo menos intenso na parte geral,⁴³ de modo que haveria grande espaço para a criação jurisprudencial das categorias da parte geral, até o ponto em que essas categorias atingissem o *status* de direito costumeiro.⁴⁴ Não é preciso seguir nessa interessante discussão. O fato é que o art. 29, *caput*, do CP, não inviabiliza a adoção da teoria do domínio do fato, desde que corretamente compreendida.⁴⁵ O esforço deve ser no sentido de determinar exatamente os casos de autoria e de participação, e de compreender que a participação revela um conteúdo de injusto acessório em relação à autoria, e que, em razão disso – e não por ser mera questão de merecimento de pena, como foi indicado nos votos acima mencionados –, é que, em regra, deve haver uma diferença de pena entre o autor e partícipe.

Há autores entre nós que defendem de *lege lata* que nosso Código teria adotado uma “mescla entre a teoria unitária e a dualista (quer dizer: diferenciadora entre

40. É possível, pois, defender um conceito diferenciador e extensivo de autor. Corretamente, ORTIZ, *Concurso de agentes nos delitos especiais*, São Paulo, 2011, p. 47 e ss.

41. GRECO, *Cumplicidade através de ações neutras*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 11 e ss.

42. Ver nota de rodapé n. 35.

43. Sobre essa discussão ver WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, Karlsruhe, 1960, p. 14 e ss.; EB. SCHMIDT, *Die Sache der Justiz*, Göttingen, 1961, p. 32 e s.; HIRSCH, *Richterrecht und Gesetzesrecht*, JR 1966, p. 334 e ss., 336; ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. ed., Berlin/New York, 1973, p. 24 ff., p. 31 ff. (há tradução brasileira de Luís Greco: ROXIN, *Política criminal e sistema jurídico-penal*, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000); por último DANNECKER, *Nullum crimen, nulla poena sine lege und seine Geltung im Allgemeinen Teil des Strafrechts*, FS-Otto, p. 25 e ss., 30 e ss.

44. Ver STRATENWERTH; KUHLEN, *Strafrecht*, AT, 6. ed., München, 2011, § 3, p. 37 e ss., p. 42 e ss.

45. Sobre o princípio da legalidade e o art. 29 ver a consideração de ORTIZ, *Concurso de agentes nos delitos especiais*, p. 187.

autor e partícipe)”,⁴⁶ e que a teoria do domínio do fato seria plenamente compatível com o art. 29, *caput*, do CP.⁴⁷ Em 1984, com a inclusão da expressão “na medida da sua culpabilidade” teria ocorrido uma espécie de libertação da “camisa de força do simplismo causal”,⁴⁸ já que o art. 29 seria uma decorrência direta da defesa da teoria da equivalência das condições em matéria de causalidade, expressa em nosso art. 13, *caput*, do CP.⁴⁹ Nesse particular, recebemos direta influência italiana, desembaraçada em nossa alfândega pelas penas de Nelson Hungria.⁵⁰ Também na Itália, todavia, tenta-se buscar por via interpretativa, uma saída às injustiças decorrentes da bruta equiparação entre autor e partícipe sob o rótulo geral de “concorrentes”. Bettiol, por exemplo, refere há tempos a teoria do domínio do fato e reforça a importância do conceito de autor em contraposição ao de partícipe,⁵¹ buscando compatibilizar a lei italiana com um conceito restritivo de autor.⁵²

O tom de novidade em torno da teoria do domínio do fato é, em princípio, injustificado – já indicamos tratar-se de uma quinquagenária em sua formulação atual (2.). Logo após a reforma de 1984, já se falava no Brasil em “domínio do fato”, e: “diferentes graus de participação”, em razão da expressão “na medida da sua culpabilidade” inserida no art. 29, *caput*, do CP. Ocorre que a expressão “domínio do fato” não era utilizada em sua acepção mais técnica.⁵³ A teoria do domínio do fato distingue autor de partícipe no plano do tipo, e não no grau de reprovação ou no merecimento de pena dos intervenientes. Chegou-se mesmo a afirmar: “O

46. BUSATO, *Direito penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 703 e s.

47. N. BATISTA, *Concurso de agentes*, 2. ed., Rio de Janeiro, 2004, p. 69 e ss.; REALE JR., *Instituições de direito penal*, 1. ed., Rio de Janeiro, 2002, vol. I, p. 316 e ss.; CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal*, Rio de Janeiro/Curitiba, 2006, p. 351 e ss.; mais recentemente ver BUSATO, *Direito penal*, São Paulo, Atlas, 2013, p. 708 e ss., p. 711 e s.

48. N. BATISTA, *Concurso de agentes*, 2. ed., Rio de Janeiro, 2004, p. 25 e s. Assim também REALE JR., *Instituições de direito penal*, 1. ed., Rio de Janeiro, 2002, vol. I, p. 319. Sobre a regra da comunicabilidade ORTIZ, *Concurso de agentes nos delitos especiais*, p. 202 e ss.

49. Sobre a relação entre causalidade e a teoria da autoria e da participação ver as observações clássicas de SOLER, *Derecho penal argentino II*, 5. ed., 1987, Buenos Aires, p. 275 e ss., p. 282 e ss.

50. Ver a exposição de Fragoso em HUNGRIA; FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, arts. 11 a 27, Rio de Janeiro, 1978, vol. I, t. II, p. 624 e ss. Fragoso designa a teoria de Hungria, que se recusava a admitir distintas categorias de concurso na ação comum e que rejeitava, também, a teoria da acessoriedade da participação em sentido estrito, de “doutrina ortodoxa” (p. 624). Note-se que Fragoso já enunciava o critério do “domínio final do fato” como distintivo entre autoria e participação (p. 627).

51. BETTIOL, *Diritto Penale*, 7. ed., Padova, 1969, p. 509 e ss.

52. Idem; também PAGLIARO, *Principi di Diritto Penale*, 7. ed., Milano, 2000, p. 535; NAPPI, *Guida al Codice Penale*, 2. ed., Milano, 2008, p. 585; MANTOVANI, *Diritto Penale*, 6. ed., Milano, 2009, p. 503

53. REALE JR.; DOTTI; ANDREUCCI; MORAES PITOMBO, *Penas e medidas de segurança no novo Código*, 2. ed., Rio de Janeiro, 1987, p. 181 e ss.

critério que, agora mais nitidamente, preside à configuração das circunstâncias do concurso de pessoas, que agravam a pena, é o *domínio do fato*⁵⁴ e também que: “Maior, todavia, a culpabilidade, quanto maior for o domínio do fato (...)”.⁵⁵ Por essa razão, a título de exemplo, o “induzimento” não poderia estar ao lado do “comando”.⁵⁶ Essa interpretação inicial, precursora em nosso direito, embora correta se bem compreendida, talvez induza ao equívoco de que a distinção entre autor e partícipe só seja relevante para a medição de pena. A distinção *pode ser* relevante para a medição de pena, mas como consequência de considerações anteriores ligadas ao injusto do autor e ao injusto do partícipe. Quem empresta a arma pratica injusto menor do que aquele que dispara mortalmente com as próprias mãos e, por isso, o segundo merece maior pena. É preciso separar o “grau de culpabilidade”, “o merecimento de pena”, da teoria do domínio do fato: aquelas duas considerações são apenas influenciadas por esta.

De minha parte, sou menos otimista do que parte de nossa doutrina em relação aos arts. 29, 30 e 31 do CP. Não consigo enxergar aqui um sistema de autoria e participação, muito menos extrair conclusões da utilização dos termos escolhidos pelo legislador. O termo “concorrente” (art. 29 do CP), em primeiro lugar, não parece significar autor em sentido técnico, mas sim participação em sentido amplo. Da mesma forma, o termo “participação de menor importância” (art. 29, § 1.º, do CP) não parece conter sentido técnico, e “participação”, aqui, não é cumplicidade ou instigação, mas, de novo, participação em sentido amplo.⁵⁷ Tampouco enxergo no art. 62, I, do CP, que dispõe sobre as agravantes na determinação judicial da pena, uma previsão da autoria mediata,⁵⁸ especialmente porque esse dispositivo diz que a

54. Idem, p. 182.

55. Idem, ibidem.

56. Idem, ibidem.

57. A teoria do domínio do fato surgiu em recente agravo regimental em recurso especial julgado pelo STJ, que parece ter entendido a “participação de menor importância” em sentido técnico, isto é, como cumplicidade ou instigação: “Não incide a minorante do art. 29, § 1.º, do CP, quando haja nitida divisão de tarefas entre os agentes envolvidos na prática delitiva, pois, cada qual possui o domínio do fato a ele atribuído, mostrando-se cada conduta necessária para a consumação do crime, situação caracterizadora de coautoria e não de participação de somenos importância” (AgRg no AREsp 163794/MS, rel. Min. Marco Aurélio Belizze, publicado em 02.10.2013). A discussão é antiga, mas apreço agora no contexto da teoria do domínio do fato.

58. Busato realiza interessante esforço no sentido de enxergar nas agravantes no concurso de pessoas uma “matização” da teoria unitária adotada no art. 29, CP; BUSATO, *Direito penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 900. Ver também o esforço igualmente interessante de Gueiros Souza e Japiassú, que buscam ver no art. 62, I, CP uma espécie de reconhecimento da teoria do domínio do fato, GUEIROS SOUZA; JAPIASSÚ, *Curso de direito penal*, Rio de Janeiro, 2012, p. 292 e ss.

determinação judicial da pena e a distinção entre autor e partícipe é um problema de conteúdo do injusto, e não de merecimento de pena. É tarefa da doutrina e da jurisprudência desenvolver critérios para a fundamentação da distinção entre autor e partícipe, uma distinção que, se nosso legislador não realizou, também não proibiu. Apenas não me parece correto afirmar que o legislador adotou uma “teoria diferenciadora mitigada”, ou que fez “concessões”, na medida em que o legislador não fez simplesmente nada em termos sistemáticos. Apenas elencou diretrizes bem gerais e buscou se resguardar de determinados problemas – como, especialmente, a comunicação de circunstâncias pessoais no art. 30 do CP (abaixo, 3.6). Nada mais do que isso.

É possível enunciar uma primeira conclusão. É correto afirmar que a teoria do domínio do fato, como teoria que visa única e exclusivamente a distinguir autor de partícipe, é compatível com o art. 29, *caput*, do CP. Mas essa não é a pergunta fundamental que deve ser feita diante da decisão da APn 470. A pergunta correta é pelas razões da utilização da teoria do domínio do fato. É equivocado considerar a teoria do domínio do fato como uma tese que fundamenta a punição de um sujeito que, sem ela, seria absolvido, ou que a teoria diz apenas com a dosimetria ou com o merecimento de pena dos acusados. Diante de nossa regulação legislativa da autoria e da participação, a teoria do domínio do fato pode cumprir apenas uma função limitadora da responsabilidade, no sentido de determinar que aquele que seria, nos termos da lei, um “concorrente”, possa ser um “partícipe em sentido estrito (cúmplice ou instigador)”. Essa distinção encontraria, todavia, uma barreira noutra equívoco grave de nosso Código: não há redução de pena para a participação em sentido estrito, de forma que essa distinção perderia em muito o seu sentido.⁵⁹ De toda a forma, se o recurso à teoria do domínio do fato pareceu aos ministros do STF como instrumento necessário, tal se deveu a outras razões, que não à distinção entre autor e partícipe.

3.3 Confusão entre domínio do fato e domínio da organização

De novo, é preciso procurar as razões do recurso à teoria do domínio do fato. A maior confusão observável na decisão da APn 470 parece, realmente, ter sido entre gênero e espécie, ou seja, entre teoria do domínio do fato e teoria do *domínio da organização*. Como já afirmei, em conjunto com Greco, em outra sede e em maiores detalhes,⁶⁰ a ideia de domínio da organização é uma decorrência da ideia mais geral da teoria do domínio do fato, segundo a qual o autor é a “figura central do

59. Sobre a participação de menor importância me manifestarei abaixo (IV, 1). Ver a esse respeito também o estudo de Augusto Assis, neste volume.

60. GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss., p. 71 e ss., p. 89 e s.; ver também no Brasil BUSATO, *Direito penal*, São Paulo, Atlas, 2013, p. 714 e ss.; B. CAMARGO, *Sobre o domínio do fato*

acontecer típico”.⁶¹ Há, segundo Roxin,⁶² três formas de “dominar o fato”, a saber: o domínio da ação, o domínio funcional do fato e o domínio da vontade. A vontade do executor imediato pode ser “dominada” nos casos em que ele é induzido a erro ou coagido, mas também nos casos do chamado “domínio da organização”. Nestes casos, o “homem de trás”, (a) por dominar um aparato organizado de poder desvinculado da ordem jurídica⁶³ e (b) possuir poder de mando, (c) pode emitir

no contexto da criminalidade empresarial, *RBCCrim* 102 (2013), p. 365 e ss., p. 382 e ss., p. 389.

61. GRECO; LEITE, *RT* 933 (2013), p. 61 e ss., p. 71 e ss. Há várias informações no estudo de FIGUEIREDO DIAS, *Autoria e participação no domínio da criminalidade organizada: alguns problemas*, in: FIGUEIREDO DIAS, *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, São Paulo, p. 335 e ss.
62. A teoria do domínio da organização é criação original de Roxin, publicada pela primeira vez em 1963. Em razão disso é que enuncio os critérios por ele estipulados. Naturalmente, há discussão posterior à publicação do artigo de Roxin a respeito dessa figura – mas anterior, não há: ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, in: *GA* 1963, p. 193 e ss.; *Täterschaft*, p. 242 e ss.; *Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität*, in: SAMSON et alii (coords.), *Festschrift für Grünwald*, Baden Baden: Nomos, 1999, p. 549 e ss.; *Anmerkungen zum Vortrag von Prof. Herzberg*, in: AMELUNG (coord.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim, 2000, p. 55 e ss.; *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, *NSiZ Sonderheft für Schäfer*, München: Beck, 2002, p. 52 e ss. (há trad. brasileira, *Autoria mediata por meio do domínio da organização*, trad. Tavares Lobato, in: GRECO; TAVARES LOBATO (coords.), *Temas de direito penal. Parte general*, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008, p. 323 e ss.); *Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft* in: *SchwZStr* 125 (2007), p. 1 e ss. (há trad. brasileira, *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, trad. Allen da Silva, *Revista Panóptica*, ano 3, vol. 17 (2009), p. 69 e ss.); *Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit*, in: HOYER et alii (coords.), *Festschrift für Schroeder*, Heidelberg: C.F. Müller, 2006, p. 387 e ss.; *AT II*, § 25 nm. 105 e ss.; *Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru*, *ZIS* 2009, p. 565 e ss. (há trad. brasileira: *Observações sobre a decisão da Corte Suprema peruana no caso Fujimori*, trad. A. Leite, in *RBCC* 91, 2011, p. 11 e ss.); *Organisationssteuerung als Erscheinungsform mittelbarer Täterschaft* in: AMELUNG et alii (coords.), *Festschrift für Krey*, Stuttgart: Kohlhammer, 2010, p. 449 e ss.; *Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft*, in: *GA* 2012, p. 395 e ss. *Ver sobre o desenvolvimento da discussão em detalhes* SCHÜNEMANN, *Schrumpfende Basis, wuchernder Überbau? Zum Schicksal der Tatherrschaftsdoktrin nach 50 Jahren*, in: HEINRICH et alii (coords.), *Festschrift für Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlin/New York: DeGruyter, 2011, p. 799 e ss., p. 799.
63. Roxin nega com veemência a aplicação dessa teoria a empresas e outras organizações estruturadas conforme o direito. O BGH e alguns autores, no entanto, aceitam essa extensão: A favor BGHSt 40, 218, 237; no mesmo sentido HEFENDEHL, *Tatherrschaft im Unternehmen aus kriminologischer Perspektive*, *GA* 2004, p. 575 e ss. (586); NACK, *Mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung regelhafter Abläufe*, *GA* 2006, p. 342 e ss. *Contrário*, igualmente, SCHÜNEMANN, *Schrumpfende Basis, wuchernder Überbau? Zum Schicksal der*

ordens que serão cumpridas por executores fungíveis,⁶⁴ e é exatamente o domínio dessa estrutura organizacional com funcionamento automático que o transformaria, segundo Roxin, em autor mediato dos delitos perpetrados pelos executores imediatos. Haveria, assim, a figura do “autor por trás do autor”. Essa tese não é incontroversa,⁶⁵ e foi construída para casos em que a organização atua completamente apartada do direito, como estados totalitários, organizações criminosas, máfias etc. No interior dessas estruturas, diferentemente de o que ocorre em uma empresa, o superior tem a certeza de que ordens ilegais e criminosas serão cumpridas: sempre haverá um inferior servil e fungível. A ideia de domínio da organização percorreu trajetória internacional de enorme sucesso.⁶⁶ A teoria foi utilizada no jul-

Tatherrschaftsdoktrin nach 50 Jahren, *FS Roxin*, 2011, p. 799 e ss., p. 803. Em língua espanhola ver CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 305 e ss.

64. Sobre esse requisito há também larga discussão: ROTSCH, *Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?*, *ZStW* 112 (2000), p. 518 e ss. (p. 527 e ss.); idem, *Neues zur Organisationsherrschaft*, *NSiZ* 2005, p. 13 e ss. (p. 16); idem, *“Einheitstäterschaft” statt Tatherrschaft*, Tübingen: MOHR; SIEBECK, 2009, p. 324 e ss.; HERZBERG, *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen*, in: AMELUNG (coord.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, p. 33 e ss. (p. 37 e ss.); *Antwort auf die Anmerkung von Prof. Dr. Roxin*, no mesmo volume, p. 57 e ss. (p. 58 e ss.).
65. Vários autores recusam essa teoria: KOHLER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin: Springer, 1997, p. 510 e s.; JAKOBS, *Anmerkung zu BGHSt 40, 228*, in: *NSiZ* 1995, p. 26 e s.; JESCHECK; WEIGEND, *Strafrecht AT* 5a ed. Berlin: DeGruyter, 1996, § 62 II 8 (p. 664 e s., 670); MURMANN, *Tatherrschaft durch Weisungsmacht*, in: *GA* 1996, p. 269 e ss. (p. 273 e ss., 275); ROTSCH, *Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen*, in: *NSiZ* 1998, p. 491 e ss.; OTTO, *Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates*, *Jura* 2001, p. 753 e ss. (p. 756, 757); RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen: Mohr/Siebeck, 1997, p. 89. *Ver as respostas de ROXIN*, *Täterschaft*, p. 704 e ss.
66. Sobre a situação argentina, com ulteriores informações, ver AMBOS, *Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*, *GA* 1998, p. 226 e ss. (p. 238). *Sobre o caso Fujimori no Peru*, ver os estudos publicados na *ZIS* 2009: ROTSCH (*Von Eichmann bis Fujimori – Zur Rezeption der Organisationsherrschaft nach dem Urteil des Obersten Strafgerichtshofs Perus*, p. 549 e ss.), AMBOS (*Politische und rechtliche Hintergründe des Urteils gegen den ehem. Peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori* p. 552 e ss.), ROXIN (*Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru*, p. 565 e ss.), SCHROEDER (*Tatbereitschaft gegen Fungibilität*, p. 569 e ss.), JAKOBS (*Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori* p. 572 e ss.), HERZBERG (*Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlshabers an den Verbrechen seines Machtapparates*, p. 576 e ss.), CARO CORIA (*Sobre la punición del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal*, p. 581 e ss.), GARCÍA CAVERO (*La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: El caso de Alberto Fujimori Fujimori*, p. 596 e ss.), MEINI

gamento do ex-presidente peruano Alberto Fujimori, em decisão dogmaticamente exemplar, que aplicou corretamente a teoria do domínio da organização.⁶⁷ A maior discussão atual é sobre se esse desdobramento da teoria do domínio do fato – que não se confunde, assim, com ela – pode ser aplicada também a sociedades ou pessoas jurídicas constituídas conforme o direito, como empresas e partidos políticos.⁶⁸

Um detalhe pode ser esclarecedor. Ministros do STF citaram indistintamente o termo “domínio final do fato”, atribuído corretamente a Welzel. Pois precisamente Welzel, a quem se atribui um dos grandes passos no desenvolvimento da teoria do domínio do fato, defendeu a ideia de domínio do fato sem defender a ideia de domínio da organização.⁶⁹ As ideias, embora ligadas pela relação gênero espécie, são independentes, e reduzir uma a outra significa desconhecer completamente o que se está a afirmar.

Aqui reside, provavelmente, a primeira pista da verdadeira razão do recurso dos ministros do STF à teoria do domínio do fato – em verdade, teoria do domínio da organização. Em vários momentos, nossos ministros fizeram referência à teoria do domínio do fato quando estavam, na verdade, querendo referir-se à teoria do domínio da organização, e assim acreditavam poder fundamentar a punição de determinados acusados que gozavam de posições hierárquicas de destaque. Sobre a confusão entre domínio do fato e domínio da organização na APn 470, é relevante ler a intervenção do Min. Ricardo Lewandowski, fl. 56.816 e ss.: “(...) 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”. A sequência da manifestação do ministro confirma a confusão, na medida em que enuncia como requisito para aplicação da teoria do domínio do fato a ‘fungibilidade do agente imediato que perpetra o crime’ (f. 56.816 e ss.): “O que é esse requisito da fungibilidade? Segundo este requisito, o agente final, o agente imediato que perpetra o crime deve ser fungível, como acontece nas grandes organizações criminosas. Ou seja, eu disse, na minha fala, que esta é uma te-

oria que se aplica, por exemplo, aos crimes da máfia, a exemplo daquele que está na ponta final de todo o sistema. Digamos assim, aquele que trafica drogas, é um caso típico, o chamado ‘aviãozinho’ ou ‘mula’, ele pode ser fácil e simplesmente substituído por outro agente” (f. 56.816 e ss.). Corretamente, no entanto, o Min. Celso de Mello, f. 56.822 e ss.: “Essa orientação é consagrada pela doutrina e vem evoluindo no sentido de reconhecer, na discussão do tema pertinente ao concurso de pessoas, a noção de domínio da organização, que representa umas das vertentes em que se pluraliza a teoria do domínio do fato, notadamente como critério teórico, fundado no domínio da vontade, que permite formular o conceito de autor mediato, o qual, atuando na cúpula da organização criminosa, comanda a vontade do agente incumbido do cometimento direto da prática delituosa”. Novamente em debate oral com o Min. Celso de Mello (f. 56.838 e ss.), especialmente sobre o requisito da fungibilidade, afirmou o Min. Ricardo Lewandowski: “Mas, naquele momento em que me pronunciei, eminente Decano, eu disse que não via, no caso presente, o requisito da fungibilidade; muito pelo contrário, eu entendia que os réus tinham nome, sobrenome, RG e endereço, e a suposta propina foi sempre endereçada a presidentes e líderes de partidos. Portanto, não há falar aqui, pelo menos na minha visão, eminente Min. Celso de Mello, na presença do requisito da fungibilidade; e, por via de consequência, para mim, falta um dos requisitos essenciais, segundo a doutrina de Roxin, para aplicar a Teoria do Domínio do Fato” (f. 56.839). O Min. Ricardo Lewandowski absolveu o acusado José Dirceu pelo delito de corrupção ativa (f. 56.565 e ss.), afirmando que “a teoria do domínio do fato não se aplica ao caso sob exame” (f. 56.568 e ss.).

Nesse ponto, a confusão transita em julgado. “Teoria do domínio do fato”, nos trechos acima, é sinônimo de “teoria do domínio da organização”. É possível compreender o recurso à teoria do domínio da organização como uma tentativa de transformar em autores (mediatos) de delitos praticados no interior de estruturas organizacionais, aqueles que não cometem os fatos *com as próprias mãos*, mas por meio de outrem, ou, como veremos adiante (abaixo 3.4), aqueles que tinham conhecimento dos fatos e deveriam, em razão disso, evitá-los.

Ocorre que essa tentativa, além de demandar um esforço argumentativo ausente na decisão, só é compreensível a partir de um sistema diferenciador de autoria e participação. Afinal, se é correto dizer que a teoria do domínio da organização agrava a responsabilidade penal, é incorreto – o velho equívoco – afirmar que, com ela, se transforma, em bom português, absolvição em condenação. Sem a teoria do domínio da organização, e em um sistema que diferencia autor e participe, os “homens de trás” seriam instigadores dos delitos, ou seja, também seriam puníveis. O efeito jurídico da adoção da teoria do domínio da organização é transformar esses instigadores em autores mediatos. Intuitivamente, e é esse raciocínio que está por trás da teoria, seria incorreto afirmar que as ordens de extermínio de Hitler eram apenas atos de um instigador das execuções que se consumavam pelas mãos de

(La autoría mediata por dominio de la organización en el caso Fujimori. Comentario a la sentencia de fecha, 07.04.2009 (Exp. a.v. 19 – 2001) emitida por la Sala Penal especial de la Corte Suprema p. 603 e ss.), PARIONA (La autoría mediata por organización en la Sentencia contra Fujimori, p. 609 e ss.) e VAN DER WILT (On Functional Perpetration in Dutch Criminal Law. Some reflections sparked off by the Case against the former Peruvian president Alberto Fujimori p. 615 e ss.). Sobre sua adoção no direito penal internacional ver AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlin, 2002, S. 365 ff., S. 590 ff., S. 613.

67. Referências na nota de rodapé acima.

68. Sobre essa discussão GRECO; LEITE, *RT* 933 (2013), p. 61 e ss., p. 71 e ss.

69. So z. B. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11. ed., Berlin: DeGruyter, 1969, p. 98 e ss., p. 100; assim também JESCHECK; WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996, § 62 II 8 (p. 670).

soldados obedientes já fora do *bunker*.⁷⁰ Em breve resumo, a adoção da teoria do domínio da organização apenas transforma cúmplices e instigadores em autores mediatos, e, além disso, não significa uma transferência de responsabilidade de baixo para cima, na medida e que os autores imediatos permanecem sendo autores (imediatos), e como tal devem ser apenados.

A confusão terminológica e material persiste em outros votos. O Min. Ayres Britto, ao se referir ao acusado José Dirceu (f. 56.180 e ss.), enunciou o conceito de autoria mediata: “Isto, em larga medida, pelo fundamento de que autor de um delito não é apenas o agente que realiza a figura típica, mas também aquele que detém o domínio da vontade e das ações daqueles que executam o núcleo objetivo do tipo penal”. E prossegue: “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). E o fato é que, a meu aviso, a relevância do papel desempenhado por José Dirceu no Governo Federal (ele era o 2.º homem mais poderoso do Governo) garantiria às instituições financeiras, e às agências de publicidade e propaganda participantes do esquema, que elas nunca seriam fiscalizadas (como de fato não o foram, até que o esquema fosse desvendado) e que também seriam beneficiadas (como foi o caso do BMG)” (f. 56.181 e ss.). “(...) 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” (f. 56.183). O Min. Ayres Britto, nas f. 56.585 e ss., refere-se novamente à teoria do domínio do fato e menciona, agora, a ideia de *fungibilidade*: “Agora, essa Teoria do Domínio do Fato pode ser compreendida no plano da fungibilidade, que é da substituição do agente, como também da infungibilidade: o agente não pode ser substituído. Então, quem não podia ser substituído nesse esquema, sob pena de fazer o esquema ruir? Quem era o regente da orquestra? O mais insubstituível ou infungível de todos. A Teoria do Domínio do Fato conduz, também, a esse raciocínio”. Vez mais, não é a teoria do domínio do fato que conduz a esse raciocínio, mas a teoria do domínio da organização.

Também o Min. Joaquim Barbosa fez referência à teoria do domínio do fato ao condenar José Dirceu pelo delito de corrupção ativa (destaquei, f. 56.226 e ss.): “A

meu sentir, está comprovado que o acusado José Dirceu controlava os destinos da empreitada criminosa, especialmente mediante seus braços executores mais diretos, senhores Marcos Valério e Delúbio Soares, com a colaboração do denominado “núcleo financeiro”. José Dirceu detinha o domínio final dos fatos. Em razão do cargo elevadíssimo que exercia à época dos fatos, o acusado José Dirceu atuava em reuniões fechadas, jantares, encontros secretos, executando os atos de comando, direção, controle e garantia do sucesso do esquema criminoso, executado mediante divisão de tarefas em que as funções de cada corréu encontrava nitida definição”. Em um segundo momento, em manifestação oral, o Min. Joaquim Barbosa realizou outra afirmação relevante do ponto de vista da distinção entre autor e partícipe no direito penal (f. 56.842): “Senhor Presidente, já faz algum tempo que eu proferi o meu voto, precisamente uma semana, mas eu creio ter deixado bastante claro, bastante explícito que o autor intelectual, o mandante, o controlador, o organizador é autor, e não partícipe”. Uma consulta das fontes revelaria o contrário do que afirmou: para a teoria do domínio do fato, o “autor intelectual”, o “mandante”, são em regra partícipes (instigadores), e não autores.⁷¹

Bastam as citações. A repetida confusão conceitual ocorrida na APn 470 não significa mera disputa por palavras ou preciosismo conceitual de uma dogmática hiper-refinada. Ainda que assim o fosse, precisão conceitual é o que se espera de uma Corte Suprema. Nesse caso, no entanto, a utilização da categoria do domínio da organização exigiria do STF um esforço argumentativo duplo, inexistente na decisão da APn 470. O primeiro seria (a) o de explicar a pergunta relacionada à *legitimidade* da categoria do domínio da organização em organizações conforme ao direito, como é o caso da Casa Civil, órgão da Presidência da República, e o caso do Partido dos Trabalhadores, um partido político ainda existente e que assume, como todos, a forma de pessoa jurídica de direito privado (art. 1.º da Lei 9.096/1995). O segundo esforço (b) seria, por assim dizer, um *esforço de subsunção*. O STF teria de verificar se, superada a pergunta sobre a legitimidade da categoria, os seus requisitos acima mencionados estariam presentes no caso concreto. Nenhum dos dois esforços está presente na decisão da APn 470. A mera referência ao domínio da organização, que aparece sob o falseado manto de “teoria do domínio do fato”, é vazia de conteúdo e equivale à absoluta ausência de fundamentação.

3.4 Domínio do fato, posição de comando e responsabilidade do superior por fato de terceiros

Uma das maiores preocupações presentes na APn 470, como se viu, era a fundamentação da responsabilidade de acusados que detinham posição de destaque

70. Mais referências sobre a figura do domínio da organização em GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss., p. 71 e ss.

71. Em favor do Min. Joaquim Barbosa, é possível dizer que esse pecado original se deve a D. de Jesus (cf. GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss., p. 83 e s.). A ciência brasileira, como afirmarei adiante, deve aproveitar essa oportunidade para reavaliar o seu papel.

em estruturas organizacionais (no governo, em partidos políticos, em bancos). A teoria do domínio do fato, tal como equivocadamente aplicaram alguns ministros do STF, parece ser aplicável apenas a esses casos, como se o autor imediato, aquele que aperta o gatilho, não possuísse, por sua vez, também o “domínio do fato”.⁷² O termo *domínio do fato* surge na decisão em contextos que tornam válida a seguinte (e equivocada) inferência: domínio do fato foi utilizado como um substituto para a afirmação de uma responsabilidade penal decorrente da posição hierárquica de determinado sujeito. O sujeito teria o domínio do fato porque estaria em posição de destaque em determinada estrutura hierárquica, e seria responsável por tudo o que ocorre abaixo dele. Esse modo de pensar, exposto de forma solta, é equivocado e nada tem a ver com a teoria do domínio do fato. Foi nesse sentido, todavia, que os ministros do STF parecem ter compreendido a teoria. Há uma série de concepções que buscam fundamentar a responsabilidade do superior, nenhuma delas, porém, possui o nome de “teoria do domínio do fato”.

Os Ministros do STF parecem ter amalgamado uma série de figuras, como, além do “domínio da organização” (como 3.3), a *command responsibility*⁷³ do direito penal internacional ou a responsabilidade do superior por fatos de seus subordinados,⁷⁴ bastante discutida atualmente, e que não passa de uma imputação por omissão imprópria (art. 13, § 2.º, do CP), o que exige a fundamentação de uma *posição de garantidor do superior hierárquico*.⁷⁵ Esse problema foi recentemente

te decidido pelo tribunal alemão, que problematizou se o superior teria o dever de evitar fatos puníveis cometidos pelos inferiores (BGHSt 57, p. 42 e ss.).⁷⁶ A distinção entre a forma comissiva e omissiva não é capricho dogmático. Além da necessidade da posição de garantidor (art. 13, § 2.º, do CP), que é de difícil fundamentação jurídica,⁷⁷ a causalidade e a imputação nos delitos omissivos diferem em parte daquelas presentes nos delitos comissivos.⁷⁸ A autoria e a participação, diz-se em geral, devem ser construídas de forma diversa nos delitos omissivos.⁷⁹ E preciso sempre, assim, identificar qual é a conduta, se comissiva, se omissiva, imputada ao sujeito. Dessa identificação pode depender a diferença entre uma condenação e uma absolvição.

A figura, por exemplo, da *command responsibility* ou responsabilidade do superior, foi desenvolvida no contexto dos e para os crimes do direito penal internacional. Até nesse contexto ela é duvidosa e a sua extensão a outros delitos seria de todo impossível.⁸⁰ Nesse contexto, aos acusados que gozavam de posição de comando e de coordenação foram adscritos deveres de controle e de observação. Essa categoria foi desenvolvida especialmente na decisão conhecida como Yamashita e foi igualmente utilizada no julgamento de Nürnberg.⁸¹ Em termos dogmáticos, o que ocorre é uma espécie de “ampliação do âmbito de responsabilidade”⁸² a partir do reconhecimento de uma punição por omissão do superior.⁸³ Segundo K. Ambos, por exemplo, trata-se de uma punição por omissão própria, decorrente da violação

72. Sobre o domínio da própria ação como exemplo clássico de domínio do fato GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss., p. 69.

73. WEIGEND, Zur Frage eines “internationalen” Allgemeinen Teils, in: SCHÜNEMANN et alii (coords.), *Festschrift für Roxin*, Berlin/New York: DeGruyter, 2001, p. 1375 e ss. (p. 1397); AMBOS, A parte geral do direito penal internacional, trad. Japiassu e Raisman, São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 347; AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 3. ed., München: Beck, 2011, § 7 nm. 59.

74. ROXIN, *Strafrecht*, II, § 32, nm. 133; BOTTKE, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, Berlin, 1993, p. 68 e s.; KARSTEN, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des nicht-militärischen Vorgesetzten*, p. 176 e ss., p. 179 e ss.; SPRING, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, Hamburg, 2009, p. 44, p. 55, p. 136 e ss., p. 238 e s.; SCHALL, *Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, FS-Rudolphi, 2004, p. 267 e ss.; DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Madrid, 2009, p. 50 e ss., p. 93 e ss.; WALTER, *Die Pflichten des Geschäftsherrn im Strafrecht*, Frankfurt am Main, 2000, p. 140 e ss., p. 144 e s., p. 155 f.; HSU, *Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten?*, Pfaffenweiler, 1986, p. 241 e ss., p. 250 e ss.; SCHILHA, *Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*, Berlin, 2008, p. 105 e ss., p. 161 e ss.; SCHUBARTH, *Zur strafrechtlichen Haftung des Geschäftsherrn*, SchwZS 1976, p. 370 e ss.

75. KARSTEN, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des nicht-militärischen Vorgesetzten*, p. 174 e ss.; B. CAMARGO, Sobre o domínio do fato no contexto da criminalidade empresarial, *RBC-Crim* 102 (2013), p. 365 e ss., p. 382, p. 390 e ss.

76. A esse respeito os comentários de BULTE, *Die Beschränkung der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten*, NZWiSt 2012, p. 176 e ss.; MANSDÖRFER; TRUG, *Umfang und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, StV 2012, p. 432 e ss.; ROXIN, JR 2012, p. 303 e ss., p. 305 e ss.

77. Ver, além da nota anterior, os comentários gerais de KASISKE, *Wirtschaftsstrafrecht*, Stuttgart, 2013, p. 4 e ss. e WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, München, 2010, p. 47 e ss., p. 52 e ss.

78. Em detalhes, TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2012, p. 364 e ss.; p. 378 e ss. GRECO, *Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten*, ZIS 2011, p. 674 e ss. (disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2011_8-9_603.pdf]).

79. Assim o estudo clássico ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, München, 1963, p. 162 e ss., p. 164 e s. No Brasil ver a monografia de TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 404 e ss.

80. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlin, 2002, p. 666 e ss.

81. Idem, p. 97 e ss. Em detalhes, KARSTEN, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des nicht-militärischen Vorgesetzten*, Berlin, 2010, p. 29 e ss.

82. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, p. 101, p. 366 e s.

83. Idem, p. 106, p. 365, p. 667 e ss. Ver também BERSTER, *Die völkerstrafrechtliche Unterlassungsverantwortlichkeit*, München, 2008, p. 91 e ss.; GRIMMINGER, *Die allgemeine Unterlassungshaftung im Völkerstrafrecht*, Frankfurt am Main, 2009, p. 101 e ss.

de um dever funcional.⁸⁴ São vários os problemas dessa categoria, como, por exemplo, se basta a exigência subjetiva de conhecimento potencial dos fatos cometidos pelos subordinados,⁸⁵ a exigência de um efetivo controle sobre o curso causal⁸⁶ etc. Há também a previsão no art. 28 do Estatuto de Roma, admitindo que superiores civis sejam responsabilizados,⁸⁷ mas exigindo maior cuidado na afirmação do elemento subjetivo (efetivo conhecimento dos fatos).⁸⁸ Sua pura e simples transposição seria problemática, e, aparentemente, sequer foi buscada pelo STF.

Sobre esse aspecto da utilização da “teoria do domínio do fato” para fundamentar, em verdade, uma imputação omissiva em relação aos sujeitos da cúpula, é interessante ver as considerações da Min. Rosa Weber sobre o núcleo financeiro e a responsabilidade dos dirigentes do Banco Rural pelo delito de gestão fraudulenta de instituição financeira (art. 4.º da Lei 7.492/1986): “Entretanto, diversa a situação quando se apontam comportamentos típicos praticados por uma pessoa jurídica. Aí, necessário apenas verificar pelo contrato social ou, na falta deste, pela realidade factual, quem detinha o poder de mando no sentido de direcionar as atividades da empresa” (f. 52.775); “Importante salientar que, nesse estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. Disso resultam duas consequências: (a) é viável ao acusado comprovar que inexistia o poder de decisão; (b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma *presunção juris tantum de autoria*. Tais considerações são feitas em função da suscitada – e rechaçada – nulidade da denúncia por não individualizar as condutas dos delitos imputados aos dirigentes à testa da empresa, especialmente do Banco Rural. Ora, se a vontade do homem de trás, sobre quem recai a presunção de autoria do crime, constitui a própria ação final da ação delituosa da empresa, o que se há de descrever na denúncia é como referida empresa desenvolveu suas ações. Basta isso. A autoria presumida do ato é de seus dirigentes. Isso, como se viu, não se aplica aos auxiliares cujo comportamento em nível de colaboração tem de ser esclarecido na peça inicial do acusador” (destaquei, f. 52.776 e ss.). Nas páginas seguintes, a Ministra busca, de maneira correta, apontar as fraudes concretas nos empréstimos realizados, de certa forma, desdizendo o que acabara de afirmar. Para corroborar as suas ilações, a Min. Rosa Weber crê poder lançar mão de trechos da obra de Claus

84. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, p. 669 e s.

85. Idem, p. 147, p. 692 e ss.; KARSTEN, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des nicht-militärischen Vorgesetzten*, p. 43 e ss.

86. KARSTEN, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des nicht-militärischen Vorgesetzten*, p. 29 e ss., p. 59 e s.: a prova de um efetivo poder de comando é, em âmbitos não militares, como empresas, “difícil de se produzir”.

87. Idem, p. 29 e ss., p. 59 e s.

88. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, p. 506.

Roxin (f. 52.777). Ela entendeu ser “menos relevante a participação” (art. 29, 1.º, do CP) de Vinicius Samarane, que foi responsável pelo setor de *compliance* do Banco Rural, o que deveria se refletir na dosimetria da pena (f. 52.815). Em relação ao delito de lavagem de dinheiro, a Ministra afirmou: “Como visto, o fato de se tratar de empregada e, como tal, de trabalhadora subordinada, e de não dispor de poderes sobre o patrimônio da sociedade empresária não afasta, isoladamente, o *domínio do fato delitivo, elemento da culpabilidade* [!],⁸⁹ cuja presença deve ser aferida tendo em vista a prova produzida em relação à real natureza de sua participação no ilícito, levando-se em conta o seu conhecimento dos fatos e a unidade de desígnios e vontades com os demais agentes” (destaquei, f. 52.870).

As dificuldades em torno da divisão de responsabilidade penal em estruturas complexas são conhecidas de todos.⁹⁰ Os mais intrincados dilemas começam após esse diagnóstico, isto é, na tentativa de fundamentação da autoria e da participação nos delitos cometidos a partir de uma estrutura organizacional, a chamada criminalidade de empresa. A simplificação dos problemas da imputação por crime omissivo impróprio (art. 13, § 2.º, do CP) nesses casos aparece de forma clara no caso da imputação de gestão fraudulenta de instituição financeira (art. 4.º da Lei 7.492/1986) em face do *compliance-officer* do Banco Rural, Vinicius Samarane, presente no voto do Min. Luiz Fux: “Sem embargo da ausência de provas de que o réu tenha aprovado ou renovado os mútuos contratados pelo Banco Rural aceitando frágeis garantias dos devedores, bem como de que o 13.º réu tenha efetuado *ratings* (classificações) dos riscos de crédito dos mutuários ligados a Marcos Valério. a sua atuação no Banco Rural impõe a condenação pela prática do tipo veiculado pelo art. 4.º da Lei 7.492. A *condescendência do 13.º réu (Vinicius Samarane)* com a prática rotineira de lavagem de dinheiro conduz inexoravelmente à gestão fraudulenta. Nesse contexto, é de extremo relevo o fato de o réu Vinicius Samarane exercer, atualmente, o cargo de vice-presidente do Banco Rural, porquanto revela o profundo conhecimento das práticas de sua instituição, bem como a sua relação intestina com os administradores do referido banco. A atuação do réu no sentido de *permanecer inerte* diante dos saques ilícitos ocorridos em agências do Banco Rural caracteriza a conduta criminal de gestão fraudulenta. Por essas razões, o pedido de condenação do réu Vinicius Samarane em relação ao crime de gestão fraudulenta capitulado no art. 4.º da Lei 7.492/1986 deve ser julgado procedente” (destaquei, f. 54.348).

O Min. Luiz Fux, sem maiores referências, tocou em um dos pontos mais discutidos do direito penal econômico contemporâneo, a saber, a posição de garantidor

89. Não discorrerei sobre esse equívoco, qual seja considerar o domínio do fato um elemento da culpabilidade, pois ele, felizmente, permaneceu isolado e solitário.

90. Ver KASISKE, *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 4 e ss. e TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2. ed., Köln/München, 2007, p.129 e ss.

da figura do *compliance officer*,⁹¹ discussão que tem aparecido sob a rubrica mais geral de *criminal compliance*.⁹² A figura do *compliance officer* em regra, mas não sempre, instalada em um escalão abaixo da cúpula de uma organização,⁹³ é responsável pela avaliação dos riscos jurídicos ligados a determinadas atividades, e deve estabelecer mecanismos de controles internos para evitar que daquela estrutura (ou no interior dela) ocorram fatos puníveis. A pergunta é se, caso surjam fatos puníveis, seria possível punir o *compliance officer* em forma omissiva pelos delitos praticados: caso funcionários corrompam ativamente funcionários públicos, a pergunta é se o *compliance officer* pode ser, em razão de uma suposta posição de garantidor, responsabilizado pelo delito de corrupção ativa (art. 331 do CP) na forma omissiva (art. 13, § 2.º, do CP). A maior dificuldade na fundamentação dessa posição de garantidor parece residir no fato de que, diferentemente dos sujeitos da cúpula, o *compliance officer* não possui poder de mando em relação aos subordinados – ao contrário, ele está, em regra, submetido ao poder de mando da cúpula –, possuindo apenas um dever de informação. A posição de garantidor dos superiores hierárquicos encontraria sua fundamentação precisamente nesse poder de mando, de modo que uma transferência da posição de garantidor para o *compliance officer*, sem a correspondente transferência do poder de mando, careceria de fundamento jurídico.⁹⁴ Nada disso, no entanto, encontra-se no voto do Min. Luiz Fux, que, apesar de utilizar a linguagem dos delitos de omissão, sequer fundamentou uma possível posição de garantidor do *compliance officer* do Banco Rural – de minha parte, sequer vi nesse trecho referência ao art. 13, § 2.º, do CP, o que é, no mínimo, assustador.

A vagueza com que se lança mão da teoria do domínio do fato escancara-se no seguinte trecho do Min. Ayres Britto (em suas considerações iniciais, f. 56.829): “O núcleo político tachado pelo Ministério Público como intelectual ou mentor da empreitada criminosa, claro que, dentro dele, com gradações de protagonizações, a legitimar a aplicação da teoria do domínio do fato para responsabilizar, de modo pessoal, porém graduado, os respectivos agentes”.

91. Ver o estudo fundamental de ROTSCH, *Criminal Compliance*, ZIS 2010, p. 614 e ss.

92. A esse respeito: BOITKE, *Compliance – Oder: Normbefolgungsbereitschaft von und in Unternehmen*, FS-Stöckel, 2010, p. 43 e s.; MOMSEN, *Der ‘Compliance-Officer’ als Unterlassungsgarant*, FS-Puppe, 2011, p. 751 e ss.; BOCK, *Strafrechtlich gebotene Unternehmensaufsicht (Criminal Compliance) als Problem der Rechtsicherheit*, Wistra 6/2011, p. 201; HEFENDEHL, *Corporate Governance und Business Ethics: Scheinberuhigung oder Alternativen bei der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?*, JZ 2006, p. 121 e ss.; crítico a respeito da efetividade da *Compliance* para evitar delitos econômicos, SCHÜNEMANN, *Brennpunkte des Strafrechts in der entwickelten Industriegesellschaft*, in: HEFENDEHL (org.), *Empirische und dogmatische Fundamente*. Kriminalpolitischer Impetus, 2005, p. 361 e ss.

93. Ver KASISKE, *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 18 e ss.

94. Assim KASISKE, *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 18 e ss., p. 21.

A ideia de que a responsabilidade aumenta de acordo com a graduação da posição do sujeito e, com isso, à medida que o sujeito se distancia do fato concretamente praticado não pode ser deduzida da “teoria do domínio do fato”, como procedeu o Min. Ayres Britto. Para retirar tal conclusão, o Min. teria de ou (a) fundamentar a aplicação da teoria do domínio da organização a organismos privados estruturados conforme o direito; ou (b) fundamentar uma posição de garantidor, nos termos do art. 13, § 2.º, do CP, do superior em relação aos subordinados e condenar os superiores por delito omissivo; ou ainda (c) fundamentar uma forma clássica de autoria mediata, em razão de erro ou coação dos subordinados, e condenar os superiores por delito comissivo. Cada uma dessas vias exigiria a análise de requisitos diversos, e pode mesmo ser que os superiores, de fato, tivessem de ser punidos, mas as razões deveriam constar da decisão.

3.5 Conclusão provisória: a verdadeira razão para o recurso à teoria do domínio do fato

É possível, com base em todas as referências acima mencionadas, enunciar, enfim, a verdadeira razão para os Ministros do STF terem, na APn 470, recorrido à teoria do domínio do fato: o termo do domínio do fato serviu como fundamento da punição dos sujeitos que gozavam de determinadas posições de comando. Essa é a razão pela qual os Ministros consideraram a teoria do domínio do fato supérflua em relação aos acusados que “sacavam quantias em dinheiro na boca do caixa”, quando na verdade não há provavelmente forma mais intensa de “dominar o fato” do que dominar a ação, do que praticá-la com as próprias as mãos.⁹⁵ Nem sequer redação amplíssima do art. 29 do CP permitira uma responsabilidade penal pela posição que se ocupa em determinada estrutura, na medida em que “ocupar uma posição” não significa “concorrer” para um delito.⁹⁶ É para preencher exatamente essa lacuna que alguns Ministros parecem ter recorrido, erroneamente, à teoria do domínio do fato. Foi para esse fim que a teoria foi utilizada, em clara malversação teórica. Essa a confusão suprema de nosso Supremo Tribunal, o pecado original que emerge da APn 470, nesse assunto.

4. OUTROS PROBLEMAS DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO: DELITOS DE DEVER (“DELITOS ESPECIAIS”) E DOMÍNIO FUNCIONAL DO FATO (COAUTORIA)

A utilização equivocada da teoria do domínio do fato acima demonstrada deve constar no primeiro plano das preocupações da ciência e da prática judiciária. Hou-

95. GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss., p. 69.

96. Idem, p. 61 e ss., p. 87 e ss.

ve, no entanto, outras considerações a respeito da autoria e da participação que merecem, igualmente, atenção.

4.1 *Domínio do fato, delitos de dever e peculato (art. 312 do CP)*

Como se sabe, a teoria do domínio do fato não foi desenvolvida, por Roxin,⁹⁷ com pretensões de universalidade.⁹⁸ Ela não seria aplicável, especialmente, ao chamado grupo de *delitos de dever* (ou de infração de um dever).⁹⁹ Na nossa doutrina, conhecemos esses delitos como “delitos próprios” ou “delitos especiais”, ou seja, delitos que possuem uma restrição típica ao círculo de autores.¹⁰⁰ Nesses delitos, o fundamento da autoria não estaria no domínio do fato que exerce um autor qualquer, mas na violação de um dever que incumbe especialmente um sujeito em especial (a qualidade de funcionário público, o especial acesso ao bem jurídico ocasionado pela posição que ocupa etc.), e em razão disso é que apenas aquele que detém a qualidade exigida pelo tipo é que pode praticar o delito na condição de autor.¹⁰¹ N. Batista já esclareceu esse ponto entre nós desde a 1.ª edição de sua conhecida monografia em 1979: “o que importa é que a autoria, nesses casos, se subordina a

97. Deve-se distinguir entre as ideias centrais da teoria do domínio do fato e a conformação específica dada a essa ideia por Roxin. Evidentemente, Roxin não deu a primeira, nem a última palavra a respeito da teoria do domínio do fato. De todo modo, foi ele o maior artífice da teoria e, por exemplo, o verdadeiro criador da figura do domínio da organização. Os Ministros do STF, ao fundamentarem as suas posições, recorreram sempre às citações de Roxin, de forma que, como disse logo ao começo (l.), a minha tentativa é avaliar se das premissas teóricas oferecidas na decisão da APn 470 podem-se extrair as consequências jurídicas efetivamente retiradas.

98. GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss., p. 76 e ss.

99. ORTIZ, *Concurso de agentes nos delitos especiais*, São Paulo, 2011, p. 124 e ss.

100. BUSATO, *Direito penal*, São Paulo, Atlas, 2013, p. 694 e s.; ORTIZ, *Concurso de agentes nos delitos especiais*, São Paulo, 2011, p. 109; ótima exposição em SOLER, *Derecho penal argentino II*, 5. ed., 1987, Buenos Aires, p. 295 e ss.

101. Por isso é que é equivocada a posição externada pelo Min. Napoleão Nunes Maia do STJ, ao julgar determinado crime tributário imputado a servidor público fazendários estadual: “Quanto ao primeiro ponto, conheço e reverencio o entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto à admissibilidade da coautoria e da participação nos chamados *crimes próprios* e, a princípio, também não via razão para tal orientação não ser igualmente aplicada ao crime contra ordem tributária” (voto-vista do Min. Napoleão Nunes Maia, No HC 121.408/SC, STJ, p. 8 do inteiro teor do acórdão). A coautoria em delitos especiais só é, em regra, possível caso ambos os coautores ostentem a qualidade exigida pelo tipo. O que pode ter ocorrido é que o Ministro tenha utilizado a expressão “coautoria” como sinônima de concurso de pessoas, tal como fazia de forma pouco técnica a redação original da parte geral do nosso CP de 1940. Corretamente contra a possibilidade coautoria sem que ambos os sujeitos sejam os “obrigados”, N. BATISTA, *Concurso de agentes*, 2. ed., Rio de Janeiro, 2004, p. 125.

esse elemento objetivo-pessoal”,¹⁰² e “nos crimes especiais, autor idôneo é apenas aquele vinculado ao dever”.¹⁰³ Também os delitos omissivos são delitos de dever. de modo que falar, por exemplo, em “domínio do fato” diante de um delito de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP) é, em primeira vista, equivocado.¹⁰⁴ Do peculato (art. 312 do CP) só um funcionário público pode ser autor. o que, caso se diferencie autor de partícipe, não exclui a punição do *extraneus* por participação (instigação ou cumplicidade). O que o *extraneus* não pode ser, adotada a ideia de delitos de dever, é autor (imediatamente ou mediato).

O art. 29, *caput*, do CP, enuncia, como já foi visto (acima, 3.2), que todos que “concorrem” para o delito incorrem nas penas a ele cominadas. Assim, por óbvio, um *extraneus* não pode ser autor, sozinho, de um peculato, e cometeria, por exemplo, “apenas” uma apropriação indébita (art. 168 do CP). Caso, no entanto, um funcionário público esteja entre os “concorrentes”, o injusto do peculato está realizado, e todos os outros concorrentes praticam, assim, o peculato.¹⁰⁵ Haveria uma unidade no injusto (o injusto de peculato) e uma pluralidade de concorrentes, bastando que um deles possuísse a qualidade de funcionário público: seria essa “unidade no injusto” que permitiria que o *extraneus* “concorra” em delito próprio,¹⁰⁶ desde que, é claro, conhecesse a qualidade especial do concorrente qualificado.¹⁰⁷

Nesse particular, nossa regulação legislativa teve, como é sabido, clara inspiração italiana. Todavia, também entre autores italianos, e não apenas nos termos da chamada teoria dos delitos de dever, há uma impossibilidade de um *extraneus* ser autor de um delito especial, como esclareceu Grispiigni já em 1950: “(...) nei reati propri, nei quali l'extraneus può bensì essere istigatore o complice, ma mai coautore. Così nella corruzione passiva non è possibile raffigurare un coautore nell'extraneus perché l'accettazione deve essere posta in essere dal pubblico ufficiale corrotto”,¹⁰⁸ e mais recentemente Marinucci/Dolcini: “A nostro avviso, invece, autore di un reato proprio può essere soltanto l'intraneo: lo impone il principio

102. N. BATISTA, *Concurso de agentes*, 2. ed., Rio de Janeiro, 2004, p. 94 e ss.

103. Idem, p. 170; assim também ORTIZ, *Concurso de agentes nos delitos especiais*, São Paulo, 2011, p. 207; SOLER, *Derecho penal argentino II*, 5. ed., 1987, Buenos Aires, p. 295 e ss.

104. Ver GRECO; LEITE, RT 933 (2013), p. 61 e ss., p. 76 e ss.

105. Ver SOLER, *Derecho penal argentino II*, 5. ed., 1987, Buenos Aires, p. 311.

106. RANIERI, *Manuale di diritto penale*, vol. I, 3. ed., Padova, 1956, S. 392 ff., S. 406; BATEAGLINI, *Direito penale*, 3. ed., Padova, 1949, S. 459.; NAPPI, *Guida ao Código Penal*, 2. ed., Milano, 2008, S. 588 ff.; MANTOVANI, *Direito penale*, 6. ed., Milano, 2009, S. 535 ff. DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, *La autoria en derecho penal*, Barcelona, 1991, S.159 ff.

107. Sobre essa exigência subjetiva ver REALE JR., *Instituições de direito penal*, vol. I, 1. ed., Rio de Janeiro, 2002, p. 326.

108. GRISPIGNI, *Direito penale italiano*, vol. II, Milano, 1950, S. 248.

di legalità".¹⁰⁹ Parece ter sido a pena implacável de Manzini que prevaleceu entre nós e os reformadores de 1940 – afinal, a reforma de 1984 apenas acrescentou a expressão “na medida de sua culpabilidade” ao art. 29, *caput*, do CP. Manzini não destacava esse ponto, firme em sua afirmação de que vigia no Código Rocco o conceito unitário de autor: “(...) il Codice vigente non distingue tra le diverse forme di compartecipazione al reato”.¹¹⁰

O termo “concorrentes” presente no nosso art. 29¹¹¹ não deve ser interpretado aqui como “autores em sentido técnico”, mas como um supraconceito, característico de um sistema unitário. Desse modo, desde que haja entre todos os “concorrentes” um sujeito que detenha a qualidade exigida pelo tipo, todos incorrerão nas penas, por exemplo, do delito de peculato. O mais problemático nesse contexto é o art. 30 do CP, que trata da “comunicabilidade das circunstâncias”.¹¹² O art. 30 do CP cumpriria aqui, a meu ver, um papel equivocado. Equivocado, pois a expressão “comunicar a circunstância” significa adscrever a um sujeito a qualificação faltante (no caso, de funcionário público), ou seja, transformá-lo em autor idôneo do delito “especial” (ou de dever). Por essa via, o art. 30 do CP realiza justamente aquilo que deveria ser evitado: que um sujeito sem a qualificação exigida pelo tipo – exigência decorrente de uma decisão político-criminal do legislador – seja autor em sentido técnico do delito. Porque a punição como mero partícipe em sentido amplo (ou como “concorrente”, se assim se quiser) já era possível a teor da redação amplíssima do art. 29.

Seria relevante perguntar se não seria mais justo prever uma redução de pena para o partícipe *extraneus*. O particular que participa do injusto praticado pelo funcionário público realiza um injusto de menor gravidade do que este, já que parte do conteúdo de injusto da conduta está precisamente na violação de um dever funcional e, em razão disso, merece uma pena menor. Uma saída seria propor, como fez Ortiz, a aplicação do art. 29, § 1.º, do CP, que prevê a figura da “participação de menor importância”.¹¹³ Essa saída é, de *lege lata*, bastante inteligente, mas

109. MARINUCCI; DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, 3. ed., Milano, 2009, S. 405.; siehe auch FIANDACA; MUSCO, *Diritto penale*, 6. ed., Bologna, 2009, S. 525 ff.

110. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. II, 4. ed., Torino, 1961, S. 506 ff. Assim também ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, 10. ed., Milano, 1987, S. 470 ff. Contra essa posição, CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal*, Rio de Janeiro/Curitiba, 2006, p. 349.

111. Ver as magistrais considerações de BRUNO, *Direito penal*, t. 2. 3. ed., Rio de Janeiro, 1967, p. 262 e ss.

112. Ver REALE JR., *Instituições de direito penal*, vol. I, 1. ed., Rio de Janeiro, 2002, p. 325 CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal*, Rio de Janeiro/Curitiba, 2006, p. 375 e s. Sobre os problemas da comunicabilidade das circunstâncias as ainda hoje atuais reflexões de SOLER, *Derecho penal argentino II*, 5. ed., 1987, Buenos Aires, p. 307 e ss.

113. ORTIZ, *Concurso de agentes nos delitos especiais*, São Paulo, 2011, p. 211 e ss.; de *lege lata* resta o art. 29, § 1.º, do CP, a participação de menor importância.

creio que não resolve o problema. Afinal, a peculiaridade dos delitos especiais ou delitos de dever¹¹⁴ é precisamente a de que, nesses casos, o grau de atuação ou o “domínio do fato” não são determinantes, e perdem importância se comparados à relação do autor com o dever que lhe incumbe. É exatamente esse fato que separa os chamados delitos de domínio dos delitos de dever.¹¹⁵ Assim, não é incomum que o *extraneus* partícipe tenha contribuição decisiva para o delito, e ainda assim não poderá ser considerado autor do delito.¹¹⁶ Ocorre que nesses casos tampouco seria possível falar em uma “participação de menor importância” nos termos do art. 29, § 1.º, do CP. O fato relevante é exatamente a ausência da qualidade exigida pelo tipo o elemento que, por si só, determinaria a existência de uma redução de pena, e não o grau concreto de participação, como dá a entender a redação desse dispositivo legal.

114. Como o leitor atento já percebeu, utilizo as expressões como sinônimas, pois não creio ser aqui o local para dar passos mais ousados em relação aos “delitos de dever”. O tema é complexo. Há vários trabalhos a esse respeito, além do de Ortiz: JOECKS in: JOECKS; MIEBACH (coords.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München: Beck, 2003 § 25 nm. 43; Heine, in: Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. ed., München: Beck, 2010, vor § 25 nm. 84; PARIONA, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, Baden Baden: Nomos, 2010, p. 71 e ss.; todos com ulteriores referências. Críticos SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar § 25 nm. 43 e s.*; J. H. CHEN, *Das Garantensonderdelikt*, Berlin: Duncker & Humblot, 2006, p. 68 e ss., 108 e ss.; PIZARRO BELEZA, *Die Täterschaftsstruktur bei Pflichtdelikten – Pflichtträgerschaft versus Tatherrschaft*, in: SCHÜNEMANN; FIGUEIREDO DIAS, *Bausteine eines europäischen Strafrechts*. Coimbra-Symposium für Claus Roxin, Köln etc., 1995, p. 267 e ss. (p. 271 e ss.); HOYER in: RUDOLPHI et alii (coords.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7. ed., Köln: Luchterhand, 2000, § 25 nm. 22 e ss. Contrário a essa teoria, em Portugal, FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, p. 771. No Brasil, manifestou-se a esse respeito B. MOURA, *Autoria e participação nos crimes desde a empresa*, *Revista CEPPG* 25 (2011), p. 54 e ss. A escola de Jakobs erigiu essa categoria a uma das bases de sua teoria do injusto penal: JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. ed., Berlin/New York: DeGruyter, 1993, § 1 nm. 7, § 7 nm. 70 e s., § 21 nm. 115 e ss., § 29 nm. 57 e ss.; *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Opladen: Schöningh Paderborn, 1996, p. 19 e ss.; *La normativización del derecho penal en el ejemplo de la participación*, trad. Cancio Meliá, in: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid 2001, p. 619 e ss.; SANCHEZ VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999, p. 51 e ss. (*Delito de infracción de deber y participación*, Madrid: Marcial Pons, 2002); *Delito de infracción de deber*, in: MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *El funcionalismo en derecho penal*, vol. II, Bogotá: Externado, 2003, p. 273 e ss.; PERDOMO TORRES, *El concepto de deber jurídico, no mesmo volume*, p. 231 e ss. (248 e ss.); PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema jurídico-penal*, in: MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *El funcionalismo en derecho penal*, vol. I, Bogotá: Externado, 2003, p. 271 e ss. e ss. (p. 54 e ss.); MONTEALEGRE LYNETT; PERDOMO TORRES, *Funcionalismo y normativismo penal*, Bogotá: Universidad Externado 2006, p. 49 e ss.

115. Sobre essa distinção GRECO; LEITE, *RT* 933 (2013), p. 61 e ss., p. 75 e ss.

116. Parece ter sido esse o caso da APn 470, como demonstra o estudo de Augusto Assis, neste volume.

A expressão domínio do fato, corretamente, não apareceu no contexto do delito de peculato na APn 470,¹¹⁷ mas o fato de esse detalhe não ter sido sequer mencionado mostra que alguns Ministros do STF fizeram um uso bastante seletivo da teoria do domínio do fato, provavelmente reduzindo-a, como acima demonstrado, a um de seus desdobramentos, o domínio da organização, ou a toda forma de responsabilização de um sujeito que ocupa posição de destaque em uma organização. A teoria do domínio do fato, se adotada de forma geral para a distinção entre autor e partícipe, teria de ser aplicada em todos os delitos, e a sua exceção deveria ser justificada. Não se pode adotá-la parcial e seletivamente, assim como não se pode defender a teoria da possibilidade em relação ao dolo para uns delitos, e defender a teoria da indiferença, por exemplo, para outros.¹¹⁸ Ou seja: os Ministros que resolveram lançar mão da teoria do domínio do fato teriam de afirmar que o delito de peculato é um delito de dever, e a ele não se aplicaria o critério do domínio do fato. A exceção relacionada aos delitos de dever ou delitos especiais, como é o caso do peculato, estaria, sim, justificada, ao menos nos termos da formulação original de Roxin,¹¹⁹ mas essa explicação não se encontra na decisão, a qual sequer problematiza as questões relativas à autoria e à participação nos chamados delitos especiais ou de dever, e parece ter permanecido fiel às penas de Manzini, que inspiraram o Código italiano que inspirou nosso dispositivo. O *modernismo* da teoria do domínio do fato é substituído aqui pelo *conservadorismo* máximo. Manzini, não Roxin.

A razão para essa dupla face da decisão da APn 470, como já foi visto, é a utilização equivocada do termo “domínio do fato”. Em outras palavras, domínio do fato não é, para o STF, uma *teoria* para a distinção entre autor e partícipe no direito penal, mas uma *razão* que fundamentaria a punição de um sujeito em determinadas circunstâncias (3.4). Se é assim que o STF pretende, a partir de agora, utilizar o termo domínio do fato, mais honesto seria que *escolhesse outro nome* – admitindo, assim, que está livremente criando o direito, e não aplicando uma teoria científica –, ou que abrisse mão de buscar apoio na ciência jurídico-penal, na medida em que essa forma de argumentar não encontra precedente em lugar algum, muito menos em Roxin, utilizado largamente como supedâneo de autoridade pelos Ministros de nosso STF. Porque o STF é, sim, livre para interpretar as teorias jurídicas – que não são propriedade de nenhum jurista ou tribunal –, mas não é livre para tirar as conclusões que melhor lhes aprouver de uma teoria existente.¹²⁰ Poderiam nem se-

117. A esse respeito ver o estudo de Augusto Assis neste volume.

118. Sobre essas teorias ver GRECO, Algumas observações introdutórias à “distinção entre dolo e culpa”, in: PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, trad. Luis Greco, São Paulo, 2004, p. IX e ss.

119. Ver GRECO; LEITE, *RT* 933 (2013), p. 61 e ss., p. 76 e ss.

120. Em razão disso é que é que considero equivocada a opinião expressada por Ives Gandra Martins in: *Tendências/Debates, Jornal Folha de São Paulo*, 22.10.2013, acessível em:

quer ter mencionado a teoria do domínio do fato – para o fim a que se propuseram, bastava a referência ao art. 29, *caput*, do CP –, mas, uma vez mencionada, o mínimo exigido é a coerência e o respeito às premissas teóricas apresentadas. O mais honesto seria, então, conceder outro nome à concepção de alguns dos ministros do STF – um candidato seria *teoria do domínio da posição* –, mas então viria à tona o fato de que os Ministros não aduziram nenhum argumento em favor de um modelo de responsabilização pela posição, e contentaram-se em citar, como recurso à autoridade científica, a prestigiada teoria do domínio do fato.

4.2 *Coautoria e domínio funcional do fato*

Por vezes, deixamo-nos guiar por um pernicioso fetichismo de palavras. Tão logo surge um termo, esquecemos de observar e analisar o conteúdo que o integra, e logo tiramos conclusões do termo. Finalismo e funcionalismo são candidatos fortes a destilar esse mortal feitiço. Domínio *final* do fato e domínio *funcional* do fato nada têm a ver com o sistema de delito, finalista ou funcionalista, em que surgem. “Roxin é funcionalista, por isso sua teoria deve ser designada de domínio funcional do fato” seria uma forma pedestre de argumentar. Os ministros do STF não argumentaram, aparentemente, dessa forma, mas é saudável advertir em relação a essa utilização do termo.¹²¹ O domínio funcional do fato é a ideia reitora que fundamenta, nos termos da teoria do domínio do fato, a *coautoria* em direito penal. isto é, instaura a possibilidade da chamada *imputação recíproca*.

Em relação ao delito de lavagem de dinheiro, o Min. Luiz Fux recorreu ao termo do domínio funcional do fato, de maneira correta, ao dizer: “Já a atuação do 21.º réu (João Cláudio Genu) se encarta na hipótese de coautoria nos exatos limites da

[www1.folha.uol.com.br/opiniao/2013/10/1360084-ives-gandra-da-silva-martins-o-direito-e-a-liberdade-do-interprete.shtml] (acessado em: 19.12.2013). O consagrado jurista, lido por toda a nossa geração, afirma: “Em direito, não há marcas e patentes a serem preservadas, e a Min. Rosa Weber (Supremo Tribunal Federal), quando a ela se referiu, apresentou-a conforme sua leitura”. Caso um Ministro queira oferecer “a sua leitura” a uma determinada teoria deve deixar, então, esse fato claro e renunciar às citações dos autores que defendem “leituras diversas”. As referências a Roxin e à sua teoria do domínio do fato são usadas como argumentos de autoridade. A frase do jurista Ives Gandra Martins sugere que os Ministros são livres para atribuírem as leituras próprias sobre determinada categoria a um autor que defende concepção diversa, o que seria absurdo, ou ainda que seria possível se apropriar de um nome de uma determinada teoria e atribuir-lhe, todavia, conteúdo diverso. Não se pode atribuir a nenhum cientista uma concepção que ele nunca defendeu, quando mais para fundamentar uma condenação criminal, embora tenha se tornado corrente nos tempos atuais, especialmente nas redes sociais, a atribuição de citações a autores de forma equivocada. Quando esse empreendimento invadir as decisões judiciais, que encarceram homens de carne e osso, há muitos motivos para se assustar.

121. Essa advertência em GRECO; LEITE, *RT* 933 (2013), p. 61 e ss., p. 90.

teoria do domínio funcional do fato. Com efeito, a moderna dogmática jurídico-penal apregoa que os coautores são aqueles que, possuindo domínio funcional do fato, desempenham uma participação importante e necessária ao cometimento do ilícito penal” (f. 55.674). O mesmo Ministro, em relação ao crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, enunciou os aspectos gerais do que ele chama de “coautoria funcional” (f. 54.300 e ss., f. 54.309 e ss.): “Com efeito, a moderna dogmática jurídico-penal apregoa que os coautores seriam aqueles que, possuindo domínio funcional do fato, desempenham uma participação importante e necessária ao cometimento do ilícito penal. (...)”. “O domínio funcional do fato encontra sua aplicação por excelência na coautoria funcional. Segundo ela, a configuração da coautoria prescinde da realização por parte do agente de todos os elementos objetivos do tipo. Ao revés, revela-se suficiente que, na divisão prévia de tarefas, a conduta atribuída aos agentes seja imprescindível ao atingimento do fato punível. Isto significa dizer que não é exigida dos coautores a prática da conduta descrita no núcleo do tipo penal, mas tão somente que a fração do ato executório por eles praticadas seja indispensável, diante das singularidades do tipo penal e do caso concreto, para a consecução do ilícito penal. Daí é de que questionar. Como examinar se essa atuação, dentro da distribuição prévia de tarefas, é efetivamente essencial para a realização do delito? O equacionamento desta indagação é de suma importância, porquanto permite objetivamente aferir no caso concreto se a atuação do agente qualifica-se como hipótese de coautoria ou mera participação. E, como se sabe, são inegáveis os reflexos práticos desta distinção na vida dos acusados” (f. 54.311).

As afirmações acima não estão de todo incorretas, mas são imprecisas ou incompletas. A coautoria possui como requisitos a (a) decisão comum de praticar o fato e (b) uma contribuição individual relevante para a realização conjunta do plano idealizado.¹²² A verificação cumulativa desses dois requisitos concede aos coautores o *domínio funcional do fato* e instaura o que se conhece por *imputação recíproca*: o comportamento de um coautor é imputado ao outro coautor, surgindo um comportamento comum.¹²³ Afinal, nem todos os coautores realizam todas as condutas típicas. Esses requisitos são o fundamento e, ao mesmo tempo, o limite da coautoria – o excesso de um coautor, por exemplo, não pode ser imputado ao outro.¹²⁴ Na exposição do Min. Luiz Fux, faltou especialmente a referência ao problema fundamental da necessidade de exigir uma contribuição efetiva na execução do delito para que se possa afirmar a coautoria.¹²⁵ O Ministro afirma, corretamente, que os coautores “desempenham uma participação importante e necessária ao

122. ROXIN, Strafrecht II, nm. 188 e ss.

123. Idem, ibidem.

124. Idem, nm. 194 e ss.

125. Idem, nm. 198 e ss. Esse ponto é bastante controverso. Vários autores e também a jurisprudência alemã consideram uma contribuição altamente relevante nos atos preparatórios

cometimento do ilícito penal”. Essa pergunta é fundamental, pois um dos sujeitos que intervém no delito pode oferecer a sua contribuição ao plano comum na fase de atos preparatórios,¹²⁶ isto é, antes de iniciada a execução do delito. É preciso decidir a controvertida questão sobre se essa contribuição é suficiente para afirmar o domínio funcional do fato e, assim, a condição de coautor do sujeito. Mais fundamental é perceber que domínio funcional do fato é apenas uma ideia reitora, e é preciso atentar justamente para os requisitos que fazem essa espécie de domínio surgir: a mera referência ao termo domínio funcional do fato é insuficiente para fundamentar a coautoria em direito penal.

5. DOMÍNIO DO FATO E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: TEORIA PROCESSUAL?

Além das confusões *materiais* em torno da teoria do domínio do fato, há uma desconfiança, já manifestada em alguns estudos,¹²⁷ de que tenha ocorrido, na APn 470, uma espécie de utilização *processual* da teoria do domínio do fato.

Não é preciso gastar em demasia a tinta da editora para discorrer sobre a obviedade de que toda teoria jurídica, dada a sua conformação, os seus critérios, instaura a necessidade de se produza prova dos elementos considerados relevantes: caso se defenda, por exemplo, a teoria da evitabilidade na causalidade e imputação dos crimes omissivos, é preciso produzir prova no sentido de que a ação mandada teria, com probabilidade próxima da certeza, evitado o resultado que se produziu.¹²⁸ Só assim poder-se-á *condenar* o acusado. Esse é um ponto. Outro ponto é a força conformadora que o processo penal possui em relação ao direito penal, em alusão ao famoso estudo de Peters.¹²⁹ Por vezes, conformamos as teorias jurídico-penais para obter, por exemplo, facilitações na produção da prova: os crimes de perigo abstrato oferecem um bom exemplo a esse respeito. Essa facilitação pode ser mera consequência da teoria defendida ou pode ter sido perseguida já na formulação da teoria material. A despeito dessa discussão, o fato é que a teoria do domínio do fato não é uma teoria processual. Ela altera, evidentemente e como toda teoria jurídica, alguns requisitos que eventualmente devem ser objeto da produção probatoria. Mas, de novo, *não é uma teoria processual*. Quem seria absolvido por ausência de provas sem ela, deve ser absolvido com ela.

como suficiente. Roxin, ao contrário, com base em sua teoria do domínio do fato, exige uma contribuição relevante nos atos executórios.

126. O Min. Luiz Fux parece, após, ter percebido esse detalhe, e fala, sem adentrar na disputa teórica, que o determinante é “a fração do ato executório por eles praticadas seja indispensável”.

127. Ver a nota de rodapé n. 1

128. GRECO, ZIS 2011, p. 674 e ss.

129. PETERS, *Die strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses*, 1963.

Durante o julgamento da APn 470, houve uma série de manifestações a respeito da compatibilidade da teoria do domínio do fato com o *princípio constitucional da inocência*, como se lê, por exemplo, no voto do Min. Celso de Mello (f. 56.819 e ss.): “cabendo enfatizar, ainda, por necessário, que essa concepção doutrinária não se coloca em relação de antagonismo com o direito penal da culpabilidade nem elide, porque inadmissível, a presunção constitucional de inocência, inerente ao nosso modelo constitucional. Cabe insistir na observação de que a mera invocação da teoria do domínio do fato não basta, só por si, para exonerar o Ministério Público do gravíssimo ônus de comprovar, para além de qualquer dúvida razoável, e sempre com apoio em prova idônea, licitamente produzida sob a égide do contraditório, a culpabilidade do réu, pois – nunca é demais reafirmá-lo – o princípio do estado de inocência, em nosso ordenamento jurídico, qualifica-se, constitucionalmente, como insuprimível direito fundamental de qualquer pessoa, que jamais se presumirá culpada em face de acusação penal contra ela formulada, tal como esta Suprema Corte tem sempre proclamado”. Também o Min. Ricardo Lewandowski tocou nesse ponto quando decidia a respeito do cometimento do delito de corrupção ativa pelo acusado José Dirceu (f. 56.565): “Incapaz, portanto, de comprovar as acusações lançadas contra José Dirceu, o Ministério Público recorre, num derradeiro esforço de convencimento desta Suprema Corte, à denominada ‘teoria do domínio do fato’. Trata-se de uma tese, embora já antiga, ainda controversa na doutrina. Não obstante a discussão que se trava em torno dela, muitas vezes é empregada pelo *Parquet* como uma espécie de panaceia geral, ou seja, de um remédio para todos os males, à míngua do medicamento processual apropriado. No caso de processos criminais em que a produção da prova acusatória se mostre difícil ou até mesmo impossível, essa teoria permite buscar suporte em um raciocínio não raro especulativo com o qual se pretende superar a exigência da produção de evidências concretas para a condenação de alguém”. Embora em contraposição quanto ao resultado nesse caso de corrupção ativa, do ponto de vista teórico também o Min. Gilmar Mendes reprimiu qualquer utilização da teoria do domínio do fato como substituta da ausência de provas (f. 56.771 e ss.): “Por fim, a despeito das observações do Ministro Revisor, observo que a teoria do domínio do fato não constitui uma retórica argumentativa estrangeira para abarcar situações carentes de prova ou justificativa para elastecer o conceito de autoria. (...) Observo, por fim, que, diferentemente do sustentado, a teoria do domínio do fato não é algo novo, casuisticamente empregado”. Essa repulsa do Min. Gilmar Mendes é justificada.

Foi, no entanto, a Min. Rosa Weber, às f. 56.845, quem escancarou a possibilidade da utilização processual da teoria do domínio do fato: “Em função ainda da teoria do domínio do fato. Pelo menos no meu voto, pela forma de julgamento segmentado, às vezes as premissas teóricas ficaram um pouco afastadas. O que aconteceu? Inúmeras defesas invocaram a inépcia da denúncia por falta de individualização das condutas. De fato, quando se tratava do núcleo político, havia nome,

endereço, telefone, CPF. Havia tudo. Agora, com relação ao núcleo operacional, especificamente ao núcleo societário, não só o Banco Rural, mas ainda com relação às empresas de Marcos Valério, no que dizia respeito a Cristiano Paz e Ramon Hollerbach, às vezes a denúncia não explicitava a conduta imputada a cada um. E, por isso, a teoria do domínio do fato ajudava a argumentação que declarava hígida a denúncia justamente pelo tipo do delito que estava sendo descrito naquela peça. Só esse pequeno registro, porque não enfatizei”.

Seria impossível obter maior clareza (“a teoria do domínio do fato ajudava na argumentação (...)”). Os autores preocupados em estudar a decisão judicial em toda a sua complexidade, como por exemplo Rottleuthner na Alemanha,¹³⁰ encontrariam aqui uma honestidade completa, uma declaração quase despidorada dos verdadeiros motivos da utilização da teoria do domínio do fato. Um alento, já que, em regra, as reais motivações permanecem inescrutáveis, revestidas que estão por argumentos de festim. O equívoco fundamental, a saber, o de confundir uma teoria jurídico-material com uma teoria jurídico-processual, encontra nessa passagem da Min. Rosa Weber sua feição mais acabada. E é justamente daqui que impende repetir, quantas vezes se fizer necessário, que a teoria do domínio do fato não é genuinamente uma teoria processual – ou seja, argumentar, por exemplo, em favor da aptidão de uma denúncia nos termos do art. 41 do CPP aludindo à teoria do domínio do fato é uma manipulação grosseira da teoria, um modo argumentativo a ser combatido.

O Min. Celso de Mello também enunciou, no contexto das afirmações sobre a teoria do domínio do fato, a inexistência de *responsabilidade penal objetiva* em nosso direito penal: “o sistema constitucional e com a regulação normativa, pelo Código Penal, do concurso de pessoas, e tendo em vista, sobretudo, o que venho de acentuar em torno da jurisprudência desta Corte que ampara, sem restrições quaisquer, a presunção constitucional de inocência, cabe repelir a alegação, de todo inadmissível, de que a teoria do domínio do fato poderia ensejar o reconhecimento da responsabilidade penal objetiva dos réus” (f. 56.821). Responsabilidade penal objetiva significa prescindir de dolo ou de culpa para a imputação de responsabilidade, e essa pecha pode ser atribuída à decisão da APn 470 caso se entenda, como parece ter sido o caso, que a mera posição do sujeito em determinada hierarquia é suficiente para fundamentar a sua responsabilidade penal na condição de autor de um delito.

A preocupação em exclamar repetidamente que a teoria do domínio do fato não é uma teoria processual, isto é, jamais supre provas ausentes, é produto da compreensão completamente equivocada da teoria, a qual, porém, se revelou nos votos

130. ROTTLEUTHNER, *Richerliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik*, Frankfurt am Main, 1973.

de alguns Ministros na APn 470. Seria desnecessário advertir nesse sentido, caso a teoria fosse utilizada de maneira correta, a saber: como teoria que serve à distinção entre autor e partícipe, e não como teoria processualmente fundamentadora da punibilidade. Como o contexto por excelência de utilização da teoria foi a fundamentação da autoria de sujeitos que gozavam de especial posição hierárquica (acima 3.4), surgiu a justa desconfiança de que, talvez, o recurso à teoria do domínio do fato tenha sido uma vestimenta teórica, pretensamente em dia com a teoria do crime contemporânea, mas que serviria apenas para suplementar provas faltantes. Essa desconfiança, especialmente confirmada no voto da Min. Rosa Weber, tem toda a razão de ser – se, de fato, havia provas a sustentar as condenações é assunto que escapa à competência da ciência jurídica.¹³¹

6. CONCLUSÃO A RESPEITO DA AUTORIA E DA PARTICIPAÇÃO NA APn 470: DOMÍNIO DO FATO COMO PARÁFRASE E O DOMÍNIO DA POSIÇÃO

O STF fez uso de um método, cujos equívocos foram denunciados pelos teóricos da chamada jurisprudência dos interesses¹³² em contraposição à corrente contrária da época, a jurisprudência dos conceitos, a saber: o *método da inversão*.¹³³ O conceito de *domínio do fato* foi utilizado como termo vazio, descomprometido com o teor semântico que a ciência lhe emprestara ao longo de anos de discussão científica, e, em uma acrobacia interpretativa, retirou-se do conceito aquilo que nele se havia anteriormente colocado. Inventou-se um conteúdo para a ideia de domínio do fato – o de que a teoria do domínio do fato (melhor: *domínio da posição*) se prestaria

131. Como já afirmei – mas em assunto rumoroso nunca é demais –, minha base indutiva é a decisão publicada, e não os autos do processo. Desconheço, pois, as provas produzidas ao longo da instrução.

132. Defendida sobretudo por Philipp Heck no final do século XX e começo do século XXI, e que entendia, a grosso modo, que o processo de obtenção do direito não se dava pela procura de representações gerais presentes desde sempre na comunidade, mas “por meio de uma ponderação dos interesses feita pelo juiz no caso concreto”, e isso não apenas nos casos de “preenchimentos de lacunas da lei” (HECK, *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*, in: ELLSCHIED; HASSEMER, *Interessenjurisprudenz, Darmstadt*, 1974, p. 32 e ss., p. 33). A tradução “jurisprudência dos conceitos” (*Begriffjurisprudenz*), embora difundida, não é de todo precisa, na medida em que “jurisprudência” nesse contexto quer dizer “ciência do direito” – jurisprudência no sentido de conjunto de decisões judiciais seria, em alemão, “*Rechtsprechung*”. A tradução é, também, equívoca, na medida em que pode significar que se tratava de uma teoria da “jurisprudência”, ou seja, da forma de decidir dos juizes, quando na verdade se tratava de uma teoria mais geral, que levava em conta também o trabalho legislador. Com esse esclarecimento, resolvi manter a tradução em razão de sua larga tradição em nosso vernáculo.

133. Ver em detalhes HECK, *Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen?*, in: ELLSCHIED; HASSEMER, *Interessenjurisprudenz, Darmstadt*, 1974, p. 41 e ss., p. 42 e s.

a fundamentar a responsabilidade de um sujeito que ocupa posição de destaque em uma hierarquia – e, num segundo momento, deduziram-se as conclusões mais concretas do conceito forjado de domínio do fato: *como* a teoria do domínio do fato determinaria que sujeitos em posição de comando possuem o domínio do fato dos fatos puníveis que ocorrem abaixo deles, *então* os sujeitos que gozavam dessas posições e que contavam como acusados na APn 470 seriam autores dos fatos puníveis. Contra esse tipo de equívoco interpretativo devemos lutar incansavelmente.

Alguns Ministros de nossa Corte, sem meias palavras, inventaram de formá livre uma forma de conceber a autoria e a participação no direito penal, e, para conceder autoridade científica ao que acabaram de inventar, usurparam o nome de uma famosa e já clássica teoria, a teoria do domínio do fato. A teoria do domínio do fato no julgamento da APn 470, tal como ela foi concebida, não passou de uma *paráfrase*. Uma palavra anêmica, mas de consequências drásticas. Os juizes e tribunais que considerarem a expressão domínio do fato como suficiente para fundamentar a autoria de sujeitos acusados de delitos estarão eternizando um engodo. Tivessem os Ministros do STF dispensado a autoridade científica da teoria do domínio do fato e tentado fundamentar, com argumentos jurídicos, o que chamei de *teoria do domínio da posição*, e teríamos, quem sabe, a possibilidade de discutir a admissibilidade, os fundamentos e os limites dessa “espécie” de responsabilização penal.

7. DEPOIS DA APn 470: ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA DISTINÇÃO ENTRE AUTOR E PARTICIPE NO DIREITO PENAL E A LIÇÃO DA APn 470

Era penosa a missão do STF na APn 470, e há que se ter compreensão em relação às dificuldades e à alta responsabilidade da Corte. No limite das minhas forças, tive dificuldade para ler e apreender o conteúdo das mais de 8.000 páginas de decisão da APn 470: imagino a dificuldade dos magistrados para escrevê-las. A ciência, todavia, não existe para “render homenagens” e nem para destacar “o brilhantismo dos ministros” – frase que antecede, em regra, a crítica mordaz e desleal, como o abraço falso que antecede a punhalada –, mas para apontar sobriamente os méritos e defeitos de uma decisão judicial já tomada. Toda a tentativa acima empreendida foi no sentido de encontrar, nas por vezes desconexas manifestações individuais dos ministros, considerações generalizáveis, isto é, passíveis de serem aplicadas a outros casos concretos do porvir. Afinal, não há que se crer que a teoria do domínio do fato tenha sido mencionada de forma *ad hoc* apenas para a APn 470, e que nunca mais surja em decisões judiciais. Muito ao contrário (acima 2).

Justamente no sentido equivocadamente utilizado por alguns ministros do STF na APn 470 é que o termo domínio do fato tem invadido a prática forense, e já surge em decisões, por exemplo, do STJ. É emblemático nesse sentido o HC 260.390/PE, publicado em 19.11.2013. O delito imputado é o crime tributário previsto no art. 1.º da Lei 8.137/1991, ou seja, um delito especial, de dever, no qual seria,

aplicada corretamente a teoria, descabido falar em domínio do fato. Ocorre que o termo surge, repetindo o equívoco de alguns Ministros do STF, no sentido de fundamentar a punibilidade de um sujeito a partir da posição que ele ocupa em determinada estrutura hierárquica: “Esclarece, ainda, todo o *modus operandi* utilizado na prática dos crimes, inclusive com a inserção de croqui demonstrando toda a estrutura delituosa e os envolvidos na fraude, destacando que o denunciado era único sócio responsável pela administração da empresa, com poder de mando gerencial e tendo pleno *domínio dos fatos* praticados na contabilidade da empresa, sendo responsável pela ocorrência da redução indevida do tributo” (destaquei, p. 7 do voto da rel. Min. Marilza Maynard).

Há um alvissareiro alento vindo de uma decisão isolada do Min. Castro Meira, do STJ, na APn 439/MG. O Min. compreendeu a teoria do domínio do fato, ao contrário de alguns ministros do STF, da forma correta, isto é, como teoria para a distinção entre autores e partícipes: “Nem se diga que o caso viria a encontrar solução na denominada teoria do domínio do fato, pois esta não deve ser utilizada como elemento de imputação de responsabilidade, mas apenas para distinguir entre autores e partícipes” (p. 11 do voto).¹³⁴ Também o Min. Jorge Mussi, do STJ, parece não ter, corretamente, se contentado com mera indicação da posição de comando do acusado, e exigiu, para o recebimento da denúncia, a demonstração adicional que o acusado “possuía domínio do fato, ou seja, tinha conhecimento da conduta criminosa e, tendo o poder de impedi-la, não o fez” (p. 13 e ss. do voto no HC 34.997/RJ, publicado em 24.04.2013). Há, portanto, decisões que já demonstram uma percepção de que a utilização da teoria do domínio do fato por alguns dos ministros do STF foi equivocada.

A decisão da APn 470, repleta de imprecisões técnicas documentadas acima – das quais nenhuma decisão em temas tão controvertidos está livre –, representa um relevante ensejo para que, enfim, discutamos a distinção entre autor e partícipe no direito penal. A decisão não é um exemplo a ser seguido, mas é certamente um exemplo a nunca ser esquecido. Se há algo de positivo do ponto de vista científico na decisão foi a tematização dos problemas da autoria e da participação, tema que, provavelmente pela redação de nosso art. 29 do CP e pela pena firme e influente de Nelson Hungria, andava relegado ao ostracismo. Essa é a grande lição que devemos tirar da APn 470 em matéria de autoria e participação. Temos a oportunidade, enfim, de iniciar uma profunda discussão sobre os fundamentos e limites da autoria e da participação no direito penal. O momento é de rememorar o esquecido convite que Bruno fez aos penalistas “para que se prossiga em especificar e caracterizar, como

134. O Min. Castro Meira lançou mão, para fundamentar a sua afirmação, de texto de Pierpaolo Bottini: BOTTINI, Aplicação da teoria do domínio dos fatos na APn 470, *Conjur*, 13.07.2013, acessível em: [www.conjur.com.br/2013-ago-13/direito-defesa-aplicacao-teoria-dominio-fatos-ap-470] (acessado em: 19.12.2013).

tão laboriosamente tem feito a ciência do Direito Penal, desde os práticos da fase intermediária, as situações que resultam, com reflexo na responsabilidade, no grau de participação real no atuar típico e da intensidade da deliberação no seu cometimento, sendo certo que a definição das categorias fundamentais da co-delinqüência, na doutrina, representa, em relação à concepção unitária que vigorou em certo período, notável progresso científico”.¹³⁵ O primeiro passo é avaliar a discussão nacional, que já conta com interessantes estudos monográficos, como os pioneiros de Leiria,¹³⁶ Figueiredo Ferraz¹³⁷ e N. Batista,¹³⁸ o de Greco,¹³⁹ o de Souza Santos,¹⁴⁰ o de Ortiz¹⁴¹ e o ainda não publicado estudo de U. Gomes.¹⁴² Tentar extrair de nossos estudos um estado atual da discussão é o primeiro passo, o qual deve ser sucedido de uma perecuciente análise da discussão internacional, para, enfim, enunciar critérios gerais que estejam cientificamente bem fundamentados e que sirvam à prática judiciária. A crítica à decisão serve essencialmente, pois, para indicar os rumos da discussão futura.

Afinal, a distinção entre autor e partícipe possui inegável plausibilidade cotidiana. Caso A empreste uma caneta para que B escreva um carta injuriosa a C, nenhum homem do povo negará que as formas com que A e B intervieram na produção do delito são estruturalmente diversas. E o que dizer da mãe de A, senhora D, que deu a caneta de presente a A, sabendo de sua possível futura destinação? Ela, a senhora D, é tão “autora” da injúria quanto B? Não seria mesmo um direito dos cidadãos saber exatamente qual é o título de sua intervenção em um delito? Não se trata de rótulos dogmáticos sem importância prática, de mera filigrana jurídica – quem considera o empreendimento dogmático rigoroso um adorno de juristas de gabinete desconectados da realidade social percebeu, no mais tardar agora, com a decisão da APn 470, como faz falta uma ciência rigorosa.¹⁴³ A existência de uma ciência

135. BRUNO, *Direito penal*, t. 20, p. 264.

136. LEIRIA, *A autoria e a participação criminal*, 1974 (recentemente reeditado pela Nuria Fabris, Porto Alegre, em 2010).

137. FIGUEIREDO FERRAZ, *A co-delinqüência no direito penal brasileiro*, São Paulo, 1976.

138. N. BATISTA, *Concurso de agentes*, amplamente citado nesse estudo.

139. GRECO, *Cumplicidade por meio de ações neutras*, já citado na nota de rodapé n. 40.

140. SOUZA SANTOS, *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, São Paulo: Manole, 2004.

141. ORTIZ, *Concurso de agentes nos delitos especiais*, amplamente citado.

142. U. GOMES, *O conceito de autor e a comunicação de circunstâncias pessoais*, Dissertação de Mestrado UERJ, 2013.

143. Algumas fontes buscadas pelo STF na doutrina, como, por exemplo, na monografia de Damásio de Jesus e no artigo de Lênio Streck publicado em site da Internet, também padecem de sérias imprecisões teóricas (sobre elas cf. GRECO; LEITE, O que é e o que não é a teoria do domínio do fato, *RT* 933, 2013, p. 61 e ss., p. 82 e ss., n. 91), de modo que também é o momento de a ciência fazer um *mea culpa*.

preocupada menos com divagações atmosféricas e mais com os problemas reais da teoria do delito talvez não tivesse evitado que a APn 470 contivesse equívocos de outras sortes, mas teria seguramente evitado que o nosso STF se sentisse tão livre para especular sobre categorias jurídicas a respeito das quais discute-se há mais de um século. Além da irrepreensível plausibilidade cotidiana da distinção entre autor e partícipe, a distinção contém consequências jurídicas práticas: a participação é acessória e, nos termos da chamada acessoriedade limitada,¹⁴⁴ necessita de um fato principal antijurídico, sem o qual deve permanecer impune; não pode haver autoria mediata, por sua vez, em determinados delitos, como os delitos de mão própria (o falso testemunho por exemplo); um *extraneus* não pode ser coautor de um delito especial, mas pode ser partícipe em sentido estrito (cúmplice e instigador) etc.

Alguns Ministros STF fizeram um esforço no sentido de buscar legitimidade científica para as suas decisões, mas cometeram um sem número de equívocos acima documentados, que, se não apagam o valor da atitude de buscar na ciência o fundamento de suas decisões, diminuem em muito o valor desta decisão para o futuro. Um equívoco especialmente grave foi a usurpação da teoria do domínio do fato para uma utilização a ela estranha: alguns ministros criaram uma teoria do *domínio da posição*, e anunciaram tratar-se da reativamente vetusta teoria do domínio do fato. A APn 470 deve ser, assim, não o precedente a fazer escola sobre a autoria e a participação no direito penal, mas o ensejo fundamental para a discussão desse tema. O que deve permanecer vinculante é a força e a correção dos argumentos, e não a graduação do tribunal que proclama a decisão. *A APn 470 não deve ser o fim, mas o começo do debate.*

8. CONCLUSÃO GERAL

A análise da decisão da APn 470 conduziu a alguns resultados, dos quais destacam-se especialmente dois: o da (a) a impossibilidade de que se considere essa decisão como um precedente a fazer escola (2, 4); e o de que (b) a verdadeira razão para o recurso à teoria do domínio do fato não foi a necessidade de distinguir entre autor e partícipe no direito penal, mas a necessidade de fundamentar a responsabilidade daqueles que ocupam posição de comando, criando uma espécie de autoria por domínio da posição, que nada tem a ver com a teoria do domínio do fato (3, 5).

Na epígrafe acima transcrita (2), o Min. Ricardo Lewandowski, em alusão ao cenário que envolvia o Ato Institucional n. 5, cita frase atribuída a Pedro Aleixo, dirigida ao General Costa e Silva: “eu não estou preocupado com o uso que Vossa Excelência fará dele com suas honradas mãos, mas estou preocupado com o guarda da esquina”. Nunca me convenci da retidão dessa frase. Ao contrário, nela sempre senti um inconfessável tom aristocrata: Afinal, a medalha, a toga suprema e a investidura

máxima, além de não imunizarem de equívocos, aumentam a responsabilidade caso eles surjam. Não devemos temer o uso da teoria do domínio do fato pelos guardas de esquina, desde que eles usem a teoria, ao contrário de alguns ministros do STF de forma correta. Não há o que temer, especialmente na medida em que, diante de um Código cuja letra não distingue entre autor e partícipe, a teoria do domínio do fato pode apenas atuar como *limitadora* – transformando, em regra, o “concorrente” em partícipe em sentido estrito ou, no máximo, transformando em autor em sentido técnico quem já seria de todo modo “concorrente” – e não como *fundamentadora* – transformando absolvido em condenado – da responsabilidade penal.

É possível, ainda assim, que a criminalidade econômica se veja, a partir de agora, confrontada constantemente com o emprego equivocado da teoria do domínio do fato – o domínio da posição travestido de domínio do fato –, o que pode resultar em desalentadores resultados. O maior medo, no entanto, não reside na graduação da instância decisória, mas no outro polo, na graduação dos acusados. Há muitas razões para temer o uso da *teoria do domínio do fato* diante de acusados, não da classe dominante, mas dos desvalidos, que serão encarcerados dia após dia com base em uma *paráfrase*, tão vazia quantos os seus bolsos – e assim o *direito penal de autor*, especialmente presente no direito penal das drogas, terá encontrado na teoria do domínio do fato uma fiel irmã de passaporte tedesco falsificado. Também contra esse tipo de malversação teórica devemos lutar. Que esse medo encontra fundamento na realidade, comprova-o a leitura da ementa do HC 188.610/RJ, de relatoria da Min. Laurita Vaz e publicado em 16.10.2013, a respeito da prática do delito de tráfico de drogas praticado no interior de presídios: “ao contrário da tese da Defesa, a denúncia notícia que os Pacientes possuíam o domínio final do fato, pois receberiam a droga no interior do presídio, no momento da visita de suas mulheres, sendo certo que, por determinação destes, as corréis traziam consigo as drogas no interior de seus corpos, razão pela qual restou configurada, na hipótese, a agravante prevista no art. 62, II, do CP”.

A teoria do domínio do fato, tal como foi concebida originariamente na ciência jurídica, nada tem a ver com a decisão da APn 470. A teoria do domínio do fato, essa enxuta quinquagenária, não é novidade. A teoria do domínio do fato, tal como foi compreendida na APn 470, como *domínio da posição*, essa sim. Foram as honradas mãos de alguns dos Ministros de nosso STF que fizeram equivocado uso da teoria do domínio do fato, e os erros dos guardas da esquina, espalhados pelas comarcas e tribunais do país, não seriam mais do que o esgotamento e a eternização desse equívoco advindo do plenário STF.¹⁴⁵ Os autores mediatos do equívoco

145. Gostaria de rememorar as considerações feitas acima (II) a respeito da dificuldade de enunciar a posição do STF, razão pela qual sempre me refiro aos votos individuais dos Ministros. Houve ministros que não incorreram nos equívocos acima apontados, o que pode ser depreendido da omissão de seus nomes neste estudo.

144. Ver por todos CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal*, p. 364 e ss.

seriam, fossem os juízes e tribunais meros instrumentos, os votos de alguns ministros STF. Há, no entanto, juízes e tribunais neste país, inclusive no próprio STF. Há também uma ciência, e a ela incumbe, agora mais do que nunca, oferecer suporte teórico às futuras decisões judiciais. Aparentemente, fracassamos até aqui. Dar um primeiro passo em um novo sentido – foi isso o que animou o presente estudo.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A teoria do domínio do fato no concurso de pessoas, de Damásio E. de Jesus – *RBCCrim* 27/103 (DTR\1999\286);
- Domínio do fato, limites normativos da participação criminal e dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro: reflexos na APn 470/MG, de André Luis Callegari – *RT* 933/111 (DTR\2013\3778); e
- O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e participe no direito penal, de Luís Greco e Alair Leite – *RT* 933/61 (DTR\2013\3797).

64882

O DELITO DE PECULATO NA APn 470 DO STF – "CASO MENSALÃO"

*THE CRIME OF FRAUD BY ABUSE OF POSITION IN THE CRIMINAL CASE APn 470,
JUDGED BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT – "MENSALÃO CASE"*

AUGUSTO ASSIS

Mestre e Doutorando pela Universidade Ludwig-Maximilian, de Munique.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O estudo analisa criticamente as imputações por peculato na APn 470 do STF, o denominado "Mensalão". O artigo problematiza a condenação do réu Henrique Pizzolato, à época dos fatos diretor de *marketing* do BB, por peculato omissivo doloso, e demonstra que o correto teria sido imputar-lhe a prática de peculato comissivo doloso. O trabalho analisa ainda, a partir da regulamentação de concurso de agentes do nosso Código, a possibilidade de condenar, a exemplo do que ocorreu na APn 470, como autor, pessoas que não detêm a qualidade de funcionário público elencada pelo tipo de peculato.

PALAVRAS-CHAVE: Mensalão – Peculato – Peculato-apropriação – Conceito de posse – Peculato-desvio – Peculato-furto – Concurso de agentes.

ABSTRACT: The study critically examines the charges for fraud by abuse of position in the Criminal Case "APn 470", judged by the Brazilian Supreme Court, called the "Mensalão" Case. The article discusses the sentencing of the defendant Henrique Pizzolato, who, at the time of the facts, was marketing director at a Brazilian public bank – Banco do Brasil –, for committing fraud by abuse of position by omission, and demonstrates that it would have been right to impute him the practice of active fraud by abuse of position. The paper also analyzes from the rules of complicity of the Brazilian Code the possibility of condemning, as has occurred in the Criminal Case "APn 470", as a perpetrator of the crime who does not have the quality of a public official listed by the crime of fraud by abuse of position.

KEYWORDS: Mensalão – Fraud by abuse of position – Concept of possession – Complicity.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais – 2. Breve panorama fático do item referente ao "Bônus de Volume" (item III.2 do acórdão) – 3. Fundamentação e estruturação dos votos – 4. A imputação: 4.1 Peculato-apropriação; 4.2 Peculato-desvio; 4.3 Peculato-furto – 5. Concurso de agentes (art. 29 do CP) na decisão – 6. Conclusão – 7. Referências bibliográficas.