

GUILHERME DE SÁ MENEGHIN

**CONCURSO DE PESSOAS NOS CRIMES DE PECULATO E
CORRUPÇÃO PASSIVA: UM ESTUDO SOBRE A TEORIA DO
DOMÍNIO DE ORGANIZAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais para obtenção do grau de Mestre em Direito Penal. Orientador: Professor Doutor Luís Augusto Sanzo Brodt.

Belo Horizonte

2016

Meneghin, Guilherme de Sá

M541c Concurso de pessoas nos crimes de peculato e corrupção passiva: um estudo sobre a teoria do domínio de organização / Guilherme de Sá Meneghin. - 2016.

Orientador: Luís Augusto Sanzo Brodt.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito penal – Teses 2. Concurso de pessoas (Direito penal) 3. Autor (Direito penal) 4. Peculato 5. Crime contra a administração pública 6. Corrupção administrativa I.Título

CDU₍₁₉₇₆₎ 343.351

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Dissertação intitulada *Concurso de pessoas nos crimes de peculato e corrupção passiva: um estudo sobre a teoria do domínio de organização*, de autoria de Guilherme de Sá Meneghin, analisada pela banca examinadora constituída pelos professores:

Prof. Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt – Orientador

Belo Horizonte,

Aos meus queridos pais, Carlos Alberto Meneghin
e Maria Augusta de Sá Meneghin.

AGRADECIMENTOS

A Deus.

Ao meu saudoso irmão, André de Sá Meneghin, por ter iluminado meu caminho em seus últimos instantes, me incentivando a seguir as veredas do Direito e da Justiça.

Aos meus familiares, especialmente meus pais Carlos Alberto e Maria Augusta, meu irmão Antônio Carlos e a sobrinha Agnes, tios e primos, pela compreensão e apoio incondicionais.

À Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), por seu excelente programa de pós-graduação.

Ao meu orientador Professor Doutor Luís Augusto Sanzo Brodt, por ter compartilhado seus conhecimentos, profissionalismo e confiança nesses dois anos e meio de curso.

Aos professores do curso de pós-graduação, pela transmissão das informações necessárias à redação do trabalho.

Aos colegas do mestrado, especialmente Renata Rodrigues e Letícia Daibert, pelo auxílio e companheirismo.

Ao Ministério Público de Minas Gerais e aos colegas Promotores de Justiça, por compartilharem os mesmos ideais de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Aos membros da banca examinadora, pela cordialidade em contribuir.

E a questão da culpa ou inocência individuais, o ato de aplicar a justiça tanto ao acusado quanto à vítima, são as únicas coisas que estão em jogo numa corte criminal. O julgamento de Eichmann não foi exceção, mesmo que a corte se tenha visto confrontada com um crime que não podia encontrar nos livros de leis e com um criminoso que não tinha similar conhecido por nenhuma corte, pelo menos antes dos julgamentos de Nuremberg. A presente reportagem não trata de nada além da medida em que a corte de Jerusalém esteve à altura das exigências da justiça.

- Hannah Arendt (Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal, p.322).

RESUMO

O presente trabalho esquadrinhou o concurso de pessoas em relação aos crimes funcionais de peculato e corrupção passiva. Na evolução dogmática, as teorias unitárias impuseram a equiparação de todas as contribuições ao fato típico, em contraposição às teorias restritivas, que fazem a distinção apriorística entre autores e partícipes do delito. Nessa perspectiva, verificou-se que as teorias restritivas ou diferenciadores são compatíveis com o garantismo emanado da Constituição, destacando-se, dentre as várias concepções, a teoria do concurso de pessoas de Claus Roxin, dividida em duas amplas vertentes: domínio do fato e violação de dever. Dentro do domínio do fato, o autor alemão foi o pioneiro no desenvolvimento da autoria mediata derivada do domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder, baseando-se no julgamento do nazista Adolf Eichmann. Constatou-se que o Supremo Tribunal Federal acolheu parte das contribuições de Roxin na Ação Penal n. 470/MG, conhecida como “Caso do Mensalão”. Dessa maneira, mostrou-se relevante estudar a hipótese, porquanto o concurso de pessoas constitui um dos capítulos mais controvertidos da ciência penal e os crimes de peculato e corrupção passiva são os tipos centrais da tutela penal da administração pública, cuja impunidade é capaz de gerar elevados custos à sociedade. Nesse contexto, foram estudadas as concepções de Roxin com enfoque no domínio de organização, para, em uma primeira etapa, averiguar sua admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro e, em uma segunda fase, examinar a pertinência da teoria nos referidos crimes funcionais. Aprofundou-se nessas duas pesquisas com a apreciação crítica dos votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal que abordaram o assunto no julgamento da Ação Penal n. 470. Ao final, formulou-se uma proposta assertiva para solução dos questionamentos identificados, suscitando-se as ulteriores contribuições do autor Bernd Schünemann, que cunhou a teoria dos níveis de domínio do fato.

Palavras-chave: Sistema penal. Concurso de pessoas. Autoria imediata. Coautoria. Autoria mediata. Participação em sentido estrito. Tutela jurídica da administração pública. Peculato. Corrupção passiva. Domínio do fato e violação de dever. Domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder (domínio de organização). Ação Penal n. 470/MG do Supremo Tribunal Federal. Níveis de domínio do fato.

ABSTRACT

This study scanned the concurrence people in relation to the functional crimes of embezzlement and accepting bribes. In dogmatic evolution, the unitary theories have imposed the equalization of all contributions to the typical fact, as opposed to the restrictive theories that make a priori distinction between authors and participants in the crime. From this perspective, it was checked that the restrictive or differentiators theories are compatible with the *garantism* emanated from the Constitution, especially, among the various concepts, the theory of Claus Roxin people contest, divided into two broad areas: the domain of the fact and breach of duty. In domain of the fact, the German author has pioneered the development of mediate authorship derived from the domain of will per organized power structures, based on the trial of Nazi Adolf Eichmann. It was found that the Supreme Court accepted part of Roxin contributions in criminal lawsuit n. 470 / MG, known as "Case Mensalão". Therefore, was shown the relevance to study the case, once the concurrence of people is one of the most controversial chapters of criminal science and embezzlement crimes and passive corruption (bribery) are the central types of criminal protection of the public administration, which impunity is able to generate high costs to society. In this context, Roxin's concepts were studied focused in the field of organization, for, in a first step, to ascertain its admissibility in the Brazilian legal system, and in second phase, to examine the relevance of theory in these functional crimes. It deepened in these two studies with a critical appreciation of votes pronounced by the Federal Supreme Court which addressed the issue in the trial of criminal lawsuit n. 470. At the end, we formulated an assertive proposal to solve specific questions, giving rise to the later author contributions Bernd Schünemann, who coined the theory of the levels of the domain fact.

Keywords: Criminal system. Concurrence of people. Immediate authorship. Co-authoring. Mediate authorship. Participation in the strict sense. Legal protection of the public administration. Embezzlement. Passive corruption (bribery). Domain of the fact and breach of duty. Domain of will per power structures (organization domain). Criminal lawsuit. 470/MG of the Supreme Court. Levels of Domain of the fact.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CONCURSO DE PESSOAS: AUTORIA E PARTICIPAÇÃO DELITIVA	18
2.1 A centralidade temática do concurso de pessoas	18
2.2 Terminologia: concurso de pessoas, concurso de agentes, codelinquência, sujeitos ativos, autoria, coautoria, participação, partícipe e cumplicidade	23
2.3 Modalidades de <i>concursum delinquentium</i>	25
2.4 Posição sistemática dos sujeitos ativos e do concurso de pessoas na teoria geral do delito.....	25
2.5 Natureza jurídica da participação: a teoria da acessoriedade e as formas de adequação típica	30
2.6 Requisitos do concurso de pessoas	33
2.7 As teorias epifenomênicas: monista, dualista e pluralística	34
2.8 Concepção unitária (extensiva ou da equiparação) e concepção diferenciadora (ou restritiva).....	35
2.8.1 <i>Concepção unitária, extensiva, igualitária, da equiparação ou cumplicidade-causa</i> .	36
2.8.2 <i>Concepção restritiva ou diferenciadora</i>	38
2.9 Crítica à teoria unitária ou extensiva de autor	39
2.10 Teoria ou critério objetivo-formal	41
2.11 Teoria ou critério objetivo-material	42
2.12 Teoria ou critério subjetivo	44
2.13 Teorias ou critérios mistos	46
2.14 Teoria ou critério do domínio do fato.....	48
2.15 Primeira conclusão intermediária: a superioridade do conceito restritivo de autor	48
3 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E O DOMÍNIO DA VONTADE POR MEIO DE ESTRUTURAS DE PODER ORGANIZADAS.....	50
3.1 Origens da teoria do domínio do fato	50
3.2 Sistematização das teorias do domínio do fato	52
3.3 Funcionalismo penal, concurso de pessoas e domínio do fato	53
3.4 Conceito universal de autoria e participação.....	57
3.5 Delitos de domínio, delitos de infração de dever e delitos de mão própria	58
3.6 A teoria do domínio do fato na concepção original de Claus Roxin.....	60
3.7 Domínio da ação: autoria imediata	61
3.8 Domínio funcional do fato: coautoria	63
3.9 Domínio da vontade: autoria mediata	66
3.9.1 <i>Domínio da vontade em virtude de coação</i>	67
3.9.2 <i>Domínio da vontade em virtude de erro</i>	68
3.9.3 <i>Domínio da vontade em caso de inimputáveis e semi-imputáveis</i>	70
3.9.4 <i>Domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder</i>	70
3.10 Desenvolvimento histórico, filosófico e dogmático do domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder.....	71
3.11 Repercussão jurisprudencial da teoria do domínio da vontade por meio de estruturas organizadas de poder	76
3.12 Compatibilidade estrutural da teoria do domínio do fato no ordenamento jurídico brasileiro.....	78
3.13 O domínio do fato no projeto de Código Penal.....	82

3.14 Segunda conclusão intermediária: a superioridade do domínio do fato como critério diferenciador na teoria da participação	84
--	----

4 CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PECULATO E CORRUPÇÃO PASSIVA	86
4.1 A corrupção no Brasil	86
4.2 Corrupção, estado democrático e estado de direito	91
4.3 Corrupção e direito internacional.....	95
4.4 Corrupção e a tutela jurídica da administração pública	97
4.5 Novos mecanismos de combate à corrupção: a Lei n. 12.846, de 2013	99
4.6 Tutela penal da administração pública	101
4.7 Administração pública para fins penais	101
4.8 Bem jurídico tutelado nos crimes contra a administração pública	103
4.9 Crimes funcionais e delitos de infração de dever.....	105
4.10 Funcionário público.....	106
4.11 Peculato	110
4.11.1 Elementos objetivos do tipo e espécies	112
4.11.2 Posse para efeitos de peculato próprio.....	114
4.11.3 Elementos subjetivos do crime e do tipo	115
4.11.5 Peculato de coisas fungíveis	117
4.11.6 Sujeitos do delito	118
4.11.7 Classificação doutrinária	119
4.11.8 Consumação e tentativa.....	119
4.11.9 Perdão judicial e causa de diminuição de pena (§3º)	121
4.11.10 Peculato de uso	121
4.11.11 Peculato e princípio da insignificância	122
4.11.12 Distinção com outros delitos e concurso de crimes	123
4.11.13 Processo, julgamento e sanção penal	124
4.11.14 Autonomia do peculato: prazos administrativos e julgamentos de contas	125
4.11.15 Modus Operandi	126
4.12 Corrupção passiva	129
4.12.1 Elementos objetivos do tipo e espécies	131
4.12.2 Elementos subjetivos do crime e do tipo	133
4.12.3 Sujeitos do delito	133
4.12.4 Objetividade jurídica e objeto material	134
4.12.5 Classificação doutrinária	136
4.12.6 Consumação e tentativa.....	136
4.12.7 Causa de aumento de pena	136
4.12.8 Figura privilegiada	137
4.12.9 Distinções com outros delitos	137
4.12.10 Pena, processo e julgamento da corrupção passiva	138
4.12.11 Princípio da insignificância	138
4.12.12 Flagrante delito.....	139
4.12.13 Modus operandi	140
4.12.14 Corrupção passiva, ato de ofício e exaurimento: as interpretações decorrentes da Ação Penal n. 470/MG do Supremo Tribunal Federal	143
4.13 Efeitos jurídicos da condenação por peculato e corrupção passiva.....	144
4.14 Peculato e corrupção passiva no projeto de Código Penal	146
4.15 A tutela penal da administração pública face ao concurso de pessoas nos crimes de peculato e corrupção passiva.....	148

5 CONCURSO DE PESSOAS, DOMÍNIO DO FATO E DOMÍNIO DE ORGANIZAÇÃO NOS CRIMES DE PECULATO E CORRUPÇÃO PASSIVA	151
5.1 Reconstrução do tema-problema	151
5.2 Pressupostos do domínio de organização nos crimes de peculato e corrupção passiva	151
5.3 Elementos estruturais dos crimes de peculato e corrupção passiva	155
5.4 Delitos de violação de dever como fator prejudicial à hipótese.....	157
5.5 Possibilidades dogmáticas.....	161
5.6 Inovações jurisprudenciais	163
5.7 A teoria de Bernd Schünemann	167
5.8 Domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder nos crimes de peculato e corrupção passiva.....	175
5.9 Recorte dogmático	176
5.10 Análise geral do concurso de pessoas nos crimes de peculato e corrupção passiva	182
6 DOMÍNIO DO FATO NA AÇÃO PENAL N.º 470/MG DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	187
6.1 Domínio do fato e a jurisprudência brasileira	187
6.2 Fatos e versões sobre o “Mensalão”	188
6.3 A denúncia.....	192
6.4 Julgamento no plenário do Supremo Tribunal Federal	195
6.5 A ementa do acórdão condenatório e o domínio do fato.....	196
6.6 As decisões subsequentes	205
6.7 Medida por medida: a teoria do domínio do fato na Ação Penal n. 470/MG	207
6.8 Crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal	230
6.9 A Navalha de Occam	236
7 CONCLUSÃO.....	241
REFERÊNCIAS	261

1 INTRODUÇÃO

O julgamento da Ação Penal n.º 470, pelo Supremo Tribunal Federal, conhecido como “Caso do Mensalão”, suscitou na ciência jurídica nacional o interesse pela teoria do domínio do fato. Na decisão, o tribunal inovou ao invocar a teoria no contexto dos crimes contra a administração pública.

A corte reconheceu que agentes públicos do alto escalão do governo federal articularam delitos relacionados ao desvio de recursos públicos, com intuito de proporcionar vantagens aos aliados em troca de apoio político. Nos debates em plenário, alguns ministros fizeram alusão expressa ao domínio do fato e à modalidade conhecida como domínio de organização, que seria exercido pelos acusados mais graduados.

Repercutindo em vários setores da sociedade¹, a Ação Penal n.º 470 induziu estudos sobre a teoria do domínio do fato e suas múltiplas subdivisões, porém ainda não houve uma pesquisa específica concernente a sua aplicação nos crimes contra a administração pública.

Decerto, o propósito do texto é explorar a *teoria do domínio do fato*, nomeadamente na modalidade conhecida na doutrina penal como *domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder* ou, simplesmente, *domínio de organização*, encadeando com a possibilidade de incidência nos principais delitos contra a administração pública, isto é, *peculato e corrupção passiva*.

Assim, antes de arrolar o conteúdo de cada um dos capítulos e despontar a metodologia utilizada, faz-se pertinente explicar, ainda que sucintamente, os pilares da pesquisa e quais as margens limítrofes indispensáveis para compreensão da pesquisa: a *teoria do domínio do fato como elemento da teoria geral do delito (concurso de pessoas)* e os *crimes contra a administração pública como elemento da parte especial do direito penal*.

Ciente de que um trabalho acadêmico não pode ampliar-se a ponto perder sua sistematização, o objetivo inicial é analisar principalmente o *dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas*², dentro da temática mais ampla do concurso de pessoas.

¹ REUTERS. Supremo deu “resposta” à sociedade brasileira ao julgar mensalão, diz indicado ao STF. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/topNews/idBRKBN0NX27L20150512>>. Acesso em: 10 mar. 2016. Na área jurídica, a Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), uma das mais renomadas do país, dedicou um número apenas para tratar sobre os temas debatidos no julgamento, a exemplo do artigo escrito por Adriano Teixeira que integra a obra: TEIXEIRA, Adriano. Culpabilidade e proibição de dupla valoração na determinação judicial da pena na APn 470 do STF (Caso Mensalão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 106, ano 22, p. 14/45, jan.-fev. 2014.

² ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*. 7ª edición. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 269.

Conceitualmente, o concurso de pessoas é a pluralidade sujeitos na realização do crime. A dificuldade nesse tema surge em razão da existência ou não de diferentes categorias de sujeitos ativos. Para as teorias unitárias todos que colaboram na realização do tipo penal são autores e, portanto, mercedores da mesma margem de sanção penal, independentemente do nível de contribuição para o fato. Já as teorias restritivas, distinguem os personagens principais da realização do tipo (autores) dos coadjuvantes (partícipes), de maneira que os primeiros recebem, *a priori*, um tratamento penal mais severo.

As teorias unitárias foram paulatinamente abandonadas, porque violam dois elementos essenciais do sistema penal: a ontologia e a axiologia. Ontologicamente, pode-se inferir que a “natureza das coisas” demonstra a existência de diferenças substanciais na realização do tipo como, por exemplo, o ato de emprestar uma arma em comparação com a conduta de se aproximar do ofendido e efetuar o disparo fatal. Por outro lado, axiologicamente, deduz-se que a equiparação legal e abstrata de contribuições substancialmente diferentes à realização do tipo afronta os princípios penais da legalidade, proporcionalidade e culpabilidade. Por isso, a doutrina penal passou a interceder a favor das teorias restritivas ou diferenciadoras.

Historicamente, várias teorias foram concebidas para distinguir autores e partícipes, destacando-se as teorias ou critérios objetivo-formal, objetivo-material, subjetiva, mistas e do domínio do fato. De todas as concepções, a teoria do domínio do fato foi a mais desenvolvida pelos penalistas.

Com efeito, a teoria do domínio do fato evoluiu ao longo dos anos, mas foi Claus Roxin que, de maneira mais aprofundada, estudou o tema na obra *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*³.

O autor percebeu que vigorava na Alemanha a distinção entre autores e partícipes (*tese restritiva* ou *diferenciadora*). Todavia, o critério subjetivo professado pelos tribunais alemães causava perplexidades e contradições no sistema, permitindo, por exemplo, que executores imediatos dos delitos fossem punidos a título de partícipes, como nos famosos casos “da banheira” e do agente “Staschinsky”. Por outro lado, não havia uma teoria capaz de explicar a punição, como autores, dos membros superiores de estruturas de poder que promovem *crimes em massa* sem praticarem atos de execução pessoal dos delitos.

Frente a esse desafio, partindo da corrente dogmática a que se alinha, o funcionalismo penal teleológico ou moderado, o professor alemão sustentou uma nova teoria do concurso de

³ No original alemão: *Täterschaft und Tatherrschaft*.

pessoas, dividindo-a em duas amplas subteorias: *violação de dever* para os delitos especiais e *domínio do fato* para delitos de ação ou de domínio.

Os delitos especiais são crimes que somente podem ser praticados por certas classes de sujeitos ativos, que possuem uma determinada qualificação exigida pelo tipo penal, como nos crimes funcionais. Daí, para Roxin, somente os *intranei* (como, no exemplo citado, os funcionários públicos) podem ser autores desses delitos. Os demais intervenientes, ou seja, indivíduos que não detém essa especial qualificação (*extraneus*), devem ser tratados como partícipes, ainda que executem materialmente o fato criminoso.

Delitos de ação ou de domínio são aqueles que podem ser cometidos por qualquer sujeito ativo, posto que o tipo penal não impõe uma qualificação jurídica especial como elemento indispensável à configuração do fato incriminado. Nessa classe de crimes, o catedrático germânico distinguiu autoria e participação a partir do domínio do fato. No entanto, tal domínio não se resume à *declaração de domínio do fato*, posto que o domínio é exercido pelo cumprimento de certos requisitos exigidos pelo autor, gerando três formas ou subdivisões da teoria do domínio do fato: a) *domínio da ação* – fundamento da autoria direta ou imediata; b) *domínio funcional* – alicerce da coautoria, que não é nada mais do que autoria direta envolvendo duas ou mais pessoas; c) *domínio da vontade* – embasa a autoria indireta ou mediata.

Por sua vez, o domínio da vontade pode se configurar das seguintes maneiras: (1ª) domínio da vontade em virtude de erro; (2ª) domínio da vontade em virtude de coação⁴; (3ª) domínio da vontade em virtude de estruturas de poder organizadas.

Desse dilatado quadro de teorias e subteorias, a teoria mais abordada nessa pesquisa é o *domínio da vontade em virtude de estruturas de poder organizadas*, também conhecida como “domínio de organização”, “domínio de fato por meio de aparados organizados de poder”, “domínio da vontade por meio de maquinarias de poder”, “autoria de mesa de despacho”, “autoria de escritório” e “domínio da vontade por meio de organizações”.

Como se verá no curso da obra, o *domínio de organização* foi criado por Claus Roxin, tendo por paradigma o julgamento do oficial nazista Eichmann. No julgado, os juízes israelenses condenaram Eichmann, reconhecendo-o como um dos autores do genocídio promovido nos campos de concentração, malgrado o acusado não tenha praticado atos de execução. A corte de Jerusalém reputou que nesse tipo de delito que “o grau de

⁴ Adiante-se que, para Roxin, o domínio da vontade de inimputáveis configura-se pela conjugação do domínio vontade em virtude de coação e pelo domínio da vontade em virtude de erro. Logo, não é uma espécie distinta dessas duas modalidades.

responsabilidade aumenta quanto mais longe nos colocamos do homem que maneja o instrumento fatal com suas próprias mãos”⁵.

Por sua vez, os ministros do Supremo Tribunal Federal manejaram a teoria no “Caso do Mensalão”. Logo, mostra-se apropriado demarcar a teoria do domínio do fato principalmente na citada subespécie.

Nesse ponto, a ideia determinante é a concepção de Claus Roxin, marco teórico da pesquisa:

En este lugar se va a tratar en primer lugar otra manifestación del dominio mediato del hecho que hasta ahora no ha sido ni siquiera mencionada por la doctrina ni por la jurisprudencia: el dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas. Se alude así a los supuestos que en la posguerra han ocupado en creciente medida a la jurisprudencia y que se caracterizan por que el sujeto de detrás tiene a su disposición una “maquinaria” personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor. Para ilustrar la problemática piénsese en los procesos contra Eichmann y Staschynski, en los que se muestran con gran claridad las especialidades que aquí surgen para la doctrina de la autoría.⁶

No que tange aos crimes contra administração pública, vale inicialmente inseri-los no campo mais amplo de *tutela jurídica da administração pública frente à corrupção*, um dos principais desafios do Estado Democrático brasileiro, que, após o advento da Constituição da República de 1988, vem enfrentando cotidianamente⁷. Contudo, a dogmática jurídica penal nacional que, até bem pouco tempo, não havia se debruçado sobre a teoria do domínio do fato, tampouco produziu pesquisas amplas sobre os crimes contra a administração pública.

Tais infrações penais distribuem-se em diversos tipos penais, previstos no Código Penal e em outras leis, embora muitas vezes com rubricas distintas. Por isso, a pesquisa atém-

⁵ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999 (14ª Reimpressão, 2013), p. 268. Segundo a filósofa, nesse trecho, “aquilo que o julgamento tinha a dizer sobre esse ponto era mais do que correto, era verdade” (ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, p. 268).

⁶ ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*. 7ª edición. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 270.

⁷ Evidentemente, isso não significa que nos períodos anteriores não havia corrupção a, por conseguinte, a necessidade de tutela da administração pública por meio de vários setores do direito, já que o Brasil registra práticas dessa natureza desde o período colonial. Todavia, a sociedade democrática é a que mais se deprecia com a corrupção. Sem a institucionalização de arbitrariedades estatais típicas de estados autoritários, o maior risco para a queda de uma democracia é a corrupção sistêmica dos agentes públicos. A história já mostrou como o enfraquecimento do Estado, por meio da desonestidade da classe política eleita, abriu as comportas para estados de exceção. Salienta a professora Vera Chaia: “Mas, o que vem se verificando é que, paralelamente ao pleno exercício da liberdade e do direito de fiscalizar e de escolher governantes, a corrupção também está presente nas democracias modernas, colocando em risco esse regime político” (CHAIA, Vera; TEIXEIRA, Marco Antônio. Democracia e escândalos políticos. *Revista São Paulo em Perspectiva*. Vol.15, n.º 4. São Paulo Oct./Dec. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000400008>. Acesso em: 10 mar. 2016).

se aos fatos típicos mais relevantes no âmbito dos crimes contra a administração pública: *peculato e corrupção passiva*.

Grosso modo, o peculato é a apropriação ou o desvio de bens, dinheiro e valores do patrimônio público para fins particulares, cometida por funcionários públicos. É um problema constante no Brasil, rotineiramente noticiado, responsável por lesar os financiamentos para setores como educação, saúde, segurança e infraestrutura. Geralmente, ao peculato, há um elo com a corrupção passiva, que é a solicitação, recebimento ou aceitação da promessa de vantagens indevidas por funcionários públicos. A coligação entre os dois crimes é manifesta, pois na empreitada criminoso os agentes públicos desonestos, após granjearem algum benefício ou a promessa de recebê-lo, adotam expedientes para desviar recursos e bens do erário para si e seus colaboradores.

Esses crimes são o cerne do problema mais vasto da corrupção no setor público e da consequente necessidade de tutela da administração pública, de modo que os demais crimes contra a administração pública servem de fases inseparáveis à execução do peculato e da corrupção passiva, como ocorre frequentemente nas fraudes às licitações.

A escolha por esses dois delitos tem, ainda, relação estreita com o julgamento da Ação Penal n.º 470, visto que foram os crimes mais importantes examinados pelos ministros e entrelaçados às questões sobre o concurso de pessoas.

Portanto, objetiva-se verificar a possibilidade de aplicação da teoria do fato, especialmente na ramificação *domínio da vontade por meio de estruturas de poder organizadas*, nos crimes de peculato e corrupção passiva, tendo por marco teórico a tese de Claus Roxin e a natureza jurídica desses tipos penais, analisando-se, ainda, o revestimento dessa hipótese no acórdão proferido na Ação Penal n.º 470 do Supremo Tribunal Federal.

A investigação pertence aos grupos dogmático-jurídico e jurídico-propositivo, pois examina detidamente conteúdos legais, doutrinários e jurisprudenciais e sugere, ao final, medidas para correção do aparelho normativo-punitivo. O caráter interdisciplinar é subsidiário, porquanto a pesquisa é eminentemente técnica. Porém, conteúdos essenciais de criminologia e ciências sociais, relacionados à ineficiência dos mecanismos de tutela da administração pública face à corrupção, serão abordados.

Aliás, a política criminal será apontada na pesquisa, já que o marco teórico exposto insere-se no âmbito mais amplo do funcionalismo teleológico, vertente penal que defende a simbiose entre o direito penal e a política criminal para definir os substratos do delito:

De maneira análoga deve ser reconhecido também no direito penal – mantendo intocadas e completamente íntegras todas as exigências garantísticas – que

problemas político-criminais constituem o conteúdo próprio também da teoria geral do delito. O próprio princípio *nullum-crimen* possui, ao lado de sua função liberal de proteção, a finalidade de fornecer diretrizes de comportamento; através disto, torna-se ele um significativo instrumento de regulação social.⁸

A pesquisa propõe-se a uma metodologia destinada à aplicação concreta e, assim, um assunto da teoria geral do delito – o concurso de pessoas – com tema da parte especial do direito penal – os tipos penais de peculato e corrupção passiva. Dessa maneira, acoplando teoria e prática, concatena a parte geral do código à parte especial, evidenciando a integração entre ambas. Nesse aspecto metodológico, a orientação da professora Sheila Jorge Selim de Sales foi imprescindível à realização da pesquisa:

Todavia, assim delineadas as noções de parte geral e parte especial, não obstante seu inegável valor didático e prático, por outro lado, nos leva a considerar, até mesmo para fins de estudo, que o direito penal se “divide em duas partes”, o que produz imediata consequência metodológica: mencionada distinção não colhe o constante nexos e a constante interação entre ambas, de maneira tal que, nas codificações em que se adota a divisão, estas são vistas e estudadas como partes estanques, perdendo-se a visão *in totum* do sistema.

Na separação assim realizada poder-se-ia, inclusive, apontar um caráter ontológico, no sentido de que é sedimentada sobre a colocação topográfica das normas do código penal.

Todavia, como já acentuado, essa ideia não pode vingar porque a separação existente nos códigos obedece a critérios de ordem prática: com efeito, se há a separação nos códigos, não há qualquer correlativa e tangível cisão entre parte geral e parte especial em sede aplicativa.

Do ponto de vista normativo, portanto, mesmo existindo a separação, intercorre entre ambas imprescindível integração, congênita ao sistema.⁹

A importância da pesquisa justifica-se pela repercussão gerada com a utilização da teoria do domínio do fato no julgamento da Ação Penal n.º 470 do Supremo Tribunal Federal, pela carência de pesquisas sobre os crimes contra a administração pública e, conseqüentemente, pela necessidade de garantir que a Justiça afirme a repressão a essa espécie de delitos extremamente danosos à democracia, sem descuidar das garantias penais e processuais penais, especialmente da legalidade, que está intimamente entretecida com a caracterização de autores e partícipes.

Para essa finalidade, inicia-se, com o capítulo 2, um diagnóstico sobre autoria e participação, situando a distinção entre essas duas formas de colaboração no crime dentro do conceito analítico de delito. Segue congeminando as ideias que foram criadas pela ciência

⁸ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 14-15.

⁹ SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 91.

jurídica penal para distinguir essas figuras que atuam na realização da infração penal, inclusive a tese que norteou o nosso Código Penal vigente e suas implicações práticas.

O capítulo 3 é dedicado à teoria do domínio do fato, explicando-se sua origem, desenvolvimento, espécies e polêmicas, com enfoque no *domínio da vontade em virtude de estruturas de poder organizadas*, já que compõe o núcleo da dissertação. Encerra-se o capítulo com uma apreciação crítica sobre a teoria, nomeadamente quanto aos seus efeitos concretos e sua admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

No capítulo 4 são analisados os crimes contra a administração pública – peculato e a corrupção passiva – tipificados nos artigos 312 e 317 do Código Penal, inserindo-os no exame transdisciplinar da tutela da administração pública. É importante frisar a natureza jurídica desses crimes, suas especificidades e como o elemento normativo do tipo – o conceito de “funcionário público” – relaciona-se às categorias da autoria e da participação, problematizando-se com a classificação binária de “delitos de ação” e “delitos de dever”.

O capítulo 5 procura examinar a possibilidade de aplicar-se o *domínio do fato* e, em especial, o *domínio da vontade em virtude de estruturas de poder organizadas* nos crimes de *peculato* e *corrupção passiva*. Para isso, os conteúdos dos capítulos 3 e 4 são intensamente referidos e uma importante questão prejudicial é reexaminada, isto é, a hipostasia da teoria do domínio do fato por meio de organizações, nos denominados “delitos de dever”. Além disso, são abordadas as novas concepções da teoria do domínio do fato, propostas pela jurisprudência (*domínio de organização empresarial*) e por Bernd Schünemann (*domínio sobre os fundamentos do resultado* e os *níveis de domínio do fato*).

O capítulo 6 abre-se a uma apreciação crítica do acórdão proferido no “Caso do Mensalão”, recortando-se somente os trechos que fizeram citação à teoria do domínio do fato. No entanto, a pretensão não é avaliar o julgamento, no polêmico aspecto de sua justiça, de sua correção ou de sua legitimidade, mas sim diagnosticar, do ponto de vista técnico, sua adequação aos pressupostos da teoria do *domínio do fato* e de sua modalidade mais problematizada, o *domínio organização*.

Finalmente, a conclusão retoma os conceitos dos capítulos antecedentes, refaz a análise crítica dos conteúdos tratados e toma uma posição assertiva a respeito das investigações, propondo-se alterações nas facetas dogmáticas e legais do tema, visando assegurar, sobretudo, a efetividade dos princípios do Direito Penal destilados dos valores constitucionais.

2 CONCURSO DE PESSOAS: AUTORIA E PARTICIPAÇÃO DELITIVA

2.1 A centralidade temática do concurso de pessoas

A célebre frase de Kantorowics, segundo a qual o concurso de pessoas é “o mais sombrio e confuso capítulo da doutrina penal”¹⁰, não perdeu vigor e sua incômoda atualidade traduz-se na difícil separação dogmática entre autoria e participação.¹¹ Por certo, o problema não só ganhou novos contornos, como continua pertencendo ao núcleo das discussões penais e mostrou-se extremamente prolífico na jurisprudência nacional e estrangeira.

Sinteticamente, os sujeitos do delito, autores ou partícipes, são todas as pessoas que concorrem para a realização do tipo penal, mediante condutas omissivas ou comissivas. De acordo com Nelson Hungria:

Concurso de agentes. O crime, do mesmo modo que o fato ilícito, tanto pode resultar da ação (ou omissão) isolada e exclusiva de uma só pessoa, quanto de uma conduta coletiva, isto é, da cooperação (simultânea ou sucessiva) de duas ou mais pessoas. Se estas se conjugam livremente, ou se há voluntária adesão de umas a outras, visando todas o mesmo resultado, não pode suscitar dúvida, do ponto de vista lógico-jurídico, que o crime seja, na sua unidade, atribuível a cada uma delas, ainda que qualquer das atividades individuais, considerada em si mesma, não fosse bastante para produzir o *effectus sceleris*.¹²

Essa explanação simples, porém, obscurece toda a complexidade do tema, que se mostra mais evidente na análise das diversas teorias que tentaram explicar a existência (ou não) da divisão entre autoria e participação frente aos casos concretos que as desafiaram.

Em outras palavras, é necessário identificar se o sistema penal comporta uma divisão entre os diversos sujeitos dos delitos.

¹⁰ A frase de Kantorowicz é mencionada em: MSchrKrim, 1910, p. 306 e retomada por Binding. Citada por ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, págs. 18-19.

¹¹ Ratificando essa opinião, Luís Greco e Alaor Leite escreveram: “Kantorowicz enunciou certa vez tratar-se do ‘mais obscuro e confuso capítulo do direito penal’, Zimmerl afirmou, com relativo pesar, tratar-se de ‘desesperançoso capítulo da ciência jurídico-penal’ e Leiria, entre nós, sentenciou estarmos diante de ‘complexo e controvertido problema’” [GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. *Autoria e participação no projeto de Código Penal (PLS 236/2012)*. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 171-172]. Beatriz Vargas Ramos anotou que “nenhum outro tema do direito penal é tão propício à proliferação de conceitos, classificações e subclassificações. Nenhum outro é tão favorável às abstrações e minúcias acadêmicas. A teoria do concurso de agentes corre o risco de separar-se da realidade, para perder-se em um conceitualismo vazio, sem nenhum valor prático ou dogmático” (RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 19).

¹² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 392, v. 1. t. 2.

Para uma primeira corrente, não há que se falar em distinções entre autores (sujeitos principais na realização do tipo) e partícipes (sujeitos secundários na realização do tipo). Logo, todas as pessoas que, por meio de alguma conduta, contribuem para um delito merecem a mesma sanção penal abstratamente considerada, relegando-se para a dosimetria a individualização da pena dentro dos mesmos parâmetros gerais.

Outra corrente defende que, ontológica ou axiologicamente, não se pode equiparar distintas contribuições na realização do fato típico. Assim, é possível identificar, no caso concreto, o aporte principal ao crime (autoria) e o aporte secundário ao crime (partícipe), de modo que *a priori* a autoria ficaria submetida a uma sanção mais severa e a participação em sentido estrito a uma pena menos gravosa, sem prejuízo, evidentemente, da dosimetria de ambas as penas na sentença¹³.

Vale dizer que no alvorecer do direito penal moderno, que pode ser demarcado a partir das obras iluministas do século XVIII, especialmente “O espírito das leis” de Montesquieu¹⁴ e “Dos delitos e das penas” de Beccaria, assuntos eminentemente técnicos, como autoria e participação, não foram retratados pelos autores com profundidade. A ideia que norteava os *philosophes* era principalmente a mudança de paradigma do direito penal, sem identificar em bases objetivas, técnicas e sofisticadas de como realizá-las no plano pragmático da legislação penal e da prática judiciária.

Beccaria, em passagem à qual ele mesmo reconhece ser rebuscada, afirma inicialmente a conveniência de se punir os cúmplices com penas menores, comparando com a hipótese de crime tentado e consumado, para em seguida propor idêntica punição a autores e cúmplices:

Tal castigo é necessário, pois é importante prevenir até as tentativas iniciais dos crimes. Contudo, como pode existir um interregno entre a tentativa do crime e sua execução, é justo reservar uma pena maior para o crime realizado para deixar, ao que apenas começou o crime, motivos que o impeçam de acabá-lo.

¹³ Evidentemente, essa conclusão não significa que sempre haverá uma conduta principal e uma secundária no concurso de pessoas. Havendo duas condutas igualmente principais, surge o fenômeno da coautoria, que também pertence à teoria da autoria e participação, como se verá no curso da obra.

¹⁴ Charles-Louis de Secondat, o barão da La Brède e de Montesquieu (1689-1755), foi um dos primeiros autores a proporem um sistema penal contrário ao modelo do antigo regime, defendendo, embora de maneira assistemática, os princípios proporcionalidade e da legalidade, inerentes à separação entre autoria e participação. Nas “Cartas Persas”, referindo-se aos sultões asiáticos, assevera: “O costume de mandar à morte, com um único sinal, todos aqueles que os desagradam, inverte a proporção que deveria existir entre delitos e penas, que é como a alma dos Estados e a harmonia dos impérios” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Cartas Persas*. Tradução Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 29). No livro “O Espírito das Leis”, defende, no Capítulo XVI, do Livro VI, da Primeira Parte, “a justa proporção entre crimes e penas”, considerando “essencial que as penas se harmonizem, porque é essencial que se evite mais um grande crime do que um crime menor, aquilo que agride mais a sociedade do que aquilo que a fere menos” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 100-101).

Deve-se observar idêntica gradação nas penas, quanto aos cúmplices, se estes não forem todos executores imediatos.

Quando diversos homens se agrupam para enfrentar um mesmo perigo, quanto maior ele é, tanto mais procurarão fazê-lo igual para todos. Se as leis castigassem com maior severidade os que praticam o crime do que os simples cúmplices, seria mais difícil àqueles que planejam um atentado achar entre eles um homem que quisesse executá-lo, pois o risco seria maior, em razão da diversidade das penas. Existe, porém, um caso em que nos devemos afastar da regra que estabelecemos, e é quando aquele que executa o crime recebe dos cúmplices uma recompensa à parte; como a diferença dos perigos ficou compensada com a diferença das vantagens, o castigo deve ser igual.

Se essas reflexões parecem um tanto rebuscadas, pondere-se que é muito importante que as leis deixem aos cúmplices da má ação o mínimo de meios possível para que estejam de acordo¹⁵.

Esse foi um setor nevrálgico do iluminismo, induzindo severas críticas dos juristas do antigo regime aos novos criminalistas. O mais notório desses jurisconsultos, Muryart de Vouglans, designado por Voltaire como “advogado da barbárie”, refutou as obras de Montesquieu e de Beccaria, bem como as ideias de igualdade e proporcionalidade entre delitos e penas apresentadas por estes¹⁶.

Daí, mesmo após a revolução, a legislação penal francesa, seguida por outros países, adotou a chamada teoria unitária ou da equiparação, baseada em uma interpretação limitada do princípio da isonomia ou igualdade. O Código Penal francês de 1810 aboliu a distinção entre os diversos sujeitos do delito, estabelecendo no artigo 59: “Les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime ou de ce délit, sauf les cas où la loi en aurait disposé autrement.”¹⁷

Dessa maneira, coube à geração seguinte desenvolver uma teoria preliminar da diferenciação entre autoria e participação. A chamada “Escola Clássica” do século XIX

¹⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2ª ed. Tradução de Torrieri Guimarães. Título original: *Dei Delitti e Delle Pene* (1764). São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 47.

¹⁶ Pierre-François Muryart de Vouglans (1713-1791) foi advogado da Corte Soberana de Justiça em Paris no século XVIII. Em 1776, publicou uma refutação à obra *Dos Delitos e das Penas*, de Beccaria e em 1785, publicou uma refutação à obra *O Espírito das Leis*, de Montesquieu. Em ambas as obras criticou o iluminismo penal e reforçou o direito de punir do soberano como essencial ao sistema criminal. VOUGLANS, Pierre-Françoise Muryart de. *Réfutation des principes hasardés dans le Traité des délits et peines, traduit de Italien, par M. Uyart de Vouglans*. Gallica, 1776. Disponível em : < <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5601103b>>. Acesso em : 15 out. 2015. VOUGLANS, Pierre-Françoise Muryart de. *Lettre sur le système de l'auteur de «l'Esprit des loix», touchant la modération des peines, par M. Muryart de Vouglans*. Gallica, 1785. Disponível em : < <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k827768>>. Acesso em : 15 out. 2015.

¹⁷ FRANÇA. Código Penal Francês de 1810. Disponível em: <http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_1.htm>. Acesso em: 21 abr. 2016. Em tradução livre, o artigo estabelece que “os cúmplices de um crime ou delito serão punidos com a mesma pena que os mesmos autores do crime ou o delito, salvo disposição legal em contrário”.

defendeu um princípio material da igualdade – tratando os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades – para fundamentar essa distinção.

O maior expoente da geração, o italiano Francesco Carrara, escreveu em seu célebre Programa do Curso de Direito Criminal:

É essa a razão fundamental por que o sistema da equiparação dos cúmplices aos autores se revela absolutamente injusto. Naqueles existe menos fôrça física com relação à eficiência, e menos fôrça moral, no que tange à perseverança. BECCARIA, também neste passo divagando na procura de argumentos empíricos, afirmou que convinha punir menos os cúmplices, porque mais dificilmente se descobririam autores. Mas seu argumento se voltou contra êle próprio, pela asseveração de que, punindo-se menos os cúmplices, tornava-se mais fácil encontrar cúmplices. A réplica destrói o argumento. E tanto êste como aquele são viciosos, por levarem erradamente ao terreno da utilidade uma questão que deve ser decidida tão-sòmente segundo os princípios de justiça. O código francês de 1810, anacronismo vivo, adotou o princípio da equiparação. A escola francesa a êle adere obstinadamente. VOISIN (*Thes. de la complicité*, Paris, 1858) consagrou seu trabalho à sustentação do princípio da assimilação com o argumento histórico. Segundo êle, desde os Gregos e Romanos até nós, quase todos os monumentos legislativos mostram a prevalência de tal princípio.¹⁸

A crítica de Carrara é contundente e demonstrou como a igualdade iluminista não poderia ser encarada de forma rígida, ou seja, colocando-se no mesmo patamar contribuições distintas à realização delitiva. Por isso, as ideias de igualdade e equiparação conduziram a paradoxos insustentáveis e à revisão das categorias de autoria e participação.

Vigorou, então, a teoria diferenciadora, influenciando a legislação brasileira. Tanto o Código Penal do Império de 1830¹⁹ quanto o Código Penal republicano de 1890²⁰ faziam distinções entre autores e cúmplices.

O estatuto penal de 1830 conceituou “autores” e “complices” nos artigos 4º a 6º. No artigo 35, estabeleceu as regras de punição dos cúmplices, determinando a aplicação da pena pelo crime tentado²¹:

¹⁸ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. Volume 1. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 331.

¹⁹ BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 13 ago. 2015.

²⁰ BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. O Generalissimo Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil, constituido pelo Exercito e Armada, em nome da Nação, tendo ouvido o Ministro dos Negocios da Justiça, e reconhecendo a urgente necessidade de reformar o regimen penal, decreta o seguinte. Codigo Penal dos Estados Unidos do Brazil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

²¹ Por sua vez, o artigo 34 estipula a pena do crime tentado, equivalente ao do crime consumado, menos a terça parte: “Art. 34. A tentativa, á que não estiver imposta pena especial, será punida com as mesmas penas do crime, menos a terça parte em cada um dos grãos. Se a pena fôr de morte, impôr-se-ha ao culpado de tentativa no mesmo gráo a de galés perpetuas. Se fôr de galés perpetuas, ou de prisão perpetua com trabalho, ou sem elle, impor-se-ha a de galés por vinte annos, ou de prisão com trabalho, ou sem elle por vinte annos. Se fôr de

Art. 4º São criminosos, como autores, os que cometerem, constrangerem, ou mandarem alguém cometer crimes.

Art. 5º São criminosos, como complicés, todos os mais, que directamente concorrerem para se cometer crimes.

Art. 6º Serão também considerados complicés:

1º Os que receberem, occultarem ou comprarem cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo saber-o em razão da qualidade, ou condição das pessoas, de quem as receberam, ou compraram.

2º Os que derem asylo, ou prestarem sua casa para reunião de assassinos, ou roubadores, tendo conhecimento de que comettem, ou pretendem cometer taes crimes.

Art. 35. A complicitade será punida com as penas da tentativa; e a complicitade da tentativa com as mesmas penas desta, menos a terça parte, conforme a regra estabelecida no artigo antecedente.

É interessante notar que o legislador imperial foi bastante técnico, definindo os conceitos no “Título I – Dos crimes” e estipulando a pena no “Título II – Das penas”, malgrado tenha equiparado os delitos de receptação, e favorecimentos pessoal e real, à complicitade. De qualquer maneira, o legislador republicano praticamente copiou a sistemática de 1890 e a manteve na Consolidação das Leis Penais de 1932.

Em seguida, no início do século XX, a questão foi revigorada e, sob os auspícios da teoria da causalidade, ressuscitou-se a teoria unitária, considerando-se inadequado dividir os sujeitos do delito em autores e partícipes. Partindo da teoria da *conditio sine qua non* (ou da equivalência dos antecedentes), não se poderia admitir qualquer diferenciação no concurso de pessoas, já que todas as contribuições ao delito são equiparadas por meio da base teórica causal. Essa teoria foi adotada no Código Penal brasileiro de 1940, cujo Título IV cita apenas a “co-autoria”, em sua redação original²². Como se verá a seguir, Nelson Hungria foi o grande defensor da teoria unitária de autor.

No pós-guerra, retomou-se a discussão e, finalmente, prevaleceu a diferenciação entre autoria e participação, mostrando-se essa visão igualmente predominante no início século XXI, tanto na doutrina nacional como na doutrina estrangeira, entusiasmando, de certa forma,

banimento, impôr-se-ha a de desterro para fóra do Imperio por vinte annos. Se fôr de degredo, ou de desterro perpetuo, impôr-se-ha a de degredo, ou de desterro por vinte annos.”

²² BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 e dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 20 fev. 2015. 2015.

a alteração da matéria na parte geral do Código Penal de 1984²³. As razões do triunfo da teoria restritiva serão demonstradas no curso desse texto.

Todavia, após esse desenrolar sucessivo na história do direito penal, digladiando-se as duas principais teses sobre o concurso de pessoas, o campo de disputa agora é outro. Decerto, resta aos juristas esclarecer a distinção entre essas categorias nos planos da legislação penal e dos casos confiados à decisão judicial.

Eis, portanto, as duas indagações entrelaçadas e que constituem a primeira etapa da investigação ora proposta. Primeiro: existe distinção entre autoria e participação? Segundo: aceita a premissa da distinção, como explicá-las no caso concreto, ou seja, qual a teoria é capaz de fazer a diferenciação entre a conduta do autor e a conduta do partícipe, respeitando os valores constitucionais do Estado Democrático de Direito?

Porém, antes de esmiuçar esses pontos, faz-se necessária uma breve incursão à posição sistemática da autoria e participação na teoria geral do delito, com explanação acerca de sua natureza jurídica e principais características, promovendo uma precisa compreensão das perguntas suscitadas.

2.2 Terminologia: concurso de pessoas, concurso de agentes, codelinquência, sujeitos ativos, autoria, coautoria, participação, partícipe e cumplicidade

O *concurso de pessoas* é conhecido como codelinquência, concurso de agentes, concurso de delinquentes, participação em sentido amplo e *concursum delinquentium*.²⁴ Segundo a exposição de motivos da parte geral do Código Penal, reformulado em 1984, preferiu-se a expressão “concurso de pessoas”, por ser “mais abrangente, já que a co-autoria não esgota as hipóteses do *concursum delinquentium*.”²⁵

No que diz respeito aos sujeitos ativos do delito, a doutrina elenca as expressões autor, coautor, autor mediato, autor imediato, partícipe, participação, cúmplice, cumplicidade, indutor e instigador. Para evitar dubiedades e tautologias no uso dos termos, adotar-se-á a seguinte classificação:

I – *Participação em sentido amplo* é o concurso de pessoas ou concurso de sujeitos ativos, que pode envolver na mesma prática criminosa: a) um autor e um partícipe/cúmplice;

²³ Em que medida o reformador de 1984 introduziu o conceito restritivo de autor será examinado neste e no capítulo seguinte, já que existem várias controvérsias em torno da interpretação dos preceitos que regulam “o concurso de pessoas” na reforma produzida na década de 1980.

²⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 333.

²⁵ CALDAS, Gilberto. *Novo código penal brasileiro comparado e anotado, volume 1, parte geral. 5ª edição*. São Paulo: Brasiliense/Leia Livros, 1985, p. 94.

b) dois ou mais coautores; c) um autor e vários cúmplices/partícipes; d) vários coautores e um cúmplice/partícipe; e) diversos coautores e cúmplices/partícipes; f) autoria mediata e suas implicações.

II – *Sujeito ativo* é a pessoa que contribui para a realização do fato incriminado. Divide-se em autor(es) e partícipe(s) ou cúmplice(s).

III – *Autor* é sujeito ativo principal da prática delituosa, o protagonista da atividade delituosa.

IV – *Coautores* é a conjugação de dois ou mais sujeitos ativos principais, ou seja, dois ou mais autores.

V – *Autor imediato ou direto* é quem realiza pessoalmente os elementos do tipo.

VI – *Autor mediato* ou *indireto* é, tradicionalmente, quem se serve de outra pessoa, como instrumento, para execução do delito. Para Claus Roxin a autoria mediata é um instituto que decorre do domínio da vontade²⁶. A autoria mediata pode ser: a) *própria* ou *unitariamente punível* – somente o autor mediato responde pelo delito, ou seja, quando usa de uma pessoa agindo atipicamente, justificadamente ou sem culpabilidade; b) *imprópria* ou *duplamente punível* – tanto o autor mediato quanto o autor imediato respondem pelo delito, como ocorre, p. ex., no domínio da vontade por intermédio de estruturas organizadas de poder.

VII – *Partícipe*, *participação em sentido estrito* e *participação de menor importância* são expressões sinônimas, que identificam os sujeitos ativos secundários ou acessórios na prática criminosa.

VIII – *Cúmplice* e *cumplicidade* são expressões que não encontram respaldo na lei penal atual, porém são tradicionalmente empregadas pela doutrina para identificar a participação acessória no delito, ou seja, a conduta secundária que se agrega ao comportamento principal realizado por um ou mais autores na realização do tipo penal. Tal tradição remonta à redação do Código Criminal do Império e do Código Penal da República, conforme analisado no item 2.1.²⁷

IX – *Indução e instigação* constituem formas específicas de apresentação da cumplicidade, consistente na participação moral por meio da criação da ideia delituosa no espírito do autor (indução ou determinação) ou do incentivo ao plano criminoso já concebido no espírito do autor (instigação).

²⁶ ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*, p. 165-166.

²⁷ Não se ignora que alguns autores equiparam cumplicidade somente à participação material, em contraposição à indução, que seria a participação moral. Há autores que adotam a expressão como sinônimo de conivência. Porém, para efeitos dessa pesquisa, cúmplice e partícipe serão mencionadas como expressões equivalentes.

X – *Auxílio* é a participação material no crime como, por exemplo, fornecer uma arma ao autor.

2.3 Modalidades de *concursum delinquentium*

Analisando os tipos penais, é possível verificar a existência de crimes que podem ser cometidos por uma ou mais pessoas e crimes que exigem a intervenção de dois ou mais concorrentes. Daí a doutrina distingue os crimes de concurso necessário dos crimes de concurso eventual ou facultativo.

Concurso necessário refere-se aos crimes *plurissubjetivos*, os quais exigem concurso de pelo menos duas pessoas. A norma incriminadora, no seu preceito primário, exige a presença de mais de um autor. A coautoria é obrigatória, podendo ou não haver a participação de terceiros. É o caso do tipo da rixa, artigo 137 do Código Penal, que só pode ser praticada em coautoria de três ou mais autores²⁸.

Concurso eventual trata dos crimes *monosubjetivos*, que podem ser praticados por um ou mais sujeitos. Quando cometidos por duas ou mais pessoas haverá o fenômeno do concurso de pessoas, seja coautoria, participação ou autoria mediata. Assim, o celerado pode cometer o homicídio sozinho, em coautoria com outros, favorecido pela participação de um terceiro ou usando outrem como instrumento de seu delito. Segundo Beatriz Vargas Ramos:

Há, portanto, duas modalidades de concurso: uma chamada concurso necessário, e outra, concurso eventual ou facultativo. A primeira é especial, visto que decorre de previsão especial da norma penal, em oposição à segunda, modalidade comum, pois não decorre de previsão legal.²⁹

Por questões metodológicas, somente o concurso eventual faz parte das investigações desta obra, visto que é a sede das polêmicas ligadas à autoria e participação, especialmente nos crimes contra a administração pública retratados no capítulo 4.

2.4 Posição sistemática dos sujeitos ativos e do concurso de pessoas na teoria geral do delito

²⁸ “Art. 137 - Participar de rixa, salvo para separar os contendores: Pena - detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa. Parágrafo único - Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de seis meses a dois anos.”

²⁹ RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal*, p. 21.

O conceito analítico desvela o crime a partir de três substratos essenciais: fato típico, ilicitude (ou antijuridicidade) e culpabilidade. A conjunção desses elementos resulta no surgimento da figura delitiva punível.

Não se ignora, porém, a doutrina binária, que vê no crime uma estrutura bipartida, composta apenas do injusto penal, isto é, o fato típico e a ilicitude, mas, comungando a opinião majoritária na doutrina nacional e estrangeira, adotar-se-á o conceito tripartite. De qualquer maneira, a adoção de um ou outro, não interfere substancialmente nas conclusões da investigação.

Deveras, indaga-se: em qual dessas categorias – fato típico, ilicitude e culpabilidade – situa-se o sujeito ativo e a distinção entre autoria e participação? Seria um problema antecedente ao fato típico, ilícito ou culpável? Ou parte integrante da teoria da pena? Trata-se de uma questão raramente abordada pela doutrina nacional, mas de enorme importância, posto que vinculada ao princípio fundamental em matéria penal: a legalidade.

O *fato típico* “consiste no fato que se enquadra no conjunto de elementos descritivos do delito contidos na lei penal”.³⁰ Porém, não basta que o comportamento se adegue formalmente ao conteúdo da norma, exigindo-se a presença de certos requisitos cunhados pela doutrina penal. Assim, Fernando Galvão elenca os fatores essenciais à compreensão do fato típico:

Para perfeita compreensão do fato típico, é necessário que se perceba qual o bem jurídico que a lei quer proteger, qual o verbo que representa o núcleo do comportamento proibido, quais os seus acessórios, que lhe indicam o sentido, bem como quais são os elementos normativos e subjetivos que se encontram inseridos na descrição hipotética da lei. O tipo legal ainda faz perceber o sujeito ativo, o sujeito passivo e a relação de causalidade que deve existir entre ação do primeiro e o resultado penalmente desejado.

O segundo substrato do conceito analítico de crime é a *ilicitude* ou *antijuridicidade*³¹. Segundo Juarez Cirino dos Santos, ilicitude “é uma contradição entre a ação humana (realizada ou omitida) e o ordenamento jurídico no conjunto de suas proibições e permissões”³² e somente pode ser afastada diante das causas previstas no artigo 23 do Código

³⁰ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal, parte geral*. 28. edição. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1, p. 225.

³¹ Evitou-se a distinção, alegada por alguns autores, entre ilicitude e antijuridicidade, tratando-os como sinônimos para efeitos desta obra, consoante interpretação majoritária na doutrina nacional.

³² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 213.

Penal, ou seja, legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito³³.

Sobre a culpabilidade, o professor Luís Augusto Sanzo Brodt destaca que culpabilidade é a reprovação que recai sobre o sujeito ativo de um injusto penal:

Culpabilidade é reprovação, censura que se faz ao agente imputável de uma conduta típica e ilícita, porque a praticou com consciência atual ou potencial da ilicitude, embora as circunstâncias em que atuou lhe permitissem comportar-se de acordo com a vontade da ordem jurídica.³⁴

Pena é “a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*”³⁵. Logo, a sanção penal é o efeito da *causa delituosa*, isto é, do fato típico, ilícito e culpável.

Nesse emaranhado de elementos, deve-se situar em algum ponto os sujeitos ativos do delito e, por conseguinte, o concurso de pessoas.

Parcela da doutrina italiana defende que o sujeito ativo não faz parte do crime, nem da pena. Assim, o sujeito ativo seria um *pressuposto de fato*, ou seja, *antecedente* ao fato típico, à ilicitude, à culpabilidade e à sanção penal.

Sheila Jorge Selim de Sales anota que os italianos diferenciam pressupostos do crime e pressupostos jurídicos e materiais do fato. Pressupostos materiais do fato “seriam algumas situações concretas que devem preceder à prática do mesmo, v. g., a efetiva existência da gravidez, para que se possa cogitar do crime de aborto”³⁶ e, assim, sem os pressupostos do fato não há conduta punível a qualquer título. A autora destaca o posicionamento de Francesco Carnelutti:

Francesco Carnelutti inclui na categoria dos pressupostos, o sujeito ativo. O agente, segundo o doutrinador, seria um elemento antecedente ao fato, não podendo, por isso, ser seu elemento constitutivo, uma vez que o precede na ordem lógica e cronológica.

³³ Evitou-se adentrar nas concepções que, de alguma forma, levam à reclassificação das excludentes de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular de direito, a exemplo da teoria da tipicidade conglobante defendida por Eugenio Raúl Zaffaroni (atipicidade) e da teoria da imputação objetiva suscitada por Claus Roxin (inexistência de nexo de imputação objetiva – riscos permitidos).

³⁴ BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito cumprimento do dever legal*. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 295. Quanto à culpabilidade, não se ignora o fenômeno da “crise de culpabilidade”, que constitui um périplo doutrinário na reconstrução do terceiro elemento do conceito analítico de crime. Claus Roxin, por exemplo, fala em um conceito mais amplo, ao qual denomina “responsabilidade”. Porém, esse não é o espaço para esse debate. Para uma análise detalhada, conferir: FERNANDES, Flávio Faria. *Culpabilidade e seletividade do poder punitivo*. 2012. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Orientador: Luís Augusto Sanzo Brodt. Belo Horizonte, 2012.

³⁵ GREGO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, v. 1, p. 461.

³⁶ SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo na parte especial do código penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 53.

Noutra linha, Carlos Martínez-Buján Pérez acredita que é preciso distinguir sujeito ativo dos institutos da autoria e da participação em sentido estrito, sendo o primeiro integrante do tipo e a diferenciação subsequente pertencente ao campo da pena:

Por el contrario, la noción de autor va referida al plano de la realización de lo prescrito por la norma, esto es, a la producción material del hecho descrito en la proposición normativa (cf. Ya Vives, 1977, p. 59), y con respecto a la cual cabría decir con mayor precisión – con arreglo a las premisas de la concepción significativa de la acción – que alude a aquella persona que realiza el sentido de la acción (cfr. GÓRRIZ, 2005-a, p. 41). A ello hay que añadir que las modalidades de realización del hecho típico se hallan previstas en la Parte general en los arts. 27 y 28 del CP, en virtud de lo cual no constituyen elementos específicos que fundamenten el injusto particular de cada tipo delictivo de la Parte especial, sino modalidades genéricas de verificación de cualquiera de las figuras de la Parte especial (cfr. COBO/VIVES, P.G., p. 41).

Así concebida, la institución del sujeto activo del delito (o de la acción) es obviamente un elemento integrante del tipo de acción, que debe ser incardinado, pues, en el seno de la pretensión de relevancia, habita cuenta de que es un presupuesto más de la relevancia penal de la conducta.

Por el contrario, la categoría de la autoría no puede ser ubicada en el tipo de acción, porque aquella tiene como presupuesto lógico el estudio de la pretensión de ilicitud, desde el momento en que exige conocer la infracción de la norma, esto es, saber si esa infracción se ha llevado a cabo con dolo o con imprudencia. Una cosa es la conducta de intervención en el delito, concepto que sí pertenece al estudio del tipo de acción, y otra cosa diferente es la posterior cualificación de esa intervención como autor o como partícipe, conceptos (o mejor dicho, subconceptos) que no pertenecen al tipo (vid. infra lo que se expone en los epígrafes 7.1 y 7.1.1.).

Sin embargo, para GÓRRIZ (2005-a, p. 40), la categoría de la autoría está específicamente vinculada al tipo de acción, al ser un presupuesto del análisis de la relevancia penal de la conducta.³⁷

Todavía, a posição dos juristas italianos não se sustenta ciência penal, que nega veementemente a “teoria dos pressupostos do crime e do fato” para formar o conceito analítico de crime³⁸. Da mesma forma, a posição do doutrinador espanhol é impraticável, posto que sujeito ativo é um conceito que se liga intrinsecamente à distinção entre autoria e participação, não sendo concebível cingi-los, como quer o Carlos Martínez-Buján Pérez, que coloca o sujeito ativo no tipo e desloca autoria e participação para a pena.

Decerto, o sujeito ativo e o concurso de pessoas, malgrado caracterizados no Código Penal brasileiro entre os artigos 29 e 31, portanto, após disciplinar os três elementos do crime, situa-se no primeiro requisito do crime, isto é, constitui um problema do tipo penal,

³⁷ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. *Derecho penal económico y de la empresa*: parte general. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 305.

³⁸ Cf. SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo na parte especial do código penal*, p. 54-55.

intrinsecamente ligado ao princípio da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine legis*).

Claus Roxin assevera:

Um segundo campo, no qual a sistematização acima exposta chega a novos resultados, é a teoria da participação. Trata-se, dogmaticamente, de um problema de tipo, da pergunta sobre até que ponto um comportamento pode ser enquadrado sob a descrição de um delito, gerando a autoria. [...]. A jurisprudência, infelizmente, desconheceu desde o início que a doutrina da participação era um problema da tipicidade, perdendo de vista um ponto de apoio orientado pelo princípio *nullum-crimen*, como exige a lei.³⁹

A posição do jurista germânico é incorrigível, porquanto o sujeito ativo e a existência de dois ou mais indivíduos realizando o delito constituem problemas inerentes ao tipo, especialmente para garantir a segurança jurídica aos cidadãos. Em outras palavras, cuida-se de verificar até que ponto a definição legal de um crime pode alcançar um comportamento que não se enquadra no núcleo da descrição legal.

Se “A” empresta uma arma de fogo a “B”, para que este execute um roubo, mas “B”, ignorando esse ajuste, mata a vítima ao cometer o delito, a questão é saber se o tipo do “latrocínio” (artigo 157, §3º, do Código Penal, “se da violência resulta morte”), alcança “A”, averiguando-se, subsequentemente, a posição de “A” no delito (coautor, partícipe ou partícipe impunível). Somente após esse exame, é possível analisar a ilicitude e a culpabilidade de “A”, já que, inexistindo o pressuposto da tipicidade, afasta-se qualquer possibilidade de sanção a “A”.

Entretanto, a doutrina nacional, sem notar essa questão, costuma fazer coro ao estatuto penal, dilatando o assunto após explanar os demais elementos do crime, enquanto deveria estudar simultaneamente o fato típico, o sujeito ativo e o concurso de pessoas, sem ater-se ao relevo dos dispositivos codificados e, assim, sistematizar de maneira mais adequada o conceito analítico de crime.

Sheila Jorge Selim de Sales salienta acertadamente:

O sujeito ativo integra o tipo penal tanto quanto qualquer um de seus elementos.

A qualidade especial que, algumas vezes, requer a descrição típica não é pressuposto do crime, mas elemento constitutivo do próprio tipo penal. Com *Giuseppe Bettiol* deve-se dizer que “...*la qualità di pubblico ufficiale nel delitto di peculato non si limita ad una qualificazione giuridica del soggetto agente, estrinseca al fatto, ma nel fatto essa si reverbera e ne diviene un momento costitutivo*”.

³⁹ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 40.

O sujeito ativo é, pois, elemento do tipo penal.⁴⁰

Consequentemente, não se reconhece que o sujeito ativo e as questões atinentes ao concurso de pessoas sejam pressupostos de fato, “antecedentes” ao fato típico, nem que fazem parte da ilicitude, da culpabilidade ou da sanção penal. Esses institutos, portanto, são inerentes ao tipo penal. Com base nessas considerações, o quadro geral da teoria do delito deveria ser reconfigurada da seguinte maneira:

QUADRO 1 - SUJEITOS ATIVOS DO DELITO NO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME		
Fato Típico	Ilicitude ou Antijuricidade	Culpabilidade
Conduta (<i>dolosa ou culposa; comissiva ou omissiva</i>) e seus sujeitos (<i>autores, coautores, partícipes</i>)	Legítima defesa	Imputabilidade
Resultado (<i>lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico</i>)	Estado de necessidade	Potencial consciência da ilicitude
Nexo de causalidade (<i>físico e de imputação objetiva</i>)	Estrito cumprimento do dever legal	Exigibilidade de conduta diversa
Tipicidade	Exercício regular de direito	-

Com base nessa premissa, de que o concurso de pessoas é um problema inerente ao tipo e decorrente do princípio *nullum-crimen*, é que se pode compreender a natureza jurídica da participação e das teorias restritiva e diferenciadora.

2.5 Natureza jurídica da participação: a teoria da acessoriedade e as formas de adequação típica

No concurso de pessoas, como visto no item anterior, o problema se refere à extensão do tipo aos agentes que, por meio de alguma conduta, contribuem para a realização do delito, ainda que tais condutas não configurem isoladamente um ato ilícito, que perpassem somente parte do tipo ou que sejam insuficientes para a consumação.

⁴⁰ SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo na parte especial do código penal*, p. 55.

Se “A” incentiva “B”, “C” e “D” a executarem um furto em uma residência “X” e, no dia seguinte, “B” dirige um veículo, levando “C” e “D” até a mencionada casa, sendo que “C” auxilia “D” a ingressar na residência e, por sua vez, “D” efetivamente subtrai os objetos do interior da moradia, verifica-se que somente “D” executou o verbo núcleo do delito de furto (artigo 155 do Código Penal). Nessa configuração, grosso modo, as condutas de A, B e C seriam atípicas, se não fosse a norma que amplia o campo de incidência do tipo penal, a saber, o artigo 29 do Código Penal, que determina a extensão da norma a todos os que, voluntariamente, contribuíram com a realização do tipo, seja mediante atos materiais (auxílio verificado por meio das condutas de “B” e “C”), seja moralmente (incentivo verificado na atuação de “A”).

Decerto, de acordo com a *teoria da acessoriedade*, a participação é uma conduta acessória à do autor, apresentada como principal. Em regra, não existe descrição específica para quem auxilia, instiga ou induz a outrem a realizar a conduta principal, mas tão somente para quem pratica diretamente o próprio verbo núcleo do tipo. Diante da ausência de descrição típica, faz-se necessário uma norma de extensão ou ampliação que leve a participação até o tipo incriminador. Trata-se, no Código Penal brasileiro, do artigo 29.

Portanto, *o artigo 29 é uma norma de extensão ou ampliação pessoal e espacial, também denominada norma de reenvio*, que promove a adequação típica medita da participação. Por meio dela, as condutas hipoteticamente atípicas de “A”, “B” e “C” são sujeitas as sanções do crime de furto.⁴¹

Para diferenciar as duas formas de incidência da norma penal, a doutrina divide-as em *adequação típica direta ou imediata*, que se faz sem o intermédio de qualquer outra norma, e *adequação típica indireta ou mediata*, que depende da conjugação do tipo penal e da norma de extensão.

Essas duas situações podem ser retratadas nas condutas de “D” e de “A”, “B” e “C”, segundo um esquema simples, conforme quadro abaixo:

⁴¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte geral, p.342. De acordo com o autor: “Não existe descrição típica para quem auxilia, instiga ou induz outrem a realizar a conduta principal, mas tão-somente para quem pratica diretamente o próprio verbo do tipo. Desse modo, ao intérprete restaria a dúvida de como proceder à adequação típica nesses casos sem ofensa ao princípio da reserva legal. Tome-se como exemplo a ação do agente que cede a arma para o autor eliminar a vítima. Como proceder ao enquadramento da conduta de quem não matou, mas ajudou a fazê-lo, em um tipo, cuja descrição contém a fórmula “matar alguém”? Tratando-se de comportamento acessório e não havendo correspondência entre a conduta do partícipe e as elementares do tipo, faz-necessária uma norma de extensão ou ampliação que leve a participação até o tipo incriminador. Essa norma funciona como uma ponte de ligação entre o tipo penal e a conduta do partícipe. Trata-se do art. 29 do Código Penal, segundo o qual quem concorrer, de qualquer forma, para um crime por ele responderá.”

QUADRO 2 – TÉCNICAS DE ADEQUAÇÃO TÍPICA	
<i>Artigo 155. Subtrair coisa alheia móvel para si ou para outrem.</i>	<i>Artigo 155 c/c Artigo 29 (Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade).</i>
Adequação típica direta ou imediata	Adequação típica indireta ou mediata
Conduta de “D”	Condutas de “A”, “B” e “C”
Responsável por se apoderar dos bens na residência.	Concorreram voluntariamente para que “D” executasse diretamente o crime de furto.

Portanto, a conduta do partícipe tem o caráter de acessoriedade, sendo que esta pode assumir quatro formas, quais sejam, *mínima, limitada, extremada* ou *hiperacessoriedade*⁴².

Na *acessoriedade mínima* basta o partícipe concorrer para um fato típico, independentemente de ser ilícito e culpável. Para essa corrente, quem concorre para a prática de um homicídio acobertado pela legítima defesa, emprestando uma arma para que o agredido se defenda, responderia pelo crime capital.

Na modalidade *limitada* o partícipe só responde pelo crime se o fato principal é típico e ilícito. Assim, um indivíduo que auxilia um inimputável a praticar um crime responde pelo delito.

Acessoriedade extremada estabelece que o partícipe somente é responsabilizado se o fato principal é típico, ilícito e culpável. Dessa forma, não responderá por crime algum se tiver concorrido para a atuação de um inimputável.

Hiperacessoriedade exige que o fato principal seja típico, ilícito, culpável e punível.

A jurisprudência e a doutrina seguem *teoria da acessoriedade limitada*, bastando que o fato principal seja típico e ilícito, ou seja, não precisa ser culpável, para que o partícipe possa ser punido. Anota Rogério Greco:

Como deixamos antever, a teoria da acessoriedade limitada tem a preferência da maioria dos doutrinadores, numa disputa acirrada com a teoria da acessoriedade máxima ou extrema, sendo que esta última era a mais adotada quando havia a inclinação da doutrina pela teoria causal ou naturalista da ação.⁴³

⁴² Cf. GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 93.

⁴³ GREGO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, v. 1, p. 432.

Vale dizer que a teoria da acessoriedade limitada também se aplica à conduta de coautores que não realizam o núcleo do tipo, segundo o *domínio funcional do fato*, como se verá no capítulo seguinte.

2.6 Requisitos do concurso de pessoas

De acordo com Luiz Regis Prado, para que se reconheça o instituto do concurso de pessoas, são imperativos os seguintes requisitos:

a) *pluralidade de pessoas e de conduta*; b) *relevância causal de cada conduta* (nexo causal eficaz para o resultado); c) *liame subjetivo ou psicológico entre as pessoas* (consciência deve ser idêntica ou juridicamente uma unidade para todos a contribuir para uma obra comum); d) *identidade de ilícito penal* (o delito deve ser idêntico ou juridicamente uma unidade para todos).⁴⁴

Por *pluralidade de pessoas e de condutas*, entende-se a exigência de, no mínimo, duas pessoas distintas praticando duas ou mais condutas, quais sejam, duas principais realizadas pelos autores (coautoria), uma principal e outra acessória (autoria e participação) ou uma conduta usando outra conduta como instrumento na execução do delito (autoria mediata).

A *relevância causal das condutas* significa a causalidade física do comportamento do sujeito ativo em relação ao resultado. Em outras palavras, se a conduta não tem relevância causal (não contribuiu para a eclosão do resultado), não pode ser considerada integrante do concurso de pessoas. Assim, a conduta auxiliar praticada após a consumação do delito não configura, em regra, participação, mas pode originar outro delito, como favorecimento real.

O *liame subjetivo, psicológico, concurso de vontades* ou *causalidade psíquica* é a unidade de desígnios, a vontade de todos os sujeitos ativos em contribuir para a produção do fato típico. Se não houver concurso de vontades, desaparecerá o concurso de pessoas, surgindo, em seu lugar, a chamada autoria colateral. Porém, *não se exige prévio acordo*, bastando apenas que uma vontade adira à outra. Por outro lado, a doutrina exige ainda que haja homogeneidade de elemento subjetivo, isto é, não se admite participação dolosa em crime culposo e vice-versa⁴⁵.

⁴⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 471-472.

⁴⁵ Antiga controvérsia doutrinária é a possibilidade de coautoria ou participação em crimes culposos. Assim, mesmo que exista homogeneidade do elemento subjetivo – dois operários lançando tábuas em uma obra deixam cair uma, matando culposamente um transeunte – há autores que negam essa possibilidade. Por se tratar de questão difícil e extravasar os limites dessa investigação, não será mencionada no curso da pesquisa.

A *unidade do título da imputação ou identidade de infração penal* é corolário da teoria monista. Em regra, todos os coautores e partícipes devem responder pelo mesmo tipo penal⁴⁶, ressalvadas algumas exceções pluralísticas.

Portanto, pressupõe-se, no concurso de sujeitos ativos, versado nessa pesquisa, o concurso eventual de pessoas na realização do tipo penal e a presença dos requisitos acima elencados.

2.7 As teorias epifenômicas: monista, dualista e pluralística

A doutrina nacional insiste em uma classificação das teorias a respeito da natureza jurídica do concurso de pessoas que, ao fim e ao cabo, não produzem efeitos práticos e não são capazes de realçar, exatamente, a natureza jurídica do concurso de pessoas.

Essas teorias visam esclarecer se todos os intervenientes no evento delituoso respondem pelo mesmo tipo penal ou por delitos específicos. Existem três fluxos de pensamento a respeito, segundo Guilherme de Souza Nucci⁴⁷:

a) *Teoria monista*: indica que todos que contribuem para a prática do delito cometem o mesmo crime, não havendo distinção quanto ao enquadramento entre autor, coautor e partícipe.

b) *Teoria dualista*: há dois crimes, quais sejam, um cometido pelos autores (ou coautores) e, um outro, pelo qual respondem os partícipes.

c) *Teoria pluralista ou pluralística*: cada um dos participantes responde por um delito próprio, havendo uma pluralidade de fatos típicos, de modo que cada agente será punido por um crime diferente.

Deveras, o Código Penal adotou, como regra, a *teoria monista*, determinando que todos, coautores e partícipes, respondam pelo mesmo delito, na medida de sua culpabilidade, a teor do artigo 29: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.”

Observa-se, contudo, que o Código Penal faz duas exceções à teoria monista. Como primeira exceção, adota a *concepção dualista mitigada*, distinguindo, ainda que em termos abstrusos, a atuação de autores e partícipes, permitindo uma dosagem da pena, de acordo com a efetiva participação e eficácia da conduta de cada partícipe (artigo 29, §1º, do Código

⁴⁶ Anote-se que responder pelo mesmo tipo penal não significa, necessariamente, receber a mesma reprimenda penal.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 362.

Penal)⁴⁸. E, como segunda exceção, adota a *teoria pluralística*, quando expressamente estabelece que os participantes de um mesmo fato responderão por crimes distintos ou com penas diferentes, como ocorre nos crimes de aborto consentido e de corrupção ativa e passiva (artigos 124, 126, 317 e 333 do Código Penal), bem como na chamada *cooperação dolosamente distinta*, prevista no artigo 29, §2º, do Código Penal.

O interesse dessa questão é limitado, pois não esclarece, com a certeza exigida pelo princípio da legalidade, o ponto crucial, isto é, saber qual intervenção pode ser reputada como principal, submetida à uma reprimenda legal mais severa, e qual deve ser admitida como secundária, digna de uma pena mais branda.

Perfilhando desse pensamento, Nilo Batista ressalta:

O conhecido debate entre teorias monista (ou unitária), dualista e pluralista, ou seja, se, em caso de concurso de agentes, deve considerar-se um delito único (praticado por todos) ou dois delitos (um praticado pelos autores; outro pelos partícipes) ou ainda tantos delitos quantos autores e partícipes, na verdade, não passa de uma formulação epifenomênica, que não influencia ou altera – embora possa disfarçar – o problema fundamental, que reside na concepção restritiva ou extensiva de autor.⁴⁹

Logo, o aproveitamento técnico e prático do concurso de pessoas não pode ser deduzido desse paradigma classificatório.

2.8 Concepção unitária (extensiva ou da equiparação) e concepção diferenciadora (ou restritiva)

O verdadeiro problema que a justiça criminal e a dogmática penal sempre enfrentaram ao longo dos anos foi a difícil eleição entre uma concepção unitária, extensiva ou de equiparação entre todas as pessoas que colaboram para a realização do tipo e a concepção restritiva ou diferenciadora, que visa um critério para distinguir distintas contribuições à execução da infração penal. Esse pensamento é endossado por Edgardo Alberto Donna:

El problema fundamental que se apresenta en materia de autoría es determinar, frente a un hecho delictivo, quién há sido su autor. Cuando hablamos de autor nos referimos al sujeto a quien se le puede imputar el hecho como suyo, aquél que lo realiza y del que puede decirse “esse hecho lo pertence”.⁵⁰

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1., p. 380.

⁴⁹ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 30-31.

⁵⁰ DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzone Editores, 1998, p. 9.

Torna-se cogente fazer um esforço histórico-dogmático para compreender como o alcance dessa questão converteu-se em um dos capítulos mais difíceis da ciência penal.

2.8.1 Conceção unitária, extensiva, igualitária, da equiparação ou cumplicidade-causa

A *teoria ou concepção unitária, extensiva ou da equiparação* define como autores todos os indivíduos que contribuem para a concretização dos elementos do tipo, fixando-lhes a mesma *sanctio iuris*. Em tal sistema, não há distinção entre autores e partícipes (ou cúmplices) e todos recebem, no plano abstrato, a mesma pena, relegando-se à fase de dosimetria a individualização sancionatória.

Segundo Nilo Batista, a causalidade é a pedra de toque do sistema unitário e extensivo de autor⁵¹. Por meio da equivalência dos antecedentes causais, todas as contribuições reputadas como condições para a realização do tipo são identicamente qualificadas e, assim, todas devem ser equiparadas no plano da aplicação da lei penal.

Nelson Hungria, defensor dessa teoria, explica a relação entre a corrente causalista do direito penal e a teoria unitária, ressaltando que o caráter uno do resultado como efeito da equiparação das condutas antecedentes, ainda que praticadas por diferentes sujeitos:

A solução que se impõe, remetendo-se para o museu do direito penal as teorias da acessoriedade e da autoria mediata, é o repúdio à diferenciação apriorística entre os partícipes, pelo reconhecimento da singela verdade de que a participação, em qualquer caso, é concausação do resultado antijurídico, não havendo distinguir entre causa e concausa, entre causa e condição, entre causa imediata e causa mediata, entre causa principal e causa secundária. O resultado é uno e indivisível, e como todos os seus antecedentes causais, considerados *in concreto*, se equivalem, segue-se logicamente que é atribuível, na sua totalidade, a cada um dos que cooperam para sua produção. Assim, é de todo irrelevante indagar se o executor é ou não é punível: o partícipe é sempre um *co-autor* e responde integralmente pelo resultado, desde que, consciente e voluntariamente, contribuiu para êle (participação em crime doloso) ou, pelo menos, contribuiu para a ação comum de que era previsível derivasse tal resultado (participação em crime culposos). Esta é a teoria chamada da *cumplicidade-causa, monística* ou *igualitária* adotada pelo nosso Código, a exemplo do Código italiano.⁵²

Portanto, a teoria causal, que não faz distinção entre os antecedentes causais à realização do tipo, resulta na equiparação das contribuições delitivas de autores e partícipes e, como afirmou Hungria, “todo partícipe é sempre um co-autor e responde integralmente pelo

⁵¹ “A concepção extensiva de autor (*extensier Täterbegriff*), que Welzel chamou de fruto tardio da teoria da ação causal (*späte Frucht der kausalen Handlungslehre*), procura relacionar a autoria com a causação da realização típica.” (BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 32).

⁵² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Volume 1. Tomo 2º. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 399.

resultado”, permanecendo como único limite ao *regressus ad infinitum* o elemento subjetivo. Nessa concepção, se “A” empresta uma moto a “B”, ciente de que este cometerá um homicídio usando do veículo para surpreender a vítima e depois evadir-se, responderá como coautor do homicídio e não como mero partícipe ou cúmplice. Não estando “A” consciente da intenção de “B”, ficará impune pela ausência de voluntariedade em sua conduta.

Dessa maneira, a conveniência do sistema unitário é tão somente a simplificação na aplicação das normas penais, visto que os aplicadores do direito não precisam fazer quaisquer elucubrações acerca da classificação de uma conduta que concorreu para o delito, tratando todos os intervenientes no evento delitivo como autores ou coautores, independentemente do grau de participação.

Eis a abalizada opinião doutrinária:

A verdadeira vantagem do sistema unitário encontra-se não no rasteiro plano dos interesses punitivistas, tampouco no plano sublime dos grandes princípios do direito penal material, e sim no nível intermédio das considerações pragmáticas. O sistema unitário torna dispensável todo o esforço analítico e dogmático de distinção entre as formas de autoria e participação. Os diferentes graus de contribuição são relegados ao plano individualizador da determinação judicial da pena. A comete homicídio a pedido de B, que lhe oferece R\$ 5.000,00; C empresta a arma para A; D aguarda a consumação do homicídio na porta da casa da vítima, assegurando que ninguém ingresse na residência: todos são, para o conceito unitário, autores do homicídio. Esse sistema *simplifica*, assim, sobremaneira a aplicação do direito.⁵³

A teoria unitária triunfou no início do século XX, assumida expressamente na Parte Geral do Código Penal de 1940, que dispunha no artigo 25: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”. Não havia a previsão de causa de diminuição de pena para “participação de menor importância”, introduzida com a reforma da parte geral de 1984. O estatuto penal inspirou-se, como notoriamente sabido, no Código Rocco, o Código Penal italiano de 1930, que também previa: “Articolo 110. Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti.”⁵⁴

A teoria unitária possui diversas vantagens, mostrando-se compatível com teoria da equivalência dos antecedentes causais, facilitando a aplicação da lei penal e conformando-se ao princípio da autorresponsabilidade, já que não acolhe a autoria mediata. A própria exposição de motivos do projeto do Código Penal de 1969 dispunha que a adoção do aludido

⁵³ GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 175.

⁵⁴ ITÁLIA. Codice penale italiano, Gazzetta Ufficiale 26 ottobre 1930, n. 251, approvato con R.D. 19 ottobre 1930 n.1398, in vigore dal 1 luglio 1931. Disponível em: <[www.davite.it/leggiper_sito/Codici/Codice penale.pdf](http://www.davite.it/leggiper_sito/Codici/Codice_penale.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2016.

critério permitiria “maior repressão”. Porém, as aparentes vantagens dessa teoria foram densamente questionadas, como se verá a seguir.

2.8.2 *Concepção restritiva ou diferenciadora*

A *corrente restritiva* ou *diferenciadora* distingue *prima facie* autores (coautores) e partícipes (cúmplices), cominando aos primeiros a sanção penal integral e aos segundos uma sanção reduzida.

Malgrado os diversos critérios elaborados pela ciência jurídica para permitir essa caracterização, todas partem da mesma raiz, a de que, *no concurso de pessoas*, em uma infração penal, *podem existir diferentes graus de contribuição*, sendo comum a coexistência de condutas centrais na realização típica (autor), merecedoras de punição total, e condutas secundárias (partícipes), sujeitas a sanções menores, em virtude do princípio da proporcionalidade.

Luís Greco e Alaor Leite anotam que:

Ponto de partida é a ideia, situada num plano mais abstrato, de que o autor é a *figura central do acontecer típico* (*Zentralgestalt des tatbestandsmäßigen Geschehens*). O conceito de autor é primário e possui significado central no injusto típico, no sentido de que as formas de participação (a instigação e a cumplicidade), são causas de extensão da punibilidade, que só entram em cena quando o agente não é autor. O partícipe é, da perspectiva do tipo penal, quem contribui para um fato típico em caráter meramente secundário, é a figura marginal, lateral do acontecer típico, o que se extrai ante a ausência de algum dos elementos que determinam positivamente a autoria do fato.⁵⁵

O que distingue as diversas correntes a respeito da delimitação entre autoria e participação é o critério utilizado para essa finalidade, que variou no espaço e no tempo, até culminar no domínio do fato e seu gradual desenvolvimento, conforme se verá nos itens seguintes e no próximo capítulo.

Serão examinados os critérios ou teorias⁵⁶ que se mostraram mais relevantes historicamente, de acordo com a sistematização proposta por Claus Roxin⁵⁷:

a) Teoria ou critério objetivo-formal;

⁵⁵ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 24-25.

⁵⁶ A doutrina usa os termos teoria e critério sinonimamente para designar as correntes do conceito restrito de autor. Roxin prefere a expressão “teorias” e Nilo Batista adota o termo “critérios”.

⁵⁷ ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*. 7ª edición. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 53.

- b) Teoria ou critério objetivo-material;
- c) Teoria ou critério subjetivo;
- d) Teorias ou critérios mistos;
- e) Teoria ou critério do domínio do fato.

De qualquer maneira, é preciso identificar as razões do triunfo das teorias diferenciadoras ou restritivas, a partir das críticas da teoria unitária, dando-se a propulsão necessária ao progresso da pesquisa.

2.9 Crítica à teoria unitária ou extensiva de autor

A teoria unitária foi paulatinamente abandonada em virtude de dois significativos problemas anotados pela ciência penal. Um de caráter ontológico e outro de origem axiológica.

Deveras, parte expressiva da doutrina penal sempre contestou a equiparação entre condutas substancialmente distintas no mundo fático, a exemplo de Beccaria e Carrara. Especialmente após o advento finalismo, os penalistas defenderam que o legislador não tem a faculdade de converter algo que não tem base em estruturas lógico-reais ou lógico-objetivas em categorias dotadas de juridicidade. Paul Bockelmann sentenciou que a acessoriedade da participação decorre da “natureza das coisas”:

La participación es, necesariamente, accesoria, es decir, dependiente de la existencia de un hecho principal. Esa accesoriadad no es “producto de la ley”, ella está en la naturaleza misma de la cosa. Complicidad e instigación presuponen conceptualmente “algo” al cual se prestan.⁵⁸ – p. 7

Com efeito, a lei não pode igualar condutas essencialmente distintas no mundo real. Afinal, passar uma informação para a prática do furto não é o mesmo que efetivamente realizar a subtração, até mesmo porque, se não iniciada a execução do furto, a primeira conduta – passar a infração – será um fato atípico⁵⁹. Por isso, diz-se que ontologicamente não existe equivalência entre as condutas de autores e partícipes.

⁵⁸ BOCKELMANN, Paul. *Relaciones entre autoria y participacion*. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1960, p. 7.

⁵⁹ Aliás, se o executor do furto não utiliza a informação repassada, ainda que seja punido, tornará a conduta do informante atípica, salvo se este, além de ter passado a informação, ainda instigou ou induziu ao cometimento do furto.

Noutra linha, do ponto de vista axiológico-normativo, a equiparação é incompatível com o garantismo emanado da Constituição da República. A concepção unitária conduz, inexoravelmente, à violação de vários princípios penais, destacando-se os princípios da legalidade, da isonomia material, da proporcionalidade e da culpabilidade.

Com efeito, o direito penal da culpa estabelece que somente pode responder por um delito o sujeito que realiza *culpavelmente*⁶⁰ a conduta típica prevista em uma lei e a sanção deve ser correspondente ao grau de sua colaboração. Disso resulta que a pena deve observar os princípios da proporcionalidade do postulado e da igualdade, em sentido material, que busca aplicar a norma igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Tratar da mesma forma o indivíduo que, no exemplo acima, transmite uma informação para praticar o crime e o cidadão que efetivamente realiza a subtração, afronta diretamente esses postulados e, portanto, torna-se inconciliável com o sistema punitivo previsto da Carta Magna.

A doutrina protesta contra a teoria unitária, resgatando um intrigante e esquecido trecho da exposição de motivos do projeto de Código Penal de 1969:

Se essa concepção corresponde aos anseios da justiça, já não parece tão indubitável. Muito ao revés: o preço da simplificação é uma série de conhecidos problemas materiais. São várias as pechas atribuídas à concepção unitária, e cabe aqui apenas enunciá-las: a) a unificação a forcéps de contribuições material e qualitativamente distintas, rechaçada mesmo na linguagem cotidiana, o que é problemático tanto segundo o *princípio da igualdade, como da culpabilidade*; b) a proximidade com o direito penal de autor, decorrente sobretudo de uma aposta, cínica ou ingênua, na pouco desenvolvida teoria da determinação judicial da pena; c) a sufocadora impossibilidade de distinguir entre atos preparatórios e tentativa punível, já que todas as contribuições causais (entregar a arma ao autor, cf. acima) são consideradas, de maneira equivalente, como “típicas”; d) e, principalmente, a redução a pó dos tipos penais, em desprezo ao princípio da legalidade, já que emprestar a arma seria ação típica de “matar alguém” (art. 121, CP) tanto quanto efetuar com as próprias mãos disparos mortais. Não por outro motivo consta no item n. 18 da exposição de motivos do projeto de Código Penal de 1969, apesar da manutenção do conceito unitário, a intrigante frase: “é possível que a unificação de todas as formas de participação e autoria seja, a rigor, incompatível com um Direito Penal da Culpa”.⁶¹

Juarez Cirino dos Santos reforça os argumentos:

Mas as desvantagens da teoria *unitária* de autor parecem mais relevantes: se as *contribuições causais* para o fato punível são equivalentes, então (a) todos sujeitos envolvidos no tipo de injusto são nivelados, desaparecendo diferenças objetivas e subjetivas na produção do *desvalor da ação* e do *desvalor do resultado* que definem

⁶⁰ Por culpavelmente, subentende-se uma expressão genérica para afastar a responsabilidade penal objetiva, ou seja, significa que o sujeito ativo deve realizar a conduta com dolo ou culpa.

⁶¹ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no projeto de Código Penal (PLS 236/2012). In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro, p. 178.

o tipo de injusto, e (b) sujeitos não qualificados podem ser autores de delitos especiais (por exemplo, a qualidade de funcionário público, no peculato) ou delitos de mão própria (o falso testemunho), o que representa um contrassenso. A natureza grosseira da teoria *unitária* de autor explica seu abandono progressivo, mesmo naquelas legislações – como a brasileira – que, por inércia ou comodismo, ainda a adotam.⁶²

Frente a esses pungentes problemas, que extravasam o campo puramente dogmático e atingiram até mesmo as bases filosóficas do direito penal, a doutrina defendeu uma concepção restritiva de autor.

2.10 Teoria ou critério objetivo-formal

A teoria objetivo-formal indica que é autor somente o agente que realiza o verbo previsto no tipo penal. Qualquer contribuição à execução do delito, que não corresponda ao conteúdo descrito na norma incriminadora, constitui participação ou cumplicidade.

Nilo Batista explicita o critério com precisão:

Segundo um critério *formal-objetivo*, seria autor aquele que realizasse a ação executiva, a “ação principal” do delito, a ação (depois de Beling) típica. Segundo este critério, é autor aquele que realiza, com a própria conduta, o modelo legal de crime (“*colui che realizza, con la propria condotta, il modello legale del reato*”). Nessa ordem de ideias, participe seria aquele que “não executa o tipo legal, mas (cuja conduta) constitui tão-só uma ação prévia ou preparatória”.⁶³

Supondo que “A” e “B”, funcionários públicos, decidam desviar bens de uma repartição estatal, sendo que “A”, com a chave emprestada por “B”, ingresse no local e se aproprie de alguns objetos, “A” seria reputado como autor do crime de peculato e “B” seria partícipe, uma vez que somente “A” executou o verbo previsto no crime tipificado no artigo 312 do Código Penal (peculato).

Essa teoria tem a grande vantagem de restringir ao máximo o alcance do tipo penal, evitando-se a punição, a título de autoria, de condutas que tiveram caráter secundário no crime. É apontada como a teoria predominante no Brasil, mesmo quando dotada de parcial concessão ao domínio do fato:

Dentro do conceito restritivo de autor, nossa posição é a de aceitar como critério diferenciador mais adequado aquele denominado formal-objetivo. Não

⁶² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*, p. 343.

⁶³ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 60.

desconhecemos, no entanto, a utilidade da ideia de domínio do fato para a solução de várias questões da participação⁶⁴.

Não obstante, o critério objetivo-formal ocasiona perplexidades insustentáveis ao sistema punitivo, a ponto de reduzir à condição de mero partícipe sujeitos ativos com um elevado grau de colaboração no delito. Além disso, há evidente dificuldade na adequação típica no caso de autoria mediata por meio da teoria objetivo-formal. É o que garantem Luís Greco e Adriano Teixeira:

Embora correta em seu ponto de partida, a teoria formal-objetiva se depara, assim, com dificuldades diante de uma série de casos, quais sejam, os que hoje classificaríamos como de autoria mediata e algumas hipóteses de coautoria, em que a contribuição isolada do agente não se enquadra na descrição do tipo (segurar a vítima não é “matar”).⁶⁵

É o caso, por exemplo, da distribuição de tarefas nos crimes, em que o auxiliar presta atividades imprescindíveis à consumação do delito, detendo parte determinante da empreitada criminosa. Se “A” planeja um furto com “B” e “C”, conduz os comparsas ao local do fato, dá instruções por telefone celular durante a execução e, ainda, fica com parcela substancial do produto do crime, não há dúvidas de que classificar os atos de “A” como mera cumplicidade viola a proporcionalidade que deve reger a aplicação da lei penal. O nível de colaboração por parte de “A”, elevadíssimo, seria, entretanto, reputado como mera participação pela teoria objetivo-formal, já que do ponto de vista ontológico não percorreu nenhum trecho da norma incriminadora prevista no artigo 155 do Código Penal.

No que tange a autoria mediata, os problemas são mais evidentes ainda. Basta imaginar a posição de quem manipula um inimputável ou um imputável em situação de erro para realizar a conduta prevista no tipo penal. Na prática, o celerado que age assim não pode ser considerado autor, segundo o critério objetivo-formal, posto que não executa pessoalmente o delito. Embora os códigos tentem assegurar a punibilidade por meio de normas interpostas nesses casos, não deixa de ser uma incoerência do sistema.

2.11 Teoria ou critério objetivo-material

⁶⁴ RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal*, p. 130.

⁶⁵ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 55.

Por meio dessa teoria, autor é o agente que realizou a contribuição fática mais relevante para a realização do tipo penal, independentemente da execução do verbo contido na norma penal, baseando-se nas ideias de condutas causais ou não causais e condutas necessárias ou desnecessárias.

Para Nilo Batista:

Segundo um critério *material-objetivo*, a distinção entre autoria e participação deveria ser pesquisada sob o prisma da diferença de eficiência ou relevância causal das respectivas condutas. O nível em que se processasse tal pesquisa faria que a distinção tramitasse entre condutas causais – condutas não causais; causa – condição; causa adequada – causa inadequada; causa necessária – causa desnecessária; causa positiva – causa negativa; etc. Versada por Frank e Binding, tal teoria foi especialmente difundida por Birkmeyer; costuma-se situar suas raízes em Feuerbach.⁶⁶

Essa teoria possui inúmeras dificuldades de aplicação prática, porém o que se mostra mais complexo é definir, no caso concreto, qual a conduta mais relevante, avaliando-se predominantemente na ideia de “causa necessária” e prescindindo-se do tipo descrito na norma penal.

Claus Roxin cita o exemplo de um farmacêutico que fornece o abortivo para ao ato criminoso⁶⁷. O fornecimento é necessário à consumação do delito, porém isso não significa que o farmacêutico seja autor ou coautor do delito, uma vez que o comprador do fármaco é que toma a decisão final de usá-lo para a interrupção da gravidez e, ademais, poderia ter adquirido o mesmo produto com outro vendedor. Em seguida, o professor conclui as críticas ao critério objetivo-material:

Pero ante todo este criterio sería poco viable. En efecto, aun cuando se parta de lo que piensen los partícipes, a menudo éstos no pueden saber si una aportación es “necesaria” o no. Por ejemplo, en nuestro supuesto, los que coactúan probablemente nunca sepan si el abortivo lo habrían podido obtener en otro sitio, e incluso quizá el tribunal nunca podrá verificarlo, de manera que tales casos quedan sin solución para esta teoría.

Además, de ningún modo convence que la decisión sobre la forma de participación del farmacéutico que depende de si – lo que el comprador no puede saber – otro farmacéutico habría estado disponible para proporcionar el abortivo. No se trata aquí de una solución obtenida a partir de la realidad das cosas, sino simplemente de una consecuencia proveniente de un punto de partida metodológicamente incorrecto.

Por último, también el ámbito de aplicación de esta teoría se limita a la distinción entre coautoría y complicidad, no sirviendo para distinguir la autoría, la autoría mediata y la inducción. Si, por ejemplo, alguien persuade a otro para que cometa un

⁶⁶ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 65-66.

⁶⁷ ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*. 7ª edición. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 61.

delito, a lo que el autor no habría llegado motu proprio, no pasa de ser inductor, aunque haya aportado una condición “necesaria”. Al respecto reina hoy unanimidad.

Así pues, el alcance de esta teoría se revela a fin de cuentas insuficiente. El desarrollo de sus puntos de partida fructíferos quedará reservado para la solución que aquí se elaborará.⁶⁸

Em outras palavras, esse critério reconduz a indagação fundamental ao campo hipotético, levando o aplicador da lei, a todo instante, comparar a conduta efetivamente realizada com aquela que poderia ter sido cometida, para identificar a necessariedade ou não na causação do resultado. Face à essas idiosincrasias, a teoria foi descartada.

2.12 Teoria ou critério subjetivo

Partindo da teoria da equivalência dos antecedentes, o critério subjetivo considera todas as causações do resultado iguais. No entanto, diferencia autoria e participação por intermédio do elemento subjetivo. Nilo Batista esclarece que, para esse critério, o autor “atua com vontade de autor (*Täterwille* ou *animus auctoris*), e deseja a ação como própria (*als eigene*)”⁶⁹, enquanto o partícipe “atua com vontade de partícipe (*animus socii*), seja de instigador ou cúmplice (*Anstifterwille* ou *Gehilfenwille*), e deseja a ação como alheia (*als fremde*).”⁷⁰ Paul Bockelman, um dos principais patronos da teoria subjetiva, reforça sua utilidade no que tange à conclusão de que seria possível a participação somente em atos dolosos:

Resulta así, que la complicidad no es imaginable sino en relación con un hecho principal doloso, pues el cómplice puede subordinar su propia decisión en la forma descripta, únicamente al *dolo* del hecho de otro. La tesis sentada más atrás, según la cual sólo puede tener *animus socii* quien presupone *animus auctoris* en otro, queda así confirmada. La naturaleza real de la complicidad está elaborada de tal modo que sólo puede ser prestada a un hecho doloso.⁷¹

Embora a teoria tenha prevalecido na jurisprudência alemã por longo período, sofreu severas críticas pelos paradoxos que causou. Por meio de interpretações extremas, reputou como partícipes pessoas que executarem pessoalmente o delito, nomeadamente nos famosos “casos da banheira” e do agente “Staschinsky”.

⁶⁸ ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*. 7ª edición. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 61.

⁶⁹ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 67.

⁷⁰ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 67.

⁷¹ BOCKELMANN, Paul. *Relaciones entre autoria y participacion*. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1960, p. 72.

A *jurisprudência alemã*, ao contrário, transitava e ainda transita aleatoriamente entre vários critérios, fixando-se, em regra, na chamada *teoria subjetiva da autoria e participação*, cuja ideia fundamental é distinguir entre autor e partícipe (cumplicidade e instigação) segundo a existência de uma vontade de autor (*animus auctoris*) ou de uma vontade de partícipe (*animus socii*). Segundo uma versão *extrema*, hoje não mais defendida, seria possível até aquele que realiza de mão própria todos os elementos do tipo – quem efetua o disparo que vem a matar a vítima – fosse punido como mero partícipe, no caso, como cúmplice, e não como autor do delito, se lhe faltasse a vontade de autor de que fala a teoria (o agente comete o delito a pedidos insistentes e no exclusivo interesse de outra pessoa). Com base nessas premissas considerou-se que poderiam ser partícipes a mulher que afogou o bebê da irmã, porque sua atuação estava motivada por fazer um favor a esta (chamado caso da banheira, RGSt 74, 84 [1940]), e o agente do serviço secreto soviético que, a mando de um superior, assassinou uma pessoa em território alemão (caso Staschinsky, BGHSt 18, 87 [1962]).⁷²

Para Claus Roxin “la determinación de ‘la voluntad de autor’, que representa el elemento decisivo de delimitación para la teoría subjetiva, dedicaron sus esfuerzos al principio sobre todo la teoría del dolo (o del *dolus*) y la del interés”.⁷³ Decerto, informa o mestre germânico, existem duas correntes teóricas acerca do critério subjetivo. Pela *teoria do dolo*, o autor do delito possui uma vontade independente e o partícipe uma vontade dependente e, noutra linha, a *teoria do interesse* parte da ideia de que a vontade do autor do crime se caracterizaria por um interesse próprio no fato e a vontade do partícipe pela falta desse interesse:

Según la teoría **del dolo (o del *dolus*)**, el autor posee una voluntad independiente y el partícipe una voluntad dependiente. En este sentido, el juez asesor del Reichsgericht v. *Buri*, que ejerció una notable influencia en la jurisprud. del RG en sus comienzos, enseñaba: “La diferencia entre el autor [*Urheber*] y el cómplice sólo puede encontrarse en la independencia de la voluntad de autor y la dependencia de la de cómplice. El cómplice quiere el resultado sólo para el caso de que el autor lo quiera y, para el caso de que el autor no lo quiera, él tampoco lo quiere. Por tanto, debe dejar a criterio del autor la decisión de si el resultado debe producirse o no”.⁷⁴

De un modo diferente, la **teoría del interés** parte da la base de que la voluntad de autor se caracterizaría por el interés propio en el hecho y la de partícipe por la tal de tal interés. Así, en al llamativo “**caso de la bañera**” (RTSt 74, 85; con más detalle nm. 39), el RG explicaba: “El que alguien quiera el hecho como propio depende

⁷² GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 23.

⁷³ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo II: especiales formas de aparición del delito*. 1ª edición. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña (Director), Miguel Díaz y García Conlledo, José Manuel Paredes Castañón, Javier de Vicente Remesal. Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2014. Em tradução livre: “A determinação da vontade de autor, que representa o elemento decisivo para a teoria subjetiva, dedicaram seus esforços a teoria do dolo (o do *dolus*) e a teoria do interesse”.

⁷⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo II: especiales formas de aparición del delito*. 1ª edición. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña (Director), Miguel Díaz y García Conlledo, José Manuel Paredes Castañón, Javier de Vicente Remesal. Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2014, p. 71.

prioritaria, aunque no exclusivamente, del grado de su interés en el resultado”. Dado que los procesos internos que determinan el “dejar al criterio de” y el “grado de interés” son difícilmente comprobables a *posteriori*, la cuestión de si alguien quiso el hecho “como propio” o “como ajeno” se juzga menudo en la jurisprudencia también por la medida de punibilidad o merecimiento de pena o de peligrosidad que se aprecia y se reviste sólo formularia o estereopadamente con las expresiones la teoría subjetiva.⁷⁵

A sutileza na distinção entre as duas correntes subjetivas, não é suficiente para resgatá-las do limbo jurídico das inconsistências assinaladas acima: possibilidade converter o executor direto do delito em mero partícipe e transformar a decisão sobre “autoria” e “participação” em uma questão de “merecimento de pena” ou “de periculosidade do agente”. Por isso, a doutrina rechaça a teoria subjetiva, em qualquer de suas modalidades.

2.13 Teorias ou critérios mistos

Várias teorias ou critérios foram criados para compor fatores objetivos e subjetivos na distinção entre autores e partícipes, no intuito de aproveitar os aspectos mais relevantes de cada uma das correntes inventadas.

A teoria do domínio do fato é frequentemente apontada como uma teoria mista, objetivo-subjetivo e, de fato, compõe-se desses elementos, embora em perspectiva distinta. A veracidade dessa afirmação, contudo, será objetivo do próximo capítulo, já que é o ponto crucial da investigação.

Decerto, nesse item, calha mencionar outras teorias que tentaram operar essa tarefa conciliadora. Claus Roxin relaciona Stübel, Tjaben, Haupt, v. Bar e a teoria da combinação, adotada pelos tribunais alemães, como os principais expoentes das teorias mistas⁷⁶.

Stübel foi o primeiro a sustentar uma teoria mista, fazendo a simbiose entre o critério objetivo-formal e o critério objetivo-material. Autor é quem realiza os elementos do tipo (teoria objetivo-formal) e todos aqueles que fazem contribuições no momento da execução do crime, independentemente da execução da ação delituosa (teoria objetivo-material, nas correntes da “simultaneidade” e da causalidade física e psíquica).

Tjaben, Haupt e v. Bar tentaram encaixar a teoria objetivo-formal, com a teoria subjetiva, considerando autor quem realiza a conduta típica e os demais cooperadores são

⁷⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo II: especiales formas de aparición del delito*. 1ª edición. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña (Director), Miguel Díaz y García Conlledo, José Manuel Paredes Castañón, Javier de Vicente Remesal. Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2014, p. 72.

⁷⁶ ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*. 7ª edición. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 77-79.

considerados autores ou partícipes, segundo critérios subjetivos, por vezes conjugados com correntes da teoria objetivo-material. Roxin explicita cada uma dessas vertentes:

Mientras que en ésta se entremezclan varias teorías objetivas, también se encuentran numerosísimas teorías mixtas subjetivo-objetivas. Así, Tjaben propone imponerla pena de la autoría a aquel que ejecuta una acción típica (teoría objetivo-formal) y además a todos los cooperadores que tienen *animus auctoris*, en tanto que éstos, llegado el caso, no vacilarían en tomar parte personalmente en la acción típica (teoría del dolo); combinación que se sigue empleando aún hoy en doctrina y jurisprudencia, al fundarse ciertamente en la teoría subjetiva, pero en caso de ejecución de la acción típica, admitiendo la autoría sin tener en cuenta la índole de la voluntad. De forma algo distinta, Haupt propone considerar siempre autor al que realiza la acción típica, y siempre partícipe al que sólo coopera en la preparación, pelo aplicando la teoría del dolo en el espacio intermedio. Con arreglo a la variante v. Bar, es siempre autor al que lleva a cabo la acción típica (teoría objetivo-formal), pero además <<el que con el propósito de, llegado el caso, realizar personalmente aquella actividad que producirá la consumación de la acción punible>> (teoría del dolo e de la simultaneidad); [...].⁷⁷

A *teoria mista ou normativa da combinação*⁷⁸, assumida pela jurisprudência alemã, retira elementos da teoria do domínio do fato e da teoria subjetiva, para criar uma modalidade nova, que será aprofundada no capítulo seguinte, no item referente à repercussão da teoria do domínio do fato na jurisprudência alemã e internacional. Por ora, basta salientar que:

Na atualidade, a jurisprudência ainda se vale de um ponto de partida subjetivo, principalmente a existência ou não de um interesse próprio na realização do fato, ponto de partida esse que é mitigado por meio de critérios de caráter objetivo. Não há, na jurisprudência alemã, uma linha unitária e coerente, razão pela qual Roxin fala em uma <<*teoria normativa da combinação*>>, que, ao lado de outros fatores, se vale também do domínio sobre o acontecer típico para adscrever ao agente um <<interesse próprio>> na conduta, combinando assim o critério do domínio do fato com uma teoria subjetiva.⁷⁹

Segundo Claus Roxin, as teorias mistas possuem a vantagem de evitar os problemas inerentes a cada uma das teorias, corrigindo eventuais desvios com um critério suplementar, porém manejá-las na prática é excessivamente complexo e não resulta necessariamente em

⁷⁷ ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*. 7ª edición. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 77-78.

⁷⁸ Vale dizer que Claus Roxin criou essa designação para denominar a teoria empregada pelas cortes alemãs, não se trata de uma nomenclatura oficial dos tribunais, conforme indicado por Luís Greco na citação que se segue.

⁷⁹ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoría como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, p. 23.

soluções tecnicamente corretas ou justas⁸⁰. Talvez por isso não tenham adquirido o status das teorias solidamente construídas em um único critério preponderante.

2.14 Teoria ou critério do domínio do fato

A *teoria ou critério do domínio do fato*, objeto de estudo do capítulo seguinte, especialmente na forma concebida por Claus Roxin, passou por diversas transformações e cada autor a idealizou de uma maneira diversa. Apenas para introduzir o tema, é suficiente afirmar que o domínio do fato pertence à teoria restritiva, na medida em que distingue autoria e participação, de acordo com o domínio sobre a realização do tipo⁸¹. Como se dá essa distinção, na teoria e na prática, é que será analisado no capítulo seguinte, por meio do estudo da evolução que culminou na visão de Claus Roxin.

2.15 Primeira conclusão intermediária: a superioridade do conceito restritivo de autor

A digressão dogmática deste capítulo revelou a disputa secular entre teorias restritivas e teorias extensivas do conceito de autor. No final no século XX, verificou-se ampla aceitação da teoria restritiva como fruto do sistema penal subjacente ao Estado Democrático de Direito e, a partir daí, tornaram-se mais evidentes os critérios para distinguir autoria de participação.

Com efeito, a teoria restritiva é a que melhor se coaduna com os princípios da legalidade, da autorresponsabilidade, da culpabilidade e da proporcionalidade e, por conseguinte, a teoria unitária ou extensiva de autor, que equipara todas as contribuições para realização do crime, não é compatível com tais pressupostos garantistas, devendo ser rejeitada. Ademais, a teoria unitária ofende os limites ontológicos que devem ser observados pela dogmática penal.

Decerto, mesmo que a redação do artigo 29 do Código Penal vigente preconize uma visão mais próxima da teoria unitária, a doutrina penal não pode ser limitada pela lei infraconstitucional, incumbindo-lhe pesquisar a interpretação que mais de compatibiliza com as normas constitucionais. Salutar é a lição de Aníbal Bruno:

⁸⁰ ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*. 7ª edición. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 78-79.

⁸¹ GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 44.

Em suma, os códigos podem fugir a uma classificação de figuras de co-delinquência, evitando a rigidez de esquemas preestabelecidos e preferindo deixar ao juiz, na apreciação dos casos concretos, a consideração da parte que realmente teve na realização do crime cada um dos agentes. Nem por isso deixará de ser útil prevê-la e defini-las, como realidades bem precisas, inconfundíveis entre si, a cuja compreensão não pode ficar estranhas a ciência nem a justiça penal. O nosso próprio Código, com a posição que tomou, se renega toda classificação *a priori* de formas de participação, ano contesta que essa classificação seja possível e mesmo necessária, pois em outros dispositivos toma em consideração algumas daquelas formas de atenuar ou agravar a punição e utiliza mesmo expressões tradicionalmente usadas para designá-las, como *instigação, determinação, auxílio*. Note-se mesmo que a rigorosa consequência da teoria da causalidade, de ser todo partícipe autor do fato total, sofre exceções no dispositivo do artigo 48, nº II, do Código, que reconhece implicitamente que não basta o nexos causal para determinar a posição de autor. A equiparação total das várias espécies de participação, na realidade, é só aparente; a diferenciação continua, e nisso há um convite à doutrina para que prossiga e especificar e caracterizar, como tão laboriosamente tem feito a ciência do Direito Penal, desde os práticos da fase intermediária, as situações que resultam, com reflexo na responsabilidade, do grau de participação real no atuar típico e da intensidade da deliberação no seu cometimento, sendo certo que a definição as categorias fundamentais da co-delinquência, na doutrina, representa, em relação à concepção unitária que vigorou em certo período, notável progresso científico.

De princípio, as formas do concurso de agentes podem ser classificadas em dois grupos – co-autoria propriamente dita e a participação, conforme se trata do fato principal ou dos fatos secundários, da realização típica ou de atos concorrentes. Na participação, se abrangem a instigação e a cumplicidade.⁸²

De fato, a premissa inicial é a aceitação da teoria restritiva do conceito de autor, tomando-se como um *axioma* que, no concurso de pessoas, *autores são as figuras centrais do acontecer típico e partícipes são as figuras secundárias*.

No capítulo seguinte, será examinado se a teoria do domínio do fato pode servir para realizar essa importante tarefa, ou seja, distinguir autores e partícipes, harmonizando-se com o sistema de garantias penais.

⁸² BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, t. 2º, fato punível, p. 175

3 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E O DOMÍNIO DA VONTADE POR MEIO DE ESTRUTURAS DE PODER ORGANIZADAS

3.1 Origens da teoria do domínio do fato

Segundo Claus Roxin, foi Hegler o primeiro penalista a empregar “la expresión ‘dominio del hecho’”. En su monografía de 1915 sobre *Los elementos del delito* introduce en numerosos lugares el término ‘dominio del hecho’ o ‘dominio sobre el hecho’ como concepto básico de la sistemática del Derecho penal”.⁸³

Porém, a concepção de Hegler não se assemelha à que hoje se atribui à expressão. Para o criador do termo, o “domínio do fato” refere-se a um amplo conceito, que abrange a imputabilidade penal, o dolo, a imprudência e a inexistência de causas de justificação. Assim, domínio do fato, nessa acepção primitiva, significava que o autor deve possuir o domínio sobre o fato cometido, o que indicava a coexistência dos aludidos requisitos materiais da culpabilidade e inexistência de excludentes de ilicitude.

No mesmo sentido, Frank e Goldshmidt conectaram o conceito de domínio do fato à culpabilidade, em obras produzidas no início do século XX, sem utilizá-la exatamente para distinguir autores e partícipes.

Em 1932, Herman Bruns usou pela primeira vez a teoria para distinguir autoria e participação, afirmando que a autoria pressupõe *ao menos a possibilidade de domínio do fato*. No mesmo período, V. Weber e Lobe fizeram a mesma utilização, aparecendo, em Lobe, uma atraente crítica à teoria subjetiva, consoante o trabalho publicado em 1933, descrito por Roxin:

La formulación de la idea con mucho más importante, y case coincidente en cuanto a contenido con la hoy dominante teoría del dominio del hecho, es la de Lobe, que en su crítica de la jurisprudencia del RG manifiesta que en lugar del *animus auctoris* habría de requerirse el “*animus domini*, conectándolo con el correlativo *dominare* en la ejecución del hecho”.⁸⁴

⁸³ ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*, p. 81, grifos do autor. Em tradução livre, o trecho significa: “foi Hegler o primeiro a empregar a expressão ‘domínio do fato’ em Direito penal. Em sua monografia de 1915 sobre ‘Os elementos do delito’ introduz em numerosos lugares o termo ‘domínio sobre o fato’ como conceito básico da sistemática do Direito penal”.

⁸⁴ ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*, p. 84-85, grifos do autor.

Por sua vez, o criador do “finalismo penal”, Hans Welzel, cunhou o “domínio final do fato”, explicando a teoria a partir dos pressupostos de sua corrente jurídico-penal em 1939, concatenando uma teoria mista, com elementos objetivos e subjetivos:

Por fin, en 1939 aparece el concepto de dominio del hecho en Welzel, que enlaza por vez primera la idea de dominio del hecho en la doctrina de la acción, derivando de ésta una “autoría final” basada en el criterio del dominio del hecho. “La autoría final es la forma más amplia de dominio de hecho final”, dice Welzel.

A partir de ahora, el concepto del dominio del hecho se cuenta entre los activos sólidos de la dogmática penal, y ello esencialmente con el contenido y configuración que recibieron de Welzel. De ahora en adelante su destino ya o forma parte de la historia, sino del estado evolutivo actual.⁸⁵

Damásio E. de Jesus explica as particularidades da concepção difundida por Hans Welzel, segundo o finalismo penal:

Welzel, em 1939, ao mesmo tempo em que criou o finalismo, introduziu no concurso de pessoas, a “teoria do domínio do fato”, partindo da tese restritiva e empregando um critério objetivo-subjetivo: autor é quem tem o controle final do fato, domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstâncias (“se”, “quando”, “onde”, “como”, etc.). É uma teoria que se assenta em princípios relacionados à conduta e não ao resultado. Agindo no exercício desse controle, distingue-se do partícipe, que não tem o domínio do fato, apenas cooperando, induzindo, incitando, etc.⁸⁶

Nos anos seguintes, outros autores também trabalharam a teoria do domínio do fato, podendo-se mencionar Maurach, Gallas, Lange, Niese, Sax, Busch, Von Weber, Less, Jescheck, Bockelman, Nowakowski, Baumann, Sauer, Mezger, Mayer e Schröder e outros, mas sem inovações relevantes⁸⁷.

Em 1963 sobreveio o quarado culminante desse esforço, quando Claus Roxin produziu a maior revolução na compreensão da teoria, por meio da obra “Autoria e domínio do fato em direito penal”, reformulando conceitos e introduzindo importantes aspectos doutrinários, entusiasmando toda a doutrina penal e as cortes de vários países. Por isso, mostra-se correto quando Luís Greco e Alaor Leite reconhecem que:

Em razão dessa sucessão de referências esparsas e pouco lineares à ideia de domínio do fato é que se pode dizer, sem exagero, que apenas em 1963, com o estudo monográfico de Roxin, a ideia teve os seus contornos concretamente desenhados, o que lhe permitiu, paulatinamente, conquistar a adesão de quase toda a doutrina.⁸⁸

⁸⁵ ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*, p. 85.

⁸⁶ JESUS, Damásio E. de. *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 17.

⁸⁷ Cf. ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*, p. 90-111.

⁸⁸ GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, p. 21.

Todavia, a história dogmática do domínio do fato não se encerra nesse capítulo magistralmente redigido por Claus Roxin.

Após o reconhecimento da pertinência da teoria, inclusive por meio da adoção em julgamentos emblemáticos, como o produzido pela Suprema Corte Peruana no “Caso Fujimori”, novos autores, e outros julgados, vem ampliando e, por vezes, reformulando a teoria do domínio do fato, a exemplo dos novos estudos promovidos por Bernd Schünemann sobre a aplicabilidade da teoria no contexto dos crimes cometidos por meio de empresas.

3.2 Sistematização das teorias do domínio do fato

A propósito das inúmeras teorias do domínio do fato, que se sucederam sem necessariamente influenciarem-se mutuamente, propõe-se uma classificação preliminar, agrupando-as em quatro grupos ou gerações distintas:

1^a - *Domínio do fato conectado à culpabilidade*: surgimento do “domínio do fato” na dogmática penal, entrelaçado aos requisitos da culpabilidade, conforme trabalhos produzidos por Hegler, Frank e Godschmidt;

2^a - *Domínio potencial do fato*: primeiros estudos a usarem a teoria para distinguir autores de partícipes, consoante opiniões de Bruns, Weber e Lobe;

3^a - *Domínio final do fato*: teoria de Hans Welzel sustentada no seu finalismo penal. Nessa ótica, autor é quem possui o “domínio final do fato”, segundo critérios objetivos e subjetivos, e o partícipe é o sujeito que não dispõem desse domínio;

4^a - *Domínio do fato funcionalista*: criação de Claus Roxin, derivada do funcionalismo penal, corrente jurídica-penal cujo objetivo é unir a dogmática penal, de caráter técnico e ontológico, aos objetivos da política criminal, de visão axiológica, para redesenhar os elementos da teoria geral do delito. Registre-se que a expressão “domínio do fato funcionalista” é uma criação derivada deste trabalho, de modo a diferenciar a criação de Roxin das “gerações” anteriores. Acrescente-se: o domínio do fato funcionalista não deve ser confundido com o domínio funcional do fato, pois esta

é uma das subdivisões do domínio do fato, que serve para identificar a coautoria funcional;

5ª - *Domínio do fato universal* ou *flexibilizado*: sob esse amplo espectro foram agrupadas múltiplas contribuições à teoria do domínio do fato, surgidas após a tese de Roxin. Em síntese, tratam-se de teorias que flexibilizam requisitos das concepções de Roxin, para veicular um conceito amplo e universalista de domínio do fato. É o atual estágio do desenvolvimento da teoria, mostrando-se importantes as contribuições da jurisprudência (nacional, estrangeira e internacional) e de pesquisadores como Bernd Schünemann.

Decerto, as primeiras concepções da teoria não serão objeto de estudo desta investigação, posto que não tiveram a aceitação semelhante à monografia de Roxin e não foram empregadas pelos tribunais com a mesma ênfase, a exemplo do que ocorreu no “Caso do Mensalão”. De agora em diante, somente a teoria de Roxin será mencionada, com seus subsequentes desenvolvimentos.

3.3 Funcionalismo penal, concurso de pessoas e domínio do fato

Toda construção dogmática de Claus Roxin, incluindo suas concepções sobre o concurso de pessoas e, mais especificamente, a teoria do domínio do fato, é tributária de uma teoria mais ampla, que pertence à estruturação geral do direito penal: o *funcionalismo penal teleológico*.

Não é possível compreender os conceitos do domínio do fato, elaborados pelo professor de Munique a partir de 1963, sem colocá-los na moldura do funcionalismo penal.

Reconhece-se que o sistema funcional bifurcou-se entre as concepções de Claus Roxin (*funcionalismo teleológico* ou *moderado*) e Günther Jakobs (*funcionalismo sistêmico* ou *radical*). Alguns autores, ainda, sugerem uma terceira linha funcionalista, chamada *social*, liderada por Winfried Hassemer⁸⁹. Fábio Guedes de Paula Machado descreve essas vertentes:

⁸⁹ Apesar dessas dissensões, Roxin explica que os adeptos do funcionalismo “estão de acordo – apesar das várias divergências quanto ao resto – na recusa às premissas sistemáticas do finalismo e em partir da ideia de que a construção sistemática jurídico-penal não deve orientar-se segundo dados prévios ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais etc.), mas deve ser exclusivamente guiada por finalidades jurídico penais” (ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 205). Evidentemente, não se trata de uma “abdicação total” à ontologia. Decerto, em cada corrente pode ser analisada essa abdicação de formas distintas. Jakobs faz de forma mais acentuada, a partir da visão de que a função do

O funcionalismo penal, em poucas letras, pode ser entendido à luz da função que pode o Direito Penal desenvolver num determinado contexto social. Diversos modelos de funcionalismo podem ser verificados: o funcionalismo normativista de Günther Jakobs, aponta no sentido da revitalização da norma através da imposição de pena; o funcionalismo político-criminal de Claus Roxin, acena para a abertura das estruturas do Direito Penal em obediência à política criminal; o funcionalismo social de Winfried Hassemer, aponta para a interação do Direito Penal com os aspectos sociais vigentes.⁹⁰

Dentre as três, a arquitetura preconizada por Claus Roxin é a mais apropriada, porque tem a vantagem de compreender o direito penal de acordo com sua função precípua, ou seja, proteger bens jurídicos, de modo que todas as soluções dogmáticas incompatíveis com tal escopo devem ser afastadas, assegurando-se, ademais, as garantias estipuladas na Constituição da República.

Para apreender o funcionalismo penal, é preciso saber que historicamente a ciência penal desenvolveu-se a partir de categorias ontológicas, ou seja, repousadas no mundo fático. A partir dessa verificação, a doutrina deduziu normas e, principalmente, limites à atividade do legislador.

Decerto, tanto *causalistas* quanto *finalistas* basearam-se em dados pré-jurídicos para construir o sistema penal. No epítome dessa corrente de pensamento, Hans Welzel edificou o finalismo sobre a *teoria das estruturas lógico-objetivas ou lógico-reais*, o que significa repelir qualquer construção normativa virtual, sem base ontológica.⁹¹

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli elencam os aspectos dessa teoria:

a) o objeto desvalorado não é criado pela desvalorização, mas é anterior a ela, ou melhor, existe com independência dela. O direito, quando desvaloriza uma conduta, não a cria: a conduta existe independente do desvalor jurídico; b) A valoração deve respeitar a estrutura do “ente” que valora, posto que o desconhecimento desta estrutura fará com que a desvalorização recaia sobre um objeto diferente ou no vazio: se valoramos os cisnes belos, mas ao varolá-los dizemos que têm características dos porcos, estaremos valorando estes como belos e não os cisnes; c) “Estruturas lógico-objetivas” são, pois, as que vinculam o legislador ao ser do que ele desvaloriza, que está relacionado com ele, mas que não pode ser alterado; d) O que acontece quando o legislador desconhece uma estrutura lógico-objetiva? Na generalidade dos casos, a legislação será imperfeita, fragmentária, com lacunas, mas nem por isso será inválida, porque a valoração continua sendo tal, embora recaia sobre um objeto diferente; e) Há algum caso em que este desconhecimento invalida a norma? Isto

direito penal é tutelar a efetividade da norma jurídica, enquanto Roxin intenta conjugar elementos ontológicos e axiológicos, focando na ideia de que a função político-criminal do direito penal é proteger bens jurídicos. Partindo do funcionalismo teleológico, Bernd Schünemann é que mais se aproximou de um equilíbrio entre ontologia e axiologia.

⁹⁰ MACHADO, Fábio Guedes Paula Machado. Culpabilidade e Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://users.cmg.com.br/~bpdir/a-fgpm-01.doc>>. Acesso em: 23 out. 2013.

⁹¹ Cf. WELZEL. *Estudios de filosofía del derecho e derecho penal*. Buenos Aires: Euros, 2006, p. 194 e 198-199.

acontece quando o legislador desconhece a norma que o vincula ao homem como pessoa, ou seja, como ente responsável. É uma antiga afirmação kantiana de que não se pode considerar submetido ao dever ser aquele que não é capaz de autodeterminação.⁹²

Todavia, no início dos anos 1970, Roxin e outros juristas alemães opuseram-se a essa visão e recomendaram uma releitura das bases teóricas da ciência penal, face às contradições do finalismo penal, enraizado nas estruturas lógico-reais. Essas contradições foram evidenciadas principalmente na “teoria da participação”, justamente o objeto desta monografia:

Isso se nota na maneira especialmente crassa na teoria da participação, onde o desenvolvimento da jurisprudência levou a que a distinção entre autor e partícipe fosse feita sem orientação, à livre discricção do juiz. Isso foi tornado possível porque o aparente critério distintivo da “vontade de autor”, que não existe como realidade física, é utilizado de tal maneira pela jurisprudência, que se determina, através de uma valoração imediata, quem merece a pena por autoria, quem por participação; é de acordo com o resultado dessa decisão que se nega ou afirma a vontade de autor. As consequências dessa jurisprudência são conhecidas: as sentenças contradizem-se entre si de maneira grossa, e a frase, de já 60 anos, que caracterizou a teoria da participação como “o mais sombrio e confuso capítulo da doutrina penal” tornou-se lugar comum.⁹³

Sobre essa mudança de paradigma, Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini ressaltam que a evolução das concepções penais:

Apesar da oposição entre ambos, causalistas e finalistas coincidem num ponto fundamental: partem de um conceito ontológico de ação, isto é, pré-jurídico, que pertence ao mundo do ser, da realidade, para dele derivar todo o restante da construção sistemática (Paulo Queiroz, *Direito penal*, 2009, p. 146).

A premissa comum a todas as diversas correntes funcionalistas é o abandono das premissas ontológicas assumidas pelo causalismo e pelo finalismo. Trata-se, portanto, de um retorno a um ponto de partida normativista/axiológico que já havia despontado com o neokantismo, mas agora alicerçado sobre o fundamento sólido da política criminal, vale dizer, das funções da pena e do Direito Penal.

[...]

Em outras palavras, sem abandonar a concepção sistemática do Direito Penal o funcionalismo faz o sistema fundar-se sobre o alicerce axiológico e valorativo da teoria dos fins da pena. Promove, assim, fusão entre dogmática e política criminal, modela os institutos dogmáticos segundo sua função político-criminal e imanta-os com a carga valorativa que emana da perspectiva político-criminal.⁹⁴

⁹² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 306.

⁹³ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*, p. 18-19.

⁹⁴ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 162-163.

Decerto, verificou-se que o direito não é composto apenas de dados ontológicos, mas também de valores que não são sensíveis no mundo natural. Por isso, conteúdos axiológicos devem ser inseridos nos estudos penais, com base nas *funções do direito penal e da pena*, extraídas da política-criminal, reformulando-se as soluções dogmáticas desse ramo da ciência jurídica, conservando-se intactos os limites garantistas já absorvidos pelas correntes ontológicas:

De maneira análoga deve ser reconhecido também no direito penal – mantendo intocadas e completamente íntegras todas as exigências garantísticas – que problemas político-criminais constituem o conteúdo próprio também da teoria geral do delito. O próprio princípio *nullum-crimen* possui, ao lado de sua função liberal de proteção, a finalidade de fornecer diretrizes de comportamento; através disto, torna-se ele um significativo instrumento de regulação social.⁹⁵

Dessa maneira, Roxin informa que cada um dos elementos do delito – fato típico, ilicitude e culpabilidade – deve ser compreendido segundo sua função, unindo-se os aspectos tradicionais da dogmática tradicional, umbilicada com a teoria das estruturas lógico-reais, com a axiologia inerente aos valores político-criminais:

Uma tal tentativa, que vou apresentar em suas linhas fundamentais, precisa partir da premissa de que cada categoria do delito – tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade – deve ser observada, desenvolvida e sistematizada sob o ângulo de sua função político-criminal: o *tipo* está sob a influência da idéia de determinação legal, à qual a legitimação da dogmática por muitas é reduzida; os tipos servem, na verdade, ao cumprimento do princípio *nullum-crimen*, devendo ser estruturados dogmaticamente a partir dele. A *antijuridicidade*, pelo contrário, é o âmbito da solução social de conflitos, o campo no qual interesses individuais conflitantes ou necessidades sociais globais entram em choque com as individuais. [...] Por fim, a categoria do delito que tradicionalmente se chama de culpabilidade, e que tem na verdade pouco a ver com a comprovação, empiricamente difícil, do poder-agir-de-outro-modo, importa-se muito mais com a questão normativa de como e até que ponto é preciso aplicar a pena a um comportamento em princípio punível, se for ele praticado em circunstâncias excepcionais. Para responder a essa pergunta devem ser levadas em conta no trabalho dogmático tanto a função limitadora da pena desempenhada pelo princípio da culpabilidade, como considerações de prevenção geral e especial.⁹⁶

Desse ponto de vista, a distinção entre autoria e participação, pertencente à teoria do tipo penal, possui a função precípua de concretizar do princípio da legalidade (*nullum crimen*), traduzindo-se na identificação precisa das condutas que comportam autoria e participação, de maneira a garantir a exata subsunção da norma penal aos comportamentos surgidos no mundo fático.

⁹⁵ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*, p. 14-15, grifos do autor.

⁹⁶ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*, p. 30-31, grifos do autor.

3.4 Conceito universal de autoria e participação

A pedra angular da teoria de Roxin é a de que *autor é a figura central na realização da conduta típica e partícipe ou cúmplice é um personagem secundário*, que provoca a ação ou omissão do autor mediante uma indução ou contribui mediante um auxílio material ou através da incitação:

Si se busca una característica general para todas las manifestaciones o formas de aparición de la autoría que la delimite de la participación, se ha de decir: el autor es la **figura central** en la realización de la acción ejecutiva típica (§25). El partícipe es una figura marginal o personaje secundario que provoca el hecho del autor mediante una incitación (§25: inducción) o contribuye a él mediante la prestación de ayuda (§27: cooperación o complicidad). Que ello es así puede deducirse de la ley, que distingue entre “comisión” por el autor (§25) y la mera determinación (§26) y ayuda (§27) a ella y hace dependientes ambas formas de participación de la concurrencia de una autoría dolosa y las apoya en ella.⁹⁷

Partindo desse conceito vasto, Roxin extrai três maneiras de explicar a diferenciação entre autoria e participação: (a) o domínio do fato, para “delitos de domínio”; (b) a infração de um dever, para “delitos de dever” e; (c) realização pessoal da conduta, para “delitos de mão própria”.

Essas apreensões precisam ser compreendidas a partir da noção de tipo penal como realização do conteúdo descrito na norma incriminadora e não como causação de um resultado. Entender o tipo como a “causar um resultado” implica em considerar todos os atos que contribuíssem para o evento final como idênticos, pelo simples fato de que são condições do resultado derradeiro, conduzindo a uma teoria unitária ou extensiva de autor. Em contrapartida, realizar o tipo significa empreender uma conduta perigosa para um bem jurídico (dominando a conduta, violando um dever subjacente ou exercendo exclusivamente a conduta típica), resultando na teoria restritiva do funcionalismo penal defendido por Roxin.

Sobre essa correlação entre os conceitos de tipo e de autoria⁹⁸, Luís Greco e Adriano Teixeira sublinham que:

Autoria é realização do tipo. A um tipo entendido como causação corresponde um conceito extensivo de autor, a um tipo entendido como ação corresponde um conceito restritivo de autor. Uma concepção formalista do tipo como ação chegará à chamada teoria formal-objetiva de autoria, segundo a qual autor é quem realiza o ato

⁹⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo II: especiales formas de aparición del delito*, p. 68, grifos do autor.

⁹⁸ Novamente, é importante ressaltar que, no capítulo 2, demonstrou-se a teoria do concurso de pessoas é inerentes à teoria do tipo, o que é reforçado pela correlação apresentada neste capítulo entre tipo, autoria e cumplicidade.

que imediatamente conduz ao resultado; uma concepção mais “material”, que enxerga nos tipos comportamentos perigosos, poderá ver no domínio sobre esse perigo o critério fundamentador da autoria (nos delitos dolosos comuns). Nos delitos especiais e culposos, será necessário valer-se de outros critérios.⁹⁹

Sintetizando, autor é a figura central na realização do tipo em sentido material e, a seguir, será analisado, para cada espécie de delito, os aspectos indispensáveis para verificar, no caso concreto, os sujeitos principais e os secundários na realização do tipo.

3.5 Delitos de domínio, delitos de infração de dever e delitos de mão própria

Roxin propôs uma classificação entre delitos de domínio, delitos de infração de dever e delitos de mão própria, para, então, conceber as formas que a autoria e a cumplicidade assumem em cada uma dessas constelações.

Delitos de domínio ou de ação são os crimes em que a norma incriminadora prevê uma ação, que deve ser empreendida pelo agente para consumação do delito. É o caso dos *crimes comuns*, como homicídio, lesão corporal, furto e roubo. Para essa modalidade, Roxin defende que a distinção entre autor e partícipe está no domínio exercido pelo autor sobre a realização do tipo, enquanto partícipe é o sujeito que, embora contribua para a realização do tipo, não exerce essa atividade de maneira decisiva:

En la mayoría de los delitos el criterio decisivo para la autoría es, según una doctrina hoy totalmente dominante y formulada por primera vez de forma completa por mí, el “**dominio del hecho**”: figura central del suceso delictivo es quien domina el acontecer que conduce a la realización del delito, mientras que los partícipes, si bien ejercen igualmente influencia en el acontecer, sin embargo no configuran de manera decisiva o determinante su ejecución. Hablo en este caso de “**delitos de dominio**”. En los delitos comunes como homicidios, lesiones, daños, hurto, etc. es siempre figura central y con ello autor quien por sí solo o con otros posee el dominio del hecho.¹⁰⁰

Delitos de infração de dever ou delitos especiais são os crimes que só podem ser cometidos por sujeitos com uma condição ou qualidade especial que, se inexistente, torna o fato atípico ou converte o fato em outra infração penal. É idêntico ao crime próprio, que, segundo Damásio E. de Jesus consiste no delito que “só pode ser cometido por determinada categoria de pessoas, pois pressupõe no agente uma particular condição ou qualidade

⁹⁹ GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro, p. 80.

¹⁰⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo II*: especiales formas de aparición del delito. 1ª edición, p. 69, grifos do autor.

peçoal”¹⁰¹, sendo que essa condição pode ser jurídica (acionista, funcionário público), profissional (comerciante, empregador, empregado, médico, advogado), parental (pai, mãe, filho, padrasto) ou natural (gestante, homem, mulher).¹⁰²

Para Claus Roxin, delitos de deber impõe ao referido sujeito ativo um plexo próprio de obrigações, surgindo a autoria quando viola esses deberes, seja por meio ações, seja através de omisiones.

Pero también existen delitos en los que en el centro de la realización típica, sólo aparece quien ha infringido un deber personal que no incumbe a cualquiera. A estos delitos denomino “**delitos de infracción de deber**”. Así, por ejemplo, en el tipo de administración o gestión desleal (§266) no se describe la acción típica, como en los delitos de dominio, mediante determinados comportamientos externos, sino a través de la infracción de un deber de administrar correctamente el patrimonio. En estos casos es autor (=figura central del suceso delictivo) quien realiza el resultado (de la forma que sea) mediante la infracción de su deber especial específico para el tipo, mientras que alguien a quien no incumba este deber (o sea, p. ej., quien no tiene deber de administrar correctamente el patrimonio en relación con la víctima)no puede ser más que partcipe, con total independencia de la importancia de su contribución externa al hecho.¹⁰³

Por fim, os *delitos de mão própria, atuação pessoal ou de conduta infungível* são os que somente podem ser cometidos pelo sujeito ativo pessoalmente e, assim, não aceitam coautoria ou autoria mediata. A diferença entre os crimes próprios e os crimes de mão própria reside justamente na existência de coautoria e autoria mediata nos delitos da segunda categoria, consoante leciona Damásio E. de Jesus¹⁰⁴. De acordo com Roxin, a autoria somente se aplica ao agente previsto na norma como passível de cometer o delito:

Una tercera forma de autoría viene representada por los **delitos de propia mano**, en los que no puede ser contemplado como figura central de la ejecución del delito más que quien realiza de propia mano el tipo. Así, sucede, p. ej., en el delito de embriaguez plena o absoluta [colocarse en estado de ebriedad o simular y cometer en él un delito por el que no puede castigársele por faltar o no poder excluirse que falte la imputabilidad] (§323 a), en el que sólo puede ser autor “quien se... coloca en un estado de ebriedad”. Quien coloca a otro en un estado de ebriedad puede dominar por completo el suceso ocultando a la víctima el carácter embriagante de la bebida que le sirve. Pero con ello no puede convertirse en autor, por lo que la autoría mediata y la coautoría no de propia mano no pueden producirse en los delitos de propia mano.¹⁰⁵

¹⁰¹ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal, parte geral*, p. 188.

¹⁰² Cf. JESUS, Damásio E. de. *Direito penal, parte geral*, p. 188.

¹⁰³ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo II: especiales formas de aparición del delito*, p. 70, grifos do autor.

¹⁰⁴ Cf. JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*, p. 188.

¹⁰⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo II: especiales formas de aparición del delito*, p. 70.

Portanto, os critérios para definir a figura central do acontecer típico variam de acordo com a espécie de delito – de ação (ou de domínio), de infração de dever ou de mão própria. Em síntese, o domínio do fato, nesse campo inicial, não tem características de universalidade, referindo-se somente aos *delitos de domínio ou de ação*.

Para compreensão da teoria de Claus Roxin sobre o concurso de pessoas, propõe-se o seguinte quadro, que apresenta em linhas gerais todas as concepções do catedrático alemão:

QUADRO 3 - TEORIA GERAL DO CONCURSO DE PESSOAS DE CLAUS ROXIN		
<i>Gêneros</i>	<i>Caracterização e espécies</i>	<i>Subespécies</i>
1. Delitos de ação ou de domínio	A autoria funda-se no <i>domínio do fato</i> , que se divide em três espécies: 1.1. Domínio da ação; 1.2. Domínio funcional do fato; 1.3. Domínio da vontade.	O domínio da vontade subdivide-se em: 1.3.1. Domínio da vontade mediante erro; 1.3.2 Domínio da vontade mediante coação; 1.3.3. Domínio da vontade mediante aparatos organizados de poder
2. Delitos especiais ou de dever	A autoria funda-se na <i>violação, comissiva ou omissiva, do dever</i> previsto na norma extrapenal	Não possui subespécies.
3. Delitos de mão própria	A autoria funda-se na <i>violação pessoal dos deveres</i> previstos na norma. Idêntico aos delitos especiais, mas com círculo mais restrito de autores.	Não possui subespécies.

3.6 A teoria do domínio do fato na concepção original de Claus Roxin

Para Roxin o domínio do fato, embora ancorado na chave mestra da autoria como figura central do acontecer típico, é um conceito aberto, que deve ser construído à luz de grupos de casos concretos, objetivando-se uma descrição e inclusão de elementos regulativos. Isso significa que definir domínio do fato é uma tarefa procedimental, porquanto depende do exame desses grupos de casos, traduzidos pelas categorias fundamentais do concurso de

pessoas: *autoria*, *coautoria* e *autoria mediata* e, em que medida, um interveniente pode ser reputado como *partícipe* da infração penal.¹⁰⁶

Após estudar esses grupos, o catedrático alemão desenvolveu três maneiras em que se manifesta a teoria do domínio do fato¹⁰⁷:

- a) *Domínio da ação* – funda a autoria delitiva. Autor é quem realiza a conduta típica descrita na norma incriminadora e partícipe é aquele que colabora, sem exercer nenhuma atividade inexorável a realização do tipo;
- b) *Domínio funcional do fato* – corresponde à coautoria. A coautoria surge da distribuição de tarefas entre dois ou mais sujeitos ativos do delito na execução do crime. Pode haver, na mesma infração, coautoria e cúmplices, porém somente os que tomam parte na execução do delito, mediante divisão de atividade, são coautores;
- c) *Domínio da vontade* – estabelece a coautoria. Autor mediato é quem, por meio de algum expediente, domina e controla outrem para execução do delito, em razão da intenção do “autor de trás”. Esse controle pode se dar por meio do manejo de inimputáveis, coação, erro e maquinarias organizadas de poder.

Os próximos itens serão dedicados a descrever os aspectos fundamentais de cada uma dessas modalidades.

3.7 Domínio da ação: autoria imediata

O sujeito que realiza livremente todos os elementos da conduta criminosa descrita no tipo é autor do delito, ou seja, é o autor imediato do crime.

Quem efetua o disparo que suprime a vida da vítima é autor do homicídio, assim como aquele que se apossa de bens móveis alheios é autor de furto. Partícipe, por sua vez, é quem

¹⁰⁶ Cf. ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*, p. 145-149.

¹⁰⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo II: especiales formas de aparición del delito*, p. 80-85.

coopera com o autor, sem realizar a conduta típica ou compor a distribuição de tarefas na execução do crime¹⁰⁸. Segundo Roxin:

En este grupo de casos relativamente fácil anticipemos el resultado: quien, no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos os elementos del tipo de propia mano, es autor. E todos os supuestos imaginables tiene el dominio del hecho.

Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la manifestación más evidente de la figura central, de un supuesto en que coinciden incuestionablemente la “concepción natural de la vida” y la valoración del legislador. No puede dominarse un hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno mismo; no se puede mantener en las propias manos do modo más firme que cuando se actúa de propia mano.¹⁰⁹

Não importa se o indivíduo comete o fato a mando, no interesse de outrem ou controlado por um terceiro. Se o sujeito executa pessoalmente os elementos do tipo, sempre será autor, anotando-se que caso figure como instrumento de terceiro será um *autor exculpado*. Luís Greco e Alaor Leite ressaltam essas características:

Quem aperta o gatilho tem o domínio da ação e nunca poderá ser mero partícipe, ao contrário do que, como vimos, muitas vezes decidira a jurisprudência alemã, partindo de uma teoria subjetiva extrema. Aquele que domina a ação permanece autor ainda que aja a pedido ou a mando de outrem, ou mesmo em erro de proibição inevitável determinado por um terceiro (§ 17 do StGB; art. 21 do nosso CP); será um autor exculpado, mas ainda assim autor do fato típico, ainda que não necessariamente único.¹¹⁰

Essa primeira forma de autoria é similar ao conceito restritivo de autor da teoria formal-objetiva e, dessa maneira, impede as perplexidades causadas pela teoria subjetiva que, em seu feitiço extremo, resulta na possibilidade de reputar como partícipes executores imediatos do crime. Esse problema não brota no domínio da ação.

Decerto, essa é a forma mais comum de autoria, deduzida logicamente do conceito universal de autor como a figura central o acontecer típico e rechaçando os problemas decorrentes da teoria subjetiva de autor.

¹⁰⁸ Cf. GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, p. 25: “O domínio sobre a realização do tipo pode manifestar-se, primeiramente, como um *domínio sobre a própria ação (Handlungsherrchaft)*, que é o domínio de quem realiza, em sua própria pessoa, todos os elementos de que um tipo, isto é, do *autor imediato*. Trata-se da hipótese do § 25 I StGB, descrita pelas palavras ‘comete o fato por si mesmo’”.

¹⁰⁹ ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*, p. 151.

¹¹⁰ GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, p. 25-26.

3.8 Domínio funcional do fato: coautoria

Quando vários sujeitos reúnem-se para praticar um crime, distribuindo os atos necessários à execução, surge o fenômeno da coautoria. Para explicar essa classe, Roxin criou o *domínio funcional do fato*, que se vale da ideia segundo a qual os coautores possuem, globalmente, o papel central na realização do tipo penal, ou seja, dominam o fato conjuntamente, tendo todos os intervenientes uma parcela decisiva do acontecer típico. Em outras palavras, a função de cada coautor é essencial para a execução do delito, mas não significam imprescindivelmente a realização do tipo:

Si hubiera que expresar con un lema la esencia de la coautoría tal como se refleja en estas consideraciones, cabría hablar de dominio del hecho “funcional”, esto es, determinado por la actividad, en tanto que el dominio conjunto del individuo resulta aquí de su función en el marco del plan global. Ésta es una forma absolutamente autónoma de dominio del hecho, junto al dominio de la acción, que se basa no carácter central de la realización del tipo aisladamente considerada, y junto al dominio de la voluntad, que se deriva de la falta de libertad, la ceguera o la fungibilidad del instrumento.¹¹¹

Elucidando as ideias de Roxin, Luís Greco e Alaor Leite ilustram a teoria com o roubo cometido por duas pessoas (artigo 157, §2º, incisos I e II, do Código Penal), em que um indivíduo exerce a ameaça com emprego de arma e o comparsa executa a subtração:

A terceira forma de dominar um fato está numa atuação coordenada, em divisão de tarefas, com pelo menos mais uma pessoa. A aponta uma pistola para a vítima (grave ameaça), enquanto B lhe toma o relógio do pulso (subtração de coisa alheia móvel): aqui, seria inadequado que A respondesse apenas pelo delito de ameaça (art. 147, CP) ou de constrangimento ilegal (art. 146, CP), e B apenas pelo furto (art. 155, CP). Se duas ou mais pessoas, partindo de uma decisão conjunta de praticar o fato, contribuem para a sua realização com um ato relevante de um delito, eles terão o *domínio funcional do fato* (*funktionale Tatherrschaft*), que fará de cada qual *coautor* do fato como um todo, ocorrendo aqui, como consequência jurídica, o que se chama de imputação recíproca. A e B responderão, assim, ambos pelo delito de roubo (art. 157, CP).¹¹²

Para Roxin, além dos elementos já citados, a coautoria depende da convergência de dois requisitos: *a) plano comum entre os coautores; b) contribuição relevante no momento da execução do delito*. Luís Greco e Augusto Assis, ao estudarem a aplicação da coautoria nos delitos empresariais, apontam que:

¹¹¹ ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*, p. 310.

¹¹² GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, p. 30-31.

O terceiro argumento contrário à afirmação da coautoria no contexto empresarial parte do requisito objetivo da coautoria: a *contribuição relevante*. Relevante, por sua vez, é uma contribuição da qual depende o êxito do plano, ao menos de uma perspectiva *ex ante*. Segundo uma concepção que nos parece correta, essa contribuição deve ser prestada na fase de execução, ou seja, em um momento posterior ao início da tentativa. Não é necessário que a contribuição seja prestada no local em que a execução ocorre, como demonstra o exemplo do chefe da quadrilha que coordena tudo por telefone, acima citado. Parece que, por maior que seja, não há contribuição prestada na fase preparatória que possa “compensar” a falta da contribuição relevante na fase executória. Afinal, sem tomar parte na fase executória, o agente não possuirá verdadeiro domínio do fato, a não ser que se entenda por “fato” algo desvinculado da realização do tipo. Sem um controle sobre o fato, isto é, sobre a realização do tipo, isto é, sobre a execução do delito, falta um verdadeiro fundamento a legitimar a severa consequência jurídica da imputação recíproca.¹¹³

Dessa forma, o plano comum impõe a existência do liame subjetivo entre os sujeitos ativos do delito, que não se confunde com o “ajuste prévio”. A contribuição no momento da execução é muito importante, pois é o ponto diferencial da teoria de Roxin: *somente as contribuições importantes realizadas no momento da execução do tipo caracterizam a coautoria*. Em contrapartida, cooperações feitas na fase preparatória ou no instante da mera cogitação não implicam no reconhecimento da coautoria, recaindo na figura do partícipe (ou mesmo em outro tipo penal)¹¹⁴.

Nota-se que a coautoria funcional afasta-se dos problemas inseparáveis das teorias formal-objetiva, material-objetiva e subjetiva. Se, por exemplo, “A” segura uma escada para que “B” ingresse na residência da vítima e subtraia os bens, para em seguida, deixar toda a espoliação com “A”, grosso modo, “A” seria partícipe e “B” autor do furto, pois somente “B” executou o verbo contido no artigo 155 do Código Penal (“subtrair para si ou para outrem”), independentemente da participação de “A” na execução do crime e de ter ficado com todo o butim criminoso, caso prevalecesse a teoria formal-objetiva. Para a teoria material-objetiva, seria indispensável ao julgador avaliar previamente, no exemplo apresentado, segundo critérios como o da “participação necessária”, se a ação de “A” foi ou não importante para a execução do delito, sempre cotejando com outras hipóteses, o que tornaria a tarefa mais complexa, posto que “A” ficou com todo o produto do furto. Com a teoria subjetiva, o

¹¹³ GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, p. 96.

¹¹⁴ ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*, p. 323-336. Guilherme de Souza Nucci também sustenta a inviabilidade de participação após a consumação, salvo se houver um ajuste entre autor e partícipe antes da realização do crime: “trata-se, em nosso entendimento, de hipótese impossível. Uma vez que o crime se consuma, já não se pode falar em participação. De fato, somente pode o sujeito tomar parte daquilo que está em andamento, e não findo. O indivíduo que esconde, em sua casa, um criminoso fugitivo, logo após a consumação do crime, responde pelo delito de favorecimento pessoal (art. 348, CP). Entretanto, se ele prometeu, antes da consumação do crime, esconder o autor, torna-se partícipe, pois incentivou a sua prática” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, p. 371).

problema se arrastaria ainda mais por elucubrações obscuras e aporias insondáveis, já que, pelas ideias de “dolo” e “interesse”, poderia o julgador chegar à conclusão de que o crime foi cometido exclusivamente no interesse de “A”, especialmente pelo fato de que “A” apoderou-se de todo o produto delituoso e, assim, “A” seria autor e “B” mero partícipe, o que é insustentável tanto ontológica quanto axiologicamente. “A” encetou um *plano comum* com “B” e realizou uma *atividade relevante no momento da execução do crime*, detendo, juntamente com “B”, o controle sobre o acontecer típico. Logo, pelo critério do domínio funcional do fato, ambos são coautores do delito¹¹⁵.

Outra vantagem do domínio funcional do fato é técnica e corretamente explicar a punição das decisões delituosas tomadas em órgãos coletivos, evitando-se as contradições da *conditio sine qua non*.

Em um órgão colegiado, que se decide por maioria de votos, uma vez atingido o quórum para aprovar, p. ex., um ato de gestão fraudulenta de instituição financeira, os votos dos demais são dispensáveis, ou seja, não são condições necessárias ao resultado e os votos individuais não são bastantes para a realização do tipo. Pela exegese do artigo 13 do Código Penal, os que votaram favoravelmente até o quórum estatutário de aprovação responderiam pela modalidade tentada e os demais votantes ficariam impunes. O domínio funcional do fato, por meio da distribuição de tarefas, que imputa a todos os que cooperaram no crime realização do fato típico, supera essas objeções.

Luís Greco e Augusto Assis ressaltam essa qualidade da teoria:

Isso significa que os casos da chamada *coautoria alternativa* – paradigmático, aqui, é o exemplo de um pelotão de fuzilamento composto de 20 atiradores, em que a vítima é letalmente atingida por vários disparos em um mesmo momento – em que é possível subtrair mentalmente cada uma das contribuições em separado, mas não todas elas em conjunto, a rigor a concepção tradicional teria de punir apenas pelo crime tentado. Isso não é uma questão meramente acadêmica, mas de enorme relevância prática, se se pensar que também as decisões tomadas dentro de órgãos colegiados, como são geralmente estruturados os conselhos diretores de empresas mais complexas do que a imaginada em nosso exemplo inicial, apresentam essa

¹¹⁵ Com a mesma interpretação, de que o domínio funcional do fato não repete os problemas das demais teorias, Luís Greco e Adriano Teixeira anotam: “Uma outra forma de dominar um fato consiste numa atuação coordenada, em divisão de tarefas, com uma ou mais pessoas. Em nosso exemplo, B segura a vítima para que A a esfaqueie. A rigor, tomando o comportamento de B individualmente – e caso permanecêssemos somente com a ideia de domínio sobre a própria ação ou com o critério formal-objetivo – teríamos uma ação que corresponderia ao delito de constrangimento ilegal, art. 146 de nosso código real, ao passo que somente A seria autor do crime de homicídio. [...] A e B ao partirem de uma decisão comum de praticar o fato e prestarem contribuição relevante para a realização desse fato, dominam o fato de forma conjunta; eles possuem, portanto, o domínio funcional do fato, que fará de cada qual coautor do fato como um todo. [...]. Por ambos, portanto, coligados criarem e controlarem o risco de morte da vítima, A e B terão realizado, em conjunto, o tipo “matar alguém”. (GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, p. 58).

estrutura. Pense-se numa decisão unânime de comercializar produto defeituoso, tomada por um conselho diretor composto de cinco gerentes e que decide com base na regra de maioria simples. Cada um dos cinco pode reportar-se ao art. 13, *caput*, CP e alegar que seu voto não foi *conditio sine qua non* do resultado. Se se acopla o “concorrer” do art. 29, *caput*, ao conteúdo do art. 13, *caput*, CP, como faz a concepção tradicional, será impossível responsabilizar por um resultado os membros de órgãos colegiados, tão logo haja um voto além da quantidade mínima para que prevaleça a decisão da qual decorre o resultado danoso (isto é, tão logo existam 4 votos).¹¹⁶

Portanto, a ramificação do domínio funcional do fato, que fundamenta a coautoria, supera todos os problemas das demais teorias e, ainda, tangencia a questão da imputação causal nas decisões coletivas.

3.9 Domínio da vontade: autoria mediata

Observam André Estefam e Victor Gonçalves que, na autoria mediata, “o executor é utilizado como **instrumento**” na implementação do delito e, seguindo a doutrina tradicional, afirmam que “só responde pelo crime o autor mediato. **Não existe concurso de agentes** entre autor mediato e o executor impunível. Não há coautoria ou participação nesses casos”¹¹⁷.

Decerto, na autoria mediata há pelo menos duas pessoas envolvidas na prática criminosa: o *autor mediato*, que controla ou dirige a vontade do executor; e o *autor imediato*, que realiza, no plano fático, o tipo penal. Porém, embora correta na maioria dos casos a afirmação de que “só responde pelo crime o autor mediato”, seu caráter de universalidade foi contestado por Roxin, que resultou na criação da teoria que mudaria indelevelmente os rumos da teoria da participação.

A esse grupo de casos de autoria, Roxin criou o *domínio da vontade*, que consiste no controle exercido pelo autor mediato sobre a vontade do autor imediato, ou seja, surge quando o sujeito serve-se de outrem para praticar o crime. Nesse caso, não se trata de participação, posto que o autor imediato não tem o controle absoluto sobre o acontecer típico, concentrando-se no autor mediato o poder de decidir peremptoriamente a execução ou não do tipo penal. Por isso, em regra, somente o autor mediato responde pelos delitos, já que, sublinhe-se, *detém o domínio do fato através do manejo da vontade de um terceiro*. Roxin explica que:

¹¹⁶ GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, p. 89-90.

¹¹⁷ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 450, grifos dos autores.

Sin embargo, se puede realizar también un tipo sirviéndose de otro (de “**alguien que actúa como medio [en el hecho]**”) y empleando la persona de este para los fines propios de modo que, mediante su instrumentalización (su utilización como “instrumento”), se domina mediatamente (como “**sujeto de atrás**”) el acontecer. Tal comisión del hecho “a través de otro” (§25 I, 2ª alternativa) se denomina **autoría mediata**; se presenta en estos casos como “**dominio de la voluntad**”. En el caso normal, sin embargo, el instigador del hecho o quien de otra manera influye en él sin estar implicado inmediatamente en la realización del tipo es sólo inductor o cooperador o cómplice. Pues quien incita a otro a cometer un hecho o le da consejos o instrumentos precisamente no domina la realización del tipo, porque la decisión determinante sobre la ejecución recae en el autor inmediato, que es el único que posee el dominio del hecho. En los delitos de dominio una autoría mediata entra en consideración más bien sólo en tres casos prototípicos o idealmente típicos:¹¹⁸

Conforme anunciado pelo autor, o domínio da vontade pode dar-se por meio de três prototípicos ideais: (1) *domínio da vontade em virtude de coação*; (2) *domínio da vontade em virtude de erro*; (3) *domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder*.

En primer lugar, se puede dominar un hecho como sujeto de atrás forzando al ejecutor a la realización del tipo (**dominio de la voluntad en virtud de coacción**). En segundo lugar, se puede dirigir el acontecer desde la retaguardia engañando el ejecutor y convirtiéndolo así en ejecutante de su plan delictivo (**dominio de la voluntad en virtud de error**). Y, en tercer lugar, se puede controlar el acontecer de manera determinante o decisiva pudiendo servirse discrecionalmente, como persona que da órdenes, de un aparato organizado de poder, de los órganos de ejecución intercambiables y no dependiendo así ya de la disposición de un autor individual a ejecutar el hecho (**dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder**). No son concebibles otras formas fundamentales de dominio que estas tres. La autoría mediata en caso de utilización de inimputables, sujetos con imputabilidad disminuida y jóvenes, que se tratará aparte aquí, es estructuralmente una combinación de dominio en virtud de coacción y en virtud de error.¹¹⁹

Os elementos básicos de cada uma dessas modalidades serão arrazoados a seguir.

3.9.1 *Domínio da vontade em virtude de coação*

O sujeito ativo do crime pode exercer sobre outrem uma coação insuperável, de maneira que o executor sinta-se pressionado a cometer o delito. O autor mediato controla a vontade do autor imediato, por meio de uma coação irresistível e, portanto, o autor mediato possui o domínio decisivo acerca do acontecer típico.

Para ilustrar, basta mencionar os rotineiros casos de sequestro de parentes dos gerentes bancários. “A” sequestra o filho de “B”, diretor de um banco, e exige que este subtraia valores

¹¹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo II: especiales formas de aparición del delito*, p. 84, grifos do autor.

¹¹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo II: especiales formas de aparición del delito*, p. 85, grifos do autor.

de uma agência, sob a ameaça de matar o filho de “B”. Caso “B” venha cometer o delito, somente responderá pelo fato “A”, já que exerce o domínio sobre a realização do tipo, mediante controle da vontade de “B”. Embora “B” ainda mantenha o domínio físico sobre sua própria ação, psiquicamente não dispõe de total disponibilidade para decidir sobre a prática do delito.

Precisamente, Roxin explica essa modalidade:

El caso relativamente más sencillo de la voluntad basado en una intervención con fuerza es la coacción (§ 35 [estado de necesidad disculpante]). De modo que se A coacciona u obliga B, mediante la amenaza de matarle a él o de sus parientes, a que cometa un hecho delictivo, v. gr. un asalto o ataque (§224 I nº 3 [lesiones peligrosas mediante asalto o ataque alevoso o artero]), será castigado como autor mediato conforme al §224 I nº 3. Ha cometido el hecho “a través de otro” (§25 I, 2ª alternativa). Si bien la ejecución la domina B solo, que por ello es autor inmediato (aunque disculpado), puesto que A domina a B, domina también de manera mediata la ejecución. Tenemos aquí ante nosotros un caso de “autor tras el autor” (disculpado). Consiguientemente no es verdad que, como se admite con frecuencia, la autoría del ejecutor inmediato excluya sin más la autoría mediata de un sujeto de atrás. Por el contrario, en el caso de la coacción el dominio de la voluntad del sujeto de atrás presupone en realidad el dominio de la acción por el ejecutor.¹²⁰

O domínio da vontade sobrepuja empecilhos causados pela teoria objetivo-formal na autoria imediata, posto que prescinde, para sua caracterização, da execução do tipo por parte do autor mediato. Aplicando-se precisamente a teoria formal-objetiva no caso apresentado, embora “B” não pudesse responder pelo crime, “A” teria que ser qualificado como partícipe do delito, o que seria, novamente, uma contradição aos princípios da legalidade e da culpabilidade.

Portanto, o domínio da vontade por meio da coação esclarece que o autor mediato responderá pelo crime praticado e o autor imediato não será punido, por ausência de culpabilidade¹²¹.

3.9.2 Domínio da vontade em virtude de erro

O *domínio da vontade em virtude de erro* ocorre quando o autor mediato promove no executor um equívoco sobre algum dos elementos do crime, fazendo com que o autor

¹²⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo II: especiales formas de aparición del delito*, p. 85.

¹²¹ No trecho transcrito, Roxin considera o autor imediato exculpado pelo “estado de necessidade exculpante”, situação que não é abarcada expressamente pelo Código Penal brasileiro. Nessa hipótese, os autores brasileiros, valendo-se do disposto no artigo 22 do Código Penal, consideram a inexigibilidade de conduta diversa como excludente da culpabilidade. De qualquer maneira, a solução doutrinária para o afastamento da culpabilidade não influencia a conclusão sobre a correção do domínio da vontade por meio da coação.

imediatos pratique um fato criminoso sem ter a consciência dessa conduta. Segundo Roxin, esse erro pode existir de forma escalonada¹²²:

- a) *Erro de tipo* – nessa hipótese, o autor imediato age sem dolo, porquanto o autor mediato provoca um erro (ou se aproveita de um erro preexistente) e faz com que o autor imediato realize um comportamento sem ter ciência de que se trata de um fato típico. Trata-se do clássico exemplo do enfermeiro que entrega a seringa ao médico contendo veneno, ao invés do medicamento. O médico, inconsciente do ato do enfermeiro, injeta o conteúdo no paciente, que vem a óbito. Nesse caso, o enfermeiro é autor mediato do crime de homicídio e o médico é o autor imediato, porém somente o enfermeiro será punido, posto que o médico obrou sem dolo;
- b) *Erro de proibição* – o autor atua tipicamente, mas supõe agir sob a proteção de uma causa de justificação. O erro promovido pelo autor mediato, portanto, é sobre uma circunstância que exclui o crime (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito) e, assim, o autor imediato executa o delito sem ter a ciência de que, na realidade, a causa justificante inexistente.
- c) *Erro sobre uma causa de justificação* – o autor age típica e ilícitamente, mas é colocado em uma situação de erro provocada pelo autor mediato, na qual acredita existir circunstância que excluiria a culpabilidade (ou responsabilidade). Cuida-se de solução polêmica desenvolvida por Roxin, mas profundamente fundamentada.
- d) *Erro sobre a classe ou magnitude do dano* – o autor age típica, ilícita e responsabilmente (culpavelmente), ou seja, comporta-se com responsabilidade plena. Porém, o autor mediato compreende melhor a classe ou a magnitude do dano, fazendo com que o autor imediato incorra em erro com relação a esses aspectos, coligados à tipificação e ao resultado. Essa é a hipótese mais polêmica veiculada por Roxin e ainda pouco estudada, não havendo um consenso sobre a responsabilização dos agentes envolvidos.

¹²² Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo II: especiales formas de aparición del delito*, p. 91-92.

O estudo dessas situações é vasto e comporta questões extremamente complexas, mas registre-se que representam, frente às demais teorias, um avanço, posto que desnuda a punição na qualidade de autores sujeitos do delito em situações nas quais, por meio das demais teorias, poderiam ficar impunes ou serem colocados na posição de meros partícipes, a exemplo da explicação já apresentada ao descrever o domínio da vontade por meio da coação.

3.9.3 Domínio da vontade em caso de inimputáveis e semi-imputáveis

Para Roxin, o domínio da vontade de inimputáveis e semi-imputáveis não constitui um modelo à parte de autoria mediata, mas encaixa-se nos dois modelos precedentes, ou seja, erro e coação.

O autor distingue várias situações em que o autor mediato pode provocar no sujeito com responsabilidade diminuída, total ou parcialmente, a execução de um delito, de acordo com as características do autor imediato e do ato cometido: a) inimputabilidade total; b) inimputabilidade diminuída; c) crianças; d) adolescentes; e) autolesão; f) lesão a terceiros¹²³.

Cada um desses grupos possui características peculiares, extensamente ventilados por Roxin, o que seria inapropriado versar nesse espaço. Basta ressaltar que para o professor alemão, em regra, há autoria mediata quando o sujeito manipula pessoas nessas condições a causarem uma autolesão ou lesões a terceiros, visto que o autor de trás possui o domínio sobre o acontecer típico, manipulando ou coagindo o inimputável ou semi-imputável.¹²⁴

3.9.4 Domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder

A *autoria mediata* por meio do *domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder* foi a maior inovação criada por Roxin em sua tese sobre autoria e participação.

Trata-se da modalidade de domínio do fato exercida por meio de uma estrutura de poder, em que os integrantes com capacidade de mando, embora não executem diretamente os atos criminosos, respondem como autores mediatos, na medida em que detém parcela substancial de controle sobre a marcha da maquinaria criminosa.

¹²³ ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*, p. 259-269.

¹²⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo II: especiales formas de aparición del delito*, p. 126. Nessa passagem afirma: ““La **utilización de inimputables** fundamenta por lo tanto por principio autoría mediata, sin que desempeñe papel alguno el que el enfermo mental o el niño puedan poseer sin embargo en el caso concreto una voluntad propia. El principio de responsabilidad desarrollado en el caso de la coacción (nm. 48) y adecuado igualmente el error de prohibición invencible (nm. 78) rige también aquí”, grifo do autor.

Entretanto, isso não significa que o autor imediato atue sem culpabilidade (ou responsabilidade, como prefere Roxin). Eis outra novidade: nessa modalidade tanto o autor mediato quanto o autor imediato respondem pelo delito, visto que ambos atuam com total domínio sobre suas ações, não se aplicando as soluções das demais formas de autoria mediata, em que somente responde pelo fato o “autor de trás”.

Em síntese, Roxin descreve quatro requisitos para a configuração do *domínio de (ou por meio de uma) organização*:

Nos trabalhos mais recentes sobre o tema, enunciei quatro fatores que permitem fundamentar o domínio do homem de trás em organizações delitivas: o poder de emitir ordens que possui o homem de trás, a dissociação da ordem jurídica (*Rechtsgelöstheit*) do aparato de poder à disposição do emissor das ordens, a fungibilidade do executor imediato e a disposição essencialmente alta para o fato do executor.¹²⁵

O exame mais detalhado dessa forma de domínio do fato será desenvolvido nos itens seguintes, constituindo um dos mais relevantes alicerces dessa dissertação.

3.10 Desenvolvimento histórico, filosófico e dogmático do domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder

Em 11 de maio de 1960, em um subúrbio de Buenos Aires, três comandos do Serviço Secreto de Israel (*Mossad*) capturaram Adolf Eichmann, ex-integrante da *Schutzstaffel* (*SS*), a elite do Partido Nazista, conduzindo-o à *Beth Hamishpath*, a Casa da Justiça de Jerusalém, onde foi julgado por cooperar diretamente com o regime que promoveu o genocídio de milhões de judeus e outras minorias durante a Segunda Guerra Mundial¹²⁶.

Segundo a acusação chefiada pelo promotor público Gideon Hausner, Eichmann coordenou a logística necessária às sucessivas soluções implantadas pelo Reich para lidar com a “questão judaica”: expulsão, concentração e solução final, ou seja, o extermínio (*Endlösung*)¹²⁷.

No final, a corte presidida pelo magistrado Moshe Landau condenou Eichmann como um dos autores dos atos de genocídio e a sentença foi confirmada pela Corte de Apelação em

¹²⁵ ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. 1ª ed. Organização Alaor Leite; tradução de Luís Greco [et alii]. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 83.

¹²⁶ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999 (14ª Reimpressão, 2013), p. 261-262.

¹²⁷ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, p. 98-111, 233-236 e 283.

29 de maio de 1962, ratificando-se a pena de morte. Dois dias após o julgamento do recurso e David Ben-Guron rejeitar os pedidos de clemência, Eichmann foi enforcado em Jerusalém¹²⁸.

Desde os julgamentos de Nuremberg, não havia tão estridente alvoroço pelo julgamento de um nazista e, tanto a biografia de Eichmann quanto a efeméride que se iniciaria em Israel, chamaram a atenção de todo o mundo, especialmente de dois importantes intelectuais alemães: Hannah Arendt e Claus Roxin.

No livro “Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal”, a filósofa relatou, pormenorizadamente, todos os aspectos do julgamento, o passado do acusado, a personalidade de Eichmann, as crueldades cometidas contra os judeus, os principais personagens do processo, os termos da acusação, as alegações da defesa, a sentença proferida pelos juízes, o julgamento do recurso e a repercussão na comunidade internacional. Em uma passagem memorável, Arendt apresentou nitidamente os fundamentos da teoria do domínio de organização extraídos do julgamento:

Eichmann, há que lembrar-se, insistiu veementemente que era culpado apenas de “ajudar e instigar” a realização dos crimes de que era acusado, que ele próprio nunca havia cometido nenhum ato aberto. O julgamento, para grande alívio de todos, reconhecia de certa forma que a acusação não tinha conseguido provar que ele estava errado nesse ponto. Era um ponto importante; tocava na própria essência desse crime, que não era um crime comum, e a própria natureza desse criminoso, que não era um criminoso comum; implicitamente, reconhecia também o estranho fato de que nos campos de extermínio eram geralmente os internos e as vítimas que tinham efetivamente manejado “o instrumento fatal com [suas] próprias mãos”. Aquilo que o julgamento tinha a dizer sobre esse ponto era mais do que correto, era verdade: “Descrevendo suas atividades em termos da Seção 23 de nosso Decreto de Código Criminal, devemos dizer que eram principalmente as de uma pessoa servindo com aconselhamento ou assistência a outros e de alguém que capacitava ou ajudava outros no ato [criminoso]”. Mas “em tal enorme e complexo crime como este que estamos agora considerando, no qual muitas pessoas participaram, em vários níveis e em várias espécies de atividade – os planejadores, os organizadores, e aqueles que executavam os atos, segundo seus vários níveis –, não há muito propósito em usar os conceitos normais de aconselhar e assistir a perpetração de um crime. Pois esses crimes foram cometidos em massa, não só em relação às vítimas, mas também no que diz respeito ao número daqueles que perpetraram o crime, e a medida em que qualquer dos muitos criminosos estava próximo ou distante do efetivo assassinato da vítima nada significa no que tange à medida de sua responsabilidade. Ao contrário, no geral, o grau de responsabilidade aumenta quanto mais longe nos colocamos do homem que maneja o instrumento fatal com suas próprias mãos”.¹²⁹

Dessa maneira, com notável perspicácia, Arendt percebeu como o sistema jurídico vigente era insuficiente para lidar com o crime cometido pelos nazistas e concluiu:

¹²⁸ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, p. 271.

¹²⁹ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, p. 268.

Esse é só um exemplo entre muitos para demonstrar a inadequação do sistema legal dominante e dos conceitos jurídicos em uso para lidar com os fatos de massacres administrativos organizados pelo aparelho de Estado. Se olharmos mais de perto a questão veremos sem muita dificuldade que os juízes de todos esses julgamentos realmente sentenciaram exclusivamente com base nos atos monstruosos. Em outras palavras, julgaram com liberdade, por assim dizer, e não se apoiaram realmente nos padrões e nos precedentes legais com que mais ou menos convicentemente procuram justificar suas decisões.¹³⁰

Decerto, Eichmann, assim como qualquer comandante em regimes totalitários, integrou uma máquina estatal monstruosa, que funcionava de forma automática e massiva, compondo-se de inúmeros integrantes e que resultou no genocídio de proporções até então inimagináveis.

Os dispositivos legais erguidos pela dogmática penal resultavam em uma contradição insustentável, do ponto de vista dos direitos humanos, da liberdade, da justiça, enfim, da dignidade humana. Pois usar essas regras tradicionais significava, como alegou o próprio Eichmann e seu defensor Servatius, considera-lo mero “cúmplice” (auxiliar, participe ou instigador) dos delitos. Afinal, Eichmann e os demais líderes não executaram pessoalmente os homicídios, nem teriam, segundo eles, controle sobre a ação dos executores imediatos. A crença na impunidade, portanto, tinha fundamento e, julgamentos como os de Nuremberg e de Jerusalém, contribuíram para sublevar as teorias existentes, seguindo a tendência da comunidade internacional de não aceitar graves violações aos direitos humanos.

Roxin teve a mesma intuição e coube a ele traduzir a inquietação de Hannah Arendt para os preceitos jurídicos, formulando o *domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder*, na sua monumental monografia publicada em 1963, em que professa ter se inspirado no aludido julgamento:

El proceso Eichmann, en el que se ha revelado con especial cuidado una imbricación (en los demás casos difícil de dilucidar) de las partes del hecho individuales resulta muy apropiado para hacer ver este tipo de dominio de la organización de la mano de un ejemplo concreto. Además, el Tribunal y la defensa mantuvieron aquí distintas posturas en la calificación de las cuestiones de autoría y participación. El análisis más preciso de las razones esgrimidas pone de manifiesto, sin embargo, que ambos captan y describen acertadamente determinados rasgos característicos del dominio de la organización en sus diferencias con respecto a los casos comunes de cooperación pero que no son capaces de explicar dogmáticamente estos fenómenos de modo pleno.¹³¹

Em seguida, magistralmente, o catedrático alemão deduz os elementos presentes no julgamento que o levaram à edificação do *domínio de organização*:

¹³⁰ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, p. 317.

¹³¹ ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*, p. 273.

Por otra parte, Eichmann no era sólo ejecutor, sino que también impartía órdenes a subordinados, siéndole, por tanto, de aplicación los criterios que convierten a sus sujetos de detrás en autores mediatos. Este aspecto del caso tuvo presente el Tribunal regional de Jerusalén al decir que <<la proximidad o lejanía de uno o de otro, de entre estos muchos delincuentes, al que mató realmente a la víctima, no puede influir en absoluto en el alcance de la responsabilidad. La medida de responsabilidad más bien aumenta cuanto más alejado se esté de aquel que con sus manos hace funcionar el arma asesina y más se acerque uno a los puestos superiores de la cadena de mando, a los “inductores”, en la nomenclatura de nuestro “legislador”. El Tribunal, que subraya expresamente que hay que “considerar al inculpado, personalmente, en todo caso como autor de la acción punible”, advierte con toda razón que <<en estos crímenes de proporciones gigantescas y múltiples ramificaciones..., en los que ha participado muchas personas en distintos puestos de la escala de mando (planificadores, organizadores y órganos ejecutores de distinto rango) no es adecuado recurrir a aplicar los conceptos comunes del inductor y del cómplice>>. Los jueces aluden a la especial dificultad de “definir, en términos técnicos, quién ha auxiliado a quién”, y para estimar autoría invoca en definitiva el carácter de estos delitos de “crímenes en masa”, que excluye la aplicación de las categorías normales de la participación.¹³²

Véase cómo se caracterizan aquí con toda claridad los elementos materiales del dominio de la organización: mientras normalmente ocurre que un interviniente, cuanto más alejado está de la víctima y de la acción típica directa, más queda relegado a la zona periférica del suceso y excluido del dominio del hecho, en estos casos ocurre, a la inversa, que la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato. Que esta diferencia estructural de los sujetos de detrás con respecto a los ejecutores ya no queda comprendida en la inducción (como sería el caso fuera de las específicas condiciones de tales aparatos) lo ha subrayado el Tribunal con buen criterio.¹³³

A partir dessa análise, Roxin cuida de estabelecer os requisitos para o domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder.

Decerto, verificou-se que existem estruturas de poder, verdadeiras maquinarias de atrocidades, que constituem instrumentos para o cometimento de crimes em massa. Os líderes dessas organizações, embora não realizem a conduta típica e, na maioria das vezes, nem conheçam pessoalmente os executores imediatos, possuem o poder de direção, detendo substancial parcela de poder sobre a marcha dessa forjaria.

Assim, as tradicionais categorias de autoria, coautoria e participação, não se adequam a essa estrutura delituosa, já que o poder dos agentes aumenta à medida que estão mais distantes dos atos executivos, consoante salientou Arendt. Daí se deduz que esses chefes são autores mediatos dos delitos cometidos pelos executores imediatos, na medida em que põem a estrutura criminosa para atuar de forma automática, com instruções para realizar as condutas típicas de acordo com os padrões por eles fixados.

¹³² ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*, p. 274.

¹³³ ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*, p. 274-275.

Desse exame, Roxin colige os quatro requisitos essenciais da autoria mediata decorrente do domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder¹³⁴:

- a) Organizações à margem da ordem legal;
- b) Poder de emitir ordens do autor mediato;
- c) Fungibilidade dos executores imediatos;
- d) Alta disposição do autor imediato para executar o ato¹³⁵.

Na concepção de Roxin, a autoria mediata nessas condições somente se aplica a *organizações que estão à margem da legalidade*, ou seja, estruturas dissociadas do Estado de Direito. Em regra, existem dois tipos de entes dessa natureza: a) estados totalitários ou ditatoriais e; b) organizações criminosas ou mafiosas. Com isso, a princípio, exclui-se a aplicação da teoria na criminalidade econômica, empresarial e funcional cometida por meio de entes coletivos diversos, como sociedades empresárias e partidos políticos¹³⁶.

O segundo requisito é o *poder de emitir ordens*, atribuído aos autores mediatos. Não é necessário que o agente esteja no topo da organização, mas sim que ele componha, dentro da hierarquia organizacional, uma posição de comando, ainda que submetido a um chefe. Em uma estrutura piramidal hierárquica, é comum a distribuição de funções e tarefas entre vários agentes, mas é possível comprovar quais detém o poder de comando, que geralmente não se concentra em uma só pessoa. Não se trata, como ocorre na coautoria, de um visão *horizontal*, uma divisão de tarefas entre sujeitos que estão no mesmo plano, mas sim de uma decisão *vertical*, em que os superiores detém parcela do poder de mando dentro da organização¹³⁷.

A *fungibilidade* dos executores imediatos significa que os indivíduos que realizam o fato típico são cambiáveis, naturalmente alocados e deslocados no decorrer do funcionamento da organização. Isso configura o caráter autômato da maquinaria de poder, visto que, na desobediência de um agente, outro é facilmente colocado no lugar do resistente, tornando quase certa, ao menos, a tentativa de execução do delito, independentemente da individualização prévia do executor¹³⁸.

Concernente à *alta disposição* para o delito reconhece-se que os executores imediatos devem estar adrede instalados física e psiquicamente para os atos delituosos, fazendo crer na

¹³⁴ Cf. ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*, p. 269-280.

¹³⁵ Nota-se que originalmente Roxin não havia incluído esse quarto requisito – alta disposição para o ato por parte do executor imediato –, mas, como se verá a seguir, em estudos posteriores, introduziu mais esse pressuposto.

¹³⁶ Cf. ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*, p. 276-278.

¹³⁷ Cf. ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*, p. 270-272.

¹³⁸ Cf. ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*, p. 272-273.

ordem estrutural desses delitos de massa que as ordens serão cumpridas. Apesar da discussão doutrinária sobre esse requisito, Roxin persevera na sua imprescindibilidade:

São várias e diversificadas as razões que me fizeram me manifestar em favor da exigência de uma disposição consideravelmente alta para o fato por parte do executor imediato no interior de uma organização delitiva. A própria organização hierárquica, por si só, é capaz de promover uma tendência de adaptação. Da mesma forma, é de se perceber que o poder de emitir ordens que possui o homem de trás, se não configura ainda uma coação, nos aproxima de um passo a mais de uma situação de coação: o solícito executor teme por vezes que, em caso de recua, perca sua posição, ganhe desprezo dos colegas ou sofra quaisquer outros prejuízos para o fato. Além disso, a dissociação do direito do aparato pode levar a disposição para o fato na medida em que o executor imediato se renda às suas ambições profissionais, da necessidade de ter sucesso, de suas obsessões ideológicas e mesmo de motivações sádicas ou criminosas, na suposição de que não vai ser chamada a responder penalmente. Por fim, mesmo a fungibilidade dos indivíduos pode conduzir a uma disposição para o fato, já que alguém que, por si só, não cometeria o fato acaba participando, já que <<caso eu não faça, alguém o fará de qualquer forma>>¹³⁹.

No caso da disposição essencialmente alta para o fato trata-se de fenômeno que, se de fato é influenciado pelos outros três <<pilares>> do domínio da organização – poder de emitir ordens, dissociação do Direito e fungibilidade –, acaba fortalecendo de qualquer forma a afirmação de um domínio do fato por parte do homem de trás. Afinal, o domínio do homem de trás depende do grau de certeza que ele possui em relação à efetiva concretização de sua ordem. Essa concretização efetiva aumenta de modo sensível quando ele pode contar com uma disposição consideravelmente alta para o fato por parte dos executores imediatos em função de condições ligadas à organização¹⁴⁰.

Esses são os parâmetros gerais da teoria, na forma concebida por Roxin. Presentes esses pressupostos, é possível existir autoria mediata através do domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder. Em síntese, *um agente, hierarquicamente superior, em uma estrutura dissociada do direito, emite ordens criminosas a um executor imediato, fungível, com alta disposição para o fato, fazendo com que o emissor seja autor mediato do fato e, dessa maneira, ambos respondem pelo delito cometido.*

3.11 Repercussão jurisprudencial da teoria do domínio da vontade por meio de estruturas organizadas de poder

Na jurisprudência nacional e internacional já existem diversos julgados aplicando o *domínio de organização*, traduzindo a aceitação da teoria em diversos contextos.

¹³⁹ ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*, p. 188-189.

¹⁴⁰ ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*, p. 189.

Na Argentina, em 1985, foram julgados os comandantes das Juntas Militares que lideraram a ditadura militar no país. A Corte Federal condenou os militares de altas patentes, valendo-se das concepções de Roxin.

O penalista portenho Edgardo Alberto Donna descreve essa decisão, notadamente como os juízes subtraíram dos dispositivos legais vigentes a teoria do *domínio de organização*:

También es ejemplificativo el caso de los comandantes de las juntas militares, juzgadas en 1985 por la Cámara Federal del Crimen: [...] En el juicio la Fiscalía afirmó que las órdenes prescribieron la realización de secuestros, la participación de tormentos y eliminación física de una vasta cantidad de personas definidas vagamente sobre la base de la genérica categoría de “subversivos”; órdenes éstas que también importaron la aceptación de que en el ámbito operativo en que debían ejecutarse habían de cometerse otros delitos como robos, abortos, violaciones y supresión del estado civil de menores. Por ello, los considero autores mediatos de los delitos cometidos por el personal bajo su mando, pues dominaron el hecho a través de un aparato organizado de poder que les permitió sobredeterminar la causalidad mediante la fungibilidad de los ejecutores, lo que aseguró la consumación del delito. Entendió así que la calidad de autor mediato derivaba tanto del texto del artículo 514 del Código de Justicia Militar como la última parte del artículo 45 del Código Penal, en cuanto extiende la pena prevista en el delito a quienes hubieran determinado a otros a cometerlo”¹⁴¹.

El tribunal entendió que resultaba aplicable al caso la norma contenida en el artículo 514 del Código de Justicia Militar, que dispone que: “Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior la hubiere dado será el único responsable, sólo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiera excedido en el cumplimiento de dicha orden. A criterio de la Cámara Federal, este artículo prevé un supuesto de autoría mediata para quien ordena a su subordinado la comisión de un delito”¹⁴².

Em 1988 o Supremo Tribunal Federal alemão mencionou a teoria, em caráter *obiter dictum*, no julgamento do “Rei dos Gatos” ou “Rei dos Felinos”, mas somente em 1994 a teoria reverberou de forma prática na justiça germânica. Nesse ano, foram julgados e condenados como autores mediatos os superiores hierárquicos da República Democrática Alemã (RDA) que deram instruções para o assassinio de todos que tentaram evadir-se da extinta Alemanha Oriental por meio do Muro de Berlim. Considerou-se que eram integrantes

¹⁴¹ DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal*, p. 38-39.

¹⁴² DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal*, p. 40. Porém, é importante rememorar que a Suprema Corte Argentina reformou parcialmente a decisão, subentendendo que a ação dos oficiais não poderia ser qualificada como autoria mediata. Donna conclui esclarecendo o resultado do recurso, porém salientou a correção da decisão de primeira instância: “Pero la Corte Suprema de Justicia no avaló este criterio, basándose en la doctrina científica en Derecho Comparado no ha aceptado que el criterio del dominio del hecho sea decisivo para distinguir el concepto de autor del de partícipe, y en que la corriente del ‘dominio del hecho’ (de Roxin) que reconoce que la inmediata realización del tipo implica la calidad de autor inmediato en coexistencia con la de autor mediato, cae en una inconsecuencia metodológica y en una ilegal extensión de autoría. [...] Sin entrar en el análisis de esta sentencia, endentemos que la Cámara del Crimen Federal llevó razón en sostener que eran autores mediatos os comandantes que organizaron y ordenaron la represión y matanza de personas por fuera de la ley.” (DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal*, p. 41-43).

de uma maquinaria estruturada e preparada para matar e, assim, embora os executores imediatos dos disparos fatais tenham sido soldados, não tiveram dúvida a respeito da responsabilização dos comandantes¹⁴³.

Alberto Kenya Fujimori, presidente do Peru de julho de 1990 a novembro de 2000, foi condenado pela Suprema Corte Peruana, que sentenciou o ex-chefe de estado como autor mediato de uma série de delitos cometidos serviço secreto Colina¹⁴⁴. A decisão surpreendeu a doutrina penal por sua qualidade técnica e por considerar corretamente todos os estudos de Roxin, que declarou sua admiração pelos membros da corte:

Trata-se de julgamento de significado histórico. Afinal, raramente se chega à responsabilização penal de ex-chefe de Estado por fatos cometidos durante seu período de governo. Nos pouquíssimos casos em que isso ocorre, mais raro ainda é observar que o pano de fundo dos fatos foi levado em conta e avaliado juridicamente com o cuidado de uma monografia, e não se fez do caso – para usar uma expressão menos técnica – um “processo sucinto”¹⁴⁵.

No Brasil, os primeiros julgados a fazerem menção ao domínio do fato, destacaram somente o *domínio funcional do fato*, nomeadamente nos crimes patrimoniais, reconhecendo que a distribuição de tarefas entre os agentes é suficiente para surgir a coautoria e afastar a mera participação, consoante já demonstrado acima.

Decerto, a teoria continuou sendo apreciada em vários julgados, inclusive no contexto da criminalidade econômica e empresarial, até que, finalmente, foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal n. 470, o célebre “Caso de Mensalão”, que será examinado no capítulo 6.

Portanto, a teoria nasceu das necessidades práticas de um notável julgamento e, posteriormente, foi granjeada com a recepção doutrinária e jurisprudencial, atingindo seu ápice no julgamento de Fujimori.

3.12 Compatibilidade estrutural da teoria do domínio do fato no ordenamento jurídico brasileiro

Verificou-se que, na prática, a jurisprudência nacional já recepcionou a teoria do domínio do fato, adicionando certo temperamento. A questão é analisar se essa recepção é

¹⁴³ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo II: especiales formas de aparición del delito*, p. 113.

¹⁴⁴ ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*, p. 182-190.

¹⁴⁵ ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*, p. 182.

compatível a estrutura do concurso de pessoas estabelecida no Código Penal, a partir de uma leitura constitucional dos preceitos legais.

À primeira vista, o artigo 29 do Código Penal funda-se em uma teoria unitária ou extensiva de autor, equiparando todas as condutas que cooperam para o delito, ao estabelecer que todos que concorrem para o fato respondem pelo mesmo crime, segundo idênticos parâmetros sancionatórios. O artigo 30 reforça esse entendimento ao estender as elementares do tipo de caráter objetivo a todos os intervenientes do delito, igualando-os no mesmo acontecer típico.

Vale conferir os três artigos do Título IV, “Do concurso de pessoas”, integralmente¹⁴⁶:

Regras comuns às penas privativas de liberdade

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

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

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

Circunstâncias incommunicáveis

Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

Casos de impunibilidade

Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

A exposição de motivos, cuja finalidade seria explicitar os artigos, é absurdamente contraditória. Inicia dizendo não resgatar os conceitos do Código Criminal do Império¹⁴⁷ em prol de uma teoria unitária (conceito unitário ou extensivo de autor). Em seguida, pinta um conceito restritivo de autor, com normas que “distinguem autoria da participação”. Ou bem se adota um conceito unitário, e não há que se falar em partícipes, ou se assume um conceito restritivo, e aí sim faz sentido abalizar autores e partícipes. A contradição é digna da transcrição integral do texto:

Ao reformular o Título IV, adotou-se a denominação “Do Concurso de Pessoas” decerto mais abrangente, já que a co-autoria não esgota as hipóteses do *concursum delinquentium*. O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monástica do Código italiano, como corolário da *teoria da equivalência das causas* (Exposição de

¹⁴⁶ Cf. BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 e dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 de mar. 2016.

¹⁴⁷ Rememorando o capítulo 2, o Código Criminal do Império distinguia autores e partícipes.

Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). Sem completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos críticos dessa teoria, ao optar, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas.

Deveras, o único ponto que embasa tal proclamação dos redatores do estatuto penal sobre a diferenciação entre autoria e participação é o §1º do artigo 29, que prevê a causa de diminuição de pena quanto a “participação for de menor importância”.

Todavia, a redação é tão dúbia que, em verdade, pode-se concluir pela aplicação da minorante até mesmo ao coautor que cooperou de forma menos relevante. Na prática judiciária, essa causa fica a cargo do arbítrio judicial, sem limites aparentes. Portanto, não é possível retirar da exposição de motivos qualquer conclusão lógica.

Comparativamente, a redação do Código Penal alemão, v. g., traduz em preceitos específicos as qualidades de autor e de participe, estabelecendo, de antemão, um conceito restritivo de autor. Confira-se os §§ 25 a 27 do Título III, que versa sobre “autoria e participação”:

§ 25. Autoría

(1) Se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por si mismo o a través de otro.

(2) Si varios cometen mancomunadamente el hecho punible, entonces se castigará a cada uno como autor (coautoría).

§ 26. Instigación (inducción a delinquir)

Igual que el autor será castigado el instigador. Instigador es quien haya determinado dolosamente a otro para la comisión de un hecho antijurídico.

§ 27. Complicidad

(1) Como cómplice se castigará a quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión un hecho doloso antijurídico.

(2) La pena para el cómplice se sujeta a la sanción penal para el autor. La pena debe reducirse conforme al § 49, inciso 1.¹⁴⁸

De qualquer maneira, coaduna-se com o sistema de garantias penais o conceito restritivo de autor e, assim, os dispositivos do Código Penal, ainda que redigidos antes de 1988, devem ser lidos sob os auspícios do Texto Maior. Logo, a única exegese razoável é a adoção de um conceito restritivo de autor, pelos motivos já descritos no capítulo anterior.

¹⁴⁸ ALEMANHA. Código Penal Alemán, del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Traductora Claudia López Dias. Disponível em: < <http://www.juareztavares.com/legislacao.html>>. Acesso em: 25 fev. 2016. Tradicionalmente, a legislação alemã distingue os partícipes por indução (auxílio moral) e por complicitude (auxílio material), o que não ocorre expressamente na legislação brasileira.

A teoria do domínio do fato impõe apreços de ordem técnica e metodológica que precisam ser analisados profundamente nos casos concretos, mas é capaz de resolver, sem aporias, os principais problemas práticos relacionados à cooperação delitiva, com a nítida vantagem de estabelecer claramente a distinção entre autoria e participação sem incorrer nos problemas das demais teorias, conforme já assinalado ao longo deste capítulo. Não há motivos para inadmiti-la, já que o próprio legislador brasileiro não professa qualquer teoria em sua gênese e nem foi capaz de indicar um norte para essa finalidade, como visto na exposição de motivos supratranscrita.

Analogicamente podem ser citados outros dispositivos legais que autorizam o reconhecimento de colaborações delitivas sem o caráter de autoria, embora a partir de um ponto de vista das exceções pluralísticas à chamada teoria monista. É o caso do indivíduo, vulgarmente conhecido como “fogueteiro”, que avisa os narcotraficantes sobre a aproximação das autoridades policiais, cuja conduta, em tese, é de um partícipe do crime de tráfico de drogas (artigo 33 da Lei n.º 11.343, de 2006). O legislador, percebendo a natureza menos lesiva nessa conduta, lhe estipulou um tipo penal específico (artigo 37 da Lei n.º 11.343, de 2006)¹⁴⁹, demonstrando que o sistema penal brasileiro está atento aos princípios da legalidade, proporcionalidade e culpabilidade.

Igualmente, o artigo 122 do Código Penal permite deduzir a adoção de condutas coadjuvantes no fato alheio: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça”. Embora não se deduza participação em “crime suicídio” – o suicídio, para aquele que tenta o autoextermínio, é conduta atípica para todos os efeitos – as expressões “induzir”, “instigar” e “auxiliar” representam o reconhecimento da potencialidade de condutas secundárias no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, conjugando-se esses argumentos – efetivação das garantias constitucionais penais, dispositivos legais que preveem formas de cumplicidade e inexistência de teoria fundamentadora na formação do código – a distinção entre autoria e participação no Brasil

¹⁴⁹ “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.”[...] “Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.” (BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 17 de janeiro de 2016.).

pode se valer do critério do domínio do fato, desde que respeitados os requisitos doutrinaria e jurisprudencialmente consagrados.

Luís Greco e Adriano Teixeira também defendem o domínio do fato de *lege lata*, ou seja, independentemente de alteração legislativa:

Por outro lado, com o apoio de argumentos adicionais baseados na interpretação de determinados dispositivos (arts. 31, 121, 122, 129) e com base no princípio da legalidade é possível partir já *de lege lata* de um conceito restritivo de autor e da teoria do domínio do fato.¹⁵⁰

Na reinterpretação desses dispositivos, pode-se projetar uma possível releitura nos seguintes moldes para os delitos de ação ou de domínio: *autor é quem realiza pessoalmente os elementos do tipo; coautor é realização do tipo por duas ou mais pessoas, mediante distribuição de tarefas, plano comum e contribuição relevante no momento da execução do delito; autor mediato é aquele que se serve de outrem para cometer o delito, dominando a vontade por meio de erro, da coação ou de aparatos organizados de poder; partícipe é quem coopera no delito realizado por outrem, por meio de indução, instigação ou auxílio.*

Essa projeção será adotada no capítulo 5, quando, então, será examina a aplicabilidade nos crimes de peculato e corrupção passiva.

3.13 O domínio do fato no projeto de Código Penal

O Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012, que pretende instituir o novo Código Penal brasileiro, regulamentou de forma distinta a autoria e participação. Aduz o relator que, lastreando-se no funcionalismo penal, cunhou um “conceito unitário funcional”.

Essa expressão – “conceito unitário funcional” –, por si só, demonstra a incapacidade do legislador na compreensão do funcionalismo penal e da teoria do domínio do fato. Decerto, o funcionalismo prega a distinção entre autoria e participação e, contudo, o projeto agregou “unitário” ao “funcional”, tornando enigmática a intenção dos parlamentares.

Vale conferir os artigos 36 a 38 do projeto, que versam sobre o concurso de pessoas¹⁵¹:

Concurso de pessoas

Art. 36. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

¹⁵⁰ GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, p. 80.

¹⁵¹ BRASIL. Projeto de Lei do Senado – PLS n. 236, de 2012. Novo Código Penal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 21 abr. 2016. Trata-se da versão mais atual, publicada em 17 de dezembro de 2014.

§ 1º Consideram-se:

I – coautores aqueles que:

- a) ofendem ou expõem a risco o bem jurídico mediante acordo de condutas;
- b) mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a ofensa ao bem jurídico;
- c) usam, como instrumento para a execução do crime, pessoa que age de forma atípica, justificada ou não culpável; ou
- d) usam aparatos organizados de poder para a ofensa ao bem jurídico.

II – partícipes aqueles que:

- a) não figurando como coautores, contribuem, de qualquer outro modo, para o crime; ou
- b) deviam e podiam agir para evitar o crime cometido por outrem, mas se omitem.

Concorrência de menor importância

§ 2º Se a concorrência for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um a dois terços.

Causas de aumento

§ 3º A pena será aumentada de um a dois terços, sem prejuízo do parágrafo único do art. 31 deste Código, em relação ao agente que:

- I – promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;
- II – coage outrem à execução material do crime;
- III – instiga, induz, determina, coage ou utiliza para cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou é, por qualquer causa, não culpável ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; ou
- IV – executa o crime ou nele participa mediante paga ou promessa de recompensa.

Circunstâncias incommunicáveis

Art. 37. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo se elementares do crime e forem do conhecimento dos concorrentes.

Execução não iniciada

Art. 38. O ajuste, mandado, induzimento, determinação, instigação ou auxílio não são puníveis se a execução do crime não é iniciada, salvo expressa disposição em contrário.

O primeiro equívoco é repetir no *caput* do artigo 36 a fórmula do artigo 29 do atual código, que se inspirou no estatuto penal italiano de 1930, cujas redações são coincidentes. Não se pode negar que a expressão “concorrer de qualquer modo” institui um conceito unitário ou extensivo de autor.

Os preceitos seguintes aparentam alguma inclinação à divisão entre autoria e participação, especialmente no §1º, incisos I e II, do artigo 36. Todavia, nota-se vários contrassensos. No inciso I, alínea “b”, o legislador reputa como coautores aqueles “mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a ofensa ao bem jurídico”, mas, pela tese de Roxin e por todos admitida como essência do domínio do fato, o mandante ou organizador do delito, em geral, não é coautor, a menos que realize algum aporte à realização do fato típico na execução do delito. Na alínea “c”, do inciso

I, o autor do projeto cria uma autoria mediata, mas vinculada à coautoria descrita no inciso I, o que se mostra totalmente descabida, já que é evidente a inexistência de coautoria entre autor mediato e autor imediato.

Para os fins dessa obra, o maior equívoco foi incluir a autoria mediata por meio do domínio de organização através de uma expressão simplista, vazia e repleta de aporias: “I - são coautores aqueles que: [...] d) usam aparatos organizados de poder para a ofensa ao bem jurídico”. Esse dispositivo está eivado de vícios praticamente insanáveis. Não há que se falar em coautoria entre o autor mediato e o autor imediato na estrutura dos aparatos organizados de poder e, além disso, o legislador não apresenta os pressupostos indispensáveis ao surgimento dessa modalidade de autoria: *poder de emitir ordens do autor mediato, estrutura dissociada do Direito, fungibilidade dos executores e alta disposição para o fato do executor*. O dispositivo, portanto, é imprestável ao fim a que se destina.

Essas e outras contradições do projeto resultaram em críticas ácidas por parte da doutrina, destacando-se a produzida por Luís Greco e Alaor Leite, que apelidaram a base teórica dessa quimera legislativa de *conceito unitário disfuncional*:

Se nos esforçarmos por enxergar o que está por trás do termo conceito unitário funcional, se não nos deixarmos seduzir pelas vanguardistas associações que o *slogan* sugere, nele encontraremos nada mais do que a confissão do reformador de que estava disposto a sacrificar a única vantagem real do modelo unitário, a sua simplicidade, em troca não se entende absolutamente de quê. O mais correto seria o termo conceito unitário disfuncional.¹⁵²

Diante de todo o estudo já desenvolvido é importante noticiar ao legislador a necessidade premente de alterar a redação dos dispositivos do projeto, nomeadamente no que tange ao *domínio de organização*, para que o Brasil não seja o palco de instalação do mais caótico, deprimente, incapaz e desordenado sistema de autoria e participação já concebido pela imaginação humana.

3.14 Segunda conclusão intermediária: a superioridade do domínio do fato como critério diferenciador na teoria da participação

No capítulo precedente, verificou-se que o conceito restritivo de autor é o que melhor satisfaz os princípios constitucionais penais, tomando-se como axioma a distinção entre autoria e participação. Porém, as diversas teorias edificadas pela ciência penal – objetivo-

¹⁵² GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, p. 197.

formal, objetivo-material, subjetiva, mistas, domínio final do fato – apresentaram deficiências e contradições que precisaram ser solucionadas.

Demonstrou-se, tanto no segundo capítulo como neste, que os problemas práticos das teorias que tentaram desempenhar essa tarefa não se repetem nas teorias concebidas por Roxin, especialmente o domínio do fato e suas diversas ramificações.

A concepção universal de que *autor é a figura central do acontecer típico* permitiu investigações que conduziram a distinção de três subteorias aplicáveis a cada espécie de crime: (a) domínio do fato, para delitos de domínio ou de ação; (b) infração de dever, para delitos especiais ou de violação de dever; (c) execução pessoal do crime, para os delitos de mão própria, de atuação pessoal ou de conduta infungível.

Concernente à teoria do domínio do fato, em todas as suas modalidades, constatou-se que é compatível com as normas constitucionais, podendo ser adotada de *lege lata*. A jurisprudência nacional vem aplicando frequentemente a teoria, nomeadamente na subcategoria chamada *domínio funcional do fato*.

Por outro lado, a autoria mediata decorrente do domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder representou uma inovação extraordinária, que permitiu a reconstrução das categorias de autoria e participação no âmbito da criminalidade exercida por meio de estados totalitários.

De fato, o que se indaga é se a modalidade de autoria mediata, exercida por meio do domínio da vontade através de estruturas organizadas de poder, pode ser aplicada no contexto dos crimes mais deletérios praticados contra a administração pública. Antes, é forçoso ingressar na tormentosa senda dos crimes de peculato e corrupção passiva, para somente depois examinar a possibilidade de encadear os conteúdos deste capítulo com o do capítulo seguinte.

4 CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PECULATO E CORRUPÇÃO PASSIVA

4.1 A corrupção no Brasil

A secular venalidade das classes políticas brasileiras pode ser constatada pelos sucessivos episódios de corrupção em todas as fases de nossa história. Das capitânias hereditárias aos barões do Império, dos coronéis da República Velha aos agentes da ditadura, dos “caçadores de marajás” aos políticos midiáticos do século XXI, o que se viu e ainda se vê é uma miríade de transgressões ao erário público.

Corrupção não é uma criação do Brasil¹⁵³, mas certamente tornou-se um problema nacional endêmico, que corrói os financiamentos de todos os setores essenciais para a população. Saúde, educação, segurança, moradia, infraestrutura, transporte e empresas estatais estratégicas suportam frequentes e assombrosos prejuízos em seus recursos, afetando os direitos sociais de milhões de brasileiros¹⁵⁴.

Por outro lado, essas práticas não são exclusividade dos agentes públicos. Em geral, para realização dos desvios, funcionários públicos desonestos e de várias categorias aliam-se a agentes privados para desviar os recursos públicos, demonstrando que o problema não é só uma questão de administração pública, pertencendo também aos hábitos éticos da própria população.

A construção de Salvador no século XVI, após a instalação do governo geral no Brasil, é o primeiro exemplo de apropriação dos recursos públicos e, surpreendentemente, representa um modelo de atuação que se repetiu e continua se repetindo na administração pública brasileira. O Rei Dom João III investiu cerca de um milhão de cruzados na expedição de Tomé de Sousa, o primeiro governador-geral, incumbindo-o de edificar uma cidade para se tornar o centro administrativo, judicial e fiscal da colônia. Analisando o uso desses recursos, estudiosos identificaram um cenário desolador e incrivelmente atual:

¹⁵³ Para Sérgio Habib, a corrupção é um mal atemporal e universal: “esta constatação é possível pelo cotejo da história, pelo estudo da trajetória do homem através dos tempos, donde se infere que a corrupção esteve presente em todo o tempo, contida e limitada, em alguns períodos, crescente e fortalecida em outros, incomensurável e avassaladora em outros tantos”. (HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção*. Porto Alegre: S. A. Fabris Editora, 1994, p. 26).

¹⁵⁴ A Constituição da República enuncia os direitos sociais no artigo 6º: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 jan. 2016).

Onde foi parar tanto dinheiro? Parte foi gasta, parte desviada. Investigando os papéis da Câmara de Salvador, Teodoro Sampaio pinta um quadro de dissolução geral: “Os infratores, de todos os gêneros, eram contumazes, e as penas não passavam de ameaças. As multas raro se pagavam. Os atravessadores de mercadorias zombavam das medidas que contra seu comércio aladroadado adotavam os oficiais da Câmara. Os arrendatários dos impostos conluiavam-se com os mercadores, consentindo que estes fraudassem as almotaçarias.”

Quando os pregões de arrematação das empreitadas se encerravam, o nome do vencedor, anunciado com alguma solenidade pelo porteiro da Câmara, raramente causava surpresa. Os empreiteiros loteavam as obras entre si, combinando os lances antecipadamente, muitas vezes em conluio com o leiloeiro, e superfaturando o custo das obras.¹⁵⁵

Desse trecho sobressai um dos elementos fundadores da corrupção no Brasil: as relações espúrias entre agentes públicos e privados, particularmente nas obras custadas com recursos do erário¹⁵⁶.

Os funcionários públicos destacados ao Brasil já aportaram com o interesse de se aproveitar ao máximo da terra, cientes da dificuldade da coroa portuguesa em fiscalizar os desvios e da simbiose com os particulares, que também sabiam da venalidade dos ocupantes de cargos públicos. Mas não é só: os próprios encarregados da fiscalização eram, de fato, notórios corruptos, como o primeiro ouvidor-geral do país, o Dr. Pero Borges, condenado por desviar recursos da construção de um aqueduto de Elvas, no Alentejo, em Portugal¹⁵⁷.

Manoel da Nóbrega, o jesuíta que desempenhou um papel fundamental na colonização do Brasil, testemunha ocular dos desvios na construção de Salvador, remeteu uma missiva ao rei, relatando todo o seu descontentamento com os funcionários públicos enviados ao Brasil:

Deveria V.A. mandar servidores que queiram bem à terra e tirar oficiais, tantos e de tantos ordenados, que não querem mais que acabar seu tempo cá e ganhar seus ordenados, que esse é seu fim principal, pois têm sua afeição por Portugal e não trabalham em favorecer a essa terra, antes de aproveitam dela de qualquer maneira que podem.¹⁵⁸

Não é necessário extrair todos os capítulos da história do Brasil para comprovar que esse comportamento persiste bastante disseminado quase quinhentos anos após os desvios de

¹⁵⁵ BUENO, Eduardo. *A coroa, a cruz e a espada: lei, ordem e corrupção no Brasil Colônia*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006, p. 125.

¹⁵⁶ Adiante-se que, no capítulo 6, será analisado o “julgamento do Mensalão” e, de acordo com os fatos apurados, particulares do ramo da publicidade (Marcos Valério e seus sócios) aliaram-se a agentes políticos e servidores públicos para desviar recursos públicos e praticar outros delitos danosos a administração pública, ratificando que tais relações espúrias são a essência da corrupção no país.

¹⁵⁷ BUENO, Eduardo. *A coroa, a cruz e a espada: lei, ordem e corrupção no Brasil Colônia*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006, p. 64-65.

¹⁵⁸ NÓBREGA, Manoel da. *Cartas do Brasil*. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAfWDOAJ/nobrega-manuel-cartas-brasil>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

Salvador, tendo aflorado com as nababescas obras para a Copa do Mundo de 2014¹⁵⁹. Da imprensa internacional, a reportagem do jornal *The New York Times* noticiou com precisão os superfaturamentos nas construções destinadas à efeméride esportiva de 2014, o abandono de várias obras e as estruturas inúteis para a população, como o lastimável aeroporto para extraterrestres em Varginha/MG:

Brazil plowed billions of dollars into building a railroad across arid backlands, only for the long-delayed project to fall prey to metal scavengers. Curvaceous new public buildings designed by the famed architect Oscar Niemeyer were abandoned right after being constructed. There was even an ill-fated U.F.O. museum built with federal funds. Its skeletal remains now sit like a lost ship among the weeds.

As Brazil sprints to get ready for the World Cup in June, it has run up against a catalog of delays, some caused by deadly construction accidents at stadiums, and cost overruns. It is building bus and rail systems for spectators that will not be finished until long after the games are done.

But the World Cup projects are just a part of a bigger national problem casting a pall over Brazil's grand ambitions: an array of lavish projects conceived when economic growth was surging that now stand abandoned, stalled or wildly over budget.

The ventures were intended to help propel and symbolize Brazil's seemingly inexorable rise. But now that the country is wading through a post-boom hangover, they are exposing the nation's leaders to withering criticism, fueling claims of wasteful spending and incompetence while basic services for millions remain woeful. Some economists say the troubled projects reveal a crippling bureaucracy, irresponsible allocation of resources and bastions of corruption.¹⁶⁰

Para Sérgio Buarque de Holanda, a desonestidade dos detentores do poder no Brasil decorre da confusão entre o público e o privado que floresceu por meio do ambiente social e familiar do país, e se espalhou na forma como a gestão da administração pública é realizada no Brasil, ou seja, como um instrumento para garantir benefícios próprios, em detrimento do interesse coletivo¹⁶¹.

¹⁵⁹ INESC. Tribunal de Contas da União identifica superfaturamento quadruplicado. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-do-inesc/2011/fevereiro/copa-2014-tcu-identifica-superfaturamento-quadruplicado/>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

¹⁶⁰ ROMERO, Simon. Grand visions fizzle in Brazil. Disponível em: <http://www.nytimes.com/interactive/2014/04/12/world/americas/grand-visions-fizzle-in-brazil.html?hp&_r=1>. Acesso em: 12 nov. 2015.

¹⁶¹ A confusão entre o público e o privado, denominado “patrimonialismo”, decorre também, segundo alguns autores, do modelo de ocupação e exploração do Brasil. Ao contrário do que ocorreu nas colônias inglesas da América do Norte, cujos colonizadores assumiram a terra como seu lar, os portugueses que vieram ao Brasil pretendiam extrair o máximo dos recursos locais e voltar para a metrópole, sem se importar com o desenvolvimento econômico-social do território. Semelhante análise sobre o patrimonialismo faz Maria Sylvania de Carvalho Franco, que o contrapõe à formação de um programa de estado destinado a cumprir objetivos coletivos: “Os resultados obtidos põem em foco uma formação social que esteve longe de realizar os requisitos de uma formação estamental: em lugar da durabilidade que esta pressupõe, apresentou uma fluidez constante [...]. As condições particulares ao Brasil ampliaram os movimentos, ‘enfeudaram’ o produtor de lucros, fizeram do ‘ladrão, barão’, colocaram o piano nas mãos das moças e o Positivismo na cogitação dos homens, a porcelana

O estudioso distingue duas formas de administração pública, a forma *impessoal* ou *verdadeiramente burocrática*, que enxerga na *res publica* o interesse social, e o modelo *pessoal* ou *patrimonial*, que gerencia o aparelho estatal no interesse próprio. A *administração patrimonial* cuida de todos os aspectos da gestão com esse espírito particular: preenche os cargos com pessoas de seu círculo de confiança (preferencialmente familiares - nepotismo), rejeitando a seleção dos mais qualificados para o exercício das funções, e vê nos bens públicos uma extensão de seu próprio patrimônio. Em síntese, Sérgio Buarque de Holanda descreve que:

Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário “patrimonial” do puro burocrata conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático. O funcionalismo patrimonial pode, com a progressiva divisão das funções e com a racionalização, adquirir traços burocráticos. Mas em sua essência ele é tanto mais diferente do burocrático, quanto mais caracterizados estejam os dois tipos.

No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade. E um dos efeitos decisivos da supremacia incontestável, absorvente, do núcleo familiar — a esfera, por excelência dos chamados “contatos primários”, dos laços de sangue e de coração — esta em que as relações que se criam na vida doméstica sempre forneceram o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós. Isso ocorre mesmo onde as instituições democráticas, fundadas em princípios neutros e abstratos, pretendem assentar a sociedade em normas antiparticularistas.¹⁶²

Na continuação, o autor traz a figura do *homem cordial*, encarnação do paradigma de agente público brasileiro que, por intermédio do disfarce de pessoa afável, honrada e, até

finda sobre as tábuas brutas, os tecidos e as pedras preciosas nas “mulheres mal amanhadas” (FRANCO, Maria Sílvia de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. 4. Ed. São Paulo: UNESP, 1997, p. 238-239).

¹⁶² HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 145-146.

mesmo religiosa, embora não frequente a igreja, traz uma carga emotiva necessária à aproximação pessoal e, assim, esconde interesses escusos e mantém sua hegemonia¹⁶³.

Raymundo Faoro faz um diagnóstico histórico, de Dom João I até a década de 1930, para descortinar o desalentador quadro político-administrativo brasileiro, cujos *donos do poder* impuseram, embora com aparências distintas, a mesma cultura patrimonialista, particular e corrupta na máquina estatal. Não houve, essencialmente, uma mudança de modelo, apenas uma alteração de roupagem e na atuação dos mesmos mecanismos corruptos e patrimonialistas de gestão pública:

A longa caminhada dos séculos na história de Portugal e do Brasil mostra que a independência sobranceira do Estado sobre a nação não é a exceção de certos períodos, nem o estágio, o degrau para alcançar outro degrau, previamente visualizado. O bonapartismo meteórico, o pré-capitalismo que supõe certo tipo de capitalismo, não negam que, no cerne, a chama consome as árvores que se aproximam de seu ardor, carvão para uma fogueira própria, peculiar, resistente. O estamento burocrático, fundado no sistema patrimonial do capitalismo politicamente orientado, adquiriu conteúdo aristocrático, da nobreza da toga e do título. A pressão da ideologia liberal e democrática não quebrou, nem diluiu, nem desfez o patronato político sobre a nação, impenetrável ao poder majoritário, mesmo na transação aristocrático-plebéia do elitismo moderno. O patriciado, despido de brasões, de vestimentas ornamentais, de casacas ostensivas, governa e impera, tutela e curatela. O poder – a soberania nominalmente popular – tem donos, que não emanam da nação, da plebe ignara e pobre. O chefe não é um delegado, mas um gestor de negócios, gestor negócios e não mandatário. O Estado, pela cooptação sempre que possível, pela violência se necessário, resiste a todos os assaltos, reduzido, nos seus conflitos, à conquista dos membros graduados de seu estado-maior. E o povo, palavra e não realidade dos contestatários, que quer ele? Este oscila entre o parasitismo, a mobilização das passeatas sem participação política, e a nacionalização do poder, mais preocupado com os novos senhores, filhos do dinheiro e da subversão, do que com os comandantes do alto, paternais e, como o bom príncipe, dispensados de justiça e proteção. A lei, retórica e elegante, não o interessa. A eleição, mesmo formalmente livre, lhe reserva a escolha entre opções que ele não formulou.¹⁶⁴

A despeito desses diagnósticos antigos e modernos, da continuidade desses métodos e da impunidade que ainda frutifica no país, o problema não obteve uma resposta razoável, já que a erradicação é mesmo impossível. A iniquidade dos processos criminais relacionados aos corruptos é tão patente que o próprio Nelson Hungria, com pesar, constatou há mais de cinco décadas:

¹⁶³ Segundo Holanda, o no homem cordial age por meio da “padronização das formas exteriores de cordialidade, que não precisam ser legítimas para se manifestarem, revela-se um decisivo triunfo do espírito sobre a vida. Armado dessa máscara, o indivíduo consegue manter sua supremacia ante o social. E, efetivamente, a polidez implica uma presença contínua e soberana no indivíduo”. Daí que no homem cordial “a vida em sociedade é, de certo modo, uma verdadeira libertação do pavor que ele sente em viver consigo mesmo, em apoiar-se sobre si próprio em todas as circunstâncias da existência” (HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, p. 147).

¹⁶⁴ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001, p. 865-886.

De quando em vez, rebenta um escândalo, em que se ceva o sensacionalismo jornalístico. A opinião pública vozeia indignada e Têmis ensaia o seu gládio; mas os processos penais, iniciados com estrépito, resultam, as mais das vezes, num completo fracasso, quando não na iniquidade da condenação de uma meia dúzia de *intermediários* deixados à própria sorte. São raras as moscas que caem na teia de Aracne.¹⁶⁵

Talvez por essas razões as condenações emitidas pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal n. 470/MG captaram tanto a atenção da mídia e da sociedade em geral, por constituir, ao menos de uma perspectiva ética, a esperança de novos rumos no paradigma político brasileiro.

4.2 Corrupção, estado democrático e estado de direito

O regime democrático propicia a participação de todos os cidadãos nos destinos da nação, fomenta a fiscalização das verbas públicas e permite constantes correções por meio das trocas periódicas de poder, vantagens que suplantam todos os seus problemas¹⁶⁶. Porém, o maior risco à democracia vem de seus próprios alicerces, isto é, da liberdade de seleção dos representantes.

Com efeito, as eleições não garantem a escolha dos agentes mais aptos ou probos. A corrida eleitoral, a busca por votos, a disputa pelo apoio político, os financiamentos de campanha e todas as façanhas necessárias para a vitória conduzem geralmente a desastrosos acordos que se refletem na gestão do eleito.

A democracia, assim como o processo judicial, é um instituto eminentemente procedimental. Nas causas judiciais, não incumbe ao magistrado “fazer justiça”, mas assegurar o *fair trial*, um julgamento justo, capaz de assegurar todos os meios de defesa dos direitos. Similarmente, na democracia, a participação popular não certifica a eleição do melhor concorrente, mas a possibilidade de eleições justas. Instado a votar, o povo pode optar pelo candidato mais charlatão e ainda reforçar essa convicção reelegendo-o.

Nos estados cujos mecanismos de controle são menos eficientes e parcela significativa da classe concorrente esteja imbuída de uma *alma patrimonialista*, na acepção adotada por Sérgio Buarque de Holanda e Raymundo Faoro, essa debilidade na escolha dos representantes facilita a criação de um ambiente corrupto.

¹⁶⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. IX, p. 362-363, grifo do autor.

¹⁶⁶ Não houve até o momento réplica capaz de invalidar as palavras de Winston Churchill: “A democracia é a pior forma de governo, excetuando-se todas as demais”.

Não se ignora que nos regimes democráticos plenos, a liberdade de expressão induz a uma percepção maior da corrupção, porquanto inexistem engenhos de ocultação dos desvios de recursos típicos de regimes totalitários¹⁶⁷. Porém, constata-se uma linha bastante clara entre uma percepção ampliada pela imprensa e a insatisfação legítima dos cidadãos, pela simples análise da realidade que se apresenta frente aos elevados tributos exigidos da população.

Tal percepção verifica-se, sobretudo, nos custos sociais da corrupção. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves salientam que as políticas públicas são atingidas pela evasão fiscal decorrente das ilicitudes perpetradas no setor público, reduzindo a distribuição de renda e alargando a injustiça social, concluindo que:

Esse ciclo conduz ao estabelecimento de uma relação simbiótica entre corrupção e comprometimento dos direitos fundamentais do indivíduo. Quanto maiores os índices de corrupção, menores serão as políticas públicas de implementação dos direitos sociais. Se os recursos estatais são reconhecidamente limitados, o que torna constante a invocação da *reserva do possível* ao se tentar compelir o Poder Público a concretizar determinados direitos consagrados no sistema, essa precariedade aumentará na medida em que os referidos recursos, além de limitados, tiverem redução de ingresso ou forem utilizados para fins ilícitos.¹⁶⁸

Registre-se, ainda, que os excessos da corrupção nos estados democráticos podem promover o aparecimento de condições para a instabilidade política e, assim, emanar o pior de todos os cenários: o rompimento com a democracia. Ditaduras, totalitarismos ou fascismos de todos os tipos sugaram de ambientes políticos incertos e traumatizados pela corrupção um motivo para discursos falsamente moralizantes, frente à “dissuasão” do regime da soberania popular:

Quem pretende falar em nome do povo brasileiro, há de – fatalmente – atacar a corrupção. Acabar com a corrupção não é somente a promessa de todos os nossos candidatos, mas a divisa de todas as nossas revoluções, a justificativa de todos os nossos golpes. Cada um interpreta à sua moda. Para os donos do poder, essas acusações nunca passam de pretexto golpista, demagogia, moralismo barato. Pelo contrário, quem derruba e sobe alega sede de justiça, autêntica aspiração popular.¹⁶⁹

Essa visão é compartilhada pela a organização não governamental Transparência Internacional (*Transparency International*), que distingue os quatro principais custos da

¹⁶⁷ Cf. FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção, democracia e legitimidade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

¹⁶⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 72.

¹⁶⁹ CAVALCANTI, Pedro Rodrigues de Albuquerque. *A corrupção no Brasil*. São Paulo: Siciliano, 1991, p. 87.

corrupção: *político, econômico, social e ambiental*.¹⁷⁰ Politicamente, considera-se a corrupção como o maior obstáculo à democracia e ao *rule of law*. Economicamente, a corrupção conduz ao empobrecimento da população e à desigualdade social, pois desvia recursos de investimentos benéficos à população em proveito dos agentes corruptos e seus colaboradores ou para obras desnecessárias. Socialmente, a corrupção mina a confiança nas instituições e no sistema político. E, por fim, a corrupção facilita a degradação ambiental, posto que as companhias que desenvolvem atividades que afetam o meio ambiente costumam financiar políticos e agentes públicos que deveriam promover a fiscalização de atividades potencialmente poluidoras, especialmente nos setores de exploração de mineral e petrolífera.

Coincidentemente, no momento em que se escreve essa pesquisa, o Brasil vivencia os desdobramentos da Operação Lava Jato e os cidadãos percebem os quatro efeitos da corrupção elencados pela *Transparency Internacional*. Sobreveio uma forte instabilidade política, que coloca em risco nossa democracia e estado de direito: pela primeira vez na história, um senador foi cassado por falta de decoro parlamentar (Delcídio do Amaral) e o presidente da Câmara dos Deputados foi afastado por decisão do Supremo Tribunal Federal (Eduardo Cunha). Além disso, a presidenta da República foi afastada provisoriamente, após o recebimento do processo de *impeachment* no Senado Federal (Dilma Rouseff)¹⁷¹. Economicamente, o Brasil passa pelo pior período de recessão desde o início do século XXI, com altos índices de desemprego¹⁷². Socialmente, há uma desconfiança generalizada da classe política e do Poder Público. E, no dia 05 de novembro de 2015, o rompimento da barragem de rejeitos de minério de Fundão, da mineradora Samarco, em Mariana/MG, matou 19 (dezenove) pessoas, arrasou completamente o subdistrito de Bento Rodrigues e outras localidades, prejudicou a vida de mais de três milhões de pessoas ao longo da Bacia do Rio

¹⁷⁰ TRANSPARENCY INTERNACIONAL. Costs of corruption. Disponível em: <<http://www.transparency.org/what-is-corruption#costs-of-corruption>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

¹⁷¹ CASADO, José. Fantasias na instabilidade. Disponível em: <<http://noblat.oglobo.globo.com/geral/noticia/2016/05/fantasias-na-instabilidade.html>>. Acesso em: 31 maio 2016.

¹⁷² Segundo dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), “no trimestre móvel encerrado em abril, a taxa de desocupação (11,2%) cresceu 1,7 pp (ponto percentual) em relação ao trimestre móvel encerrado em janeiro (9,5%) e 3,2 pp em relação ao mesmo trimestre móvel de 2015 (8,0%). Essa foi a maior taxa de desocupação desde o início da pesquisa (janeiro de 2012)” (Cf. BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. PNAD Contínua: taxa de desocupação foi de 11,2% no trimestre encerrado em abril de 2016. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias.html?view=noticia&id=1&idnoticia=3172&busca=1&t=pnad-continua-taxa-desocupacao-foi-11-2-trimestre-encerrado-abril-2016>>. Acesso em: 01 jun. 2016).

Doce (Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo) e gerou danos irreparáveis ao meio ambiente, constituindo o maior desastre dessa natureza na história do país¹⁷³.

Daí a importância capital do estado de direito para afastar o desvirtuamento da democracia, pois é a plenitude do estado de direito que permite a redução das fraquezas democráticas, colocando freios aos abusos de poder. Isso não significa que somente o aparelho jurídico punitivo cumpre essa tarefa, pois o direito deve, sobretudo, objetivar a construção de uma sociedade composta por sujeitos de direitos, livres e iguais, e não sujeitos detentores relações pessoais e patrimoniais.

Uma sociedade assim, obtida da simbiose entre direito e democracia, somente pode existir na medida em que se cria uma consciência, capaz de fomentar a redução da corrupção na sua gênese. Para Eduardo A. Fabián Caparrós essa composição somente pode partir da militância dos cidadãos:

[...] la dimensión política de la corrupción no cabe resolverla tan sólo desde las garantías formales, sino, sobre todo, desde el fomento entre el cuerpo social de una democracia militante. Recordando a Löwenstein, si no se trasciende desde lo meramente semántico al ámbito de lo normativo, los mecanismos de control carecerán de contenido y, por ello, de eficacia. Frente a esta contracultura, es preciso edificar una cultura de la participación ciudadana que no se resigne a convivir día a día con el cohecho, favoreciendo la intervención de particulares y colectivos comprometidos en la lucha contra la corrupción.¹⁷⁴

Certamente, nas relações públicas, o problema do excesso ou desvio do poder, é mais preocupante, posto ser inegável a posição de vulnerabilidade do ser humano singular frente ao “Estado Leviatã”. Disso resulta que, nos modernos estados de direito, há leis, órgãos e mecanismos próprios para coibir e reprimir qualquer forma de abuso de poder, especialmente aqueles que veiculam desvios do patrimônio público. Darcy Azambuja adverte:

É necessário, portanto, que sejam traçados limites para o exercício da autoridade pelo Estado e para o gozo da liberdade pelos indivíduos. Traçar esses limites é função precípua do Direito, e como devem ser claros, e conhecidos por todos, para serem respeitados, as leis os declaram expressamente.¹⁷⁵

¹⁷³ No caso de Mariana, o próprio Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) informou que dispunha de somente quatro profissionais para fiscalizar as barragens mineiras, número evidentemente insuficiente, sem falar nas suspeitas de omissão deliberada na fiscalização da barragem que se rompeu (Cf. BERTONI, Estevão. Minas Gerais tem só 4 funcionários para fiscalização de barragens. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/11/1705773-minas-gerais-tem-so-4-funcionarios-para-fiscalizacao-de-barragens.shtml>>. Acesso em: 10 dez. 2015).

¹⁷⁴ CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio. In: *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*. Org. por Eduardo A. Fabián Caparrós. Salamanca: Ratio Legis, 2000, p. 18.

¹⁷⁵ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 26. ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1941.

Portanto, a punição dos agentes públicos corruptos, exercida por meio do direito penal, insere-se no âmbito mais amplo dos ideais do Estado Democrático de Direito, enquanto barreira intransponível de amparo e conservação da democracia.

4.3 Corrupção e direito internacional

A corrupção é um fenômeno real em todos os países, com distintos graus de intensidade e, muitas vezes, transcende os limites territoriais, abarcando, em um mesmo episódio, entidades, governos e agentes públicos de várias nações. Com a globalização, esse caráter transnacional aflorou-se ainda mais.

O problema da corrupção não é só o prejuízo ao erário, mas, principalmente, um risco ao Estado Democrático de Direito e o atio à desigualdade econômica e social. Susan Rose-Ackerman, analisando os efeitos da corrupção no contexto da economia global, aduz dois argumentos centrais contra a tolerância a essas práticas, ainda que possam fomentar a mercancia nos países periféricos:

Primeiro: países com corrupção sistêmica que, apesar de tudo, obtiveram crescimento econômico satisfatório, correm o risco de cair em uma espiral decrescente. A corrupção pode virar uma bola de neve de modo que produza comissões ilegais mais elevadas até que o crescimento econômico seja comprometido [...] Segundo: o crescimento econômico não é a única meta digna de ser almejada. A corrupção também tenda a distorcer a alocação dos benefícios econômicos, favorecer aqueles que têm em detrimento daqueles que não têm, e levar a uma distribuição de renda menos igualitária. Em casos extremos pode até minar a estabilidade política.¹⁷⁶

Por isso, organismos internacionais vêm elaborando tratados e resoluções para coibir e punir a corrupção. Igualmente, vários países vêm promulgando, nas respectivas ordens internas, normas severas de prevenção e combate aos ilícitos cometidos por agentes públicos em razão de suas funções.

Em um primeiro momento, notou-se uma preocupação excessiva e exclusiva com a corrupção nas transações comerciais internacionais. O Brasil inseriu algumas das medidas na ordem interna, por meio da Lei n. 10.467, de 2002, que criou as figuras da corrupção ativa em transação comercial internacional, tráfico de influência em transação comercial internacional e funcionário público estrangeiro, para punir pessoas envolvidas em corrupção no comércio internacional, conforme artigos 337-B, 337-C e 337-D.

¹⁷⁶ ROSE-ACKERMAN, Susan. A econômica política da corrupção. In: ELLIOT, Kimberly Ann (Org.). *A corrupção e a economia global*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002, cap. 2, p. 59-96, p. 61-62.

Posteriormente, a ordem internacional percebeu que os tratados referentes apenas a corrupção em transações comerciais eram insuficientes e passou a adotar tratados mais abrangentes, de maneira a combater todas as formas de corrupção. Em 2003, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas aprovou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, escolhendo *9 de dezembro* como o dia de combate à corrupção (Resolução n. 58/4, de 31 de outubro de 2003. Trata-se da Resolução n. 58/4, aprovada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 348, de 18 de maio de 2005, depositado pelo o instrumento de ratificação em 15 de junho de 2005 e promulgado na ordem interna pelo Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006¹⁷⁷. Nesse documento, há várias medidas concretas para redução da corrupção e estimula-se a cooperação internacional na matéria, especialmente no que tange à recuperação de ativos. O artigo 1º estabelece:

A finalidade da presente Convenção é:

- a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção;
- b) Promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos;
- c) Promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.

A recuperação de ativos é um importante princípio em matéria de corrupção, posto que os agentes públicos corruptos frequentemente transferem seus recursos obtidos ilícitamente para instituições financeiras no exterior, especialmente nos chamados “paraísos fiscais”.

A Convenção dos Estados Americanos contra a Corrupção surgiu em 1996, na Cidade de Caracas. O Brasil ratificou por meio do Decreto Legislativo n. 152 e promulgou por intermédio do Decreto n. 4.410, de 2002¹⁷⁸. Esse ato instituiu, no âmbito dos estados-membros, normas de natureza penal e extrapenal, inovando em relação às medidas preventivas, especialmente no artigo III:

Para os fins estabelecidos no artigo II desta Convenção, os Estados Partes convêm em considerar a aplicabilidade de medidas, em seus próprios sistemas institucionais destinadas a criar, manter e fortalecer:

1. Normas de conduta para o desempenho correto, honrado e adequado das funções públicas. Estas normas deverão ter por finalidade prevenir conflitos de interesses, assegurar a guarda e uso adequado dos recursos confiados aos funcionários públicos

¹⁷⁷ BRASIL. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 12 nov. 2015.

¹⁷⁸ BRASIL. Convenção Interamericana contra a Corrupção. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em: 12 nov. 2015.

- no desempenho de suas funções e estabelecer medidas e sistemas para exigir dos funcionários públicos que informem as autoridades competentes dos atos de corrupção nas funções públicas de que tenham conhecimento. Tais medidas ajudarão a preservar a confiança na integridade dos funcionários públicos e na gestão pública.
2. Mecanismos para tornar efetivo o cumprimento dessas normas de conduta.
 3. Instruções ao pessoal dos órgãos públicos a fim de garantir o adequado entendimento de suas responsabilidades e das normas éticas que regem as suas atividades.
 4. Sistemas para a declaração das receitas, ativos e passivos por parte das pessoas que desempenhem funções públicas em determinados cargos estabelecidos em lei e, quando for o caso, para a divulgação dessas declarações.
 5. Sistemas de recrutamento de funcionários públicos e de aquisição de bens e serviços por parte do Estado de forma a assegurar sua transparência, equidade e eficiência.
 6. Sistemas para arrecadação e controle da renda do Estado que impeçam a prática da corrupção.
 7. Leis que vedem tratamento tributário favorável a qualquer pessoa física ou jurídica em relação a despesas efetuadas com violação dos dispositivos legais dos Estados Partes contra a corrupção.
 8. Sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade, sem prejuízo da Constituição do Estado e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno.
 9. Órgãos de controle superior, a fim de desenvolver mecanismos modernos para prevenir, detectar, punir e erradicar as práticas corruptas.
 10. Medidas que impeçam o suborno de funcionários públicos nacionais e estrangeiros, tais como mecanismos para garantir que as sociedades mercantis e outros tipos de associações mantenham registros que, com razoável nível de detalhe, reflitam com exatidão a aquisição e alienação de ativos e mantenham controles contábeis internos que permitam aos funcionários da empresa detectarem a ocorrência de atos de corrupção.
 11. Mecanismos para estimular a participação da sociedade civil e de organizações não-governamentais nos esforços para prevenir a corrupção.
 12. O estudo de novas medidas de prevenção, que levem em conta a relação entre uma remuneração equitativa e a probidade no serviço público.

Dessa maneira, pode-se afirmar que existe, no plano internacional, um reconhecimento dos problemas causados pela corrupção, impulsionando a adoção de medidas reais e concretas para solucioná-los.

4.4 Corrupção e a tutela jurídica da administração pública

Conceitualmente, corrupção é uma expressão que extravasa o direito penal e não pode ser limitada nas figuras delituosas de “corrupção ativa” e “passiva”. Em uma acepção mais dilatada, compatível com todos os domínios jurídicos, corrupção é “o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins

contemplados pela norma¹⁷⁹”. De maneira similar, para organização não governamental Transparência Internacional, corrupção consiste no “abuse of entrusted power for private gain. Corruption can be classified as grand, petty and political, depending on the amounts of money lost and the sector where it occurs”¹⁸⁰.

O ordenamento jurídico contempla diversos mecanismos e órgãos de tutela e controle da administração pública, que visam prevenir e reprimir os atos ilícitos que podem ser praticados por agentes públicos no exercício de suas funções. Essas normas e órgãos, que não se esgotam no direito penal e processual penal, estão previstas principalmente no direito constitucional e no direito administrativo. Porém, o controle não pode ser exercido apenas com os meios formais. Marçal Justen Filho ressalta:

Em muitos países os instrumentos de controle sobre a conduta dos governantes são informais e difusos. A sociedade exerce suficiente autoridade para impedir que os exercentes de funções estatais valham-se das oportunidades geradas pelos cargos que ocupam para a obtenção de benefícios indevidos ou para a adoção de condutas ética ou politicamente reprováveis. A natureza dos controles jurídicos varia em função dessas características sociais. Quanto menos eficientes os controles sociais para disciplinar a conduta dos agentes estatais, mas relevante se torna o controle jurídico formal.¹⁸¹

Da Constituição da República colhem-se regras de responsabilização dos agentes políticos dos poderes legislativo e do executivo, e dos membros do judiciário e do Ministério Público¹⁸², bem como a fiscalização contábil, financeira e orçamentária exercida pelo Poder Legislativo com auxílio do Tribunal de Contas da União (artigos 70 a 75). Trata-se do sistema de *checks and balances*, os controles recíprocos entre as funções estatais, necessário para assegurar a separação de poderes com harmonia e independência. É um controle predominantemente político, mas que detém parcela significativa de meios para prevenir e reprimir a corrupção¹⁸³.

Por meio do direito administrativo, há um controle de natureza diversa, direcionado à função administrativa. Segundo José dos Santos Carvalho Filho:

¹⁷⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 51.

¹⁸⁰ TRANSPARENCY INTERNACIONAL. How do you define corruption? Disponível em: <<http://www.transparency.org/what-is-corruption#define>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

¹⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1200.

¹⁸² O artigo 55 da Constituição da República prevê as hipóteses de perda do mandato de deputados e senadores e os artigos 85 e 86 estipulam regras básicas sobre os crimes de responsabilidade e o processo de afastamento do presidente da república (*impeachment*). O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público exercem o controle sobre o Judiciário e o *Parquet* (artigos 103-B e 130-A). Sobre o caráter de “agentes políticos” dos membros do Judiciário e do Ministério Público, há intensa controvérsia doutrinária.

¹⁸³ Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1019-1020.

O controle administrativo tem linhas diversas. Nele não se procede a nenhuma medida para estabilizar poderes políticos, mas, ao contrário, se pretende alvejar os órgãos incumbidos de exercer uma das funções do Estado – a função administrativa. Enquanto o controle político se relaciona com as instituições políticas, o controle administrativo é direcionado às instituições administrativas.¹⁸⁴

O controle administrativo é o modelo mais amplo de controle, contemplando desde os procedimentos administrativos disciplinares até a repressão aos atos de improbidade administrativa. O controle pode ser exercido por órgãos internos e externos, em momento prévio, concomitante ou posterior ao ato.

Não raramente, o controle administrativo deságua no Poder Judiciário e nota-se uma evolução legislativa, criando-se cada vez mais normas que incumbem aos magistrados o exame da conformidade legal dos atos administrativos, a exemplo da Lei n. 8.429, de 1992¹⁸⁵, que estabelece as sanções por atos de improbidade administrativa e a Lei n. 12.846, de 2013, que “dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública”¹⁸⁶.

Noutra linha, o direito penal e a persecução criminal dos delitos relacionados à corrupção constituem o campo mais específico, submetido aos limites estreitos do poder punitivo e às suas funções¹⁸⁷. Somente os fatos tipificados na norma penal como “crimes funcionais” são objeto de estudo, assim como a persecução é exclusividade das polícias, do Ministério Público e no Poder Judiciário. Não obstante, os conceitos de administração pública e funcionário público, se bem que com características peculiares ao direito penal, precisam ser compreendidos também de uma perspectiva constitucional e administrativa.

4.5 Novos mecanismos de combate à corrupção: a Lei n. 12.846, de 2013

A Lei n. 12.846, de 2013, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional e estrangeira. É conhecida como Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas (LRPJ) ou Lei Anticorrupção

¹⁸⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 1020.

¹⁸⁵ BRASIL. Lei n. 8429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 13 ago. 2015.

¹⁸⁶ BRASIL. Lei n. 12.826, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional e estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 13 ago. 2015.

¹⁸⁷ Sobre as funções do direito penal no que tange ao bem jurídico “administração pública”, conferir em seguida,

e introduziu várias inovações no controle da administração pública. Segundo Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, em linhas gerais, a lei:

[...] introduziu uma tipologia de ilícitos passíveis de serem praticados por pessoas jurídicas que se relacionam com a Administração Pública, que pode redundar em (1) responsabilização administrativa, daí decorrendo a possibilidade de serem aplicadas sanções de igual natureza, e em (2) responsabilização judicial, com aplicação de sanções de natureza cível *lato sensu*, isso sem prejuízo das sanções de natureza penal e daquelas previstas na Lei n. 8.492, de 1992.¹⁸⁸

Dentre os aspectos de maior relevância da lei estão: (1) responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, quando seus agentes praticam atos em detrimento da administração pública (artigo 2º); (2) a possibilidade de acordos de leniência com as pessoas jurídicas que colaborarem na apuração dos ilícitos (artigos 16 e 17); (3) incentivo ao *compliance* para evitar atos ilícitos (artigo 7º, VIII); (4) a criação do cadastro nacional de empresas punidas (artigo 22).

A norma surgiu da necessidade de coibir as práticas ilícitas na administração pública intermediadas por pessoas jurídicas, como ocorreu, p. ex., na Ação Penal n. 470 do Supremo Tribunal Federal. No caso, as empresas de publicidade DNA e SMP&B, do empresário Marcos Valério e seus sócios, bem como o Banco Rural, foram usadas para permitir o cometimento de várias infrações penais, ressaltando-se o peculato, a corrupção ativa e passiva e a lavagem de dinheiro. Nota-se que os atos apurados no curso da citada ação penal revestem-se da tipicidade arrolada no artigo 5º da Lei Anticorrupção e, assim, o julgamento do “Mensalão” e a promulgação da referida lei reforçam o que foi dito acima: o conluio entre agentes públicos e agentes particulares é parte essencial dos atos ilícitos cometidos em detrimento da administração pública. É nesse ponto que as normas e órgãos públicos devem atuar para tutela efetiva do erário.

Deveras, a lei visa impedir os danos à administração pública, prevendo a responsabilidade objetiva das empresas usadas nesses atos, nos seguintes termos: “Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.”

Por outro lado, os acordos de leniência podem servir para apuração detalhada dos fatos e a recomposição mais eficiente do erário. Os incentivos legais são importantes, permitindo um aproveitamento prático e imediato do acordo.

¹⁸⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*, p. 278.

A lei é recente, mas, de um modo geral, deve-se admitir que contém excelente potencial para promover a tutela civil-administrativa da administração pública de forma mais concreta e eficaz do que os dispositivos legais existentes até então.

4.6 Tutela penal da administração pública

Do ponto de vista penal, a “corrupção”, sustentada no conceito amplo, supracitado, conglomerava infrações penais previstas em diversos diplomas normativos: “crimes contra a administração pública”, principalmente os artigos 312 a 326 do Código Penal, delitos tipificados na legislação penal extravagante, especialmente na Lei n. 8.666, de 1998 (artigos 89 a 99), na Lei 8.137, de 1991 (artigo 3º) e na Lei n. 4.737, de 1964 (Código Eleitoral - artigos 348 a 350) e até mesmo algumas contravenções penais (Lei das Contravenções Penais, artigos 66 a 70).

Nesse amplo espectro, as infrações penais que se mostram mais deletérias são o peculato e a corrupção passiva, causa e efeito de muitos outros desvios na administração pública. Esses crimes enfeixam-se a outros delitos, como lavagem de dinheiro, fraudes a licitações e abusos de autoridade, constituindo o centro gravitacional da corrupção, em sua acepção mais ampla, o que, de fato, foi reconhecido pelos ministros da Corte Suprema no esquema de corrupção do “Caso Mensalão”, que será examinado no capítulo 6. Da mesma forma, é sobre esses crimes que o Supremo Tribunal Federal fez incidir a teoria do *domínio do fato*, que constitui o tema-problema proposto inicialmente.

Portanto, somente os artigos 312 e 317 do Código Penal serão estudados na dissertação, partindo-se de dois elementos essenciais a ambos os tipos: *administração pública* e *funcionário público* para efeitos penais.

4.7 Administração pública para fins penais

O Código Penal não conceitua administração pública, apenas anuncia os “crimes contra a administração pública” no Título XI, dividindo-os em cinco categorias:

- Capítulo I – Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral;
- Capítulo II – Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral;
- Capítulo II-A – Dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira;

- Capítulo III - Dos crimes contra a administração da justiça;
- Capítulo IV – Dos crimes contra as finanças públicas.

Por isso, cumpre à ciência jurídica apresentar um conceito de administração pública, capaz de satisfazer as finalidades penais¹⁸⁹, nomeadamente na identificação do bem jurídico tutelado.

Segundo os administrativistas, pode-se compreender administração pública em sentido amplo e em sentido estrito¹⁹⁰. Na primeira visão, administração pública confunde-se com governo e, na segunda, é a atividade administrativa desempenhada pelos órgãos públicos, distinta de funções legislativas e judiciárias¹⁹¹.

Stricto sensu, administração pública pode ser objetiva (refletindo a função administrativa) ou subjetiva (representada pelos órgãos e agentes que exercem as funções administrativas).

Administração pública em sentido objetivo é a atividade concreta e imediata que o estado desenvolve, sob regime jurídico público, para consecução dos interesses coletivos¹⁹². Abrange a atividade administrativa, exercida pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos. Para Seabra Fagundes, função ou atividade administrativa significa *aplicar a lei de ofício*¹⁹³.

Administração pública em sentido subjetivo compõem-se de todos os agentes públicos e dos órgãos integrantes das pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), a denominada administração direta, e das pessoas jurídicas com personalidade jurídica própria, chamada de administração indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista)¹⁹⁴.

Dos preceitos penais do peculato e da corrupção passiva, verifica-se que os sujeitos ativos podem compor qualquer poder e exercer todas as atividades estatais. Por isso, a aplicação não se reduz às atividades administrativas, podendo ocorrer corrupção passiva no contexto da elaboração de leis e no julgamento de causas.

¹⁸⁹ Tampouco o item 84, da exposição de motivos do Código Penal de 1940, que versa sobre a matéria, apresenta elementos para um conceito de administração pública. Cf. GOMES NETO, Francisco Antônio. *Novo código penal brasileiro*. 5. ed. Leia/Brasiliense, 1986, v. 4, p., 225-226.

¹⁹⁰ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 53-62.

¹⁹¹ Isso não significa que seja realizada apenas pelo Poder Executivo, posto que tanto o Legislativo quanto o Judiciário exercem atividades administrativas no âmbito de suas funções.

¹⁹² Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 61

¹⁹³ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 4-5.

¹⁹⁴ O Decreto-Lei n.º 200 de 1967 enumera os entes que compõem a Administração Pública da União, servindo de paradigma para os demais entes da federação.

O conceito estrito de administração pública não satisfaz as exigências penais. Tampouco a aceção puramente objetiva ou unicamente subjetiva. Logo, somente uma conjugação de fatores objetivos e subjetivos pode cumprir a função desejada, de maneira mais ampla possível. Pagliaro e Costa Jr. ressaltam que:

Por Administração Pública, portanto, o Código Penal não entende apenas a atividade administrativa em sentido estrito, distinta da atividade legislativa ou jurisdicional. Muito ao contrário, o Código Penal leva em consideração toda a atividade estatal, num sentido subjetivo e noutro objetivo. Sob a angulação subjetiva, Administração Pública é entendida como conjunto de entes que desempenham funções públicas. Sob o aspecto objetivo, considera-se como Administração Pública toda e qualquer atividade desenvolvida para a satisfação do bem comum. Em outras palavras: em direito penal, Administração Pública equivale a sujeito-administração e atividade administrativa.¹⁹⁵

Em síntese, para efeitos penais, considera-se administração pública o conjunto de órgãos, agentes e pessoas jurídicas públicas, dos três poderes, que exercem atos de quaisquer atividades estatais (executivas, legislativas ou judiciárias), sejam da administração direta, sejam da administração indireta.

4.8 Bem jurídico tutelado nos crimes contra a administração pública

Esta investigação filia-se à corrente funcionalismo moderado ou teleológico, de maneira que se assume como função direito penal a proteção subsidiária de bens jurídicos, preconizada por Roxin:

De lo dicho hasta ahora se desprende ya que la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el Derecho penal, sino que a ello ha de cooperar al instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema – como la acción civil, las regulaciones de político o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc. –. Por ello se denomina a la penal como la “*ultima ratio* de la política social” y se define su misión como protección **subsidiaria** de bienes jurídicos. En la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el

¹⁹⁵ PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 8-9. Os autores fundamentam-se, também, na legislação estrangeira: “Nesse sentido a Exposição de Motivos do Código italiano, no qual se inspirou o estatuto pátrio: ‘O conceito de administração pública, no que diz respeito aos delitos compreendidos neste título, é tomado no sentido mais amplo, compreensivo da atividade total do Estado e de outros entes públicos. Portanto, com as normas que refletem os crimes contra a administração pública, é tutelada não só a atividade administrativa em sentido estrito, técnico, mas, sob certo aspecto, também a legislativa e a judiciária. Na verdade, a lei penal, neste título, prevê e persegue fatos que impedem ou perturbam o desenvolvimento regular da atividade do Estado e dos outros entes públicos’ (PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, p. 9).

patrimonio), sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza “fragmentaria” del Derecho penal.¹⁹⁶

Conceituar bem jurídico não é tarefa das mais simples, existindo extensa biblioteca sobre o tema, inclusive a que contesta a capacidade desse elemento de desempenhar os fundamentos finalísticos do direito penal. Assim, como recorte dogmático, parte-se da ideia de que *bens jurídicos são valores essenciais para o desenvolvimento do ser humano que podem ser protegidos por normas jurídicas, como a vida, a saúde, a incolumidade física, a liberdade, o tratamento igualitário, o patrimônio, a sustentabilidade ambiental, a autenticidade documental, a administração pública proba*. Roxin declara que:

El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia se puede decir: los **bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema**. Esta definición, al atender a “circunstancias y finalidades” en vez de a “intereses” de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creados sólo el mismo, o sea que no se limita a la primera alternativa. De tal concepto de bien jurídico, que le viene previamente dado al legislador penal, pero no es previo a la Constitución, se pueden derivar una serie de tesis concretas.¹⁹⁷

Decerto, os bens jurídicos tuteláveis devem ser deduzidos, explícita ou implicitamente, da Carta Magna. Para Luiz Régis Prado, existem duas concepções de bem jurídico-penal constitucional: uma *ampla* e outra *restrita*:

O conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais. Podem ser agrupadas em teorias de carácter geral e de fundamento constitucional estrito. A divergência entre elas é tão-somente quanto a maneira de vinculação à norma constitucional. Nas primeiras, costuma-se fazer referência ao texto maior de modo genérico, amplo, com remissão a forma de Estado constitucionalmente estabelecida, aos princípios que inspiram a norma fundamental e com base nos quais se constrói o sistema punitivo.

[...]

De outro passo, as teorias constitucionais estritas, representadas por F. Bricola, E. Musco, F. Angioni, J. J. Gonzales Rus e E. Gregori, orientam-se firmemente e em

¹⁹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 2008. t. 1., p. 65.

¹⁹⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, p. 55-56, grifos do autor.

primeiro lugar pelo texto constitucional, em nível de prescrições específicas (explícitas ou não), a partir das quais se os objetos da tutela e a forma pela qual se deve revestir, circunscrevendo dentro de margens mais precisas atividades do legislador infraconstitucional.¹⁹⁸

Independentemente da concepção tomada, é possível inferir da Constituição da República de 1988 que os crimes funcionais visam proporcionar a proteção subsidiária da administração pública, tanto em sentido objetivo quanto na acepção subjetiva, o que se verifica no cumprimento dos princípios da legalidade, da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência¹⁹⁹.

Porém, cada tipo penal possui finalidades adicionais, específicas, na proteção do bem jurídico que lhe é próprio. Assim, o peculato, p. ex., tem como finalidade aditiva a tutela do patrimônio público e o crime de violência arbitrária protege igualmente a incolumidade das pessoas e a imagem da administração pública.

Em síntese, Pagliaro e Costa Jr., com base nas lições de Manzini:

Doutrina Manzini que o objeto genérico da tutela penal dos crimes contra a Administração Pública “é o interesse público concernente ao normal funcionamento e ao prestígio da administração pública em sentido lato, naquilo que diz respeito à probidade, ao desinteresse, à capacidade, à competência, à disciplina, à fidelidade, à segurança, à liberdade, ao decoro funcional e ao respeito devido à vontade do Estado em relação a determinados atos ou relações da própria administração.”²⁰⁰

Não obstante, por ter caráter subsidiário, o direito penal só pode intervir no instante em que malograrem os controles previstos no direito administrativo para a prevenção e repressão das práticas ilícitas desenvolvidas nos órgãos públicos.

4.9 Crimes funcionais e delitos de infração de dever

Os fatos incriminados no Capítulo I do Título IX do Código Penal são denominados *crimes funcionais*. De acordo com Pagliaro e Costa Jr., “os crimes ditos funcionais (*delicta in officio*) dividem-se em próprios e impróprios (mistos)”. Por meio dessa classificação, tem-se que “nos crimes funcionais próprios, a qualidade de funcionário público é elementar do tipo. Ausente a condição de funcionário público, a conduta é atípica”²⁰¹.

¹⁹⁸ PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 51-53.

¹⁹⁹ Trata-se dos princípios constitucionais da administração pública, indicados no artigo 37 da Constituição da República.

²⁰⁰ PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, p. 23.

²⁰¹ PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, p. 23.

Dessa maneira, se uma pessoa, que não é funcionário público, se apodera de bens da administração pública, não comete peculato (artigo 312 do Código Penal), mas sim furto ou apropriação indébita (artigos 155 e 180 do Código Penal), conforme o caso. Nos crimes funcionais próprios, ocorre atipicidade relativa, pois fato não deixa de ser punível, convertendo-se apenas em infração penal distinta.

Em contrapartida, não é possível a um indivíduo, que não é funcionário público, abandonar cargo público ou executar a prevaricação, delitos previstos nos artigos 319 e 323 do Código Penal. Logo, no crime funcional impróprio, diz-se que há atipicidade absoluta, posto que o fato não configura ilicitude penal²⁰².

Vale dizer que alguns autores denominam os crimes funcionais de “crimes de responsabilidade”, com escora nos artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal, que utiliza expressamente esse *nomen juris*. Porém, a expressão está ligada aos crimes de responsabilidade de autoridades com foro por prerrogativa de função, como a Lei n. 1.079, de 1950, que define os crimes de responsabilidade do presidente da República e dos ministros.

Na doutrina proposta por Roxin, os crimes funcionais próprios e impróprios são delitos especiais, de dever ou de infração de dever, uma vez que os sujeitos ativos precisam ostentar essa condição especial – funcionários públicos – para caracterização da infração funcional. Essa condição faz com que os sujeitos ativos estejam submetidos a um plexo de deveres decorrentes do regime jurídico administrativo, cuja violação, caso se enquadre no tipo, configura a infração penal. Essa questão será retomada, ao versar sobre a polêmica a respeito de autoria e participação nos crimes funcionais.

4.10 Funcionário público

A definição de funcionário público é imprescindível para a compreensão dos delitos contra a administração pública. Para tanto, o Código Penal conceituou no artigo 327:

Funcionário público

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

²⁰² CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3, p. 382.

Nos tipos penais, como peculato e corrupção passiva, a expressão funcionário público é um *elemento normativo do tipo* que exige, para a sua compreensão, “um juízo de valor, com base em circunstâncias ou indicações situadas geralmente fora da norma penal”²⁰³. Para facilitar esse juízo, o legislador plasmou o conceito no Código Penal o artigo 327, que tem a *natureza jurídica de norma penal não incriminadora explicativa, final ou complementar*.

Trata-se de uma das normas mais heurísticas do Código Penal e sede do problema referente aos “delitos de dever. A disposição é importante também porque, “embora localizada no final do capítulo dedicado aos crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração em geral, é válida para todas as disposições contidas no Código e em leis extravagantes”²⁰⁴.

Segundo o dispositivo, são requisitos para caracterização de um sujeito como funcionário público: (1º) exercício de cargo público, emprego ou função pública (2º) embora transitoriamente ou sem remuneração. O código adotou um bastante dilatado, abarcando todas as funções, de todos os órgãos e poderes públicos. Em suma, como afirma Hungria, o importante é verificar se o sujeito exerce alguma função pública, para identificar se, no caso concreto, pode ser reputado como funcionário público:

Adotando a noção extensiva, o nosso Código ainda lhe deu maior elastério, não exigindo, para caracterização de funcionário público, nem mesmo o exercício *profissional* ou *permanente* da função pública. Pode dizer-se, como corolário do art. 327, que não é propriamente a *qualidade de funcionário* que caracteriza o *crime funcional*, mas o fato de que é praticado por quem se acha no exercício de função pública, seja esta permanente ou temporária, remunerada ou gratuita, exercida profissionalmente ou não, efetiva ou interinamente, ou *per accidens* (ex.: jurado, a cujo respeito achou de ser expresso o art. 438 do Cód. de Processo Penal; o depositário nomeado pelo juiz, etc.). Considera-se funcionário público, segundo o texto legal, não só o indivíduo investido, mediante nomeação e posse, em *cargo público* (devendo entender-se por tal, *ut* art. 2º do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis, aquele que é criado por lei, com denominação própria, em número certo e pago pelos cofres públicos) ou que serve em *emprego público* (eventual posto de serviço público, fora dos quadros regulares e para o qual não haja necessidade, sequer, de título de nomeação), como também qualquer pessoa que exerça *função pública*, seja esta qual fôr.²⁰⁵

O conceito penal aproxima-se da definição administrativista de *agente público* ou *estatal*. Para Marçal Justen Filho, “*agente público é toda pessoa física que atua como órgão*

²⁰³ TAVAREZ, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 231.

²⁰⁴ PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, p. 14. Logo, a expressão “funcionário público”, nos preceitos referentes aos crimes contra a honra (artigos 139, parágrafo único e 141 do Código Penal), deve ser interpretada segundo os critérios do artigo 327.

²⁰⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. IX, p. 398, grifos do autor.

*estatal, produzindo ou manifestando a vontade do estado*²⁰⁶. Exemplificativamente, esse conceito abrange as seguintes classes de agentes:

- a) Agente político – agente investido em função política, seja em virtude de mandato (presidente, governadores e prefeitos; deputados e senadores; vereadores), seja no desempenho de auxiliar direto dos mandatários (ministros de Estado);
- b) Agente administrativo – agente investido em função administrativa, geralmente civil;
- c) Servidor público – agentes com vínculo jurídico de direito público com o Estado, ocupantes de cargo público (efetivo ou comissionado);
- d) Função de confiança – servidor de recrutamento amplo ou restrito, com vínculo precário, de exclusiva nomeação pela autoridade superior;
- e) Empregado público – agente estatal não subordinado ao regime estatutário, mas às regras da legislação trabalhista, como os empregados do Banco do Brasil;
- f) Contratado por tempo determinado – servidor contratado temporariamente, na forma do artigo 37, IX, da Constituição da República;
- g) Policiais – servidores públicos ocupantes de cargos da carreira de segurança pública, consoante artigo 144 da Constituição da República (policiais civis, militares, federais, rodoviários e ferroviários federais);
- h) Militar – membro das Forças Armadas (exército, marinha e aeronáutica);
- i) Funções públicas episódicas para consecução dos fins do estado – jurados, estagiários em órgãos públicos, mesários eleitorais;
- j) Magistrados e membros do Ministério Público.

Portanto, a lei, nesses termos, estende o conceito a todas as pessoas que exercem qualquer atividade com fins próprios do Estado, ainda que estranhas à administração pública, com ou sem remuneração. Pagliaro e Costa Jr. resumem esse significado penal:

Concluindo: para decidir acerca da qualificação de funcionário público, o que se considera não é o tipo do cargo desempenhado, mas a circunstância de fato que o sujeito, na relação específica apontada pela norma penal, esteja a exercer uma função pública legislativa, administrativa, judiciária ou de governo.²⁰⁷

²⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 873, grifos do autor.

²⁰⁷ PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, p. 14.

Contudo, não se consideram funcionários públicos, para efeitos penais, os que exercem apenas um *mínus público*, em que prevalece o interesse privado, tais como, tutores, curadores, inventariantes judiciais, síndicos falimentares e administrador de massa falida.

A norma traz ainda uma “equiparação a funcionário público” no §1º, reputando funcionários públicos os que laboram em entidades paraestatais e para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para execução de atividade típica da Administração pública.

Entidades paraestatais tratam-se das pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação é autorizada por lei, com patrimônio público ou misto, para realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado, compreendendo empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações instituídas pelo Poder Público e serviços sociais autônomos. Apesar de algumas decisões contrárias, o Supremo Tribunal Federal confirmou que “o empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista está equiparado, para efeitos penais, ao funcionário público”. Logo, o conceito de entidade paraestatal deve ser extensivamente interpretado, nos termos do artigo 84, §1º da Lei 8666/93.

Na segunda categoria, incluem-se empresas de coleta de lixo, de energia elétrica, iluminação pública, de transporte, desde que contratadas ou conveniadas com o Estado. Os agentes dessas entidades são considerados, para efeitos penais, funcionários públicos.

O preceito contempla a causa de aumento de pena no §2º determinando a majoração de terça parte (1/3) quando os autores de crimes previstos no capítulo I forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Vale mencionar que a legislação brasileira possui vários dispositivos que conceituam *funcionário público*, *servidor público* ou *agente público*, v. g., Lei n. 4.737, de 1965 (Código Eleitoral - artigo 283), Lei n. 12.016, de 2009 (mandado de segurança - artigo 1º c/c §1º), Lei n. 12.846, de 2013 (medidas anticorrupção - artigo 5º, §3º), Lei n. 9.504, de 1997 (regulamenta as eleições - artigo 73, §1º), Lei n. 8.112, de 1990 (estatuto dos servidores públicos civis da União - artigo 2º), Lei n. 8.429, de 1992 (improbidade administrativa - artigo 2º)²⁰⁸ e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (artigo 2º)²⁰⁹. Porém, essas

²⁰⁸ O conceito extrapenal que mais se aproxima é o previsto no artigo 2º da Lei n. 8.429, de 1992, com a vantagem de ressaltar a irrelevância da forma de investidura: “Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”

²⁰⁹ O artigo 2º, alínea “a”, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, apresenta um amplo conceito de funcionário público: “a) Por ‘funcionário público’ se entenderá: i) toda pessoa que ocupe um cargo

definições referem-se exclusivamente ao âmbito de aplicação das respectivas normas, não afetando o conceito fornecido pelo Código Penal.

4.11 Peculato

O peculato, em sua essência, é uma apropriação indébita qualificada, ou seja, uma apropriação cometida por funcionário público, infringindo os deveres de seu cargo. Sucede quando o agente público *ratione officii* se apropria ou desvia bens da administração pública (ou bens de particulares confiados à administração pública), para si ou para outrem.

Leciona Nelson Hungria que, na Roma antiga, à subtração das coisas pertencentes ao Estado chamava-se *peculatus* ou *depeculatus*, nome que surgiu mesmo antes da introdução da moeda, quando o gado (*pecus*) constituía riqueza. O delito também se aplicava às coisas sacras, incidindo sobre agentes estatais e particulares²¹⁰.

A conduta sempre foi tratada com rigor pelas legislações de vários países e épocas distintas, sendo comum a pena capital, *v. g.*, no Estatuto de Florença e no Código Penal soviético:

O rigor repressivo passou ao direito intermédio ou estatutário. O Estatuto de Florença, por exemplo, ao que recorda Gavazzi, ia ao extremo de prescrever que quem fugisse com o dinheiro público devia ser amarrado à cauda de um burro e arrastado pela cidade “*usque ad locum Justitiae, et ibidem pro dimidia persona plantetur, pro alia dimidia comburatur*” (!). É de notar-se que um Código moderníssimo – o soviético – comina em caso de peculato, “quando praticado em razão de especiais poderes plenos ou se refira a valores estatais particularmente importantes”, as penas de fuzilamento e confisco de bens (art. 155, 2.^a al.).²¹¹

legislativo, executivo, administrativo ou judicial de um Estado Parte, já designado ou empossado, permanente ou temporário, remunerado ou honorário, seja qual for o tempo dessa pessoa no cargo; ii) toda pessoa que desempenhe uma função pública, inclusive em um organismo público ou numa empresa pública, ou que preste um serviço público, segundo definido na legislação interna do Estado Parte e se aplique na esfera pertinente do ordenamento jurídico desse Estado Parte; iii) toda pessoa definida como “funcionário público” na legislação interna de um Estado Parte. Não obstante, aos efeitos de algumas medidas específicas incluídas no Capítulo II da presente Convenção, poderá entender-se por “funcionário público” toda pessoa que desempenhe uma função pública ou preste um serviço público segundo definido na legislação interna do Estado Parte e se aplique na esfera pertinente do ordenamento jurídico desse Estado Parte”. Pode-se cogitar um conflito aparente de normas entre a definição da Convenção e o artigo 327 do Código Penal, ressaltando-se que, em tese, o dispositivo internacional, que entrou na ordem interna com hierarquia de lei em 2006, suplantaria o dispositivo do estatuto penal. Porém, não há incompatibilidade entre os artigos e a norma internacional ressalvou as definições da “legislação interna de um Estado parte”.

²¹⁰ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, p. 330.

²¹¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, p. 331, grifos do autor. Esse rigor em Florença também foi relatado por Pedro Cavalcanti: “Pelo estatuto de Florença, datado de 1415 e ainda em vigor três séculos mais tarde, os culpados por peculato deveriam ser amarrados ao rabo de um jumento e arrastados pelas rias da cidade; em seguida, enterrados da cintura para baixo e queimados da cintura para cima. [...]. Esses documentos, longamente analisados por Waquet no livro *De la corruption* (1984), mostram que os processos transcorreram de maneira inteiramente regular para os padrões da época. Tratava-se, portanto, de uma ofensiva real, caso raríssimo na história que não deve ser confundido com os períodos de ‘caça aos corruptos’, eterna desculpa para

Noutras legislações, o *nomen juris* peculato não repercutiu, gerando expressões mais ligadas à natureza do delito, ou seja, uma forma especial de apropriação indébita. Os alemães, por exemplo, denominam a figura penal como apropriação indébita funcional (*Amsunterschlagung*). Já os suíços a denominaram como apropriação indébita qualificada, elencada entre os crimes contra o patrimônio²¹².

No Brasil, o Código Criminal de 1830 inseriu o tipo no artigo 170²¹³, pertencente ao Título VI, “Dos crimes contra o Thesouro Publico, e propriedade publica” e o Código Penal de 1890 inseriu no Título V “Dos crimes contra a boa ordem e administração publica” (artigo 221)²¹⁴. Confira-se os respectivos dispositivos:

Art. 170. Apropriar-se o empregado publico, consumir, extraviar, ou consentir que outrem se aproprie, consuma, ou extravie, em todo ou em parte, dinheiros, ou efeitos publicos, que tiver a seu cargo. Penas - de perda do emprego, prisão com trabalho por dous mezes a quatro annos, e multa de cinco a vinte por cento da quantia, ou valor dos efeitos apropriados, consumidos, ou extraviados.

Art. 221. Subtrahir, consumir ou extraviar dinheiro, documentos, efeitos, generos, ou quaesquer bens pertencentes á fazenda publica, confiados á sua guarda ou administração, ou á de outrem sobre quem exercer fiscalização em razão do officio; Consentir, por qualquer modo, que outrem se aproprie indevidamente desses mesmos bens, os extravie ou consuma em uso proprio ou alheio: Penas - de prisão cellular por seis mezes a quatro annos, perda do emprego e multa de 5 a 20 % da quantia ou valor dos efeitos apropriados, extraviados ou consumidos.

Nota-se que o Código de 1890 praticamente repetiu, em seu artigo 221, as disposições do estatuto de 1830 previstas no artigo 170, não havendo inovação significativa. Ambos estipularam as condutas principais similares (subtrair, consumir, apropriar ou extraviar; ou consentir para que outrem se aproprie), o objeto material do delito (bens do patrimônio público) e cominaram penas semelhantes (prisão mínima de dois ou seis meses e máxima de

revoluções, golpes e acertos de contas, sem nenhum significado maior. E as condenações eram para valer. Inúmeros corruptos da velha Florença realmente terminaram a vida remando em galeras, no fundo de enxovias ou na ponta de uma corda.” (CAVALCANTI, Pedro Rodrigues de Albuquerque. *A corrupção no Brasil*, p. 13-14).

²¹² PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, p. 32.

²¹³ O artigo 170 tipifica a conduta de peculato, a seguir transcrita. Na sequência, o estatuto penal do império define, nos artigos 171 e 172, tipos penais específicos de peculato: “Art. 171. Emprestar dinheiros ou efeitos publicos, ou fazer pagamentos antes do tempo do seu vencimento, não sendo para isso legalmente autorizado. Penas - de suspensão do emprego por um mez a um anno, e de multa de cinco a vinte por cento da quantia, ou valor dos efeitos, que tiver emprestado, ou pago antes do tempo.” “Art. 172. Nas mesmas penas dos artigos antecedentes incorrerão, e na de perda do interesse, que deviam perceber, os que por qualquer titulo tiverem a seu cargo dinheiros, ou efeitos publicos, e delles se apropriarem, consumirem, extraviarem, ou consentirem que outrem se aproprie, consuma, ou extravie; e os que os emprestarem, ou fizerem pagamentos antes de tempo sem autorização legal.”

²¹⁴ Os artigos 222 e 223 do Código Penal de 1890 reproduziram os preceitos dos artigos 222 e 223 do Código Criminal do Império.

quatro anos, perda do cargo e aplicação de multa incidente sobre o valor dos bens sonegados)²¹⁵.

Portanto, as maiores novidades vieram com Código Penal de 1940, que descreveu novas formas de peculato e cominou sanção mais rigorosa: privação da liberdade de dois a doze anos.

4.11.1 Elementos objetivos do tipo e espécies

O Código Penal em vigor define o peculato no artigo 312, estabelecendo quatro espécies: *peculato-apropriação*, *peculato-desvio*, *peculato-furto* e *peculato-culposo*. Veja-se:

Peculato

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Peculato culposo

§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

A doutrina classifica o peculato em três modalidades: (1) *peculato próprio*, que se decompõe em peculato-apropriação e peculato-desvio; (2) *peculato impróprio*, referindo-se ao peculato-furto e ao peculato estelionato, este em tipo penal específico; (3) *peculato culposo*.

O *peculato-apropriação*, previsto na primeira parte do *caput* artigo 312, consiste em apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo²¹⁶. Segundo Luiz Régis Prado:

Em relação à primeira conduta (*peculato-apropriação*), à similitude do que ocorre na apropriação indébita, há ao assenhoreamento da coisa que se encontra na posse,

²¹⁵ Distinções significativas ficam por conta da previsão expressa de “prisão com trabalho” no Código Criminal e a da menção ao “empregado público” na norma de 1830. De qualquer maneira, o Código Penal de 1890, não mencionando como sujeito ativo o “funcionário público”, mas as pessoas que detêm “a guarda o administração” de bens públicos, amplia sensivelmente o campo do tipo.

²¹⁶ A posse deve ser lícita e em razão do cargo. Não ocorrendo posse lícita ou em razão do cargo, existirá outro delito como apropriação indébita ou peculato mediante erro de outrem, conforme se verá abaixo.

praticando atos de *animus domini*, quer retendo-a, quer alienando-a, quer consumindo-a, etc.²¹⁷

Vale dizer que o funcionário público não precisa apropriar-se pessoalmente do dinheiro, valor ou bem móvel, podendo utilizar-se de terceiro, o que ocorre, especialmente, quando é promovida por superiores hierárquicos.

Tipificado na segunda parte do *caput* do artigo 312, o *peculato-desvio* ocorre quando o agente público aparta os bens do erário em proveito próprio ou alheio, ou seja, dando-lhe destinação diversa. Reconheceu-se o *peculato-desvio* na ação do magistrado federal que entregou armas de fogo, depositada em juízo, a um policial federal:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PECULATO. MODALIDADE DESVIO. ATIPICIDADE. INOCORRÊNCIA. DOLO ESPECÍFICO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. CONCEITO. 1. O *peculato desvio* caracteriza-se na hipótese em que terceiro recebe armas emprestadas pelo juiz, depositário fiel dos instrumentos do crime, acautelados ao magistrado para fins penais, enquadrando-se no conceito de funcionário público. 2. In casu, Juiz Federal detinha em seu poder duas pistolas apreendidas no curso de processo-crime em tramitação perante a Vara da qual era titular. Ao entregar os armamentos a policial federal desviou bem de que tinha posse em razão da função em proveito deste, emprestando-lhe finalidade diversa da pretendida ao assumir a função de depositário fiel. 3. O artigo 312 do Código Penal dispõe: “Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa”. 4. É cediço que “o verbo núcleo desviar tem o significado, nesse dispositivo legal, de alterar o destino natural do objeto material ou dar-lhe outro encaminhamento, ou, em outros termos no *peculato-desvio* o funcionário público dá ao objeto material aplicação diversa da que lhe foi determinada, em benefício próprio ou de outrem. Nessa figura não há o propósito de apropriar-se, que é identificado como *animus rem sibi habendi*, podendo ser caracterizado o desvio proibido pelo tipo, com simples uso irregular da coisa pública, objeto material do *peculato*.” (BITTENCOURT, Cezar. Tratado de direito penal. v. 5. Saraiva, São Paulo: 2013, 7ª Ed. p. 47). 3. É possível a atribuição do conceito de funcionário público contida no artigo 327 do Código Penal a Juiz Federal. É que a função jurisdicional é função pública, pois consiste atividade privativa do Estado-Juiz, sistematizada pela Constituição e normas processuais respectivas. Consequentemente, aquele que atua na prestação jurisdicional ou a pretexto de exercê-la é funcionário público para fins penais. Precedente: (RHC 110.432, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18/12/2012). 4. A via estreita do Habeas Corpus não se preza à discussão acerca da valoração da prova produzida em ação penal. É que, nos termos da Constituição esta ação se destina a afastar restrição à liberdade de locomoção por ilegalidade ou por abuso de poder. 5. Recurso desprovido. (RHC 103559, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-190 DIVULG 29-09-2014 PUBLIC 30-09-2014)²¹⁸

²¹⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 4, p. 316.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido. Recorrente: Cesar Herman Rodrigues. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Luiz Fux. Jul. 19 ago. 2014. *Diário de Justiça Eletrônico*, 29 set. 2014. Disponível em:

O *peculato-furto*, tipificado no §1º do artigo 312, surge quando o funcionário subtrai o bem público ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se da facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário. Nesse caso, o funcionário não tem a posse, mas por intermédio da sua condição de funcionário, proporciona a subtração da coisa pública.

Por fim, o §2º do artigo 312 criou a modalidade de *peculato culposo*. O funcionário público contribui para apropriação, furto ou desvio de bens públicos, cometido por outra pessoa, mediante uma postura descuidada (negligente, imprudente ou imperita). Nessa situação, há autêntica participação culposa em ação dolosa alheia. Trata-se de uma modalidade plurissubjetiva, concorrendo pelo menos duas pessoas: o funcionário (garante dos bens públicos) e o terceiro que comete o crime.

4.11.2 Posse para efeitos de *peculato próprio*

Para configuração do *peculato próprio* (*peculato-apropriação* e *peculato-desvio*), o tipo penal exige a *posse* por parte do funcionário público. Porém, a doutrina diverge a respeito do conceito que deve ser usado na interpretação desse elemento típico, ou seja, se deve ser submetida aos parâmetros do direito civil (tese civilística) ou se há autonomia na aceção penal (tese autônoma).

Segundo o artigo 1.196 do Código Civil “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”²¹⁹. Desse conceito, exclui-se a posição do mero detentor e de outras formas de disponibilidade jurídica do bem. Além disso, tecnicamente, a posse é da administração pública e não do funcionário público, que exerceria mera detenção.

Pela tese da autonomia, a *posse* deve ser interpretada de acordo com os fins da norma penal e, assim, a posição de mero detentor caracteriza o *peculato*. O importante é verificar se agente tinha a disponibilidade jurídica sobre o bem, o que se constata também na posição dos superiores hierárquicos, que, muitas vezes, não mantém contato direto com o objeto do delito. Nelson Hungria ilustra, com um de seus votos no Supremo Tribunal Federal:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000247506&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

²¹⁹ BRASIL. Lei n. 10.5046, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 maio 2015.

Em rumoroso caso levado recentemente à decisão do Supremo Tribunal Federal, foi sustentado que um governador não tem a posse dos bens do Estado e, assim, não pode cometer peculato; mas a tese foi, como não podia deixar de ser, repelida, tendo sido êste o meu pronunciamento: “O governador tem a posse dos bens patrimoniais do Estado como um administrador qualquer tem a posse dos bens administrados. Ainda que não possa exercê-la diretamente sôbre todos êsses bens, exerce-a indiretamente ou por intermédio de auxiliares da Administração Pública, isto é, dos funcionários que lhe são hieràrquicamente inferiores. Pela lógica do radical ponto de vista do ilustre advogado do paciente, um governador não poderia ser sujeito ativo de peculato, nem mesmo quanto ao patrimônio estatal sob sua imediata posse. Assim, poderia, impunemente, apropriar-se, digamos, da baixela de prata que integra os pertences do palácio governamental. O absurdo da ilação está a evidenciar o desacêrto da tese ora defendida”.²²⁰

Na doutrina e na jurisprudência, prevalece a tese da autonomia da posse penal em cotejo a teoria civilística, pois, conforme salientam Pagliaro e Costa Jr.:

A tese civilística é indubitavelmente errônea, porque a posse civilística do bem diz respeito, nos casos de peculato, não ao funcionário, mas somente à Administração Pública. Esta poderá propor as ações de manutenção somente no caso de turbação da posse, sendo obrigada a restituir os frutos, tendo direito à indenização por melhoramentos, podendo obter, mediante a posse, um novo direito sobre a coisa.

Necessário acolher, pois, a tese da autonomia. A noção de posse, consoante o art. 312 do Código Penal, haverá de admitir que o ente público possa exercitar os poderes de gozo e de disposição dos bens somente por meio de pessoas físicas, às quais sejam conferidos ditos poderes. Segundo o art. 312, posse é um poder jurídico que implica um posicionamento do sujeito no sistema da produção jurídica, com atos viciados acerca da destinação da coisa móvel, desviando-a dos fins tutelados pelo direito e endereçando-a indevidamente rumo a fins próprios do sujeito ativo ou de outros sujeitos particulares.²²¹

Portanto, “a *posse*, a que se refere o texto legal, deve ser entendida em sentido amplo, compreendendo a simples *detenção*, bem como a posse indireta (disponibilidade jurídica se detenção material, ou poder de disposição exercível mediante ordens, requisições e mandatos)”²²².

4.11.3 Elementos subjetivos do crime e do tipo

Nas modalidades de peculato-apropriação, peculato-desvio e peculato-furto, o elemento subjetivo do crime é o dolo, ou seja, o agente deve cometer o crime com a consciência e vontade de executar as condutas típicas. O elemento subjetivo do crime é a culpa no §2º do artigo 312.

²²⁰ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 337.

²²¹ PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, p. 50.

²²² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 337, grifos doo autor.

Parte da doutrina entende que o elemento subjetivo do tipo, conhecido também como “dolo específico”, existe nas três modalidades, consistente na vontade de se apossar, desviar ou subtrair, definitivamente o bem, *em benefício próprio ou alheio*. Guilherme de Souza Nucci defende que “o elemento específico deve ser aplicado apenas à segunda figura (‘subtrair’ ou ‘concorrer’ para que seja subtraído), uma vez que a primeira já o possui insito no verbo-núcleo do tipo – apropriar-se”²²³.

4.11.4 Objetividade jurídica e objeto material

Objetividade jurídica é o bem jurídico tutelado pela norma penal. No caso do peculato, é a administração pública, nos termos já apresentados acima, levando-se em conta seu interesse patrimonial e moral²²⁴. Objeto material²²⁵ pode ser dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel. Segundo Rogério Greco:

O objeto material da conduta do agente, de acordo com a redação típica, é o dinheiro (cédulas e moedas aceitas como pagamento), valor (tudo aquilo que pode ser convertido em dinheiro, vale dizer, todo documento ou papel de crédito que pode ser negociado, a exemplo das notas promissórias, ações, apólices, etc.) ou qualquer outro bem móvel (isto é, um bem passível de remoção e, conseqüentemente, de apreensão pelo agente).²²⁶

Não importa se o bem, valor ou dinheiro é público ou privado. Se um bem móvel particular estiver sob os cuidados do funcionário e este se apossa dele, haverá peculato. É o caso do escrivão da Polícia Civil que, encarregado de apreender e conservar os produtos de um furto se apropria de algum objeto que deveria ficar na unidade policial até a restituição à vítima.

²²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, p. 988-989.

²²⁴ GRECO, Rogério. *Código penal comentado*, p. 877.

²²⁵ Não se deve confundir objeto material do crime com objetividade jurídica. Segundo Estevam e Gonçalves, o objeto material é o bem ou pessoa alvo do delito e objeto jurídico é o bem jurídico protegido pela norma: “**Objeto material é a pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta**. Assim, o objeto material do homicídio é a vítima; do furto, a coisa subtraída; do tráfico ilícito de entorpecentes, a droga. O objeto material pode coincidir com o sujeito passivo da infração (isso ocorre no homicídio, em que o falecido é vítima e objeto material). Não raro, entretanto, o objeto material se distingue do ofendido. No caso do furto, por exemplo, o objeto material, como visto, é a coisa alheia móvel subtraída, enquanto a vítima é o titular do patrimônio violado. **Objeto jurídico**, por outro lado, é o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. Assim, nos exemplos acima, os objetos jurídicos seriam, respectivamente: a vida humana, o patrimônio e a incolumidade pública.” (ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor. *Direito penal esquematizado*: parte geral, p. 188, grifos dos autores).

²²⁶ GRECO, Rogério. *Código penal comentado*, p. 875.

Portanto, a lei brasileira não distingue, como a lei italiana²²⁷, se o bem é público ou particular. No Brasil, a conduta do agente sempre configura o peculato, com a mesma *sanctio iuris*.

4.11.5 Peculato de coisas fungíveis

Pelo artigo 85 do Código Civil “são fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade”, como, p. ex., o dinheiro. Discute-se a configuração do peculato na hipótese do funcionário público que se apropria de coisa fungível, com intenção de restituir em espécie, qualidade e quantidade.

Na doutrina alemã, havia, a propósito dos crimes patrimoniais, duas teorias sobre o objeto material: *teoria da substância*, que faz referência à materialidade do bem em si, tornando irrelevante a restituição de coisas fungíveis e, a teoria do valor, que se consagra ao valor intrínseco da coisa, o que problematizava a consumação do crime na hipótese de bem fungível. Porém, essa questão foi superada, posto que tanto o valor quanto a materialidade constituem o bem; o desfalque de qualquer deles serve para caracterizar o crime.

Majoritariamente, admite-se o peculato, mesmo que o agente se aproprie ou desvie temporariamente coisas fungíveis da administração pública, imbuído de *animus restituendi*. É irrelevante que o agente efetivamente reponha o que foi desviado, apropriado ou furtado ou que se aguarde cair em mora:

Com a expressão *peculato de quantidade*, ou desfalque de caixa, se indica a apropriação ou desvio de coisas fungíveis quando o desfalque venha encoberto através de estorno de coisas fungíveis. [...]. Nesse caso, a apropriação (ou o desvio) já se considera praticada com a subtração da coisa e a sua conseqüente destinação a uma finalidade privada. Seria totalmente arbitrário aguardar, para o aperfeiçoamento do peculato, que o agente caísse em mora, [...].

Vale dizer que esse é um ponto de diferenciação relevante entre peculato e apropriação indébita comum, pois “na apropriação indébita, a intenção de restituir a coisa apropriada

²²⁷ Segundo Pagliaro e Costa Jr.: “No texto original do Código Rocco (1930), a disciplina do peculato próprio era bastante familiar à do Código brasileiro vigente. O peculato próprio podia ser praticado tanto por apropriação quanto por desvio em proveito próprio ou alheio, e tinha por objeto dinheiro ou outra coisa móvel [...]. A única diferença residia no fato de que a coisa móvel deveria pertencer à Administração Pública. Se pertencesse a um particular, o fato configuraria crime diverso, denominado ‘malversação em prejuízo de particulares’ (art. 315 do Código Rocco)”. (PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, p. 60.)

impede o aperfeiçoamento da figura criminosa. No peculato, pelo contrário, semelhante intenção de devolver a *res* não tem o mesmo efeito”²²⁸.

Ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio, não se admite a compensação com eventuais créditos possuídos pelo funcionário para afastar a tipicidade do crime de peculato. Nelson Hungria explica que:

Diversamente do que ocorre na apropriação indébita comum, nada importa, aqui, o *animus restituendum*, ainda no caso de solvabilidade do agente, sendo irrelevante indagar se a *res* é *fungível* ou *infungível*. Se a coisa é empregada em fim diverso daquele a era destinada (desde que o agente vise a proveito próprio ou de terceiro), não importa, sequer, como já vimos, a ausência do *animus rem sibi habendi*: apresenta-se o peculato na modalidade de desvio. [...]. Nem mesmo é lícito ao funcionário servir-se do dinheiro público para pagar-se de crédito seu, ainda que líquido e exigível, conta a administração pública (salvo, é claro, quando a lei o permita, como, por exemplo, no caso do coletor de rendas que retira do *quantum* arrecadado os seus vencimentos mensais).²²⁹

4.11.6 Sujeitos do delito

Em linhas gerais, *sujeito ativo* é o funcionário público, sendo irrelevante que tenha prestado o compromisso, tomado posse ou que sua admissão tenha sido regular. Pagliaro e Costa Jr. salientam que:

O funcionário deverá ser regularmente nomeado, para depois tomar posse do cargo público. Tal não ocorrendo, três hipóteses poderão apresentar-se:

- a) o agente não é funcionário, mas um usurpador, respondendo não por peculato, mas por estelionato (art. 171) ou furto (art. 155), em concurso com usurpação de função pública (art. 228);
- b) o agente, embora nomeado, não foi investido em suas funções, porque não tomou posse ou não prestou compromisso. Trata-se, então, de funcionário de fato, devendo ser reconhecida a prática do estelionato;
- c) o funcionário, apesar de investido em suas funções, foi nomeado ilegal ou irregularmente. Enquanto a nomeação não for anulada, o agente é funcionário para todos os efeitos legais.²³⁰

No que tange ao concurso de sujeitos ativos, envolvendo funcionários públicos e particulares, aplicam-se as mesmas observações ao tratar do concurso nos crimes funcionais, conforme analisado mais adiante, ao final deste capítulo e no próximo. Em síntese, o particular também poderá ser sujeito ativo, desde que atue em conluio com um funcionário público.

²²⁸ PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, p. 50.

²²⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 335-336.

²³⁰ PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, p. 37.

Sujeito passivo é o Estado. Secundariamente, a pessoa física ou jurídica diretamente prejudicada com a conduta do agente.

Vale dizer que o artigo 552 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) equiparou ao crime de peculato as subtrações e apropriações praticadas em detrimento de patrimônio das associações sindicais. Nesse caso, são sujeitos ativos os particulares que realizam o fato típico e sujeito passivo é a entidade sindical²³¹.

4.11.7 Classificação doutrinária

Segundo a doutrina, o peculato constitui crime: a) próprio (quanto ao sujeito ativo, pois só o funcionário público pode cometer o delito); b) material (exige o dano material para sua consumação); c) de forma livre; d) comissivo (podendo ocorrer por omissão, especialmente nas formas do artigo 312 e §§1º e 2º); e) instantâneo; f) em regra, unissubjetivo ou monossubjetivo; g) plurissubsistente; h) em regra, doloso; i) em regra, transeunte²³². Porém, como exceções a essa classificação, no artigo 312, §2º o crime é plurissubjetivo (ou de concurso necessário) e culposo.

4.11.8 Consumação e tentativa

No peculato-apropriação o crime se consuma com a inversão da posse, com *animus rem sibi habendi*, nos moldes de apropriação indébita tipificada no artigo 168 do Código Penal.

O peculato-desvio consuma-se quando o agente dá destino diverso à coisa, em benefício próprio ou de terceiro. Se é usado em benefício público, pode ocorrer “emprego irregular de verbas públicas” (artigo 315 do Código Penal).

O peculato-furto consuma-se quando o agente se assenhora da coisa, mesmo que por curto espaço de tempo e independentemente da “posse tranquila” sobre a coisa. Aplica-se o mesmo critério da consumação do delito de furto e roubo, ou seja, teoria da *amotio* ou *apprehensio*:

²³¹ Artigo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT: “Art. 552 - Os atos que importem em malversação ou dilapidação do patrimônio das associações ou entidades sindicais ficam equiparados ao crime de peculato julgado e punido na conformidade da legislação penal.” (BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.).

²³² Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, p. 989. Cf. GRECO, Rogério. *Código penal comentado*, p. 312.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. MOMENTO CONSUMATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. RITO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. DIREITO PENAL. FURTO. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO. LEADING CASE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 102.490/SP. ADOÇÃO DA TEORIA DA APPREHENSIO (OU AMOTIO). PRESCINDIBILIDADE DA POSSE MANSO E PACÍFICA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Recurso especial processado sob o rito do art. 543-C, § 2º, do CPC e da Resolução n. 8/2008 do STJ. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, superando a controvérsia em torno do tema, consolidou a adoção da teoria da apreensão (ou amotio), segundo a qual se considera consumado o delito de furto quando, cessada a clandestinidade, o agente detenha a posse de fato sobre o bem, ainda que seja possível à vítima retomá-lo, por ato seu ou de terceiro, em virtude de perseguição imediata. Desde então, o tema encontra-se pacificado na jurisprudência dos Tribunais Superiores. 3. Delimitada a tese jurídica para os fins do art. 543-C do CPC, nos seguintes termos: Consuma-se o crime de furto com a posse de fato da res furtiva, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada. 4. Recurso especial provido para restabelecer a sentença que condenou o recorrido pela prática do delito de furto consumado. (REsp 1524450/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 29/10/2015)²³³

Para que haja consumação não é necessário que o agente tenha obtido vantagem no crime e nem que se fixe o montante dos valores assenhoreados. É dispensável à consumação do crime a prestação de contas. Igualmente, a aprovação ou desaprovação das contas pelos órgãos de controle competentes (controladorias internas, tribunais de contas, câmaras municipais, congresso ou assembleias legislativas) não interfere na caracterização do delito.

A tentativa é plenamente admissível, posto que o *iter criminis* é fracionável. Segundo Cezar Roberto Bitencourt:

Como crime material, a tentativa do crime de peculato é possível, embora de difícil configuração. Apesar da dificuldade de sua comprovação, a identificação da *tentativa* fica dependente da possibilidade concreta de se constatar a exteriorização do *ato de vontade* do sujeito ativo, capaz de demonstrar a alteração da intenção do agente de apropriar-se da coisa pertencente ao Poder Público de que detém a posse. Não se pode negar a configuração da tentativa quando, por exemplo, o *funcionário* é surpreendido efetuando a venda da coisa pertencente ao Estado, e somente a intervenção de terceiro – *circunstância alheia à vontade do agente* – impede a *tradição* da coisa ao comprador.²³⁴

²³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial provido para restabelecer a sentença que condenou o recorrido pela prática do delito de furto consumado. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Makley da Silva Gonçalves. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Jul. 14 out. 2015. *Diário de Justiça Eletrônico STJ*, 29 out. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1524450&repetitivos=REPETITIVOS&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 1º mar. 2016.

²³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial: dos crimes contra administração pública; dos crimes praticados por prefeitos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 5, p. 18. No mesmo sentido, se “A”, funcionário público, coloca materiais da administração pública em sua pasta, e tenta sair com ele, mas é abordado em flagrante delito, interrompendo-se a execução antes que saísse da repartição pública, responderá por peculato tentado.

4.11.9 *Perdão judicial e causa de diminuição de pena (§3º)*

O §3º do artigo 312 prevê dois benefícios penais, aplicáveis somente ao peculato culposo. Requisitos previstos na norma: a) tratar-se de peculato culposo; b) reparação do dano antes da sentença irrecorrível extingue a punibilidade; se vier após a sentença irrecorrível, reduz de metade a pena imposta.

4.11.10 *Peculato de uso*

Não se pune o chamado peculato de uso, que consiste na utilização de bens ou servidores públicos para fins particulares. No entanto, o fato constitui ato de improbidade administrativa, previsto no artigo 9º, incisos IV e XII, da Lei n. 8.429, de 1992²³⁵. O Supremo Tribunal Federal ratificou esse entendimento:

PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. PECULATO-DESVIO. NÃO CONFIGURAÇÃO. PECULATO-USO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RELEVÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO. CONCESSÃO EX OFFICIO DA ORDEM. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. É indispensável a existência do elemento subjetivo do tipo para a caracterização do delito de peculato-uso, consistente na vontade de se apropriar definitivamente do bem sob sua guarda. 2. Há duas correntes jurisprudenciais, uma que entende pela revogação do artigo 350 do CP pela Lei 4898/1965 e outra que vê a permanência desse crime na disciplina do Código Penal. A desclassificação da conduta competirá ao Juiz monocrático, que, ao analisar as provas dos autos, entenderá pela existência ou não do crime e qual a sua melhor capitulação. 3. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 4. A concessão, ex officio, da ordem para trancar a ação penal se justifica ante a atipicidade da conduta. 5. Agravo regimental provido. (HC 108433 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 14-08-2013 PUBLIC 15-08-2013)²³⁶

²³⁵ Não obstante, o projeto de Código Penal de 1969 previa a incriminação dessa conduta e existe um projeto de lei no Senado com a mesma finalidade (PLS 194/2006). O projeto do novo Código Penal também contempla a modalidade. Cf. PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, p. 40. Cf. BRASIL. Senado. Projeto de Lei n. 194, de 2006. Prevê nova cominação penal aos crimes que especifica e define o tipo de peculato-uso. Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/78241>>. Acesso em: 2 maio 2016.

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no *habeas corpus* provido. Agravante: Renato Avelino Trade. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Luiz Fux. Jul. 25 jun. 2013. *Diário de*

No uso de veículos para bens particulares, a doutrina defende que o funcionário responde por peculato, já que consumiu, em proveito próprio, o combustível. Por isso, Nelson Hungria ressalta que somente não haverá peculato se o uso dos bens for momentâneo, com a devolução intacta da coisa, acompanhada de todos os acessórios:

Analogamente ao que ocorre em relação à apropriação indébita, não há, porém, peculato de *uso*, isto é, não configura ilícito penal (senão administrativo ou civil) a utilização momentânea, sem animus *domini*, da coisa *infungível* (exs.: uma máquina de escrever, um livro, um arado), que, a seguir, é repostada pelo funcionário, intata quanto a *acessórios*, no lugar de onde a tirou.

Se a coisa utilizada é, p. ex., um automóvel ou locomotor, cumpre distinguir: se a gasolina é suprida pelo próprio agente, êste *extra reatum est*; caso contrário, haverá peculato quanto à gasolina consumida.²³⁷

Por outro lado, se o uso de bens ou serviços públicos para fins particulares por praticado por prefeito municipal ocorrerá o delito tipificado no artigo 1º, inciso II, do Decreto-lei n. 201, de 1967²³⁸.

4.11.11 Peculato e princípio da insignificância

Segundo a doutrina e jurisprudência majoritárias, é inaplicável o princípio da insignificância ao delito de peculato, posto que o bem jurídico tutelado não é só o patrimônio público, mas também a moralidade administrativa. O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou reiteras vezes sobre o assunto:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PECULATO. APROPRIAÇÃO DE ENCOMENDAS DA CAMPANHA PAPAÍ NOEL DOS CORREIOS. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES COMETIDOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. VERBETE APLICÁVEL A AMBAS AS ALÍNEAS DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. 1. Ao contrário do raciocínio defendido nas razões do agravo, segundo entendimento já pacificado nesta Corte, é possível a aplicação da Súmula 83/STJ aos recursos especiais interpostos tanto pela alínea a como pela alínea c do permissivo constitucional. 2. *O entendimento adotado no acórdão impugnado encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta*

Justiça Eletrônico, 15 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000211943&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

²³⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, IX, p. 334. Anote-se que o segundo trecho citado, em que o autor faz a aludida distinção, está em nota de rodapé.

²³⁸ Cf. GRECO, Rogério. *Código penal comentado*, p. 880.

Corte no tocante à inaplicabilidade do princípio da insignificância ao crime de peculato, uma vez que a norma visa resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica (AgRg no REsp n. 1.308.038/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 29/5/2015). 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 648.194/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 14/03/2016)²³⁹

Não obstante, há um julgado do Supremo Tribunal Federal admitindo o princípio da bagatela, no *peculato-furto* de um farol de milha de motocicleta, cometido por carcereiro, no valor de R\$ 13,00 (treze reais)²⁴⁰.

4.11.12 Distinção com outros delitos e concurso de crimes

No *peculato* mediante erro de outrem, tipificado no artigo 313, o funcionário apropria-se de “dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem”. Nesse caso, há um equívoco por parte do particular e o agente público aproveita-se desse erro para locupletar-se com o bem entregue. Trata-se de um tipo subsidiário em relação ao *peculato*, denominado pela doutrina como *peculato-estelionato*.²⁴¹

Se o funcionário desvia o dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel para finalidade diversa da prevista no tipo penal, mas em proveito público, não se configura o *peculato*, mas poderá, conforme o caso, ocorrer o crime de emprego irregular de verbas ou rendas públicas (artigo 315 do Código Penal).²⁴²

O *peculato* cometido por militares é tipificado no artigo 303 do Código Penal Militar e não pode ser cumulado com o delito previsto no Código Penal, sob pena de *bis in idem*.

²³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Agravante: Vanda Aurélio da Cruz. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Sebastião Reis. Jul. 03 mar. 2016. *Diário de Justiça Eletrônico*, 14 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=insignificancia+peculato&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 03 maio 2016, grifo nosso.

²⁴⁰ “Delito de *peculato-furto*. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. Res furtiva de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento” (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus*. Paciente: Antônio Carlos de Oliveira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000192190&base=baseAcordaos>. Acesso em: 03 maio 2016).

²⁴¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte especial, p. 327.

²⁴² Cf. PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, p. 43-44. Vale dizer que Guilherme de Souza Nucci faz a seguinte distinção: se o objeto material do crime for público, haverá o emprego irregular de verbas ou rendas públicas, mas se for particular, sob os cuidados da administração pública, ocorrerá o *peculato-desvio* (Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, p. 990).

Desvios e apropriações de bens e rendas públicas cometidas por prefeitos municipais são tipificadas no artigo 1º do Decreto-lei n. 201, de 1967.

A violação de correspondência (artigo 151 do Código Penal) cometida pelo funcionário dos correios para se apoderar do dinheiro é absorvida pelo peculato, assim como a eventual falsidade documental empregada para realizar o peculato é absorvida por este, embora existam decisões aplicando o concurso material de crimes. Admite-se, ainda, a continuidade delitiva no peculato.²⁴³

4.11.13 Processo, julgamento e sanção penal

A pena para o peculato é reclusão de dois a doze anos, podendo-se aplicar a causa de aumento de pena prevista no artigo 327, §1º, do Código Penal. No peculato culposos, a pena é de detenção de três meses a um ano.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada, em todas as modalidades.

Se o crime for cometido por funcionários públicos estaduais, o processo é de competência da Justiça Estadual Comum. Quando realizado por funcionários da União é de competência da Justiça Federal – servidores civis –, ou da Justiça Militar –, para integrantes das Forças Armadas (peculato tipificado no Código Penal Militar).

Não se aplica a Lei dos Juizados Especiais Criminais nos crimes previstos no artigo 312, caput e §1º, do Código Penal. O peculato culposos, porém, fica adstrito rito da Lei n. 9.099, 1995, ao menos inicialmente, tornando cabíveis as propostas de transação penal e de suspensão condicional do processo.

Por constituir um crime funcional (ou de responsabilidade), o peculato está submetido ao rito especial dos artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal²⁴⁴, que preveem, antes do recebimento da denúncia, a fase de notificação e oportunidade de defesa preliminar²⁴⁵. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que somente faz jus a esse rito especial o funcionário público que estiver investido na função:

²⁴³ Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*: parte especial, v. 3., p. 306.

²⁴⁴ Vide artigo 514: “Art. 514. Nos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de quinze dias.” (BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 02 out. 2015.

²⁴⁵ Segundo Guilherme de Souza Nucci, a fase de notificação prévia “é privativa do funcionário público, não se estendendo ao particular que seja coautor ou partícipe” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 694). O autor ainda desvela a polemica sobre a necessidade da notificação prévia em caso de concurso de crimes comuns e funcionais e se houver prévio inquérito policial (Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*, p. 693-694.).

DENÚNCIA. CRIMES DE PECULATO, CORRUPÇÃO PASSIVA E FALSIDADE IDEOLÓGICA. ALEGAÇÕES PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA: VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. PRECEDENTES. PRELIMINARES REJEITADAS. PRECEDENTES. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. AÇÃO PENAL JULGADA IMPROCEDENTE. 1. É apta a denúncia que bem individualiza a conduta do réu, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Basta que, da leitura da peça acusatória, possam-se vislumbrar todos os elementos indispensáveis à existência de crime em tese, com autoria definida, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Precedentes. 2. *O procedimento especial previsto no artigo 514 do Código de Processo Penal não é de ser aplicado ao funcionário público que deixou de exercer a função na qual estava investido.* Precedentes. 3. Não há cerceamento de defesa pelo indeferimento de diligências requeridas pela defesa, mormente se foram elas consideradas descabidas pelo órgão julgador a quem compete a avaliação da necessidade ou conveniência da prova. Precedentes. 4. Preliminares rejeitadas. 5. Os depoimentos e laudos acostados aos autos não apresentam elementos de convicção suficientes para a formação de juízo de certeza sobre a responsabilização criminal do Réu pelos crimes de peculato, corrupção passiva e falsidade ideológica. Falta nos autos prova irrefutável a demonstrar a materialidade e autoria dos crimes a ele imputados. 6. A delação de corréu e o depoimento de informante não podem servir como elemento decisivo para a condenação, notadamente porque não lhes são exigidos o compromisso legal de falar a verdade. 7. Ação penal julgada improcedente. (AP 465, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)²⁴⁶

Esse rito não se mostra compatível com o princípio da igualdade que deve nortear o processo penal, em uma leitura constitucional. Não há justificativa racional para um passadio mais favorável do réu. A defesa preliminar funciona, nesses casos, como medida protelatória e não como meio de garantia ou de defesa efetiva.

Tratando-se de autoridades com foro por prerrogativa de função a competência é definida na Constituição da República e o rito segue a Lei n. 8.038, de 1990.

4.11.14 Autonomia do peculato: prazos administrativos e julgamentos de contas

O peculato se consuma no exato instante em que o agente se apropria, desvia, furta ou concorre para que outrem subtraia o dinheiro, valor ou qualquer bem móvel. Não importa, aqui, a existência de prazos administrativos para repor o dinheiro ao erário.

Hungria sublinha que “se a configuração do peculato é alheia aos prazos administrativos para o recolhimento do numerário, valores ou quaisquer outros bens móveis, é

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 465, Distrito Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Fernando Affonso Collor de Mello. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Jul. 24 abr. 2014. DJe-213, 29 out. 2014. Publicação, 30 out. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28peculato+dominio+fato%29&base=b aseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jf9ypuw>>. Acesso em: 27 abr. 2016, grifo nosso.

claro que independe da constituição em mora do *reliquataire*, ou da tomada de constas.”²⁴⁷ Se, p. ex., um escrivão da Polícia Civil recebe o valor da fiança pago pelo preso em flagrante, utiliza o recurso para pagar contas pessoais e, depois, antes de esgotado o prazo para repor o valor, o deposita na conta do governo, responderá por peculato.

No mesmo sentido, a aprovação das contas por órgãos controle (controladorias internas, Tribunal de Contas ou pelo Poder Legislativo) não exclui o crime, já que é autônomo a qualquer norma orçamentária ou administrativa. Noronha assevera que “a aprovação de contas de administradores não pode elidir o crime. É, aliás, transformar essa providência em condição objetiva de punibilidade, o que não está na lei nem na doutrina”.²⁴⁸

Decerto, nessas hipóteses, o Ministério Público não precisa aguardar a conclusão do julgamento das contas para propor a denúncia.

4.11.15 Modus Operandi

Para compreender o peculato, é preciso perquirir, do ponto de vista fático, como ocorre o delito. Trata-se de uma análise do *modus operandi*, ou seja, da maneira de execução do delito, a partir de grupos de casos práticos. Essa análise auxiliará na subsunção normativa a respeito do concurso de pessoas.

Após analisar casos reais, tanto julgados pelos tribunais nacionais quanto fatos típicos suscitados historicamente, propõe-se classificar o peculato em *peremptório* (ou *direto*) e *intermediado* (ou *consequencial*).

No *peculato peremptório*, o agente se apropria ou desvia o bem diretamente, sem utilizar um ato administrativo ou qualquer outro instrumento para escamotear o ilícito. Por exemplo, quando um agente público se assenhora, desvia ou subtrai um computador da intendência em que labora, com ou sem auxílio de terceiros.

O servidor público que trabalhava no Departamento de Trânsito (Detran) de São Roque de Minas/MG, que se apossou de valores que deveriam ter sido depositados nas contas do Estado para pagamento de nova selagem de placas de veículos, foi condenado por peculato, tendo se apropriado diretamente do dinheiro, sem que tentasse utilizar algum expediente para maquiar sua ação. Tratou-se de um peculato peremptório:

²⁴⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 341.

²⁴⁸ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 4. p. 217.

APELAÇÃO CRIMINAL - PROCESSUAL PENAL - NULIDADES - INOCORRÊNCIA - PRELIMINARES REJEITADAS - CRIME LICITATÓRIO (ARTIGO 89, LEI 8.666/93) E PECULATO - CONDENAÇÃO DE DOIS ACUSADOS - DELITOS COMPROVADOS APENAS EM RELAÇÃO A UM DELES - INEXISTÊNCIA DE PROVA EM RELAÇÃO AO OUTRO - SENTENÇA MANTIDA APENAS EM RELAÇÃO A UM DOS ACUSADOS - ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO OUTRO. - Não há que se falar em supressão da fase prevista no artigo 499 do CPP se após a oitiva das testemunhas indicadas pelo Juízo foi indagado às partes se tinham alguma reclamação ou requerimento a ser feito, tendo os defensores se mantido silentes, não protestando, naquela oportunidade, pela realização de qualquer diligência. - A Lei 8.666/93 estabelece procedimento próprio para o processamento dos crimes nela elencados (artigos 104 e seguintes), não prevendo a apresentação de resposta preliminar. - A falta de inquérito policial não constitui nulidade, sabendo-se que a denúncia não precisa, necessariamente, nele lastrear-se. - Prolatada a sentença não há mais que se falar em inépcia da denúncia, devendo ser atacada a sentença, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal. - O Ministério Público pode desenvolver atividade investigatória, objetivando colher elementos de prova para subsidiar futura ação penal. - [...] - Comprovado que a ré, dolosamente, não atentou para a observância das formalidades pertinentes à dispensa de licitação, correta se mostra sua condenação, nos termos do artigo 89 da Lei 8.666/93. - [...]. (TJMG - Apelação Criminal 1.0132.05.002079-2/001, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/05/2010, publicação da súmula em 24/06/2010)²⁵⁰

Historicamente, recorda-se Ademar de Barros, político eternizado no infeliz aforismo popular “rouba, mas faz”. Em 1949, na condição de governador do Estado de São Paulo, a pretexto de comprar carros para a Força Pública paulista, apropriou-se de parte dos veículos e transferiu outros a amigos e parentes:

No final de 1949, o palácio do governo encomendo à General Motors do Brasil 20 caminhões e 11 automóveis, sendo que, destes últimos, dez eram da marca Chevrolet e um Oldsmobile, modelo Clube Sedan de Luxo. Todos os veículos foram entregues e pagos – o que por si só já seria irregular, dada a ausência de concorrência pública. Mas pouco depois o gerente da General Motors foi avisado pelo secretário do Governo de Ademar que as faturas originais deveriam ser inutilizadas e substituídas por outras em nome de particulares. O próprio Ademar ficou com o Oldsmobile enquanto os Chevrolets eram entregues a amigos e parentes. Quanto aos 20 caminhões, 15 foram refaturados em nome de diversas empresas de Ademar e apenas cinco entregues à Força Pública de São Paulo.²⁵¹

²⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelantes: José Carlos de Matos e outra. Apelado: Ministério Público de Minas Gerais. Relatora: Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=30&totalLinhas=40&paginaNumero=30&linhasPorPagina=1&palavras=peculato%20licita%E7%E3o&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

²⁵¹ CAVALCANTI, Pedro Rodrigues de Albuquerque. *A corrupção no Brasil*, p. 82. Ademar de Barros foi condenado por peculato, porém a decisão foi reformada pelo Supremo Tribunal Federal e, retornando o processo ao tribunal paulistano, sobreveio uma absolvição contraditória. “Passados os anos, restam desse encontro entre Ademar e a Justiça uma constatação e uma pergunta. A constatação é a ambigüidade da sentença definitiva, na qual Ademar foi absolvido em português e condenado em latim. Absolvido do peculato no caso dos Chevrolets, foi, ao mesmo tempo, taxado de *improbis administratur*. A contradição parece tão flagrante que dela logo surge a pergunta: não teria a fortuna de Ademar comprado a Justiça?” (CAVALCANTI, Pedro Rodrigues de Albuquerque. *A corrupção no Brasil*, p. 84.).

Portanto, colhe-se da jurisprudência que o peculato geralmente é cometido de forma *intermediada* ou *consequencial*, com frequente cooperação de terceiros-particulares. Nos fatos relacionados à Ação Penal n. 470/MG, reconheceu-se também o peculato com esse *modus operandi*, conquanto, houve o emprego de sofisticados meios intermediários para disfarçar as apropriações e desvios de recursos públicos, como se verá no capítulo 6, especialmente através de contratos de publicidade com a Câmara dos Deputados, o Banco do Brasil e o Fundo Visanet.

4.12 Corrupção passiva

A corrupção passiva consiste na solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida por funcionário público em razão de sua função. Trata-se de fenômeno internacional e atemporal, comprovado em todos os lugares, mas sempre com caráter absconso.

Decerto, quando se fala em corrupção, os interessados empregam paráfrases, rodeios ou circunlóquios para identificar o valor pago *por fora*, que segue os padrões e criatividade de cada povo. É o que revela Pedro Cavalcanti:

Quem entende de corrupção nunca vai direto ao assunto. Em vez de palavras brutais e de significado preciso como, por exemplo, suborno, a criatividade de cada país rivaliza na procura de eufemismos pitorescos e sugestivos. Ao *Trinkgeld* dos alemães e à *bustarela* dos italianos corresponde o *speed money* dos hindus. O *baksheesh* dos egípcios equivale à mordida dos mexicanos. O nosso divertido jeitinho, a vulgar molhada de mão, a viscosa engraxada, o acerto por fora são variantes do *pay-off* americano, equivalentes ao *vzyatha* soviético.²⁵²

O Brasil é pródigo na criação desses termos. Atualmente, as expressões da moda são “pixuleco” e “acarajé”, mencionados no curso da “Operação Lava-Jato”, que apura superfaturamentos, peculato, corrupção passiva e outros atos ilícitos em torno de contratos da Petrobrás com as empreiteiras mais abastadas do país²⁵³.

²⁵² CAVALCANTI, Pedro Rodrigues de Albuquerque. *A corrupção no Brasil*, p. 7. Outras expressões comuns no estrangeiro são *corruption* (França), *bribery* (Estados Unidos e Inglaterra), *Bestechung* (Alemanha), *coecho* (Espanha), *corruzione e barattaria ou baratteria* (Itália). Cf. PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, p. 101. Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 365. Cf. No meio policial brasileiro, é comum o uso das palavras “troco”, “mordedor”, “cafezinho”.

²⁵³ LARANJEIRA, Lucas. Nome da nova operação, “acarajé” significa propina. Disponível em: <<http://m.folha.uol.com.br/poder/2016/02/1741870-nome-da-nova-operacao-acaraje-significa-dinheiro-de-propina.shtml>>. Acesso em: 2 maio 2016.

Fato é que a corrupção passiva institui o móvel para a maioria dos projetos de corrupção, capaz de alimentar verdadeiras máquinas de desviar recursos públicos, constituindo uma parte quase inseparável do peculato, especialmente quando envolve contratos vultuosos²⁵⁴.

O Código Criminal do Império de 1830 distinguia duas formas de básicas de corrupção, sob as denominações de “peita” e “suborno”, com crimes específicos para juizes, “peitantes” e “subornadores”, consoante artigos 130 a 134:

SECÇÃO-II

Peita

Art. 130. Receber dinheiro, ou outro algum donativo; ou aceitar promessa directa, e indirectamente para praticar, ou deixar de praticar algum acto de officio contra, ou segundo a lei.

Penas - de perda do emprego com inhabilidade para outro qualquer; de multa igual ao tresdobro da peita; e de prisão por tres a nove mezes.

A pena de prisão não terá lugar, quando o acto, em vista do qual se recebeu, ou aceitou a peita, se não tiver effectuado.

Art. 131. Nas mesmas penas incorrerá o Juiz de Direito, de Facto, ou Arbitro, que por peita der sentença, posto que justa seja.

Se a sentença fôr injusta, a prisão será de seis mezes a dous annos; e se fôr criminal condemnatoria, soffrerá o peitado a mesma pena, que tiver imposto, ao que condemnára, menos a de morte, quando o condemnado a não tiver soffrido; caso, em que se imporá ao réo a de prisão perpetua. Em todos estes casos a sentença, dada por peita, será nulla.

Art. 132. O que der, ou prometter peita, será punido com as mesmas penas impostas ao peitado na conformidade dos artigos antecedentes, menos a de perda do emprego, quando o tiver; e todo o acto, em que intervir a peita, será nullo.

SECÇÃO-III

Suborno

Art. 133. Deixar-se corromper por influencia, ou peditorio de alguém, para obrar o que não dever, ou deixar de obrar o que dever.

Decidir-se por dadiva, ou promessa, a eger, ou propôr alguém para algum emprego, ainda que para elle tenha as qualidades requeridas.

Penas - as mesmas estabelecidas para os casos da peita.

Art. 134. Todas as disposições dos artigos cento e trinta, cento trinta e um, e cento trinta e dous, relativas aos peitados, e peitantes, se observarão a respeito dos subornados e subornadores.

O Código Penal de 1890 trouxe a mesma diferenciação sob a rubrica “peita ou suborno”, mantendo praticamente a mesma estrutura anterior. Confira *in verbis* os artigos 214 e 215:

²⁵⁴ Sobre a corrupção passiva, enquanto mecanismo de persistência do tráfico de escravos no Brasil, vide acima. Cf. CAVALCANTI, Pedro Rodrigues de Albuquerque. *A corrupção no Brasil*, p. 36-43.

Art. 214. Receber para si, ou para outrem, directamente ou por interposta pessoa, em dinheiro ou outra utilidade, retribuição que não seja devida; aceitar, directa, ou indirectamente, promessa, dádiva ou recompensa para praticar ou deixar de praticar um acto do officio, ou cargo, embora de conformidade com a lei.

Exigir, directa ou indirectamente, para si ou para outrem, ou consentir que outrem exija, recompensa ou gratificação por algum pagamento que tiver de fazer em razão do officio ou comissão de que for encarregado:

Penas - de prisão cellualar por seis mezes a um anno e perda do emprego com inhabilitação para outro, além da multa igual ao triplo da somma, ou utilidade recebida.

Art. 215. Deixar-se corromper por influencia, ou suggestão de alguém, para retardar, omitir, praticar, ou deixar de praticar um acto contra os deveres do officio ou cargo; para prover ou propor para emprego publico alguém, ainda que tenha os requisitos legaes:

Penas - de prisão cellualar por seis mezes a um anno, e perda do emprego com inhabilitação para outro.

Os tipos penais não sofreram modificação na Consolidação das Leis Penais de 1932 e, assim, manteve-se a mesma sistemática iniciada no século XIX²⁵⁵.

Com o advento do Código Penal de 1940 houve considerável mutação no tipo penal. Mudou-se o nome para “corrupção passiva”, aglutinando-se na mesma norma incriminadora as condutas antes divididas entre “peita” e “suborno”, de maneira que qualquer forma de vantagem recebida, solicitada ou aceita como promessa passou a configurar o crime em questão. Fora dessa hipótese, o agente corrompido pode responder pela “corrupção passiva privilegiada” (artigo 317, §2º, do Código Penal) ou outro delito, como prevaricação (artigo 319 do Código Penal).

Por fim, o legislador preferiu separar nitidamente as condutas do *intraneus* (corrupção passiva) e do *extraneus* (corrupção ativa). Enquanto nas legislações de 1830, 1890 e 1932 a conduta do *extraneus* era tipificada no mesmo setor, no Código Penal de 1940 passou a fazer parte do capítulo “dos crimes praticados por particular contra a administração pública” (artigo 333).

4.12.1 Elementos objetivos do tipo e espécies

O Código Penal define corrupção passiva no artigo 317, estabelecendo uma causa de aumento de pena no §1º e uma espécie privilegiada no §2º:

Corrupção passiva

²⁵⁵ BRASIL. Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro de 1932. Aprova a Consolidação das Leis Penais, de autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm>. Acesso em: 01 maio 2016.

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

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

As condutas típicas são: *solicitar*, *receber* ou *aceitar promessa* de vantagem indevida *em razão do cargo*. Trata-se de “um tipo misto alternativo, no qual a prática de mais de uma conduta deverá importar em infração penal única”²⁵⁶

Solicitar é pedir ou manifestar desejo, que pode ser executada explicitamente ou implicitamente (de forma insinuada) e até mesmo com gestos. Nesse caso, a iniciativa é do funcionário público. *Receber* é obter ou acolher a vantagem. *Aceitar* é anuir ou consentir com o recebimento. Tanto no recebimento, quando na aceitação a iniciativa é do *extraneus*.

Segundo Mirabete, “é indiferente que a oferta ou promessa seja feita ao funcionário público diretamente pelo corruptor ou por interposta pessoa”, o que também se aplica à solicitação, podendo o funcionário público valer-se de um terceiro para essa finalidade²⁵⁷.

Todavia, na modalidade “receber” há um delito necessariamente bilateral, eis que demanda a presença de um corruptor para que o funcionário corrupto seja punido.

A doutrina classifica o delito em *corrupção passiva própria*, quando o ato visado pela solicitação, recebimento ou aceitação de promessa indevida é ilícito e *corrupção passiva imprópria*, quando o ato visado pela solicitação, recebimento ou aceitação de promessa indevida é lícito. Porém, “é irrelevante que o ato funcional (comissivo ou omissivo) sobre que versa a venalidade seja ilícito ou lícito, isto é, contrário, ou não, aos deveres do cargo ou da função”.²⁵⁸

A corrupção passiva também pode ser antecedente ou subsequente. É antecedente quando o funcionário solicita, recebe ou aceita a promessa da vantagem antes do cumprimento do ato e, subsequente, quando o funcionário solicita, recebe ou aceita a promessa da vantagem após do cumprimento do ato. Pouco importa se a corrupção passiva é antecedente ou subsequente, sempre estará caracterizado o delito, conforme destaca Hungria:

²⁵⁶ GRECO, Rogério. *Código penal comentado*, p. 898.

²⁵⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*: parte especial. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 3, p. 325.

²⁵⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 366-367.

Costuma-se distinguir entre corrupção *antecedente* e *subseqüente*. A primeira ocorre quando a recompensa é dada ou prometida em vista de uma ação ou omissão *futura* e a segunda quando se refere a uma ação ou omissão *pretérita*. Não é exato dizer que o nosso Código não contempla a *corruptio subsequens*. O art. 317, *caput*, não pode ser interpretado no sentido de tal exclusão. O legislador pátrio não rejeitou o critério que remonta ao direito romano: mesmo a recompensa não ajustada antes do ato ou omissão do *intraneus* pode ter sido esperada por êste, sabendo êle que o *extraneus* é rico e liberal, ou acostumado a gratificar a quem o serve [...].²⁵⁹

O artigo não traz expressamente o “ato de ofício” como o faz em relação à “corrupção ativa” (artigo 333). Essa é uma questão polêmica, longamente debatida na Ação Penal n. 470/MG, do Supremo Tribunal Federal, que se verá no capítulo 6. Basta, nesse ponto, informar que o posicionamento da corte exige que a solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem refira-se a algum ato de ofício, ligado às atribuições do funcionário público, ainda que o ato seja meramente potencial. Se o ato não for de atribuição do funcionário, poderá ocorrer outro crime, como tráfico de influência (artigo 332 do Código Penal).

4.12.2 Elementos subjetivos do crime e do tipo

O *elemento subjetivo do crime* de corrupção passiva é dolo genérico, consistente na vontade de praticar alguma das condutas previstas no artigo 317, somado a *elemento subjetivo do tipo específico*, isto é, vontade de obter a vantagem para si ou para outrem. Não existe modalidade culposa.

4.12.3 Sujeitos do delito

Sujeito ativo do crime é o funcionário público, na forma do artigo 327. Comete corrupção passiva o agente ainda que esteja afastado, licenciado ou que não tenha assumido ainda, desde que execute os elementos do tipo em razão de suas funções.

O particular pode colaborar com o funcionário público na realização do delito. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, “é possível a participação de particular no delito de corrupção passiva, em face da comunicabilidade das condições de caráter pessoal elementares do crime”²⁶⁰, aplicando-se as considerações feitas no item acima sobre o concurso de pessoas nos crimes funcionais.

²⁵⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 367.

²⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 17716/SP, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª T., RSTJ.

Sujeito passivo é o Estado, titular do bem jurídico e, eventualmente, o *extraneus* que não comete a corrupção ativa.

4.12.4 Objetividade jurídica e objeto material

O bem jurídico tutelado é a administração pública, levando-se em consideração seu interesse patrimonial e moral.

Objeto material do delito é a vantagem indevida, exigindo-se que seja factível, isto é, capaz de gerar a cobiça no agente público²⁶¹. O crime persiste ainda que seja oferecida a vantagem como gratificação, mas Hungria ressalva a hipótese de presentes de pequena monta por serviços extraordinários, desde que não proposta anterior ao ato e que este seja lícito²⁶².

O Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal veda o recebimento ou solicitação de qualquer gratificação por parte de funcionários públicos da União, consoante inciso XV, alínea “g”²⁶³. Não obstante, Código de Conduta da Alta Administração Federal tolera o recebimento de gratificações, observado o limite de R\$ 100,00 (cem reais) e as regras do artigo 9º, *in verbis*:

Art. 9º É vedada à autoridade pública a aceitação de presentes, salvo de autoridades estrangeiras nos casos protocolares em que houver reciprocidade.

Parágrafo único. Não se consideram presentes para os fins deste artigo os brindes que:

I - não tenham valor comercial; ou

II - distribuídos por entidades de qualquer natureza a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos especiais ou datas comemorativas, não ultrapassem o valor de R\$ 100,00 (cem reais).²⁶⁴

Hungria defende que a vantagem “há de ter caráter patrimonial (há de representar um *pretium* no mercado ou *compra e venda* do ato funcional): dinheiro ou qualquer utilidade

²⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, p. 1004.

²⁶² Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 369.

²⁶³ BRASIL. Decreto n. 1.171, de 22 de junho de 1994. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1171.htm >. Acesso em: 25 abr. 2016. O dispositivo estabelece que é vedado ao servidor público “g) pleitear, solicitar, provocar, sugerir ou receber qualquer tipo de ajuda financeira, gratificação, prêmio, comissão, doação ou vantagem de qualquer espécie, para si, familiares ou qualquer pessoa, para o cumprimento da sua missão ou para influenciar outro servidor para o mesmo fim”.

²⁶⁴ BRASIL. Código de Conduta da Alta Administração Federal, aprovado em 21 de agosto de 2000. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Codigos/codi_conduta/Cod_conduta.htm >. Acesso em: 25 abr. 2016. O problema da eficácia dessas normas para constatar a existência do crime de corrupção passiva será desenvolvido no capítulo seguinte.

material”²⁶⁵. Luiz Régis Prado, por outro lado, entende que a vantagem não precisa ter natureza patrimonial²⁶⁶.

Sem embargo de opiniões divergentes, a vantagem indevida pode consistir em serviços ou objetos sem caráter patrimonial intrínseco, como favores sexuais, postos na administração pública ou condecorações.

Dessa maneira, “vantagem indevida” deve ser interpretada como qualquer *utilidade indevida*, de modo que se essa utilidade indevida influenciar o funcionário público estará caracterizado o crime de corrupção passiva. Nesse sentido, Pagliaro e Costa Jr. defendem a posição de Maggiore:

A expressão é equívoca e dá margem a interpretações variadas. Deverá a vantagem representar um valor meramente material ou econômico? Ou poderá ser ela interpretada em sentido mais lato, para abranger qualquer tipo de recompensa, de natureza pecuniária ou não?

Parece ser esta última orientação preferível. Faz-se mister, apenas, como já se anotou, que o ato de ofício seja retribuído.

Merece transcrição, a propósito, o comentário de Maggiore:

“Se a sórdida cobiça do dinheiro é o mais freqüente da corrupção, pode-se igualmente corromper para gozar os favores de uma mulher, para obter um cargo ou uma condecoração, para satisfazer uma necessidade de vingança etc. Tudo isso entra no conceito vastíssimo de utilidade: nem existe motivo pelo qual se deva considerar excluída a satisfação de um desejo erótico ilícito.”²⁶⁷

Aliás, William Shakespeare, o dramaturgo que melhor retratou os mais importantes dramas da vida humana, descreveu na obra “Medida por Medida” a corrupção do juiz Ângelo que, para reverter a decisão injusta proferida contra Cláudio, solicitou os favores sexuais de Isabela, a irmã virgem do prisioneiro. Na cena quatro, do segundo ato, Ângelo faz a seguinte insinuação à Isabela, que lhe rejeita peremptoriamente:

Admiti que não haja outro recurso para salvar-lhe a vida – não inculco semelhante medida ou qualquer outra; falo em termos gerais – a não ser este: que vós, sua própria irmã, vos encontrásseis requestada de alguém que, por motivo de sua posição, tivesse influência junto do juiz, e a vosso irmão pudesse libertar facilmente das algemas da lei que envolve a todos, e que meio terreno não houvesse de salvá-lo, exceto o de entregardes a mais rica jóia do vosso corpo a essa pessoa. Sem isso, fatal fora a morte dele. Que faríeis?²⁶⁸

²⁶⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 368.

²⁶⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*, p. 379-380.

²⁶⁷ PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, p. 110-111.

²⁶⁸ SHAKESPEARE, William. *Medida por medida*. Tradução de Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2012, p. 44.

Mais uma amostra da sabedoria inesgotável do bardo inglês, reforçando a opinião de que a vantagem pode ser qualquer utilidade, ainda que destituída de perfil patrimonial.

4.12.5 Classificação doutrinária

A corrupção passiva é um crime: a) próprio; b) doloso; c) comissivo (mas pode ser cometido mediante omissão imprópria); d) de forma livre; e) instantâneo; f) monossubjetivo ou unissubjetivo; g) unissubsistente ou plurissubsistente, conforme o caso; h) transeunte; i) forma ou de atividade.²⁶⁹

4.12.6 Consumação e tentativa

Lembra Luiz Régis Prado que o delito é formal ou de mera atividade e, assim, “a corrupção passiva se consuma com a solicitação ou recebimento da vantagem indevida, bem como com a aceitação da promessa da aludida vantagem”. Logo, não é “imprescindível que o agente venha a praticar o ato funcional”²⁷⁰.

Na primeira modalidade, o crime se consuma quando o agente *solicita* a vantagem indevida, que, “se vier a ser entregue, deverá ser considerada mero exaurimento do crime”.²⁷¹ Na segunda forma, a consumação ocorre com o efetivo recebimento da vantagem indevida, sem que o funcionário público tenha postulado a benesse. A última modalidade consuma-se quando o agente público *aceita*, anui, com a promessa da vantagem.

Há divergência doutrinária a respeito da admissibilidade da tentativa. Nelson Hungria não admite o *conatus*²⁷², enquanto Noronha aceita quando o *iter criminis* for fracionado, citando o exemplo do funcionário que remete a solicitação, mas a missiva é interceptada antes de chegar ao conhecimento do *extraneus*.

4.12.7 Causa de aumento de pena

Estipula o §1º do artigo 317 que a pena aumenta-se de um terço se o funcionário efetivamente cumpre a conduta prometida, ou seja, retarda, pratica ou omite o ato de ofício. É a chamada *corrupção exaurida*, pois, uma vez consumado o delito com a solicitação

²⁶⁹ Cf. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 6. Niterói/RJ: Impetus, 2010, v. 4, p. 411.

²⁷⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*, p. 382.

²⁷¹ GRECO, Rogério. *Código penal comentado*, p. 899.

²⁷² Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 369.

recebimento ou aceitação da promessa, o agente continua agredindo bem, exaurindo a execução delitiva.

4.12.8 Figura privilegiada

Na corrupção privilegiada, prevista no artigo 317, §2º, do Código Penal, o funcionário público pratica, deixa de praticar ou omite ato de ofício, infringindo seus deveres funcionais, a pedido ou por influência de outrem. A diferença com o *caput* diz respeito à motivação: enquanto na corrupção passiva principal o móvel é o locupletamento ilícito, na forma privilegiada é satisfazer um pedido ou solicitação de outrem, sem interesse pecuniário.

Nota-se, ainda, que na figura privilegiada “opera-se a consumação quando caracterizado o retardamento, a omissão ou a prática irregular do ato de ofício, ao contrário do que ocorre nas demais modalidades típicas semelhantes”.²⁷³

4.12.9 Distinções com outros delitos

Naturalmente, os jurados podem responder por corrupção passiva, por força do conceito extensivo de funcionário público previsto no artigo 327 do Código Penal. Para evitar dúvidas, o legislador incluiu expressamente a responsabilidade criminal no artigo 445 do Código de Processo Penal.

O fiscal tributário que exige, solicita, recebe ou aceita a promessa de vantagem indevida, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente, incide no crime do artigo 3º da Lei n. 8.137, de 1990²⁷⁴.

A testemunha, perito, tradutor ou intérprete judicial, oficiais ou não, que aceitam vantagens indevidas para prestar falsa perícia ou perjúrio, cometem o delito tipificado no artigo 342, §2º, do Código Penal, enquanto aquele que propôs a vantagem é punido de acordo com o artigo 343 do mesmo diploma legal.

A corrupção passiva desportiva foi inserida no artigo 41-C da Lei n. 12.299, de 2010, podendo ser cometida inclusiva por particulares, no contexto de competições esportivas:

²⁷³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial*, v. 3, p. 329.

²⁷⁴ BRASIL. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

Art. 41-C. Solicitar ou aceitar, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem patrimonial ou não patrimonial para qualquer ato ou omissão destinado a alterar ou falsear o resultado de competição esportiva ou evento a ela associado:
Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa.²⁷⁵

O delito se distingue da concussão (artigo 316 do Código Penal): neste, o funcionário exige a vantagem, ou seja, usa de sua autoridade para intimar a vítima, ainda que implicitamente, enquanto naquele apenas solicita, sem anunciar qualquer mal ao *extraneus*. Hungria explica:

Muito se assemelha a concussão à *corrupção passiva* (artigo 317), mas não há confundir uma com outra: na corrupção, o funcionário não impõe ou há um acôrdo de vontades (o *intraneus* que solicita ou recebe a vantagem indevida e o *extraneus* que a oferece ou promete são, ambos, sujeitos ativos, aquele de corrupção passiva e êste de corrupção ativa); enquanto na concussão, ao revés, não há, como dizia Farinácio, um *sponte pecuniam dans*, pois aquele a quem é exigida a vantagem indevida é sempre *sujeito passivo*, está sob pressão ou induzido a erro, e sòmente cederá *metu publicae potestatis*. Na corrupção, o funcionário solicita ou aceita; na concussão exige.²⁷⁶

O particular (*extraneus*) que corrompe o funcionário (*intraneus*) responde pelo artigo 333, isto é, corrupção ativa. O Código Penal abriu mais uma exceção à teoria monista, criando duas figuras típicas para pessoas que concorrem para o mesmo delito. Todavia, a bilateralidade não é requisito do crime, podendo o fato apresentar-se de maneira unilateral. Se, p. ex., o funcionário público solicita a vantagem e esta é negada pelo particular, haverá somente o crime de corrupção passiva.

4.12.10 Pena, processo e julgamento da corrupção passiva

Aplicam-se à corrupção passiva as mesmas observações acerca da pena, processo e julgamento do peculato. A única distinção é na corrupção privilegiada, submetida ao rito e demais benefícios da Lei n. 9.099, de 1995. Observa-se, ainda, que o Ministério Público não precisa identificar o *extraneus* na denúncia, bastando esclarecer a existência do ato caracterizador da corrupção passiva.

4.12.11 Princípio da insignificância

²⁷⁵ BRASIL. Lei n. 10.671, de 15 de maio de 2003. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.671.htm>. Acesso em: 27 abr. 2016.

²⁷⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, p. 360.

Há divergência sobre a incidência do princípio no crime de corrupção passiva, ressaltando-se, segundo Rogério Greco, a possibilidade de aplicação do princípio naquelas vantagens “de valor irrisório, como ocorre com muita frequência quando os funcionários são presenteados com bombons, doces, canetas, algumas pequenas lembranças, principalmente em datas comemorativas”. Na jurisprudência, prevalece a inaplicabilidade:

CONCUSSÃO. CORRUPÇÃO PASSIVA. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. "HABEAS CORPUS". 1. Não se aplica o chamado princípio da insignificância quando a hipótese engloba crimes contra a administração pública, em razão da efetiva ofensa ao bem juridicamente tutelado. 2. A aferição da insignificância é matéria afeta ao juízo de instrução, e não no "Habeas Corpus". Óbice da Súmula 07/STJ. 3. Habeas corpus conhecido; provimento negado. (RHC 8.357/GO, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 15/04/1999, DJ 25/10/1999, p. 99)²⁷⁷

A despeito dessa divergência, faz-se necessário diferenciar duas hipóteses. Se o funcionário público praticar, omitir ou retardar o ato de ofício por causa de uma vantagem, ainda que de acanhado valor, haverá a corrupção passiva, conquanto presente a violação dos deveres funcionais: o funcionário praticou o ato influenciado pela vantagem.

Por outro lado, se o funcionário pratica, omite ou retarda o ato na forma da lei, sem estar entusiasmado por qualquer vantagem, não haverá corrupção passiva. Nessa hipótese, eventual gratificação concedida por particular, em reconhecimento do ato, não configura corrupção passiva, desde que seja de valor módico e dentro dos parâmetros dos códigos de ética administrativos.

Imagine-se um bombeiro que, arriscando sua vida, salva uma criança, e recebe dos genitores uma gratificação em agradecimento. O bombeiro executou o ato de ofício, sem expectativas de ganhos extras, ou seja, sem descumprir seus deveres funcionais, tornando atípico o recebimento de um eventual presente. Frise-se: os agentes públicos jamais devem cumprir seus deveres na perspectiva de receber qualquer benefício.

4.12.12 Flagrante delicto

Uma vez que o delito se consuma com a solicitação da vantagem, alguns autores defendem que não é possível prender em flagrante o funcionário público no instante em que

²⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Divino Ismael Matias. Relator: Min. Edson Vidigal. Jul. 15 abr. 1999. Diário de Justiça, 29 out. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=corrup%E7%E3o+e+passiva+e+insignific%E2ncia&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=32>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

recebe a vantagem. Por se tratar de mero exaurimento do delito não existiria a possibilidade de flagrante. Todavia, a jurisprudência faz uma ressalva, no sentido do flagrante esperado. Confira:

PENAL. CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS. FLAGRANTE PREPARADO: INOCORRENCIA. FLAGRANTE ESPERADO: NÃO INTERFERENCIA NO ASPECTO VOLITIVO DO AGENTE. DELITO FORMAL. CONSUMAÇÃO: SOLICITAÇÃO DE VANTAGEM INDEVIDA. RECEBIMENTO: IRRELEVANCIA. APELO IMPROVIDO. I- O APELANTE FOI PRESO EM FLAGRANTE DELITO QUANDO, EM RAZÃO DE SUA FUNÇÃO DE ATENDIMENTO AOS SEGURADOS JUNTO A DELEGACIA REGIONAL DO TRABALHO, IRIA RECEBER O DINHEIRO INDEVIDAMENTE SOLICITADO, PARA CONCESSÃO DE AUXILIO-DESEMPREGO A SEGURADO QUE NÃO POSSUIA TAL DIREITO. II- O FLAGRANTE NÃO IMPEDIU A CONSUMAÇÃO DO CRIME. A VIOLAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO PELO ARTIGO 317 DO CÓDIGO PENAL CONSOLIDOU-SE COM A SOLICITAÇÃO LEVADA A TERMO PELO APELANTE, ANTERIORMENTE A PRISÃO, EIS QUE O DELITO DE CORRUPÇÃO PASSIVA E EMINENTEMENTE FORMAL, SENDO IRRELEVANTE PARA SUA TIPIFICAÇÃO O EFETIVO RECEBIMENTO DA VANTAGEM INDEVIDA. III- HA QUE SE DISTINGUIR ENTRE FLAGRANTE PREPARADO E FLAGRANTE ESPERADO. NO PRIMEIRO, USA-SE DE CHAMARIZ, ATRAINDO O AGENTE A PRATICAR O DELITO, ENQUANTO QUE NO SEGUNDO, COMO E O CASO DOS AUTOS, A ATIVIDADE POLICIAL FOI APENAS DE ESPERA, NÃO INTERFERINDO NO ASPECTO VOLITIVO DO APELANTE, QUE JA MANIFESTARA ANTERIORMENTE A PRISÃO SEU INTUITO DOLOSO. IV- APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TRF-3 - ACR: 75962 SP 94.03.075962-3, Relator: JUIZ THEOTONIO COSTA, Data de Julgamento: 04/02/1997, Data de Publicação: DJ DATA:25/02/1997 PÁGINA: 9240)²⁷⁸

Portanto, inexistindo provocação do flagrante, a ação controlada dos agentes que, cientes do pagamento da vantagem indevida, aguardam esse momento, não é ilícita e permite a prisão em flagrante delito.

4.12.13 Modus operandi

Da mesma forma que no peculato, é pertinente identificar, ontologicamente, as maneiras de execução da corrupção passiva, possibilitando, no capítulo seguinte, averiguar se algum *modus operandi* se adequa à autoria mediata decorrente do domínio de organização. Dessa maneira, no que diz respeito ao *modus operandi*, o ponto relevante é analisar se a

²⁷⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelante: Jorge Aparecido da Silva. Apelado: Justiça Pública. Relator: Juiz Theotonio Costa. Jul. 04 fev. 1997. DJ DATA, 25 fev. 1997 Disponível em: < <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

corrupção ocorre de forma *momentânea* ou *fracionada* e se é *unilateral* (não concorre com a corrupção ativa) ou *bilateral* (concorre com a corrupção ativa).

A *corrupção passiva momentânea* configura-se através de ato específico do agente público, sem combinação preliminar entre as partes. O policial rodoviário federal “A”, em uma blitz, solicita do caminhoneiro “B” um valor em dinheiro, para não lhe autuar por infração às normas de trânsito. Os envolvidos se deparam com uma oportunidade de ganhos ilícitos recíprocos, que pode ou não se consumir. Não haverá, necessariamente, bilateralidade: se o caminhoneiro recusar a solicitação, somente o policial responderá por corrupção passiva; se o policial rejeitar a promessa, somente o caminhoneiro responderá por corrupção ativa.

Na *corrupção passiva fracionada*, o agente solicita, recebe ou aceita a promessa de vantagem indevida para beneficiar o particular em uma atividade funcional previamente combinada entre as partes e composta de vários atos. Nesse modelo, há um liame subjetivo precedente entre corruptor e corrupto, que deságua em atos que os beneficiam a ambos, transformando a bilateralidade como sua característica essencial.

Da história brasileira, há o mais infeliz exemplo de *corrupção passiva fracionada e bilateral*, a conservação do tráfico de escravos negros, teoricamente proibido desde 1831, por meio da “Lei Feijó”:

Claro está que essa máquina ilegal, envolvendo às vezes até 50 mil africanos no mesmo ano, não poderia funcionar sem que as autoridades estivessem convenientemente azeitadas. Robert Edgar Conrad, autor de *Tumbeiros*, o melhor estudo sobre o assunto, conta que era voz corrente no Rio de Janeiro o fato das autoridades portuárias receberem 800 mil réis de suborno para a liberação de cada navio preparado para o tráfico.²⁷⁹

As principais características da *corrupção passiva fracionada* são a bilateralidade e a decomposição temporal dos atos. Nos contratos administrativos, essa situação é emblemática, em que funcionários públicos desonrados aceitam vantagens de particulares, especialmente empreendedores, para auxiliá-los a vencerem as concorrências públicas e omitirem-se com relação a eventuais irregularidades.

No caso da autuação de trânsito, se houver uma combinação prévia entre caminhoneiros (ou empreendedores proprietários das empresas de transporte) e policiais rodoviários, haverá também a *corrupção passiva fracionada e bilateral*. Confira um julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, podendo-se deduzir, dos fatos narrados, a

²⁷⁹ CAVALCANTI, Pedro Rodrigues de Albuquerque. *A corrupção no Brasil*, p. 36-37.

bilateralidade (o conluio criminoso entre corrupto e corruptor) e a decomposição das condutas:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO INTEMPESTIVO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS. RECEBIMENTO DE PROPINA. INEXISTENCIA DE CONEXÃO PROBATÓRIA APÓS A PROLAÇÃO DE SENTENÇA. SÚMULA 235 DO STJ. ESCUTAS TELEFÔNICAS. VALIDADE COMO PROVA DE AUTORIA E MATERIALIDADE. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO PARA A DEFESA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. AGRAVANTES. [...] 5. A condição de Policial Rodoviário Federal do réu Pedro Duarte não só lhe permitia como impunha o dever de fiscalização a quaisquer veículos que trafegassem dentro de sua área de atuação, independentemente do recebimento ou não de treinamento específico. 6. As escutas telefônicas levadas a cabo pela polícia federal foram efetuadas mediante autorização judicial e, portanto, de forma totalmente legal, demonstrando que o apelante Pedro Duarte, ao lado de outros policiais rodoviários federais, mediante o recebimento de propina paga pelo representante da empresa Guanabara, o também acusado Bernardino Ferreira, deixavam de fiscalizar os veículos da referida empresa e intensificavam a fiscalização em relação às suas concorrentes, praticando assim os delitos que lhe foram imputados pela denúncia. [...]. 9. A ligação do apelante José Jerônimo com os demais membros da quadrilha restou sobejamente comprovada nos autos, pelo que se impõe sua condenação pela prática dos delitos de formação de quadrilha e corrupção passiva. 10. Infundada a alegação de que não teria sido consumado o delito do art. 288 do CP. As provas coligidas aos autos demonstram a existência de uma associação organizada, permanente e estável, voltada para a prática reiterada dos crimes de corrupção ativa (no caso dos apelantes Bernardino e Josimar) e corrupção passiva (no caso dos policiais rodoviários corrompidos). 11. Os inúmeros diálogos travados entre os acusados, transcritos ao longo de todo o processo, demonstram de forma clara a habitualidade, entrosamento e desembaraço existente entre os mesmos, tanto no acerto das fiscalizações a serem realizadas nas outras empresas, como em relação à contraprestação efetivada pela empresa Guanabara, circunstâncias caracterizadoras do crime do art. 288 do Código Penal, não havendo que se falar em ausência de prova desse delito. 12. Também não merece prosperar a alegação de que os apelantes Josimar e Bernardino teriam sido vítimas do crime de concussão (art. 316 do CP), por parte dos policiais rodoviários, uma vez que as conversas travadas entre os mesmos não denotam a imposição da vontade de uns sobre os outros, mas sim um ajuste harmônico, no sentido de beneficiar o interesse de todos os envolvidos. 13. O que se extrai dos autos é que o gerente regional da Guanabara no estado do Piauí, o apelante Bernardino, tomando ciência do esquema de corrupção que se enveredara em parcela da Polícia Rodoviária Federal naquele estado, buscou prontamente aderir à prática criminosa ali instalada, com objetivo de, ao mesmo tempo, blindar a empresa a qual representava da atuação dos policiais e intensificar a fiscalização em empresas concorrentes. 14. Tendo o acusado Josimar Ibiapina concorrido para a consumação dos crimes, quer se encarregando da entrega dos envelopes com propinas aos policiais rodoviários, quer intermediando o contato entre o réu Bernardino e os demais acusados, impõe-se a manutenção de sua condenação pelos delitos que lhe foram imputados. 15. A troca de ligações entre os apelantes Bernardino, Josimar e os policiais rodoviários corrompidos, ocorrida nos meses de junho e julho de 2004, antes, portanto da "denúncia" feita pela empresa Guanabara, somente reforça a tese de que essa representação, feita contra as empresas Satélite e Real Maia, visava tão-somente dar subsídio aos policiais corrompidos para que justificassem as constantes atuações efetuadas naquelas empresas, restando assim plenamente configurado o ajuste entre os apelantes e os demais membros da quadrilha. 16. O pagamento de propina efetuado pelos acusados Bernardino e Josimar aos policiais rodoviários

garantia à empresa Guanabara uma "licença" para trafegar sem ser multada, o que aponta no sentido de que os mesmos deixavam de autuar aquela empresa mesmo diante de irregularidades. 17. Devidamente comprovada a prática dos crimes de quadrilha e corrupção ativa qualificada pelos acusados Bernardino e Josimar, não merece qualquer reparo a r. sentença de 1º grau no ponto em que os condenou pela prática dos crimes dos arts. 288 e 333, parágrafo único, ambos do CP. 18. A alegação de inexistência de continuidade delitiva não merece prosperar, uma vez que os réus Bernardino e Josimar praticaram reiteradas vezes o delito do art. 333 do CP, efetuando pagamentos regulares aos policiais rodoviários corruptos em troca da blindagem da empresa que representavam. 19. Correta a aplicação da agravante prevista no art. 62, I do CP em relação à conduta do acusado Bernardino, a qual merece reprovação em grau mais elevado, tendo a vista que o mesmo, ao lado do também acusado Humberto Filho, era um dos líderes da quadrilha, sendo o responsável pela operacionalização da empreitada criminosa em relação à empresa Guanabara. [...] 27. Tendo sido devidamente comprovadas autoria e materialidade delitivas em relação aos crimes de quadrilha e corrupção passiva, é de ser mantida a r. sentença a quo, que condenou o acusado Humberto Carvalho Filho nas penas dos arts. 288 e 317, § 1º, ambos do CP. [...]. 31. Recurso dos réus Rauristênio Lima Bezerra e Raimundo Jose dos Santos não conhecido. Apelo do acusado Humberto Carvalho Filho, parcialmente provido tão-somente para modificar a dosimetria da pena do crime de corrupção passiva. Recurso dos demais réus conhecidos e desprovidos. (ACR 0003002-65.2005.4.01.4000 / PI, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL KLAUS KUSCHEL (CONV.), QUARTA TURMA, e-DJF1 p.130 de 29/01/2010).²⁸⁰

Durante o julgamento da Ação Penal n. 470/MG, o Supremo Tribunal Federal deparou-se exatamente com a *corrupção passiva fracionada e bilateral*, melhor delineada no capítulo 6.

4.12.14 Corrupção passiva, ato de ofício e exaurimento: as interpretações decorrentes da Ação Penal n. 470/MG do Supremo Tribunal Federal

No exame da corrupção passiva, veiculada no curso da Ação Penal n. 470/MG, o Pretório Excelso debateu temas importantes: a exigência ou não de um ato de ofício para configuração do crime e a caracterização do exaurimento.

Decerto, na redação do crime de corrupção passiva, o legislador não exigiu expressamente um ato de ofício que venha a ser praticado pelo funcionário, ao contrário do crime que lhe é correlato, a corrupção ativa, tipificado no artigo 333:

Corrupção ativa

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

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

²⁸⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelante(s): Pedro Duarte e outros. Apelado: Ministério Público de Minas Gerais. Relator: Desembargador federal Mário César Ribeiro. Jul. 14 nov. 2012. *e-DJF1*, 14 nov. 2012. Disponível em: < <http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

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

Essa disparidade entre os dois tipos levou a intensos debates na jurisprudência e voltou à tona no mencionado julgado. Em primeiro lugar, os ministros tiveram que avaliar se o tipo penal da corrupção passiva exige o ato de ofício, ainda que potencial. E, em seguida, enfrentaram a questão do “apoio político”, isto é, se se trata de um comportamento que constitui ou não ato de ofício, apto a individualizar a exigência do tipo penal. Gustavo de Oliveira Quandt observou:

Da mesma maneira, a conclusão inobjetable de que os votos e o “apoio parlamentar” constituem atos de ofício razoavelmente determinados não deve obscurecer as incertezas do conceito desses atos. Por fim, e mais importante, concluímos que o STF não se afastou da orientação firmada na APn 307/DF, de se exigir, para os crimes de corrupção ativa e passiva, a relação da vantagem indevida a um ato de ofício potencial, e que as divergências se referem ao grau de concretização que esse ato deve possuir quando de sua comercialização. Quanto a esse ponto, embora seja necessário transigir com alguma indeterminação, ela não pode ser tão intensa a ponto de anular esse requisito do tipo.²⁸¹

Quanto ao recebimento da vantagem indevida, na primeira decisão, os ministros consideraram que se for feita por meio de terceiros configura lavagem de dinheiro. Foi o caso da esposa de João Paulo Cunha, que auferiu o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) diretamente das contas da empresa de Marcos Valério, mas em nome de seu marido.

Todavia, no julgamento dos embargos infringentes, os ministros anotaram que o expediente não é suficiente para configurar o crime da Lei n. 9.613, de 1998. Logo, o recebimento da vantagem por meio de terceiros implica em mero exaurimento do crime de corrupção passiva (modalidades “solicitar” e “aceitar promessa”) ou mesmo no marco consumativo do crime (modalidade “receber”)²⁸².

4.13 Efeitos jurídicos da condenação por peculato e corrupção passiva

Nos termos do artigo 92, I, do Código Penal, constitui efeito da condenação a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de

²⁸¹ QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A Propósito do julgamento do “Mensalão” (APn 470/MG do STF). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 78.

²⁸² Maiores detalhes, conferir no capítulo seguinte, item 6.6.

dever para com a Administração Pública, incluindo-se, obviamente, o peculato e a corrupção passiva. Porém, não se trata de um efeito automático da condenação, competindo ao magistrado fundamentá-lo na sentença, como salientou o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. OCORRÊNCIA. PECULATO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ABUSO DE PODER OU VIOLAÇÃO DE DEVER COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PERDA DO CARGO PÚBLICO. 1. Verifica-se que a matéria foi devidamente apreciada pela Corte de origem - violação do art. 92, I, do Código Penal -, caracterizando o prequestionamento explícito do dispositivo legal tido como violado, uma vez que foi objeto de manifestação pelo Tribunal de origem, no julgamento do recurso de apelação, bem como no dos embargos de declaração. 2. *A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de a determinação da perda do cargo ou da função pública em razão de condenação criminal, com exceções feitas quanto ao crime de tortura, não é automática, demanda fundamentação específica.* 3. *Portanto, nos termos do art. 92, I, do Código Penal, considerando que o cargo funcionou como veículo fundamental para a perpetração do ilícito em tela, a perda do mesmo se impõe como necessária medida de prevenção e de reprovação do crime.* 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 651.360/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 11/11/2015)²⁸³

Por força do artigo 15, inciso III, da Constituição da República, qualquer condenação criminal transitada em julgado resulta na suspensão dos direitos políticos do sentenciado. Sem embargo, para condenados por crimes funcionais, a Lei Complementar n. 64, de 1990, prevê a inelegibilidade por mais 8 (oito) anos, contados após o cumprimento da pena, sendo a vedação à candidaturas aplicável desde a condenação em órgão jurisdicional colegiado²⁸⁴, nos termos do artigo 1º, inciso I, alínea “e”, número “1”:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

e) os que forem condenados, **em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:**

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;

²⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso especial. Agravante: Agravado: Ronaldo Silva de Oliveira. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Jul. 05 nov. 2015. Diário de Justiça Eletrônico, 11 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=peculato&b=ACOR&p=true&l=10&i=38>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

²⁸⁴ A Lei Complementar n. 135, de 2010, apelidada de “lei da ficha limpa”, alterou o artigo 15 LC 64 e instituiu que a inelegibilidade surte efeitos a partir da condenação por órgão judicial colegiado, prescindindo-se do trânsito em julgado.

Além dessa regra especial, os condenados por esses delitos terão a progressão de regime condicionada “reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais”, consoante artigo 33, §4º, do Código Penal.

4.14 Peculato e corrupção passiva no projeto de Código Penal

O projeto do novo Código Penal (PLS n. 236, de 2012), que tramita no Senado Federal, conserva os crimes de peculato e corrupção passiva, introduzindo algumas alterações. Inicialmente, os fatos foram incriminados nos artigos 278 e 283 do Código Penal, mas com a emenda substitutiva n.º 1, os artigos foram renumerados (283 e 287), introduzindo-se modificações adicionais. O texto original do projeto e o alterado pelo substitutivo foram publicados em quadro comparativo no dia 9 de junho de 2015. Confira-se os dispositivos:

Peculato

Art. 283. Apropriar-se o servidor público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, usá-lo indevidamente ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena – prisão, de quatro a doze anos.

Parágrafo único. Aplica-se a mesma pena se o servidor público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, concorre para que seja subtraído, ou o obtém mediante fraude, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Corrupção passiva

Art. 287. Exigir, solicitar, receber ou aceitar promessa de receber, para si ou para outrem, vantagem indevida, direta ou indiretamente, valendo-se da condição de servidor público:

Pena – prisão, de quatro a doze anos.

Corrupção ativa

§1º Nas mesmas penas do *caput* incorre quem oferece, dá, promete, entrega ou paga a servidor público, direta ou indiretamente, vantagem indevida.

Corrupção em transação comercial internacional

§2º Nas mesmas penas do *caput* incorre quem oferece, dá, promete, entrega ou paga vantagem indevida para determinar servidor público estrangeiro a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional.

Causa de aumento de pena

§3º A pena é aumentada em até um terço se:

I – em consequência da vantagem ou promessa, o servidor retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional;

II – é expressivo o dano causado por agente político ou ocupante de cargo efetivo de carreira de Estado.

O peculato sofreu várias alterações. A pena mínima foi majorada para *prisão de quatro anos* – na lei em vigor, a pena mínima é reclusão de dois anos –, ressaltando-se que o projeto não faz mais a distinção vigente entre “reclusão” e “detenção”. Há apenas uma sanção privativa de liberdade, denominada genericamente de *prisão*.

O peculato culposo tornou-se atípico e, por conseguinte, foram retirados os dispositivos relacionados ao perdão judicial e à causa de diminuição de pena nesses casos. Decerto, a incriminação da conduta carecia de fundamento, infringindo os princípios da fragmentariedade, subsidiariedade, necessidade e culpabilidade. Mais apropriado é que haja efetividade no âmbito civil e administrativo, para compelir o agente público a reparar os danos causados, aliás, como já prevê o artigo 37, §5º, da Constituição da República, com caráter de imprescritibilidade. Frente a essa rede de proteção do patrimônio público contra atos lesivos culposos, a norma penal é totalmente inócua e desproporcional.

A redação do dispositivo peca pela ausência de técnica: no início do artigo 283 menciona a elementar típica “servidor público”, assim como no início do parágrafo único. Porém, no final do parágrafo único utiliza-se do termo “funcionário”. A respeito, o projeto não usa mais o termo “funcionário público”, substituindo-o por “servidor público”, na norma explicativa do artigo 292 (artigo 282, no projeto original).

Por outro lado, faz-se necessário tipificar o *peculato de uso*, conduta extremamente danosa à administração pública e aos administrados, capaz de trazer mais prejuízos que a apropriação direta de bens públicos. Não pode ficar somente na esfera da improbidade administrativa, nomeadamente porque, no período eleitoral, abusa-se da máquina administrativa para cooptar eleitores, desequilibrando a disputa.

Anote-se que no anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal, elaborado em 1998, tipificou-se o *peculato de uso*, mas o projeto não obteve prosseguimento. A comissão juristas incumbida de elaborar o documento, presidida pelo então ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Vicente Cernicchiaro, justificou a medida em razão do “evidente prejuízo para a Administração Pública”²⁸⁵.

Em sua essência, a corrupção passiva permanece com as mesmas elementares típicas, substituindo-se apenas a expressão “funcionário público”, por “servidor público”, pelos mesmos motivos já mencionados em relação ao peculato. A sanção foi majorada para quatro anos de prisão.

O legislador prevê a transposição de dois tipos penais para o mesmo dispositivo. A corrupção ativa, que consiste na atuação do *extraneus*, foi inserida no §1º do mesmo

²⁸⁵ No referido anteprojeto, o peculato de uso estava previsto no artigo 305, §2º, com a seguinte redação: “art. 305 [...] § 2º. Utilizar o funcionário público, indevidamente, ou permitir que alguém o faça, dinheiro, valor, serviço ou qualquer outro bem móvel ou imóvel de que tenha posse em razão do cargo ou função, em proveito próprio ou alheio. Pena - Reclusão, de dois a cinco anos, e multa”. Todavia, a utilização de dinheiro, nesse caso, confundiria o intérprete, já que bens fungíveis caracterizam o peculato propriamente dito, conforme salientado acima.

dispositivo, mas mantendo-se intacta sistemática do código atual. Quando praticada a corrupção ativa no contexto do comércio internacional, aplica-se o §2º do mesmo artigo.

No §3º, manteve-se a majorante já existente e criou-se outra causa de aumento de pena de um terço se “é expressivo o dano causado por agente político ou ocupante de cargo efetivo de carreira de Estado”. São requisitos cumulativos: expressividade do dano e o servidor deve ser agente político ou ocupante de cargo da carreira de Estado, referida no artigo 247 da Constituição da República.

O artigo 41 do projeto original previa a responsabilização penal da pessoa jurídica pelos atos praticados contra a administração pública, “nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”. Porém, após o substitutivo, o preceito foi deslocado para o artigo 38, extraindo-se a punição nessa hipótese (manteve-se apenas em atos praticados contra a ordem econômico-financeira e o meio ambiente).

Por fim, tanto o peculato quanto a corrupção passiva, foram inseridos no rol dos crimes hediondos (artigo 51, inciso VI, do projeto).

4.15 A tutela penal da administração pública face ao concurso de pessoas nos crimes de peculato e corrupção passiva

O que se entende genericamente por *corrupção*, em perspectivas sociológicas, históricas ou criminológicas, configura, fundamentalmente, os crimes de *peculato* e *corrupção passiva* no âmbito do direito penal. Bem analisados os exemplos históricos e jurisprudenciais apresentados, encaixam-se perfeitamente nesses dispositivos penais.

Do famigerado Ademar de Barros, o “rouba, mas faz”, que transferiu veículos públicos do Estado de São Paulo para si e para seus comparsas, aos que acobertaram o tráfico de escravos em troca de alguns mil-réis, os agentes públicos desonestos sempre utilizaram esses expedientes para locupletamento pessoal: apropriação direta ou indireta dos bens públicos e recebimento de vantagens indevidas em troca de algum benefício cumprido por meio da função pública exercida, havendo, nos dois casos, frequente participação de *extraneus*.

A partir desse exame interdisciplinar, podem-se traçar características essenciais da corrupção em sentido penal. Primeiramente, um funcionário público desonesto que, abusando dos poderes inerentes ao posto, desvia recursos públicos ou obtém vantagens de terceiros. Em segundo lugar, particulares imbuídos do mesmo chiste patrimonialista que se aliam a esses

funcionários públicos para granjear algum benefício pessoal em detrimento do interesse público. Em terceiro lugar, a existência de estratégias para acobertar a empreitada criminosa, antes, durante e após o fato, haja vista o caráter naturalmente dissimulado dessas práticas.

Dessa conjugação, verifica-se ser regra o concurso de pessoas nos crimes de peculato e corrupção passiva, não raras vezes um grupo expressivo envolvido, verdadeiras organizações de celerados comprometidos com a lesão do erário e a concretização de interesses individuais.

Decerto, nos aludidos crimes funcionais podem intervir na realização do fato típico funcionários públicos (*intraneus*) e particulares (*extraneus*). Para ilustrar: no peculato, um agente público “A”, auxiliado pelo particular “B”, ciente da condição de funcionário público de “A”, se apropria de bens da repartição pública em que “A” labora e, em seguida, os dois criminosos dividem o produto do delito. Põem-se duas questões, intrinsecamente ligadas ao objeto de estudo: em qual tipo penal incide cada um dos intervenientes e a que título (autoria ou participação).

A redação do artigo 30 do Código Penal não admite dúvidas de que as elementares objetivas do tipo estendem-se ao particular. Logo, ambos respondem por peculato: o funcionário “A” mediante *adequação típica direta* e o particular “B” em razão da *norma de extensão (adequação típica indireta ou mediata)*. Nesse sentido, Pagliaro e Costa Jr.:

Agentes privados podem concorrer no crime do funcionário público. Em tal caso, formam-se tipos plurissubjetivos, nos quais é suficiente que um só dos concorrentes seja funcionário público (*intraneus*). Desse modo, o particular (*extraneus*) responde pelo peculato se o funcionário, após ser instigado, apropriar-se de uma soma pertencente à Administração Pública que esteja em sua posse, por razões de ofício. É a regra que deflui do art. 30 do Código Penal. Basta que um só dos concorrentes seja qualificado (*intraneus*) para que os demais respondam pelo mesmo tipo de crime.²⁸⁶

Para a doutrina tradicional, a classe de sujeito ativo dos envolvidos – autor ou partícipe – deve ser analisada a partir das circunstâncias do caso concreto. De acordo com a teoria objetivo-formal, adotada majoritariamente no Brasil:

O particular, portanto, estranho à Administração Pública, que colabore de qualquer forma para o crime cometido por funcionário público, por exemplo, peculato, responderá por esse delito na qualidade de co-autor ou partícipe, embora não detenha a qualidade especial de funcionário público. Obviamente o particular deve ter conhecimento dessa condição pessoal do co-agente, isto é, o dolo deve abranger a elementar do tipo penal.²⁸⁷

²⁸⁶ PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, p. 25.

²⁸⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*, v. 3, p. 383.

Todavia, essa opinião é contestada por vários juristas. Seguindo as concepções de Claus Roxin, o particular sempre será um partícipe, por não pertencer à classe especial de sujeitos ativos (funcionário público), ainda que execute materialmente o delito. O funcionário público, ainda que não pratique atos na fase de execução, será sempre autor do delito, em razão da violação dos deveres de seu cargo. Por sua vez, Nilo Batista salienta que, para identificar o tipo penal e a posição do colaborador nos fatos (coautor ou partícipe), é preciso distinguir dois tipos de delitos especiais, os puros (ou próprios) e os impuros (impróprios). Todas essas indagações serão examinadas no capítulo seguinte, com enfoque na teoria do domínio de organização, para qualificar os diversos sujeitos ativos que podem atuar no peculato e na corrupção passiva.

Portanto, acatadas essas características, será testado se, havendo concurso de pessoas nesses crimes, qual a classificação adequada para cada conduta e se é possível aplicar-se a teoria do domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder, de modo a possibilitar a avaliação da decisão emitida na Ação Penal n. 470/MG, do Supremo Tribunal Federal, o “Caso do Mensalão”.

5 CONCURSO DE PESSOAS, DOMÍNIO DO FATO E DOMÍNIO DE ORGANIZAÇÃO NOS CRIMES DE PECULATO E CORRUPÇÃO PASSIVA

5.1 Reconstrução do tema-problema

O objetivo da pesquisa, trilhado desde a introdução, é estudar o concurso de pessoas no âmbito dos crimes de peculato e corrupção passiva, com o intuito subsequente de aferir a aplicabilidade da teoria do domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder no contexto desses delitos, face à repercussão da utilização da teoria no julgamento da Ação Penal n. 470/MG, do Supremo Tribunal Federal, melhor analisada no capítulo seguinte.

Para nortear a análise dos diversos ângulos da questão, busca-se, no primeiro momento, reconstruir essa hipótese de maneira mais precisa, destacando-se e alinhando-se os elementos essenciais dos pilares da pesquisa, retratados nos capítulos precedentes.

Na segunda etapa, explorando todas as características do domínio de organização e dos crimes de peculato e corrupção passiva, a investigação examina cuidadosamente o tema-problema, traz múltiplas posições doutrinárias e introduz posicionamentos jurisprudenciais.

O objetivo dessa metodologia é potencializar a contextualização do tema, visando a produção do conhecimento de forma científica, conforme salientam Gustin e Dias:

Logo, a produção do conhecimento é sempre contextualizada. Ela tem um tempo e um espaço e se inicia pela crítica não só de seu contexto como dos próprios meios e teorias que utiliza para a produção do conhecimento jurídico. Por essa razão, o conhecimento científico origina-se em si mesmo, por meio de seus procedimentos e formas sistematizadas e críticas de raciocínio, mas aspira um conhecimento final que promova um senso comum emancipado em relação a seus sentidos ético, político, estético e do próprio saber que produz.²⁸⁸

Ao final, na terceira etapa, cuida-se da produção do conhecimento com assertividade. Frise-se, aliás, a produção de um *conhecimento crítico* sobre os institutos jurídicos em questão, que somente pode ser lançado partindo-se de uma contextualização prévia.

5.2 Pressupostos do domínio de organização nos crimes de peculato e corrupção passiva

No capítulo 3, foram analisados, a partir da análise história, dogmática e jurisprudencial, os pressupostos essenciais para caracterização do domínio do fato e da

²⁸⁸ GUSTIN, Miracy Barbosa Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*, p. 8-9.

ramificação conhecida como domínio de organização. Parte-se, inicialmente, de três máximas preliminares: (1ª) autor é a figura central da realização do tipo e partícipe é o interveniente secundário ou acessório; (2ª) o domínio do fato aplica-se aos delitos de ação ou de domínio; (3ª) domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder, justifica a *autoria mediata* entre o “homem de traz” e o executor imediato, permitindo a *dupla punibilidade*.

Dessa maneira, seguindo-se a doutrina de Claus Roxin, são quatro os requisitos fundamentais do domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder²⁸⁹:

- e) Organizações à margem da ordem legal;
- f) Poder de emitir ordens do autor mediato;
- g) Fungibilidade dos executores imediatos;
- h) Alta disposição do autor imediato para executar o ato²⁹⁰.

Luiz Greco e Alaor Leite sintetizam os elementos dessa forma de autoria mediata:

Trata-se da terceira forma de autoria mediata: além do domínio sobre a vontade de um terceiro por meio de erro ou de coação, propõe Roxin, de forma original, que se reconheça a possibilidade de domínio por meio de um aparato organizado de poder, categoria que ingressou na discussão científica em artigo publicado por Roxin em 1963 na revista *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, e que é objeto constante das manifestações de Roxin. Aquele que, servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados.²⁹¹

Decerto, esses requisitos serão examinados em uma conjuntura específica, a saber, o concurso de pessoas – funcionários públicos e particulares –, nos crimes de peculato e corrupção passiva.

Organizações à margem da ordem legal são as entidades dissociadas do direito, isto é, não adstritas aos fundamentos do Estado de Direito. Segundo Roxin, “tal desvinculación del Derecho existe en los crímenes de Estado, en los delitos terroristas y en los casos de criminalidad organizada.”²⁹²

²⁸⁹ Cf. ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*, p. 269-280.

²⁹⁰ Nota-se que originalmente Roxin não havia incluído esse quarto requisito – alta disposição para o ato por parte do executor imediato – inserido em estudos posteriores.

²⁹¹ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, p. 27-28.

²⁹² ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo II: especiales formas de aparición del delito*. 1ª edición, p. 121.

Nos crimes contra a administração pública, praticados em um Estado Democrático de Direito, não se concebe a coexistência de um “estado totalitário” ou de uma “criminalidade de estado”. Por isso, descarta-se na hipótese aventada o cometimento desses delitos por meio de estados totalitários, optando-se, de antemão, pelo paradigma democrático²⁹³. Da mesma forma, incabível fazer elucubrações sobre grupos terroristas nos crimes de peculato e corrupção passiva, a não ser como entidades financiadas com essas práticas. Todavia, a abordagem desse assunto extrapolaria demasiadamente os limites impostos a essa pesquisa.

Portanto, na democracia, a única alternativa é considerar o conluio entre funcionários públicos e particulares na realização dos tipos penais como uma *organização criminosa* para preencher o primeiro requisito exigido. Certamente, não uma organização criminosa estatal, mas uma que se insere *(i)legitimamente*²⁹⁴ no organismo estatal e produz seus delitos por meio dos postos conquistados.

Com a Convenção de Palermo, a ordem jurídica internacional implementou a definição de organização criminosa, mas no Brasil não existia um tipo penal semelhante, apesar da miríade de leis que faziam referência à expressão, especialmente a Lei n. 9.034, de 1995²⁹⁵ que, a despeito de inovar com mecanismos jurídicos de combate ao crime organizado, não tipificou a conduta criminosa.

Depois de severas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, o legislador introduziu na ordem jurídica nacional o crime de “organização criminosa”, por intermédio da Lei n.º 12.850, de 2013²⁹⁶, atendendo aos reclamos dogmáticos, jurisprudenciais e sociais. É preciso interpretar conjuntamente os artigos 1º e 2º da mencionada lei:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que

²⁹³ Trata-se mais de um “recorte dogmático” e não uma impossibilidade jurídica. Certamente, os estados totalitários costumemente desviam recursos públicos para fins particulares com intensidade ainda maior do que nos estados de direito.

²⁹⁴ A legitimidade referida nesse trecho é exclusivamente *semântica* ou *aparente*. Os membros da organização podem galgar os postos ilícitamente, mediante fraudes eleitorais ou fraudes a concursos públicos ou, ainda, após regular nomeação e posse, constituindo ou integrando o grupo criminoso *a posteriori*. A ideia, na verdade, é que a legitimidade, até que se desvende a organização, permanece.

²⁹⁵ BRASIL. Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 12 mar. 2015.

²⁹⁶ BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 12 mar. 2015.

informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

§ 2º Esta Lei se aplica também:

I – às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

II – às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

Desse tipo penal, pode-se deduzir uma organização criminosa, destinada a cometer atos ilícitos lesivos ao patrimônio público, inexistindo óbice à sua configuração nos crimes contra a administração pública, conquanto, os crimes de peculato e corrupção passiva cumprem o requisito objetivo de gravidade do delito (penas máximas superiores a quatro anos).

Imagine-se, p. ex., um grupo criminoso, estável, organizado estruturalmente e composto por funcionários públicos de vários escalões de uma autarquia que, com auxílio de particulares, praticam peculato e corrupção passiva, para beneficiarem-se mutuamente, lesando o patrimônio público²⁹⁷.

O *poder de emitir ordens* do autor mediato implica uma relação de *verticalidade*, ao contrário da coautoria, em que há *horizontalidade* no plano da realização típica. Pressupõem-se agentes do delito de escalões superiores dentro da organização, com poder sobre a atuação de agentes subalternos (funcionários públicos e particulares), que servem como executores imediatos do delito. Todavia, essa verticalidade não precisa corresponder à hierarquia da

²⁹⁷ Apesar disso, existem autores que questionam existência das organizações criminosas, por isso, Sheila Jorge Selim de Sales salienta: “Uma terceira causa porém, contribui, decisivamente, para a impunidade: cientificamente, não sabemos se entre nós, realmente existe a criminalidade organizada nos moldes em que esta é identificada em outros países do mundo – em especial aqueles que tomamos como modelos – e quais são suas reais características.” (SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 138). Não obstante, em outro espaço tivemos a oportunidade de defender que “o crime organizado, antes de um ente jurídico, é uma realidade contemporânea, uma nova realidade, que merece toda a atenção das autoridades e da dogmática penal, na busca pela efetividade da norma penal, compatibilizando-a com os direitos e garantias constitucionais dos acusados. Somente com essas cautelas o Direito Penal poderá cumprir seu papel de proteger os bens jurídicos mais importantes para a sociedade, hoje ameaçados principalmente pela delinquência organizada do que por qualquer outra forma de criminalidade.” (MENEZHIN, Guilherme de Sá. Crime organizado no século XXI: o funcionamento e a nova estrutura das organizações criminosas como um desafio ao Direito Penal. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (Orgs.). *Limites ao poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016).

administração pública. O que se exige é um poder de comando dentro da organização criminosa, que pode corresponder à posição hierárquica administrativa.

Por outro lado, não deve existir, por parte do agente que emite ordens, um *plano comum* e uma *contribuição relevante na execução do ato*, porquanto essas são características da horizontalidade que existe na coautoria.

Concernente ao terceiro requisito, a *fungibilidade*, os executores imediatos devem ser cambiáveis, ou seja, facilmente trocáveis. Podem ser tanto funcionários subalternos, quanto particulares. A administração pública exige servidores que ingressam mediante o cumprimento de certas regras: concurso público, processo seletivo simplificado, nomeação para cargos de recrutamento amplo, eleição²⁹⁸ ou contratação temporária. Indaga-se: os executores imediatos podem ser servidores públicos de fato, isto é, pessoas que ingressam no serviço público sem cumprimento integral das regras, assumindo a função faticamente? De acordo com o raciocínio desenvolvido no capítulo 4, os servidores de fato também são funcionários públicos para efeitos penais e, portanto, na configuração planejada podem ser os executores imediatos.

Os executores imediatos devem possuir *alta disposição para o ato*, o que significa que os que concorrem diretamente para o fato típico – agentes públicos ou particulares –, precisam estar comprometidos com os delitos planejados pela organização criminosa, fazendo crer nos superiores um grau elevado de certeza no cometimento dos delitos (os chamados “procedimentos regulares” ou “estruturas automáticas”).

Portanto, na construção do tema-problema, exige-se a existência de uma organização criminosa, com os requisitos estipulados pela Lei n. 12.850, de 2012. Tal organização deve ser composta de quatro ou mais agentes, dentre funcionários públicos e particulares, ou somente funcionários públicos, estruturados verticalmente, ou seja, os agentes superiores com ascendência sobre os inferiores e, estes, agentes fungíveis, imbuídos de alta disposição para o ato. Essa organização criminosa deve se apossar de algum setor da administração pública direta ou indireta e ter a finalidade de cometer os crimes de peculato e corrupção passiva.

5.3 Elementos estruturais dos crimes de peculato e corrupção passiva

²⁹⁸ Vale dizer: a eleição não é só para os tradicionais mandatos eletivos, como vereadores e deputados. Os de conselheiros tutelares, p. ex., são eleitos pela comunidade e exercem mandato, recaindo, para efeitos penais, no conceito de funcionários públicos.

O que difere os crimes de peculato e corrupção passiva dos demais delitos é justamente sua relação intrínseca com o que é conhecido genericamente como “corrupção” dos agentes públicos, tornando tais delitos os mais prejudiciais à administração pública e à sociedade em geral, capazes de estimularem enormes custos políticos, econômicos, sociais e ambientais.

No plano dogmático-jurídico, essas infrações penais possuem em comum a existência do *elemento normativo do tipo* – o funcionário público. Na acepção penal, viu-se no capítulo anterior que o conceito liga-se mais ao exercício da função pública do que, nominalmente, a ocupação de um cargo público. Por isso, um usurpador de função pública não comete peculato, nem corrupção passiva, mas outro delito em concurso com a própria usurpação definida no artigo 328 do Código Penal. Noutra linha, mesmo agentes de fato, agentes que ainda não tomaram posse ou que ocupam temporariamente certas funções, como mesários eleitorais e jurados, são reputados funcionários públicos.

Segundo o *modus operandi*, o peculato analisado no capítulo anterior pode ser cometido *peremptoriamente* ou *intermediado por um ato administrativo em sentido amplo*. Na configuração necessária ao domínio de organização, mostra-se mais adequado considerar o peculato intermediado, posto que indispensável para disfarçar a ação dos agentes envolvidos e manter a coesão e estabilidade da organização criminosa. Aliás, sublinhe-se que, no “Caso do Mensalão”, verificou-se a existência do *peculato intermediado* nos desvios de recursos da Câmara dos Deputados, do Banco do Brasil e do Fundo Visanet.

Na corrupção passiva, é preciso primeiro separar situações distintas: o concurso de pessoas na realização do tipo previsto no artigo 317 do Código Penal e o concurso entre infrações penais distintas (corrupção passiva e ativa, no mesmo fato, ou seja, os crimes definidos nos artigos 317 e 333 do Código Penal).

Na primeira, agentes públicos se aliam com outros agentes ou particulares, para solicitar vantagens indevidas. “A”, vereador, determina que “B” (seu irmão, que não exerce qualquer cargo público), solicite ao prefeito “C”, vantagens para votar favoravelmente em determinado projeto de lei municipal, mas o chefe do executivo municipal não aceita o pedido. Tanto “A” quanto “B” praticam o crime de corrupção passiva. Logo, independentemente de considerações sobre a classe de participação no fato (autor ou partícipe), os dois – “A” e “B” – realizam o mesmo tipo penal.

No segundo caso, há um *intraneus*, o funcionário público que solicita, recebe ou aceita promessa de vantagem ilícita em relação ao *extraneus*, que corresponde ao empreendimento

criminoso. O funcionário responderá por corrupção passiva e o particular por corrupção ativa. Portanto, não realizam o mesmo tipo penal.

De qualquer maneira, a hipótese ventilada pode ser tanto uma como outra, mas é preciso identificar a posição do *extraneus* no crime: se auxilia o agente público a praticar a corrupção passiva ou se é o autor de um crime que lhe é próprio, a saber, a corrupção ativa.

Em segundo lugar, somente o *modus operandi* classificado como *fracionado e bilateral*, estudado no capítulo anterior, é praticado por grupos estáveis de agentes públicos corruptos. Os funcionários solicitam, recebem ou aceitam promessa de vantagens indevidas para intervirem em prol de outrem, geralmente no intuito de ganhos mútuos. É o que se verificou na Ação Penal n. 470/MG.

Portanto, a organização criminosa formada deve cometer crimes de *peculato intermediado*, cumulada ou não com a *corrupção passiva fracionada e bilateral*, para que se possa iniciar uma análise da aplicação da teoria do domínio de organização.

5.4 Delitos de violação de dever como fator prejudicial à hipótese

Uma questão é prejudicial a todas as demais e, por isso, precisa ser enfrentada com prioridade. Na concepção de Roxin, a teoria do domínio do fato não serve para distinguir autoria e participação em todos os delitos, mas tão somente nos chamados crimes de ação ou de domínio.

Para os delitos especiais ou de dever, o autor desenvolveu a teoria da violação do dever, por meio da qual somente é autor o agente que, submetido a um plexo de deveres extrapenais inseparáveis de um tipo penal, descumpra suas obrigações. Pessoas não vinculadas a esses deveres (*extraneus*) que, eventualmente, colaborem com o *intraneus*, serão, no máximo, partícipes, ainda que sejam executores materiais do fato incriminado.

Para explicar esse ente jurídico, Roxin usa o crime de “gestão ou administração desleal”, previsto no §266 do Código Penal alemão, que consiste na ação ou omissão do agente que inflige prejuízo aos donos do patrimônio a que estava obrigado a preservar. O agente pode realizar a conduta ao deixar de tomar as providências para proteger o patrimônio (omissão) ou pode desviá-lo em proveito próprio ou alheio (ação). Segundo Roxin:

Un clásico delito de infracción de deber es v. gr. la **administración o gestión desleal** [de patrimonio ajeno] (§266). Este tipo castiga la infracción del “deber de salvaguardar o defender intereses patrimoniales”, si con ello el autor “inflige un perjuicio a aquel cuyos intereses patrimoniales ha de ocuparse”. Está claro que esta infracción de deber daña para el patrimonio puede efectuarse a través de muy

variadas acciones y también mediante omisión, pero que estos aspectos formales o circunstancias externas de la ley es autor quien infringe el deber específico del tipo de modo dañino para el patrimonio. Este denominado *intraneus* sigue siendo autor también cuando recurre a colaboradores o compinches para la ejecución que no están vinculados por el deber (los llamados *extranei*) y que por eso no entran en consideración como autores.²⁹⁹

Esses deveres não são sempre da mesma natureza, dependendo da construção do tipo penal. Podem ser decorrentes da especial qualificação do agente (delitos de dever) ou da restrição legal do tipo (delitos de mão própria). O importante é que a classificação do sujeito ativo do crime (autor ou partícipe), sempre lavará em conta o agente que estava vinculado aos deveres subentendidos no tipo.

Registre-se que o agente submetido aos deveres inerentes ao tipo, que não realiza a conduta típica, mas viola os deveres, será sempre autor e não meramente partícipe. No exemplo apresentado por Roxin, o agente incumbido de fazer a gestão de um patrimônio que solicita um *extraneus* que desvie bens do sujeito passivo para outrem, é autor, ainda que o executor material tenha sido o *extraneus*. O *extraneus* será partícipe. Desse modo, o *intraneus* realiza o ato “através de outro”, o *extraneus*, na forma do §25, I, do Código Penal alemão.

Por isso, Roxin salienta que serão autores ou coatores todos os *intranei* que colaboram na conduta delitativa, mesmo que não pratiquem nenhum ato no momento da execução do delito; e, todos os demais, os *extranei*, serão sempre partícipes, mesmo que executores do fato. Logicamente, nessa ordem, também inexistente coautoria funcional entre *extraneus* e *intraneus*, admitindo-se somente a coautoria entre os *intranei*:

Por lo tanto, si un administrador de un patrimonio hace caso omiso del papel asumido por él e inflige daños al titular del patrimonio, comete una administración o gestión desleal incluso en la hipótesis de que él no efectúe en persona la transacción que daña el patrimonio, sino que se sirva para ello de un *extraneus* que v. gr. ha incitado a desviar los activos o valores patrimoniales. Comete el hecho “a través de otro” en el sentido del §25 I y es autor mediato de una administración o gestión desleal, aunque desde la perspectiva del dominio del hecho sería sólo inductor. El ejecutor, por no tener deber de ocuparse del patrimonio (ajeno), es sólo cómplice, pese a que posee el dominio de la acción y debería ser autor conforme a las reglas del dominio del hecho. De modo análogo, sólo puede ser coautor quien como *intraneus* tiene el deber con otro y lo infringe con él. Si lo hace, es coautor incluso sin deber prestar una contribución esencial en la fase ejecutiva, que es decisiva en los delitos de dominio. Es ya coautor de una administración o gestión desleal un administrador de un patrimonio cuando sólo cubre los manejos de su colega sin poner él mismo las manos (en el asunto). Por otro lado, alguien que presta una contribución esencial en la ejecución de las acciones dañosas para el patrimonio

²⁹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo II: especiales formas de aparición del delito*, p. 181, grifos do autor.

puede ser, sin embargo, sólo cómplice o cooperador si, como *extraneus*, no tiene deber de ocuparse del patrimonio.³⁰⁰

No que tange aos crimes funcionais, a partir da concepção de Roxin, pode-se concluir que os funcionários públicos estão submetidos ao regime jurídico-administrativo (*intraneus*) e os particulares que cooperam nesses crimes não possuem o mesmo conjunto de deveres (*extraneus*). O descumprimento dos deveres inerentes ao regime do funcionário, seja por ação, seja por omissão, configura o tipo penal: os funcionários serão autores dos delitos, enquanto os particulares serão meramente cúmplices ou partícipes.

No peculato, o funcionário pode violar a fidelidade à administração pública apropriando-se ou desviando do patrimônio para si ou para outrem (conduta ativa) ou, mesmo ciente de um ato de subtração ao patrimônio a ser praticado por outrem, não tomar qualquer medida para evitar o fato ou noticiá-lo à autoridade policial (conduta passiva – omissão imprópria).

Na corrupção passiva, o agente descumpre o regime jurídico-administrativo ao solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, para retardar, omitir ou praticar um ato de ofício, ainda que em caráter potencial. Em condutas ativas, o descumprimento das obrigações é facilmente constatado, quando, p. ex., um funcionário público solicita uma vantagem para beneficiar o particular, emitindo um alvará de autorização para edificação sem preencher os requisitos legais ou alterando a sequência de prioridade estabelecida.

Em condutas passivas, é mais difícil visualizar o descumprimento dos deveres, na medida em que o crime se consuma com a solicitação, independentemente da inexecução do ato pretendido. Nesse caso, a exigência do ato de ofício, no *horizonte de eventos* do conluio criminoso, demonstra que o descumprimento efetivo dos deveres é desnecessário para caracterizar o crime, assentando uma interrogação nos chamados delitos de dever.

Trata-se de uma questão que ainda não foi devidamente analisada pela dogmática. “A”, fiscal do Ministério do Trabalho, recebe uma vantagem de “B”, um empreendedor, para, eventualmente, aliviar a empresa de “B” por violação à legislação trabalhista, em hipotética autuação. Se “A” nunca fiscalizar a empresa de “B”, ainda assim haverá o descumprimento dos deveres? E se “A”, mesmo recebendo ou aceitando expressamente a vantagem, vem a autuar legalmente a empresa de “B”? A questão foi intensamente debatida no “Caso do Mensalão”, posto que, na corrupção ativa, o ato de ofício é indispensável à efetivação do tipo, enquanto na descrição da corrupção passiva inexistente menção ao “ato de ofício”.

³⁰⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo II: especiales formas de aparición del delito*, p. 181, grifos do autor.

Nessa questão, a posição do Supremo Tribunal Federal parece contribuir decisivamente não só para compreender a natureza da violação dos deveres, quanto para o reconhecimento do crime de corrupção passiva. O ministro Gilmar Mendes ressaltou na Ação Penal n. 470/MG: “é indispensável ato de ofício em potencial para configuração do crime de corrupção passiva, apesar de não ser necessária sua efetiva prática pelo corrupto”³⁰¹.

Logo, o ato de ofício deve existir, ainda que implicitamente, para caracterização do delito, não se exigindo sua efetiva prática, nem mesmo a oportunidade para sua realização. O simples fato de “A” receber a vantagem ou aceitar a promessa de recebê-la, com intenção de se omitir em uma futura atuação, já configura o delito, porquanto há na consciência dos envolvidos o ato de ofício. No que tange ao descumprimento dos deveres, pode-se dizer que ocorre de maneira *diferida*: o agente difere o momento exato da inobservância das obrigações de sua função, mas admite, de imediato, sua violação posteriormente, o que já é suficiente para o aparecimento da conduta punível.

De qualquer maneira, os delitos de dever impõe conclusões inconciliáveis com o domínio de organização.

Primeiro, e mais óbvio, é a ineficácia do domínio do fato para distinguir autoria e participação nos delitos de dever, segundo a concepção de Claus Roxin. Por conseguinte, todas as ramificações da teoria, especialmente o *domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder*, não podem ser aplicadas aos crimes como peculato e corrupção passiva, submetidos à identificação do agente que viola o dever para caracterização de autoria e participação.

Segundo, o domínio de organização exige, ao menos, dois agentes “autores do delito” e em planos diferentes: no superior, o *autor mediato*, com poderes de emitir ordens, e, no inferior, o autor imediato, que cumpre as ordens, realizando o fato típico. Nos delitos de dever, o agente, *intraeus*, que emite ordens a um *extraneus*, que efetivamente realiza o tipo, será autor, enquanto o particular será sempre partícipe, na visão de Claus Roxin.

“A”, funcionário público, empresta a chave de sua repartição para “B”, que, por sua vez, vai ao local e se apodera de bens públicos, com expressa anuência de “A”, sendo que “B” fica com todo o produto do crime. “B” foi o executor material do tipo e “A” o colaborador, porém “A” será autor de peculato e “B” partícipe no mesmo crime. Eis o raciocínio dos delitos de violação de dever na visão de Claus Roxin, já que somente “A” estava submetido aos deveres perante a administração pública.

³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470. Íntegra do acórdão proferido na Ação Penal n. 470/MG, p. 4361 do acórdão.

Por outro lado, admitindo-se o domínio de organização, presentes os demais requisitos já mencionados acima, tanto “A” quanto “B” deveriam ser reputados autores do peculato, malgrado em coordenadas distintas. Daí surge mais uma impossibilidade de transigir o domínio de organização com os delitos de dever.

Consequentemente, a aplicação do domínio de organização perpassa pela superação da *dispersão de Claus Roxin*³⁰². Impende averiguar as alternativas técnico-jurídicas a esse obstáculo.

5.5 Possibilidades dogmáticas

A doutrina vem se debruçando sobre essas importantes indagações, literalmente testando a teoria de Roxin, a fim de conferir um caráter universal ao domínio do fato.

Para compreender a complexidade do problema, as teorias tentam responder às seguintes indagações: A classe dos delitos especiais justifica-se na ciência jurídico-penal? Aceitando-se essa classe, *intraneus* e *extraneus* que colaboram em um delito especial respondem pelo mesmo tipo? Nesse caso, a que título – autoria, coautoria ou participação? E, para finalizar, é possível autoria mediata em delito especial e em que medida (*instrumento doloso não qualificado*)?

Assim, vários autores intentaram aplicar o domínio do fato também aos delitos especiais, porém com distintos fundamentos e consequências. Parte-se do reconhecimento dessa classe de delitos e, então, distinguem diferentes efeitos na sua aplicação prática.

Pela denominada *ruptura do título de imputação*, tanto *intraneus* quanto *extraneus*, respondem de acordo com o domínio sobre o fato típico cometido, somando-se às qualificações pessoais do agente ativo. Se “A”, funcionário público, se apodera de bens públicos com a cooperação de “B”, então, “A” será autor de peculato e “B” partícipe de furto; se “A” e “B” realizam conjuntamente o tipo, tendo ambos o domínio do fato, ambos serão autores, porém “A” de peculato e “B” de furto e; se “A” auxilia “B” na prática da subtração de bens públicos, “A” será partícipe de peculato e “B” autor de furto³⁰³.

Nilo Batista aceita a ruptura de forma atenuada, somente nos *delitos especiais impuros*. Segundo ele, “os delitos especiais se subdividem em delitos especiais puros (*echte Sonderdelikte*) e delitos especiais impuros (*unechte Sonderdelikte*), também conhecidos por

³⁰² Por dispersão de Claus Roxin entende-se a cisão dos critérios para identificação da autoria e da participação em sentido estrito, segundo trata-se de delitos de ação/domínio ou delitos especiais/de dever.

³⁰³ VÁZQUEZ, Manuel Abanto. *Autoría y participación de los delitos de infracción del deber*. Disponível em: <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/vasquez.htm#_ftn8>. Acesso em: 17 jan. 2016.

próprios ou impróprios”³⁰⁴. Desse modo, a qualificação do sujeito ativo é “essencial (fundante) para o ilícito, de sorte que na sua ausência o fato seria atípico”, enquanto nos delitos especiais impuros a qualificação do sujeito traduz uma “quantificação (a maior ou a menor) de um ilícito comum ou geral, que seria praticável por qualquer pessoa. Assim, por exemplo, o art. 312 CP – peculato, com relação ao art. 168 CP – apropriação indébita”. É o mesmo raciocínio dos crimes funcionais próprios e impróprios, descritos no capítulo antecedente.

Nessa ordem, Batista ressalta que:

Convém recordar que o *extraneus* não pode ser autor de um crime especial, e convém observar que a comunicabilidade opera num fluxo *do autor para o partícipe*, e não ao contrário. Assim equacionado o assunto, não é difícil propor as soluções. Nos crimes especiais, autor idôneo é apenas aquele vinculado ao dever. Se o não qualificado conhece a idoneidade do autor, responderá: **1.** nos delitos especiais puros, como partícipe, mesmo se interveio na execução do delito (não supre o requisito típico da autoria); **2.** Nos delitos especiais impuros, como partícipe, se sua conduta é de instigação ou cumplicidade, ou como autor do correspondente delito geral se interveio na execução (a comunicabilidade da circunstância pessoal cede diante de uma autoria direta fundada no domínio da ação).³⁰⁵

Essas teorias tem seu valor, mas incorrem em sérios problemas práticos, infringem a acessoriedade, olvidam a comunicabilidade das circunstâncias objetivas (artigo 30 do Código Penal) e desconsideram os requisitos do concurso de pessoas.

Aproveitando-se o que foi estudado no capítulo 2, o concurso de pessoas pressupõe unidade de fato, a comunicabilidade e acessoriedade na conduta dos agentes. O fato criminoso é um só e o tipo deve ser compartilhado por todos, salvo as exceções pluralísticas. A ação ou omissão do funcionário público é essencial para a realização do tipo do peculato e, assim, jamais poderia figurar como mero cúmplice, ainda que haja de maneira auxiliar. Ademais, seria, na aplicação da tese extremada de ruptura, um cúmplice não de um peculato, mas de um furto como fato principal, o que ofende a lógica-jurídica. A incorreção desse raciocínio é evidente, por violar a acessoriedade característica da participação e suprimir a comunicabilidade das circunstâncias objetivas³⁰⁶.

³⁰⁴ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, p. 96.

³⁰⁵ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, p. 170-171.

³⁰⁶ Anote-se que a *ruptura* somente pode ocorrer se o legislador prescrever expressamente, como ocorre nos crimes de corrupção ativa e passiva, ou seja, nas chamadas exceções dualistas ou pluralistas à teoria monista. Assim, em regra, todos os agentes que concorrem para um fato respondem pelo mesmo delito, sejam como autores, sejam como partícipes, ressalvadas hipóteses de disposição em contrário. Na corrupção passiva (artigo 317 do Código Penal), em tese, o corruptor (*extraneus*) é um partícipe do delito cometido funcionário público (*intraneus*), mas por estipulação legal específica, fica adstrito às sanções o crime de corrupção ativa (artigo 333 do Código Penal). Conferir o capítulo 2.

Pela chamada da *unidade do título de imputação*, haveria um único crime para ambos – *intraneus* e *extraneus* –, porém o delito dependeria da verificação fática do agente que possui o domínio do fato. Nesse caso, aplica-se estritamente o princípio da gravitação jurídica, segundo o qual *acessório segue o principal*: na apropriação, desvio ou furto de bens públicos, se o funcionário público detiver o domínio do fato, responderá como autor de peculato e o particular como partícipe do mesmo peculato; se o particular (*extraneus*) detiver o domínio do fato, será autor de furto e o funcionário participe do mesmo furto³⁰⁷.

Essa ideia, porém, não explica um paradoxo. O funcionário público que colabora no furto de bens do erário com o particular, ainda que não seja o executor imediato, descumpre, antes de tudo, o dever que assumiu de lealdade ao órgão ao qual se vincula. Considerá-lo mero cúmplice de um furto é inaceitável, já que a sanção penal é sensivelmente inferior.

O *domínio social ou psicológico-normativo do fato*, advogado por Gallas e Jescheck, tenta superar tais empecilhos, reinterpretando o domínio do fato nos crimes de violação de dever: “el dominio del hecho há de concebirse en estos casos normativamente. El delito no puede cometerse en absoluto por el sujeto que actúa como medio (en el echo) sin la colaboración del sujeto de atrás”, deduzindo que a influência juridicamente dominante do *intraneus* que age por trás é decisiva para a autoria³⁰⁸. Todavia, o argumento é circular e recai sobre a teoria dos delitos de infração de dever, afinal, somente aquele que tem o “domínio normativo do fato” que, “coincidentemente” é o *intraneus*, pode ser autor. Então, não faz sentido trocar os fatores se o produto é o mesmo.

Sem embargo, para Roxin todas as tentativas de compatibilizar o domínio do fato com os delitos de dever fracassaram. Daí persiste sustentando a distinção entre crimes de ação e crimes de dever, bem como as diferentes formas de se qualificar autoria e participação em cada um desses tipos de delitos: no primeiro caso, o domínio do fato e, no segundo, a infração do dever.

5.6 Inovações jurisprudenciais

Alguns casos emblemáticos já foram analisados no capítulo 3, sobre a aplicação do domínio de organização, especialmente no campo dos crimes perpetrados em estados ditatoriais ou totalitários.

³⁰⁷ VÁZQUEZ, Manuel Abanto. *Autoría y participación de los delitos de infracción del deber*. Disponível em: <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/vasquez.htm#_ftn8>. Acesso em: 17 jan. 2016.

³⁰⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo II: especiales formas de aparición del delito*, p. 183

Porém, nos últimos anos, a jurisprudência vem aplicando essa modalidade de domínio do fato no contexto da criminalidade econômica, surpreendendo a doutrina com a flexibilização dos requisitos delineados pelo criador da teoria.

Na Alemanha, o Bundesgerichtshof (BGH)³⁰⁹ vem admitindo a autoria mediata, por meio de aparatos organizados de poder, no contexto da criminalidade de empresa: o superior hierárquico ou órgão de direção empresarial, responde como autor mediato pelos atos dos subordinados, que realizam materialmente o delito. Bernd Schünemann comenta essa decisão, ressaltando que a corte afastou-se da tese de Roxin, na medida em que este exige um organismo dissociado do direito, enquanto as empresas são evidentemente subordinadas à lei:

Em sua nova jurisprudência sobre autoria mediata, o BGH deixou-se claramente guiar pela seguinte máxima: combinar o maior número possível de abordagens e restringir o mínimo possível para o futuro – por isso Rotsch descreveu tal jurisprudência como uma que, neste entremeio, afastou-se da construção dogmática de Roxin a favor de uma novamente nítida visão subjetivista. Com efeito, pode-se tentar quase extrapolar a *ratio decidendi* escondida na jurisprudência. No caso da utilização de um aparato organizado de poder, seja estatal, seja econômico, para afirmar a autoria mediata dos homens-de-trás, o BGH apoiou-se basicamente, com sua fórmula dos <<procedimentos regulares>>, na mera *fungibilidade*, ou seja, na fácil substituíbilidade do homem-da-frente. E daí deduziu o domínio superior dos acontecimentos do homem-de-trás como base de sua autoria mediata: nos casos dos aparatos organizados de poder, resulta da fungibilidade do homem-da-frente que este até esteja apto a provocar a lesão do bem jurídico, mas não pode ele próprio impedi-la, porque se ele então recusasse, supostamente qualquer outro praticaria o fato em seu lugar. E este ponto de vista, na visão do BGH, deve fundamentar a autoria mediata, não só nos delitos estatais, mas também no âmbito das empresas privadas, dos membros de direção da empresa, porque o órgão de execução seria substituível de maneira semelhante aos casos do aparato organizado de poder.³¹⁰

No Brasil, a teoria vem sendo abordada principalmente no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sob a rubrica de “domínio da organização”. Decerto, na esfera da sonegação fiscal, a referida corte vem reconhecendo o empreendedor responsável pela empresa como autor da sonegação, na medida em que possui o “domínio da empresa ou da organização”. Confira:

PENAL. SONEGAÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR. DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO. DOSIMETRIA DAS PENAS. MONTANTE SONEGADO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MAJORANTE DO ARTIGO 12, I, DA LEI 8.137/90. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. 1. Quem administra o estabelecimento é aquele que o conhece e tem responsabilidade por seus pagamentos e noção de tudo a ele pertinente. Mesmo que o responsável pelo empreendimento não seja o executor direto das fraudes fiscais, presume-se ser ele

³⁰⁹ Trata-se de uma corte equivalente ao Superior Tribunal de Justiça no Brasil.

³¹⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. Tradução de Adriano Teixeira, Alaor Leite, Ana Claudia Grossi, Danielle Campos, Heloísa Estellita e Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 150.

quem a autorizou. Nenhum ato acontece em uma empresa sem a ciência de seu administrador. 2. *Diante da insuficiência das categorias tradicionais de co-autor e partícipe para a atribuição da responsabilidade penal individual, em vista do modelo organizacional que passou, na época moderna, a caracterizar a prática delitiva societária, construiu-se, doutrinariamente, o conceito de autor mediato, assim compreendido como sendo o agente que não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o da organização, o que sobressai quando o superior hierárquico "sabe más sobre la peligrosidad para los bienes jurídicos que su propio subordinado"* (DIEZ, Carlos Gómez-Jara. ¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. In Revista Ibero-Americana de Ciencias Penais. Porto Alegre: ESMP, 2005. n. 11, p. 13). [...]. (TRF4, ACR 0035146-81.2009.404.7100, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 10/01/2012), grifo nosso.³¹¹

Tais decisões abrem um caminho para superar o empecilho dos delitos de violação de dever e o requisito da dissociação do direito para aplicação do domínio de organização. Porém, ambas chocam-se frontalmente com as concepções estudadas, levando Roxin a rechaça-las por ampliarem demasiadamente a autoria.

La figura de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder como tal no es por lo tanto en modo alguno, como opina *Herzberg*, una “extensión (excesiva) de la autoría”. Sí lo es, sin embargo, efectivamente, cuando esta construcción se traslada sin más a la instigación de acciones delictivas por los superiores en las empresas y otras estructuras jerárquicas, como hace en medida creciente la jurisprudencia reciente. Esta evolución o desarrollo estaba ya contenida en BGHSt 40, 218 ss. Ciertamente hay que dar la razón a la Sala 5ª cuando dice (*loc. cit.*, 237): “Una autoría mediata así entendida tendrá cabida no sólo en supuestos de abuso de poder, sino también en los casos de delito organizado de tipo mafioso”. A ello se ha de añadir que el dominio por (o de) organización tiene un amplio ámbito de aplicación también en el caso de organizaciones terroristas que tienen a su disposición numerosos ejecutores intercambiables. Pero cuando luego la resolución prosigue: “También se puede resolver así el problema de la responsabilidad en el funcionamiento de empresas mercantiles”, ya va demasiado lejos.³¹²

Não obstante, o domínio de organização nos crimes praticados por meio de empresas continua presente na jurisprudência e, assim, é preciso verificar sua pertinência à hipótese aventada.

Examinando as decisões, é possível deduzir que os tribunais *desconsideraram* o requisito da dissociação ao direito e, ainda, *flexibilizaram* as ideias de *procedimentos regulares* e de *fungibilidade*. A hipótese assinalada pela jurisprudência envolve os seguintes aspectos: um órgão diretivo³¹³ da empresa emite a ordem a um executor imediato – que concretamente sonega o tributo, coloca o produto perigoso no mercado ou polui o meio

³¹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelante: Mario Cezar Pereira. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Paulo Afonso Brum Vaz. Jul. 30 nov. 2011. DE, 10 jan. 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php>. Acesso em: 30 abr. 2016.

³¹² ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo II*: especiales formas de aparición del delito, p. 121.

³¹³ Diz-se órgão diretivo porque pode ser composto por um ou mais indivíduos, no ápice da organização empresarial, com o poder de emitir ordens.

ambiente; o executor realiza a conduta típica; subentende-se que o executor é fungível na estrutura empresarial que, por sua vez, não precisa ser afastada da ordem jurídica. Nesse contexto, os magistrados reconheceram a autoria mediata do órgão diretivo, enquanto para Roxin haveria indução do órgão direto ao subordinado, haja vista a ausência de fungibilidade e desvinculação ao direito por parte da empresa:

Pues en ese caso falta por regla general la intercambiabilidad de los ejecutores, tal y como se da en las organizaciones que se han desvinculado (o desligado o separado) de Derecho respecto de los tipos penales realizados por ellas (p. ej. de los tipos de homicidio [en sentido amplio]). Tal desvinculación del Derecho existe en los crímenes de Estado, en los delitos terroristas y en los casos de criminalidad organizada. Pero, si p. ej. en una empresa que participa en el tráfico económico en el marco del ordenamiento jurídico un jefe de sección incita a un empleado a cometer una falsificación de documento, en caso de que se lleve a cabo sólo es inductor del hecho cometido como autor por el empleado. Pues en una organización que opera sobre la base del Derecho debe esperarse que no se obedezcan instrucciones u órdenes antijurídicas, como prescriben expresamente p. ej. las leyes de funcionarios.³¹⁴

Cotejando-se a refutação de Roxin e a tese jurisprudencial, pode-se concluir a serem inconciliáveis as duas construções, independentemente do recurso aos delitos de dever. Dessa maneira, pode-se encarar o *domínio de organização empresarial*, concebido jurisprudencialmente, de três maneiras: (a) um *tertium genus*, desmembrado do *tradicional* domínio de organização, com características próprias que o validam e distinguem da vertente criada por Roxin; (b) uma *reformulação do domínio de organização*, de modo que a fungibilidade pode ser flexibilizada e a organização não precisa estar desvinculada do direito; (c) uma *deformação jurídica impraticável*, que deverá ser, futuramente, descartada.

Não se pode admitir a concepção jurisprudencial como uma reformulação de Roxin, até mesmo porque não foi realizada cientificamente. Por outro lado, o descarte da jurisprudência seria temerário nesse ponto, por já ter produzido – é forçoso reconhecer – interessantes debates.

Logo, somente como *tertium genus*, o domínio de organização empresarial pode servir para solucionar o dilema e, assim, *é a primeira hipótese viável para resolver a questão*: a partir dessa construção jurisprudencial pode-se reconhecer, em tese, um domínio de organização nos crimes de peculato e corrupção passiva, desde que presentes a existência de uma organização, que não precisa estar desligada da ordem jurídica, composta por funcionários públicos ou funcionários e particulares, com um ou mais “órgãos diretivos”, que emitem ordens nessa estrutura a executores mediatos, medianamente substituíveis, que

³¹⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo II: especiales formas de aparición del delito*, p. 121.

executam os delitos, apropriando, desviando ou subtraindo bens públicos ou solicitando, recebendo ou aceitando a promessa de vantagens indevidas, em troca de efetivos ou potenciais atos de ofício, em conformidade ou não com as regras jurídicas.

Todavia, a viabilidade dessa hipótese precisa passar ainda por filtros mais criteriosos, comparando-se com outras possibilidades de concurso de pessoas.

5.7 A teoria de Bernd Schünemann

Para compreender o trabalho de Bernd Schünemann, é preciso entender sua contribuição inestimável à teoria geral do direito, por meio de uma metodologia que busca sintetizar conteúdos normativos e ontológicos.

No capítulo 3 foram apresentadas as bases do funcionalismo penal teleológico, que uniu a axiologia derivada dos fins político-criminalmente visados pelo direito penal aos dados ontológicos típicos da arquitetura penal causalista e finalista. Porém, em Roxin, os dados ontológicos ficam menos evidentes se cotejados à axiologia. Schünemann, no entanto, busca fazer uma fusão mais equilibrada entre *normativismo* e *ontologismo*, edificando suas contribuições ao sistema penal a partir dessa metodologia. Luís Greco ressalta que:

Uma das mais marcantes ideias reitoras da obra de Schünemann diz respeito a seu método, que pode ser caracterizado como uma síntese entre *normativismo* e *ontologismo*. De um lado, o discípulo de Claus Roxin é um dos mais proeminentes defensores de uma perspectiva teleológico-funcional do direito penal, isto é, de uma perspectiva segundo a qual o sistema e os conceitos da teoria do delito têm de ser construídos tendo em vista certas finalidades político-criminais. Mas, levando adiante uma consideração que, em Roxin, também está presente, mas fica em segundo plano, Schünemann enfatiza a importância de dados ontológicos, de estruturas lógico-reais ou lógico-materiais, quase no sentido que lhes conferia o finalismo, para que essas finalidades passem vir a ser alcançadas. Nisso, Schünemann se destaca como mais notável crítico da perspectiva normativista radical desenvolvida por Jakobs, que quer sistematizar a teoria do delito com total desconsideração de quaisquer dados ontológicos.³¹⁵

Para traduzir essa *ideia reitora*, Schünemann propõe um novo procedimento de elaboração dogmática, por meio dos *conceitos tipológicos*, um instrumento técnico adequado a superar rigidez dos chamados conceitos *tradicionais* ou *classificatórios*.

O *conceito tradicional* ou *classificatório* “pode ser descrito como um conjunto de elementos que designam condições necessárias e suficientes de sua aplicação, sendo que cada

³¹⁵ GRECO, Luís. Bernd Schünemann, penalista e professor. A propósito desta coletânea. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, p. 9.

um desses elementos só pode ou estar presente ou ausente”³¹⁶. Disso resulta uma lógica do tudo ou nada: presentes os requisitos do conceito, reconhece-lhe a existência; ausente algum desses requisitos nega-se o reconhecimento.

O *conceito tipológico* descreve um *perfil geral*, que tem a finalidade de servir como um “guia para avaliar não apenas se os diversos elementos estão presentes, mas em que intensidade, e permitirá que uma manifestação menos intensa de um elemento seja compensada pela manifestação mais intensa de outro”³¹⁷.

Exemplo mourejado por Schünemann é o *dolo* em sentido penal. Tradicionalmente, dolo consiste na combinação de dois elementos, a saber, *consciência* e *vontade* de realizar o tipo penal. Pelo conceito classificatório, ausente um desses requisitos, nega-se o dolo:

O dolo é tradicionalmente definido como o conhecimento e a vontade de realização do tipo penal. Trata-se, assim, já segundo uma compreensão literal natural, de um fenômeno psíquico real e, nesse sentido, de um “conceito psicológico de dolo”. Entretanto, o substrato psíquico do dolo tem sido ultimamente cada vez mais reduzido ao lado cognitivo, enquanto a função de delimitação em face da culpa consciente, que antes costumava ser cumprida pelo chamado componente volitivo, é atribuída a critérios objetivos, como o caráter não-permitido ou desprotegido do perito criado.³¹⁸

No *conceito tipológico*, é possível graduar cada um desses requisitos – consciência e vontade – de maneira que um elevado grau de consciência compensa uma baixa vontade e, por outro lado, um grau menos pujante de consciência é contrabalançado por uma vontade mais intensa. Deveras, “havendo muito conhecimento, bastará pouca vontade”, como no dolo direto de segundo grau ou de consequências necessárias. Em contrapartida, “havendo muita vontade, bastará pouco conhecimento (alguém dispara de uma longa distância, com a intenção de matar a vítima)”, como ocorre no dolo eventual.³¹⁹ Conclui o professor:

Já que os critérios de dolo são, portanto, regulados por dois diferentes sistemas de referência normativos (de um lado domínio do fato e, de outro, a atitude contrária aos bens jurídicos), o dolo é um dito “tipo” (*Typus*) ou conceito tipológico, que se compõe de vários elementos que se manifestam em uma intensidade graduável, sendo possível que a manifestação menos intensa de um elemento seja como que compensada pela manifestação mais intensiva de outro.³²⁰

³¹⁶ GRECO, Luís. Bernd Schünemann, penalista e professor. A propósito desta coletânea. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, p. 9.

³¹⁷ GRECO, Luís. Bernd Schünemann, penalista e professor. A propósito desta coletânea. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, p. 10.

³¹⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, p. 129.

³¹⁹ GRECO, Luís. Bernd Schünemann, penalista e professor. A propósito desta coletânea. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, p. 10.

³²⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, p. 136.

Feitas essas considerações, Schünemann percebeu que a jurisprudência e a doutrina passaram a ampliar as hipóteses de *autoria mediata duplamente punível*, quer dizer, em que autor mediato e autor imediato respondem pelo fato típico. Na versão inicial de Roxin, somente por meio de estruturas de poder organizadas, a autoria mediata poderia adquirir essas características.

Decerto, a autoria mediata baseia-se no *princípio da responsabilidade* e no uso de uma pessoa como *instrumento*, o que também é reconhecido no direito anglo-americano pela expressão *innocent agent*. Nesse contexto, a equação típica da autoria mediata segue por três raciocínios: o homem-de-trás usa o homem-da-frente como um instrumento para praticar o delito; o homem-da-frente age sem responsabilidade penal ao executar o fato típico; logo, somente o homem-de-trás pode ser responsabilizado pelo ilícito penal.

Porém, essa construção sofreu uma série de exceções doutrinárias e judiciais, em que tanto o autor da frente como o de trás respondem. Schünemann cita essa evolução por meio de quatro exemplos³²¹:

- a) *Situação de erro de proibição evitável causado pelo autor de trás no autor da frente*. Trata-se de uma contribuição fornecida por Roxin, na qual, se o erro for evitável, ambos respondem pelo ilícito penal praticado;
- b) *Domínio do fato por meio de aparatos organizados de poder*. O autor de trás se vale de um executor fungível para cometer delitos, sendo este modelo de autoria mediata um dos pilares desta pesquisa³²²;
- c) *Comando de empresas privadas*. Hipótese reconhecida por tribunais alemães, em especial o BGH. Aqui, o homem de trás que se vale do comando de empresas privadas para determinar que seus subordinados pratiquem ilícitos;
- d) *Uso de pessoa com imputabilidade reduzida, desde que o autor de trás utilize a reduzida capacidade de compreensão*. No caso, o executor ou homem da frente atua com reduzida capacidade de compreensão ou reduzida capacidade de controle, como no “Caso do Rei Felino”, julgado pelo BGH.

Essa expansão da *autoria mediata duplamente punível* induziu Schünemann a verificar sua viabilidade do ponto de vista dogmático. Primeiramente, constatou-se que o princípio da

³²¹ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, p. 144-152.

³²² Essa modalidade, conforme informado no capítulo 3, já foi adotada pela Corte Federal Argentina no julgamento da Junta Militar responsável por violações de direitos humanos no curso da ditadura, na punição de superiores hierárquicos da Alemanha Oriental no “Caso da ordem de atirar” (Comitê Central, o *Politbüro*), no Peru (“Caso Fujimori”) e na Ação Penal n. 470/MG, do Supremo Tribunal Federal (“Mensalão”).

responsabilidade não pode ser mais o critério exclusivo para definir a categoria da autoria mediata, afinal, reconheceu-se em várias hipóteses a responsabilização dos dois agentes (autor mediato e imediato).

Frente ao problema, Schünemann ressalta que existem três formas de conceituar autoria mediata: *conceito classificatório*, *catálogo topológico* ou *conceito tipológico*. Nesse impasse, somente o *conceito tipológico* é capaz de dar as respostas para a reformulação das categorias essenciais de sujeitos ativos, haja vista proposta metodológica de Schünemann, já descrita acima:

O problema de delimitação que resta depois disso é sobretudo um problema metodológico. A solução, depois do rompimento com o princípio da responsabilidade, não pode mais ser encontrada por meio de um conceito classificatório, mas ela não precisa, contudo, restringir-se à reunião de *topoi* referidos aos casos concretos. Antes, trata-se na autoria, e conseqüentemente também nas subformas da coautoria e da autoria mediata, de um *conceito tipológico*, no sentido definido primacialmente na mais nova teoria do direito: um conceito formado por um conjunto de elementos graduáveis (dimensões) por si mesmos, conceito que não é, então, definido no sentido clássico, mas concretiza-se apenas mediante regras de semelhança ligadas a casos, pelas quais as diferentes dimensões são representadas por diferentes manifestações e assim, por exemplo, a fraca manifestação de um elemento pode ser compensado através da manifestação especialmente forte de outro elemento, de tal modo que o caso concreto possa ser visto como uma forma de expressão do conceito tipológico.³²³

Para estabelecer essas graduações, Schünemann defende que, ao *princípio da responsabilidade*, devem somar-se a *teoria do domínio sobre o fundamento do resultado* e os *níveis de domínio do fato*, para elucidar os grupos de casos de autoria mediata, cotejando-os com as hipóteses de coautoria: (1º) se a ação do autor mediato e do autor imediato qualificarem-se como duplo fundamento do resultado há coautoria e não autoria mediata, como, p. ex., na criminalidade de empresas; (2º) se apenas a ação do autor de trás constituir o fundamento do resultado, somente o autor mediato será responsabilizado, v. g., na fraude para levar alguém a se matar:³²⁴

Outra vez, da tarefa de proteção de bens jurídicos do direito penal deduz-se o conceito tipológico fundamental de todas as formas de delitos (delitos comuns de comissão, delitos especiais de garantidor, delitos de omissão imprópria): o domínio sobre o fundamento do resultado. Uma autoria mediata na figura do “autor por trás do autor” pressupõe conseqüentemente que tanto a ação do homem da frente quanto

³²³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, p. 154.

³²⁴ Schünemann declara expressamente: “No lugar do princípio da responsabilidade considero, por isso, a ideia dos *níveis de domínio do fato* (*Tatherrschaftsstufen*), praticada intuitivamente na jurisprudência, um modelo que melhor corresponde à tarefa de proteção de bens jurídicos do direito penal” (Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, p. 154).

as condições controladas pelo homem de trás possam ser qualificadas da mesma maneira como (duplo) “fundamento do resultado”.³²⁵

Portanto, a contribuição fundamental de Schünemann para a discussão realiza-se por intermédio do conceito tipológico, que possui condições para distinguir distintas situações: (a) responsabilização exclusiva do homem-de-trás (*autoria mediata propriamente dita*); (b) dupla responsabilização vertical (*autoria mediata imprópria ou duplamente punível*); (c) dupla responsabilização horizontal, na atuação conjunta e distributiva entre os sujeitos do delito (*coautoria*).

O conceito tipológico de coautoria baseia-se, por sua vez, tanto no domínio dos acontecimentos pelos dois lados mediado pela divisão de tarefas, quanto na resolução delitiva comum, sendo que ambos elementos manifestam-se com forças distintas e podem assim compensar-se mutuamente. Em consequência disso, não se pode negar a admissão da coautoria entre o detentor da ordem (nas empresas privadas: o diretor) e o subordinado (nas empresas privadas: os órgãos de execução) somente com o argumento de que faltaria uma resolução delitiva comum entre o diretor e os órgãos de execução, pois a fraca manifestação da dimensão “resolução delitiva comum” poderia ser compensada pela estreita conexão objetiva entre as contribuições delitivas do diretor e dos órgãos de execução ou pelo intensivo domínio do detentor da ordem.³²⁶

Criticando a decisão do BGH, a respeito da autoria mediata entre os órgãos de direção de uma empresa e os órgãos de execução, Schünemann reforça seus argumentos, em favor de uma coautoria entre os sujeitos do delito, sob os auspícios do conceito tipológico:

Consequentemente, a assunção da autoria mediata (proclamada pelo BGH) de um órgão de direção atrás de um órgão de execução que age, ele próprio, de forma completamente criminosa não pode ser aceita em conexão com o ponto de vista preponderante na literatura alemã. Ao invés disso, considero adequada a admissão de uma coautoria, porque o diretor, por um lado, possui uma posição de garantidor e, por outro, por meio de sua adicional contribuição ativa, alcança no geral um controle tão forte sobre o acontecimento que as contribuições, a serem qualificadas isoladamente como instigação e participação por omissão, não sua soma geral só podem ser adequadamente apreendidas mediante uma punição por coautoria.³²⁷

Nesse ponto, o conceito tipológico de Schünemann adquire uma importância incipiente, revelando uma faceta pouco referida pela ciência penal: *a possibilidade de contribuições mediante condutas comissivas e omissivas* para cometimento do delito. Entender essa hipótese depende do exame do estudo de três grupos de casos: o comando de empresas privadas, a colocação de mercadorias perigosas para os consumidores e a posição dos funcionários públicos.

³²⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, p. 154.

³²⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, p. 155.

³²⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, p. 156.

No caso das empresas privadas, um órgão de direção “A” ordena a colocação de certos produtos perigosos no mercado, mas não conhece, efetivamente, os executores do fato, os subordinados “B” e “C”. Pela teoria tradicional, “A” é um indutor ou mandante do crime, portanto, um partícipe, consoante demonstrado no capítulo 3 e apresentado na opinião de Roxin.³²⁸

Porém, Schönemann vai além: se “A” é não só quem ordena o crime, mas também o garantidor pela posição privilegiada que possui na organização, incumbindo-lhe tomar todas as medidas para evitar resultados lesivos aos consumidores, conclui-se que ele possui parcela considerável de domínio sobre os resultados, pois tem o dever e o poder de impedir o resultado. Essa situação difere-se do mero mandante, que não se encontra simultaneamente na posição de garantidor. Logo, se o mesmo empreendedor “A” ordena que seus subordinados “B” e “C” matem “D” com disparos de arma de fogo, sem qualquer relação com a empresa, verifica-se que “A” não é garante de “D” e, portanto, nessa construção, é somente mandante-partícipe do homicídio³²⁹, ao contrário da posição enquanto órgão superior de uma empresa, que coloca produtos perigosos no mercado. Por outro lado, se “D” fosse um filho de sete anos de “A”? Aí já teríamos novamente as duas contribuições, uma ativa, como mandante, e outra omissiva, pela sua posição de garantidor.

Portanto, para o citado professor, o órgão de direção da empresa possui uma dupla posição, de ação na conduta delitiva (autorizando ou ordenando o crime) e de garantidor contra eventos lesivos, possuindo um controle qualificado sobre a realização do tipo. Por isso, Schönemann defende o *domínio sobre os fundamentos do resultado e os níveis de domínio do fato*, ao invés de uma mera violação de deveres extrapenais. Com essa construção é possível sobrepujar o obstáculo dos delitos de dever:

Demonstrei de forma minuciosa em meus novos trabalhos que o “domínio sobre o fundamento do resultado” é uma estrutura fundamental da autoria, adequada, na mesma medida, para os delitos comissivos e para os delitos omissivos impróprios, também verificável nos delitos especiais (de garantidor) (*Garantensonderlikte*) e nos delitos de mão própria.³³⁰

Acrescenta Schönemann, a partir do “Caso Lederspray” ou “Spray de Couro”, julgado pelo BGH:

³²⁸ Recorde-se que, em regra, o mandante, na teoria do domínio do fato, é um partícipe, ressalvada a hipótese de contribuição efetiva no momento da execução do crime.

³²⁹ Recorde-se que pela teoria do domínio do fato, em regra, o mandante é um indutor ou partícipe.

³³⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, p. 172.

O problema da posição de garantidor mais intensamente discutido e também merecedor de discussão na atualidade é o do *produtor de mercadoria* nos casos em que o desenvolvimento e fabricação do produto ocorreu com a observância de todas as regras de cuidado, mas que, mais tarde, revela uma danosidade à saúde dos consumidores originariamente não reconhecível. Num primeiro momento, os tribunais cíveis afirmaram aqui um dever de retirada (*Rückruf*) dos produtos, e, posteriormente, o Bundesgerichtshof, em sua decisão de grande repercussão sobre o caso Lederspray, afirmou uma correspondente posição jurídico-penal de garantidor.³³¹

Decerto, por meio dessa opinião, Schünemann conduz a um *wormhole*, um atalho, evitando o emprego dos delitos de dever, fazendo com que a constatação da autoria possa ser deslocada para o exame da omissão imprópria. Em outras palavras, autoria não se cinge ao descumprimento de deveres formais ou extrapenais, mas sim ao domínio sobre os fundamentos do resultado que, no caso, liga-se tanto à ação quanto à omissão do agente garantidor. Anote que isso não significa, necessariamente, o reconhecimento do domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder, que precisa ser constatado na prática e será examinado adiante.

Vale dizer que Günther Jakobs chega, por outras vias teóricas, à mesma constatação de Schünemann, isto é, a possibilidade de contribuições ativas e passivas na realização dos tipos, o que explica a autoria nos crimes cometidos por meio de empresas:

Se se reconhece a possibilidade de uma mescla de contribuições ativas com contribuições por omissão e ademais se muda o ponto de vista do dado fático do domínio à medida da competência, isso provavelmente conduzirá a uma considerável facilitação da imputação de delitos cometidos em empresas, na medida em que a competência se desloca dos executores à direção da empresa: responsabilidade em função da intenção e não em função da medida dos movimentos dos dedos. Excluem-se aqui os detalhes dessas questões.³³²

No que tange aos crimes funcionais, como peculato e corrupção passiva, Schünemann entende perfeitamente cabível o *domínio sobre os fundamentos do resultado*, explicando que:

Algo semelhante ocorre com o funcionário público, que apenas pode ser responsabilizado de forma correta como autor por um resultado se – e apenas se – tiver dominado o acontecimento, e não apenas por ter violado um dever funcional formal de natureza de direito público. [...]. A diferença fundamental entre o mero dever funcional e o verdadeiro domínio em razão da posição funcional pode ser ilustrada por meio da comparação entre o diretor de um estabelecimento de execução penal, que deve proteger os presos, por força de seu domínio sobre o desamparo destes, dos perigos específicos ligados ao estabelecimento e o funcionário de um órgão de proteção ao meio ambiente, que domina apenas os próprios atos administrativos e não o comportamento dos cidadãos: caso não

³³¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, p. 174.

³³² JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri/SP: Manole, 2003, p. 28.

revoquem as autorizações ilegais, serão responsabilizados pelas lesões ao meio ambiente daí decorrentes na condição de garantidores; o mero não-intervir contra os delitos ambientais dos cidadãos conduz, ao contrário (ao lado da responsabilização funcional), apenas à punição por omissão de socorro nos termos do §323 c StGB.³³³

Portanto, para Schünemann, ao contrário de Roxin, o que funda a autoria de um crime funcional, em especial o peculato e a corrupção passiva, não é a violação do dever extrapenal, mas o domínio sobre os fundamentos do resultado, que pode ocorrer mediante ação e omissão.

Essa constatação comprova-se, conforme delineado no capítulo 4, pelo reconhecimento de que a consumação do peculato não depende da desaprovação das contas perante órgãos administrativos, tampouco submete-se a prazos administrativos como o que existe para depositar a fiança paga por réus presos em flagrante delito. No mesmo sentido, a consumação da corrupção passiva não depende da prática efetiva do ato de ofício, tampouco da existência certa, precisa e clara do ato, bastando a sua potencialidade. Aliás, nem mesmo as normas que “permitem” presentes a funcionários públicos são eficientes para barrar a imputação penal. Em outras palavras, as normas administrativas ou extrapenais não condicionam a consumação dos crimes de peculato e corrupção passiva, assim como, para Schünemann, não condicionam a autoria do crime.

Da mesma forma, a situação da babá, que tem a posição de garantidora contra eventuais danos aos menores. O que de fato importa é a assunção fática de garantidora, independentemente da validade do negócio jurídico subjacente. Ainda que o contrato entre a babá e os genitores seja nulo do ponto de vista civil, ela permanece com o dever de tomar os cuidados para impedir lesões às crianças:

Evidentemente, não é o dever formal contratual oriundo do direito civil, mas a assunção fática de uma função de proteção sobre o bem jurídico desamparado que origina a equiparação jurídico-penal; o dever contratual de natureza civil não é mais do que um epifenômeno jurídico da posição de garantidor de natureza jurídico-penal.³³⁴

Resumindo-se a concepção de Schünemann, os conceitos de autoria mediata e de coautoria devem observar o perfil tipológico. Os requisitos ou elementos desses conceitos podem ser graduados segundo os grupos de casos concretos apresentados, de maneira que a manifestação mais intensa de um compense a manifestação menos intensa de outro, para verificar em que conceito se aplica o fato submetido à análise.

³³³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, p. 173-174.

³³⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, p. 166.

Logo, comparando-se esses conceitos com os casos concretos apresentados, pode-se verificar se, na prática, correspondem em grau e intensidade a cada uma dessas hipóteses, para definir se haverá *coautoria*, *autoria mediata própria* ou *autoria mediata imprópria* (ou *duplamente punível*).

5.8 Domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder nos crimes de peculato e corrupção passiva

Aproveitando-se todas as contribuições apresentadas, beira-se o momento de avaliar se o domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder pode ser exercido nos crimes de peculato e corrupção passiva, consoante a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Penal n. 470/MG.

Pode-se avaliar ao menos quatro hipóteses: (1) impossibilidade total, em razão da natureza de delitos de dever dos crimes funcionais, segundo Roxin; (2) universalização do domínio do fato; (3) aplicação analógica do domínio de organização concebido jurisprudencialmente; (4) domínio sobre os fundamentos do resultado.

Roxin recusa essa possibilidade, pelos motivos já exibidos. Os crimes de peculato e corrupção passiva constituem delitos especiais ou de dever, não sendo possível aplicar-lhes a teoria do domínio do fato e suas variadas ramificações. Em tais delitos, é a violação do dever que funda a autoria do crime e somente os funcionários públicos (*intraneus*) podem ser autores. Eventuais colaboradores externos à administração pública (*extraneus*) serão reputados como partícipes, ainda que executem materialmente o crime.

Porém, pode-se desconsiderar os delitos de dever e, partindo dos incrementos subsequentes da teoria do domínio do fato, verificar a hipótese da pesquisa na perspectiva da universalização, do domínio de organização jurisprudencial e o domínio sobre os fundamentos do resultado.

Os autores que intentaram unificar o conceito de autoria e participação no domínio do fato apresentaram, ao menos, três perspectivas, a saber, a *ruptura do título da imputação* (total ou parcial), a *unidade do título da imputação* (adesivada ao agente que, de fato, possui o domínio da ação típica) e o *domínio normativo do fato*. Entretanto, conforme já assinalado acima, essas três hipóteses possuem problemas dogmáticos que autorizam seu recorte precoce, por violarem, em alguma medida, os pressupostos do concurso de pessoas³³⁵.

³³⁵ Sobre a *unidade do título de imputação*, é preciso esclarecer que, se o executor imediato for um *extraneus*, que se apodera de bens públicos, com auxílio de um funcionário público, estará mesmo excluída a tipificação de

Dessa maneira, vale analisar o *domínio de organização empresarial*, aceito pela jurisprudência brasileira e alemã para alguns crimes empreendidos por meio de pessoas jurídicas, e o *domínio sobre os fundamentos do resultado*, concepção de Bernd Schünemann.

5.9 Recorte dogmático

Abandonando-se as concepções totalmente incompatíveis com o domínio de organização nos crimes de peculato e corrupção passiva, restam o *domínio de organização empresarial* e o *domínio sobre o fundamento do resultado*, cotejando-se com aos pressupostos essenciais da modalidade de excepcional de autoria mediata: *organização desvinculada da ordem jurídica, poder de emitir ordens do autor mediato, executor imediato fungível e portador de alta disposição para o ato*.

O *domínio de organização empresarial* foi elaboração jurisprudencial, no Brasil, para o crime de sonegação fiscal e, na Alemanha, para colocação de produtos perigosos no mercado e outros delitos derivados de atividades empresariais. Analisando as duas jurisprudências, os magistrados não levaram em consideração dois pressupostos inerentes ao domínio de organização: a desvinculação da organização ao direito e a fungibilidade dos executores.

Decerto, as empresas são pessoas jurídicas, submetidas ao plexo de direitos e deveres estipulados, no Brasil, pelo Código Civil e pela Lei n. 6.404, de 1976 (Sociedades Anônimas). Uma vez que a empresa desenvolve atividades lícitas, regidas pela ordem jurídica, não há como reconhecer sua natureza dissociada do direito. Se os crimes empreendidos por intermédio da empresa são episódios delituosos, não necessariamente uma atividade essencial da organização, não há, em geral, automatismo ou procedimentos regulares suficientes.

Pode-se cogitar uma pessoa jurídica constituída, p. ex., para praticar fraudes e estelionatos. Em Curitiba/PR, havia uma empresa especializada em conceder empréstimos consignados a aposentados. Os agentes da empresa abordavam os idosos nas ruas e, após convencê-los do primeiro empréstimo, eram impingidos com sucessivos empréstimos consignados e cobranças excessivas de juros³³⁶. Decerto, o grupo tinha vários integrantes,

peculato, respondendo o funcionário e o particular por furto, p. ex. Se o funcionário for o executor imediato, será o autor do crime e o particular, o partícipe, ambos de um peculato. Em nenhuma hipótese, haverá as duas coordenadas essenciais do domínio de organização: o autor mediato e o autor imediato, respondendo ambos como autores (*autoria mediata impropria ou duplamente punível*).

³³⁶ G1 PARANÁ RPC. Dono de empresa fechada havia sido preso por estelionato em 2004. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2011/05/dono-da-empresa-fechada-havia-sido-preso-por-estelionato-em-2004.html>> . Acesso em: 03 maio 2016.

distribuídos em diversas lojas, todos mancomunados para realização do estelionato. No entanto, não há como reconhecer essa pessoa jurídica como uma “empresa”, mas sim um mecanismo para execução do estelionato, em que os envolvidos são coautores e partícipes da infração penal. Cientes e comprometidos com a aplicação do golpe, todos os celerados que integravam essa “empresa” se conheciam, atuavam em um plano comum e precisavam confiar na distribuição de tarefas para execução do delito. Não há, portanto, elementos para reconhecer uma autoria mediata, menos ainda fungibilidade dos executores. A empresa é apenas o meio de que se serve a associação criminosa³³⁷ para executar, conjuntamente, seus delitos.

De qualquer maneira, as situações analisadas pela jurisprudência não se encaixam na *empresa de fachada* para fraudes. Em regra, são pessoas jurídicas regularmente constituídas, exercendo atividades lícitas, mas que são envolvidas com um delito na execução natural de suas atividades finalísticas (da produção e circulação de bens e serviços) ou administrativas (pagamento de tributos, p. ex.). Então, como compreender a posição dos tribunais brasileiros e alemães?

Acontece que, no caso da sonegação fiscal, os tribunais brasileiros desenvolveram um argumento a partir da construção de Roxin para resolver um problema que em nada se refere à autoria mediata. Enrique Bacigalupo explica esse problema, a partir da norma de extensão do tipo previsto no artigo 31 do Código Penal espanhol:

Dicho de otro modo: la norma que está detrás del tipo penal de los delitos especiales propios tiene un grupo determinado de destinatarios; quien no tiene la cualificación legal que lo convierte en destinatario de la norma no puede ser autor. Así, por ejemplo, quien no está obligado a entregar o devolver por alguna de las formas que prevé el art. 252 del Código Penal no podría, por principio, ser autor del delito de apropiación indebida, aunque retuviera o se apropiara de una cosa para otro que es el obligado a entregar o devolver. Una parte de la teoría entendió que en estos casos la punibilidad del representante del obligado sólo podría lograrse en forma inobjetable desde el punto de vista del principio de legalidad (art. 25.1º. CE) mediante la introducción de una norma específica en la ley penal. Precisamente éste ha sido el criterio que guio al legislador al incluir en su día el art. 15 bis en el Código Penal (ahora art. 31). Como consecuencia de la regla establecida por el art. 31 del Código Penal, el representante (legal o voluntario), el administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica será responsable del delito especial propio a que corresponda su acción, aunque carezca de la cualificación personal exigida por el supuesto de hecho típico, si esta se da en la entidad por él representada.³³⁸

³³⁷ O legislador alterou o *nomen juris* do crime de quadrilha ou bando para associação criminosa, conforme a redação atual do artigo 288 do Código Penal.

³³⁸ BACIGALUPO, Enrique. El actuar en nombre de otro. In: BACIGALUPO, Enrique (Dir.). *Curso de derecho penal económico*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 131/144, p. 132.

Dessarte, a ilícita supressão ou redução de tributo ou contribuição, prevista no artigo 1º da Lei n. 8.137, de 1990, e no artigo 168-A do Código Penal³³⁹, contém uma omissão legislativa que prejudica a adequação típica. O responsável tributário, isto é, o sujeito passivo da exação fiscal é a pessoa jurídica, não uma pessoa física determinada³⁴⁰. A própria lei deveria definir quem e, em que condições, pode ser considerado responsável tributário para fins penais. Na estrutura de uma empresa podem ser identificados vários órgãos relacionados ao pagamento dos tributos, destacando-se setores como diretorias, contabilidade, finanças e recursos humanos. Em tal miscelânea, quem é o responsável tributário? A lacuna é evidente na norma penal.

Digno de nota é a Lei n. 4.729, de 1964³⁴¹, que definia o crime de sonegação fiscal. A citada norma, revogada pela Lei n. 8.137, de 1990, possuía um dispositivo de extensão da responsabilidade tributária para efeitos penais no artigo 6º:

Art. 6º Quando se trata de pessoa jurídica, a responsabilidade penal pelas infrações previstas nesta Lei será de todos os que, direta ou indiretamente ligados à mesma, de modo permanente ou eventual, tenham praticado ou concorrido para a prática da sonegação fiscal.

Igualmente, nos crimes falimentares, o artigo 179 da Lei n. 11.101, de 2005³⁴², trouxe a seguinte norma de extensão típica:

Art. 179. Na falência, na recuperação judicial e na recuperação extrajudicial de sociedades, os seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais decorrentes desta Lei, na medida de sua culpabilidade.

Já os artigos 168-A do Código Penal e 1º da Lei n. 8.137, 1990 não possuem uma norma de extensão e, portanto, tais tipos seriam inaplicáveis. Nesse sentido:

³³⁹ O artigo 168-A cuida da apropriação indébita de contribuições previdenciárias, assemelhando-se à sonegação fiscal e foi incluído no Código Penal pela Lei n. 9.983 de 2000: “**Apropriação indébita previdenciária** Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.”

³⁴⁰ Luís Greco e Augusto Assis assinalam: “O art. 168-A CP incrimina a conduta de ‘deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes’. O dispositivo não estabelece, entretanto, a quem incumbe tal repasse.” (GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro, p. 118).

³⁴¹ BRASIL. Lei n. 4.729, de 14 de julho 1965. Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4729.htm>. Acesso em: 03 maio 2016.

³⁴² BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm>. Acesso em: 03 maio 2016.

Se o tipo pressupõe um dever (de repasse de contribuição previdenciária) que é, contudo, da pessoa jurídica, e não da pessoa física, como aplicar o tipo a essa pessoa física, que não é titular do dever? Para tanto, seria necessário um dispositivo legal, uma *norma de extensão*³⁴³.

Por isso, a jurisprudência valeu-se do conceito de domínio de organização, para poder atribuir ao sujeito que se encontra no topo da empresa a imputação penal. Na jurisprudência citada, reiteradamente repetida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, os magistrados entenderam que o sujeito “A”, por pertencer ao órgão de direção da empresa, detinha o domínio da organização – *rectius*, gestão da própria empresa – para executar, por meio de seus subordinados, a sonegação fiscal. Daí concluem: é autor porque tem o domínio da organização.

Portanto, dobrou-se uma teoria – o domínio de organização –, concebida para resolver a imputação de autoria e participação em estruturas de poder organizadas, desvinculadas da ordem jurídica, para cuidar de uma lacuna legal, isto é, da ausência de norma de extensão nos crimes tributários.

A jurisprudência alemã enveredou por via semelhante. No entanto, usou o domínio de organização para solucionar um problema de imputação decorrente de crimes empreendidos por órgãos diretos mediante indução ou instigação, desconsiderando a imprescindibilidade de organismos desvinculados do direito e amortizando o grau de fungibilidade do executor imediato:

Uma ordem ilícita emitida no âmbito de uma estrutura empresarial por um gerente e cumprida por um funcionário não preenche, contudo, os requisitos da teoria originalmente proposta por Roxin. Como as empresas não são organização dissociadas do direito – pelo contrário, estão sujeitas a diversos controles realizados por diversos órgãos estatais – não se pode, segundo o modelo original, falar em domínio da organização nos casos de crimes cometidos a partir de uma empresa.³⁴⁴

No campo dos crimes de peculato e corrupção passiva, a aplicação analógica dessas ideias é questionável. Primeiramente, não há nos órgãos públicos, em um Estado Democrático de Direito, uma organização desvinculada da ordem jurídica: a própria administração pública é a personificação da ordem jurídica.

Pode-se contornar essa objeção, argumentando-se na possibilidade de uma organização criminosa, composta por funcionários públicos e particulares que, por meio de

³⁴³ GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro, p. 119.

³⁴⁴ GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro, p. 102.

vários expedientes, ingressam na administração pública e iniciam a realização de peculatos e corrupções passivas em massa. Seria esse o caso, em tese, veiculado na Ação Penal n. 470/MG do Supremo Tribunal Federal.

Mas não basta apenas a existência da organização criminosa, já que o domínio da vontade por meio de aparatos de poder exige a fungibilidade dos executores e a alta disposição para o delito. Aqui reside a objeção mais forte à aplicação das inovações jurisprudenciais.

Decerto, no capítulo 4, verificou-se que os crimes de peculato e corrupção passiva – especialmente nos *modi operandi* referidos como *intermediado* e *fracionado* – dependem de um intenso conluio entre os sujeitos ativos, especialmente quando envolve funcionários públicos e particulares. O sucesso da empreitada criminosa prende-se a essa relação de confiança e a um plano comum, ainda que eventuais colaboradores possam desconhecer todos os detalhes dos delitos.

Vale lembrar que Roxin sempre ressalta as características essenciais do domínio de organização: o automatismo da estrutura, aludido como *procedimientos regulares*, e a fungibilidade dos executores imediato, demonstrada pela facilidade de substituição:

[...] el dominio del sujeto de atrás, que yo fundamento en la fungibilidad del ejecutor y el automatismo de la ejecución de la orden debido a ella. El BGH lo expresó con el giro muy citado de los “cursos o procesos regulares”, en los que, también según su formulación, la realización del tipo se produce “de forma casi automática”.³⁴⁵

Portanto, na configuração típica do peculato e da corrupção passiva, ainda que superada a objeção dos delitos de dever, encontraria dificuldades para se adequar aos fundamentos do domínio de organização, seja na forma *disléxica* concebida jurisprudencialmente para imputar autoria aos diretores de uma empresa, seja pela ausência de *cambialidade* dos executores imediatos derivada do *automatismo* da organização.

Sobejou a concepção de Schünemann, por meio do *domínio sobre os fundamentos do resultado*. Em sua visão, o agente público responde pelo crime, não porque violou normas extrapenais do regime jurídico administrativo, mas sim por estar na posição fática de poder-dever evitar um resultado (garantidor) somando-se à sua eventual contribuição ativa. Em um peculato, no qual o agente “A”, funcionário público, auxilia o particular “B”, executor imediato do delito, apoderando-se de bens públicos, constata-se que tanto “A” quanto “B”, possuem domínio sobre os fundamentos do resultado típico.

³⁴⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo II: especiales formas de aparición del delito*, p. 115.

Em tese, pode-se dar um passo adiante na teoria para abarcar o domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder, a partir de uma organização criminosa que se introjeta na administração pública. Porém, há pelo menos dois empecilhos para uma construção dessa natureza.

Primeiro, uma organização criminosa que controla um órgão público ainda depende da relação de confiança entre os agentes do grupo delituoso, de modo que não se pode afirmar de antemão a fungibilidade dos executores, nem o automatismo da organização, nos exatos termos já apresentados acima.

Entretanto, a maior refutação e, talvez, simultaneamente, a melhor resposta, é que para Schünemann uma situação como essa resulta, em regra, na coautoria, e não autoria mediata. Na coautoria, delineada no capítulo 3, dois requisitos fundamentais foram apresentados, que distinguem tal instituto da autoria mediata: (1º) um plano comum entre os agentes do delito; (2º) uma contribuição relevante na execução do delito, mediante divisão de tarefas. O funcionário público e os eventuais colaboradores na prática delitiva partem de um plano comum – subtrair bens públicos ou praticar atos de ofício em detrimento da supremacia do interesse público – e, em geral, cooperam ou distribuem tarefas na realização dos atos imprescindíveis à consumação dos delitos.

Para os agentes públicos, mesmo que não pratiquem atos na execução do delito e tenham prestado auxílio apenas na fase preparatória ou de cogitação, há o dever de garantidor do patrimônio público e, assim, com sua conduta omissiva, consentem com a execução do delito. Deveras, há, nesse sentido, uma contribuição passiva no instante da execução. Por isso Schünemann introduziu um conceito tipológico de domínio do fato, avançando para o *domínio sobre os fundamentos do resultado e os níveis de domínio do fato*: uma contribuição ativa na primeira fase (cogitação e preparação) soma-se a uma contribuição passiva na segunda fase (omissão de garantidor), para compensar a ausência do ato material na execução do crime.

Segundo Schünemann, em regra, nos delitos cometidos por intermédio de pessoas coletivas, há coautoria entre o órgão de direção e seus subordinados. Analogamente, o mesmo raciocínio reverte-se aos crimes funcionais e, assim, somente em caráter excepcional admite-se o domínio de organização nessa hipótese, como se verá ao final. O tutor de Schünemann reconhece o valor de suas contribuições, declarando expressamente:

La grandes diferencias que se producen en la delimitación de autoría y participación entre delitos de dominio y de infracción de deber no cambian para nada el hecho que sus conceptos de autor coinciden en el punto de referencia superior de la “figura central del suceso o acontecer típico”. Sólo son diferentes manifestaciones de este principio rector. *Schünemann* intenta una conciliación aún más estrecha,

interpretando los delitos de infracción de deber como casos de “**dominio de protección sobre el bien jurídico**” o en formulación más reciente “dominio del suceso o acontecimiento en el sentido del control sobre un ámbito social” y con ello como una manifestación más de los delitos de dominio. Así, el deber de protección o tutela del patrimonio en la administración o gestión desleal se basaría en una “posición de custodia o protección y de proximidad respecto a n patrimonio ajeno” sobre la esfera secreta ajena. De este modo, pretende constituir “un principio normativo fundamental unitario del dominio del hecho”, Cercano es el principio rector del “**dominio configurativo**” de *Bottke* al que pueden someter de la misma manera los delitos de dominio y de infracción de deber en un sentido distinto aquí. Tales esfuerzos, que requieren aún de ulterior elaboración, son fructíferos; pero no deben nivelar o igualar las diferencias que se producen en la delimitación de las formas de intervención. También se ha de reflexionar sobre el hecho de que el dominio de protección o control asumido por el autor precisamente no se observa o ejerce en la realización de delitos de infracción de deber, y por tanto no se puede equiparar necesariamente al actuar mediante ejercicio activo de dominio del hecho.³⁴⁶

Nesse caso, Schünemann constrói, a partir de sua visão tipológica, um conceito coautoria que pode dar-se nos delitos especiais, com fundamentos distintos daqueles concebidos por Roxin.

De qualquer maneira, analisando a hipótese, em todos os ângulos possíveis e através de todos os desenvolvimentos teóricos do domínio do fato, a viabilidade domínio de organização no contexto dos crimes de peculato e corrupção passiva somente é possível, em caráter excepcional, com base nas concepções de Bernd Schünemann.

5.10 Análise geral do concurso de pessoas nos crimes de peculato e corrupção passiva

Embora o objetivo da pesquisa seja examinar principalmente o domínio de organização nos mencionados crimes funcionais, não é razoável tomar uma posição assertiva e correta sem encarar as soluções possíveis, de acordo com cada vertente teórica e segundo os diversos institutos jurídicos invocáveis.

A digressão empreendida foi necessária para averiguar se algum dos desenvolvimentos da teoria do domínio do fato, inclusive os jurisprudenciais, poderia dar uma resposta convincente à querela.

Para o criador da teoria, Claus Roxin, peculato e corrupção passiva são delitos especiais ou de violação de dever; logo, não se aplica nenhuma das vertentes do domínio do fato para distinguir autores e partícipes nesses delitos e, por conseguinte, não se cogita o domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder.

³⁴⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo II: especiales formas de aparición del delito*, p. 182.

Para Roxin o funcionário público (*intraneus*) será sempre autor, independentemente da fase do *iter criminis* em que contribui (cogitação, preparação, execução ou mesmo exaurimento, desde que previamente combinado) e da forma com que contribui (conduta omissiva ou comissiva). Poderá haver coautoria, mas somente entre funcionários públicos que cooperam na realização do peculato e da corrupção passiva, já que se submetem a mesmo regime jurídico administrativo. Os intervenientes externos à administração pública (particulares ou *extraneus*) serão sempre partícipes, ainda que executem materialmente o tipo penal.

Por outro lado, ainda que refutada essa classe de delitos, coligada à infração de deveres extrapenais, a autoria mediata originada do domínio de organização nos crimes funcionais esbarra em outras objeções. A teoria de Roxin exige a presença de certos requisitos, não bastando a existência de uma organização. Assim, faltando algum desses requisitos, não se acolhe o domínio de organização.

Decerto, após examinar as características essenciais do peculato e da corrupção passiva, verificou-se que os agentes que se reúnem para cometimento desses crimes o fazem mediante expedientes dissimulados e, portanto, há uma relação de confiança entre os sujeitos. Essa ontologia dos crimes torna difícil a fungibilidade dos executores imediatos³⁴⁷. Ainda que admitida a organização dissociada do direito, carece tal organismo dos executores fungíveis. Essas objeções são difíceis de superar, a menos que se desgarre das concepções de Roxin.

Por isso, a posição dos tribunais alemães e brasileiros, na construção do *domínio de organização empresarial* somente pode ser concebido como um *tertium genus* de domínio de organização, desconjuntado da teoria de Roxin, dotado de especial singularidade. Porém, evidentemente, essa ramificação, sem a licença do criador da teoria e desconsiderando seus pressupostos essenciais, enfraquece sua aplicação nos crimes de peculato e corrupção passiva. Malgrado se admita a ideia, há que se concordar com Roxin quando salienta a necessidade de ulteriores desenvolvimentos nessa posição jurisprudencial:

Ello conduce a esta conclusión o resumen: La autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder es una figura jurídica fructífera que supera algunas objeciones, que permite comprender a los sujetos de atrás como autores, sobre todo en crímenes de Estado y delitos de organizaciones criminales. Pero se le exige demasiado cuando se pretende aplicarla a todas las relaciones jerárquicas e imputar o atribuir el dominio del hecho a directivos de empresas mercantiles sin tener en cuenta su forma de colaboración. Para ello deberían emplear-se otras construcciones que complementen ello dominio de (o por) organización.³⁴⁸

³⁴⁷ Logicamente, não se exclui a mudança nos autores dos crimes, mas não há um *tipo cambiável de autor* como havia, por exemplo, no regime nazista ou em qualquer forma de totalitarismo.

³⁴⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo II*: especiales formas de aparición del delito, pp. 125.

Não obstante, há um desconforto na construção do concurso de pessoas na perspectiva de Roxin, que certamente influenciou Schünemann e os tribunais a desmembrarem do domínio do fato em novas considerações, suficientes para superar a objeção da classe dos delitos de dever e as consequências dessa teoria.

É que o executor imediato particular, ou seja, o *extraneus*, por mais comprometido que esteja com o crime, por mais relevante que seja sua contribuição para realização do tipo, por mais ciente que esteja da condição do funcionário público do *intraneus*, por mais imbuído que esteja de um *espírito patrimonialista* dissociado do interesse público, por mais que tenha agido desde o início com a intenção de se aproveitar da condição de seu comparsa enquanto agente público e por mais que tenha colaborado em todas as fases do *iter criminis*, da cogitação ao exaurimento, será eternamente um cúmplice ou um partícipe, ou seja, um sujeito secundário na realização do tipo.

Para ilustrar: “A”, “B” e “C”, funcionários públicos, coligam-se a “D” e “E”, para prática do peculato. “D” cogita desviar bens de uma repartição pública e, para isso, chama os demais e, ainda, oferece de antemão vantagens aos agentes públicos “A”, “B” e “C”, que, assim convencidos, prontamente se dispõem a cooperar, sendo que “E” intervém no recebimento da vantagem. “A” planeja a realização do crime, juntamente com “D”, mas “A” não participa da execução; “B”, juntamente com “D”, vai à repartição pública e, seguindo as orientações anteriormente passadas, se apoderam de computadores e, em seguida, repassam a “E”, que, anteriormente, já havia combinado com os demais que se encarregaria de vender os objetos e repartir o proveito do delito com os demais. “C” era encarregado da segurança da repartição e omite-se no dever de impedir o crime, já previamente combinado com os demais. “D” fica com 40% do proveito do crime pela sua fantástica ideia e os outros dividem o restante igualmente (15% para cada um). Nessas circunstâncias: “A”, “B” e “C” serão autores/coautores de peculato e corrupção passiva, ainda que “A” não tenha tomado parte na execução do delito e que “C” tenha cooperado mediante omissão imprópria; “D” e “E” serão partícipes de peculato, mesmo que “D” tenha participado ativamente na cogitação, preparação e execução do crime, além de ter se enriquecido ilicitamente em maior magnitude. “D” ainda responderá como autor de corrupção ativa.

Note que o *extraneus* “D” é, do ponto de vista ontológico, o elemento chave na empreitada criminosa, participando desde a ideação do delito até o exaurimento, mas na teoria dos delitos especiais de Claus Roxin será partícipe, um acessório dos protagonistas *intranei* “A”, “B” e “C”.

Pode parecer uma situação extrema, mas no capítulo 4 foi demonstrada a relação umbilical entre agentes públicos e particulares na realização dos delitos: no *peculato intermediado* por licitações fraudulentas, cumulado com a *corrupção passiva fracionada*, em geral, toda a empreitada é realizada pelos particulares e somente ratificada pelos agentes públicos.

Aliás, no “Caso do Mensalão”, analisado no capítulo seguinte, a figura do empresário Marcos Valério foi reputada pelos ministros e pelo procurador-geral como o *núcleo* de todos os crimes perpetrados, integrando o *iter criminis* em todas as ocasiões: dos crimes de peculato praticados por meio de contratos com a Câmara dos Deputados, o Banco do Brasil e o Fundo Visanet, à corrupção passiva dos parlamentares, até a lavagem intermediada junto ao Banco Rural. Em todos os momentos, o citado empresário participa da empreitada criminosa e, assim, foi natural os ministros aplicarem a pena mais elevada a ele. Mas, para Roxin, Marcos Valério seria partícipe dos crimes de peculato e corrupção passiva.

Esse desconforto aparece com mais realce em crimes praticados com agressões físicas. A violência arbitrária, definida no artigo 322 do Código Penal³⁴⁹, consiste na conduta do funcionário público que “praticar violência, no exercício da função ou a pretexto de exercê-la”. Imagine-se a seguinte hipótese: dois policiais (*intraneus*) e um particular (*extraneus*), mediante um plano comum, conduzem um indivíduo para interrogatório na delegacia e passam a agredir a pessoa, todos praticando os atos de violência. Na visão de Roxin, o particular será partícipe, o que parece ilógico. Mais estranho ainda: e se somente o *extraneus* desferir as agressões na vítima, enquanto os policiais oferecem apenas a “cobertura” na unidade policial? É possível o *extraneus* realizar a violência, da forma mais degenerada e cruel, e figurar como mera figura secundária? E se o *extraneus* for diretamente interessado porque, p. ex., foi sido a vítima de um crime, supostamente perpetrado pelo suspeito e agora vinga-se com colaboração dos policiais?

Eis o incômodo em sua forma mais clara: considerar partícipe quem executa diretamente uma violência nessas condições, seja em conjunto com os policiais, seja isoladamente com a cobertura dos policiais. Respeitadas as devidas proporções, é o mesmo

³⁴⁹ Vale dizer que existe intenso debate sobre a vigência do dispositivo, pois para parcela considerável da jurisprudência o crime de violência arbitrária foi revogado tacitamente pelo artigo 3º, alínea “i”, da Lei 4.898, de 1965 (atentado à incolumidade física). Não obstante, prevalece no Supremo Tribunal Federal a vigência do tipo previsto no Código Penal: “HABEAS CORPUS. P ENAL. CP, ART. 322. CRIME DE VIOLÊNCIA ARBITRÁRIA. REVOGAÇÃO PELA LEI N. 4.898/65. INOCORRÊNCIA. O artigo 322 do Código Penal, que tipifica o crime de violência arbitrária, não foi revogado pelo artigo 3º, alínea i da Lei n. 4.898/65 (Lei de Abuso de Autoridade). Precedentes. Recurso ordinário em habeas corpus não provido. (STF - RHC: 95617 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 25/11/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009)”.

que reputar partícipe a irmã que mata o bebê a pedido de sua germana, no famoso “Caso da Banheira”. Pode-se refutar com a ideia de que o particular responderia por lesões corporais, adotando-se a ruptura do título da imputação e os policiais pela violência arbitrária. *Data venia*, essa hipótese viola o critério da unidade de fato típico que rege o concurso de pessoas, o que, pelos motivos já exibidos, é insustentável em nosso sistema penal.

Nessa configuração, os dados ontológicos podem servir como um *dique de contenção* à criação da dogmática penal e do legislador, convertendo o concurso de pessoas entre *intraneus* e *extraneus* de autoria-participação para coautoria, desde que presentes os mesmos requisitos: distribuição de tarefas, plano comum e colaboração relevante na execução do delito. Da conjugação desses três elementos, pode-se inferir que ambos possuem domínio sobre o fundamento do resultado e, logo, são autores.

Conclui-se, dessa maneira, através da posição de Bernd Schüneman que, em regra, não haverá autoria mediata, nem domínio de organização, mas a tradicional coautoria nos crimes de peculato e corrupção passiva, fundamentado em um sólido conceito tipológico de coautoria. Sem excluir a possibilidade de domínio de organização, uma hipótese excepcional, o que haverá é a coautoria.

De qualquer maneira, até essa fase da pesquisa, somente o *tertium genus* jurisprudencial (*domínio de organização jurisprudencial*), que, no entanto, é repellido pela literatura científica, e as construções de Bernd Schünemann, mostram-se aptos à aplicação do domínio de organização nos crimes de peculato e corrupção passiva.

Resta, portanto, esquadrihar o julgamento da Ação Penal n. 470/MG para averiguar se os votos dos ministros podem trazer uma resposta à possibilidade de aplicação do domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder nos crimes de peculato e corrupção passiva.

Por fim, mostra-se promissora a ideia de um *princípio normativo fundamental unitário de domínio do fato e os graus de domínio do fato*, idealizada por Schünemann, capaz de explicar melhor os impasses noticiados no curso da investigação, especialmente redirecionamento casos em que a jurisprudência reconheceu autoria mediata ou coautoria, evitando-se o recurso aos delitos especiais, à ampliação da posição de garante e à *autoria mediata imprópria* ou *duplamente punível*. Unificar autoria e participação em uma equação única para todos os tipos de crimes ou, parafraseando o cientista Stephen Hawkins, uma *teoria de tudo no concurso de pessoas*, pode ser o caminho que a doutrina aguardava para superar o mais “desesperançoso capítulo da ciência jurídico-penal”.

6 DOMÍNIO DO FATO NA AÇÃO PENAL N.º 470/MG DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

6.1 Domínio do fato e a jurisprudência brasileira

Na Ação Penal n. 470/MG do Supremo Tribunal Federal, apelada de “Caso do Mensalão”, os ministros fizeram uma extensa investida na teoria do domínio do fato, aplicando-a em diversos crimes versados no processo. Trata-se do julgado penal que mais repercutiu na Corte Excelsa, certamente porque abrangeu proeminentes políticos, instituições financeiras (Banco do Brasil e Banco Rural) e renomados empresários do setor publicitário, envolvidos em crimes de peculato, corrupção passiva e ativa e outros delitos.

Como visto no capítulo 4, os crimes contra a administração pública, que sintetizam a “corrupção” em sentido penal, sempre estiveram no debate político, mas poucas vezes se viu uma disposição judicial de enfrentamento do problema. Por isso, não só os fatos delituosos, mas o próprio julgamento e as condenações decorrentes tornaram-se um marco, fazendo com que, pela primeira vez, o Supremo assumisse o protagonismo na mídia nacional.

Do ponto de vista técnico-jurídico, o julgado versou sobre pontos muito importantes dos crimes de peculato e corrupção passiva. No peculato, analisou a posição dos sujeitos do delito, a natureza pública dos recursos desviados e o *modus operandi* citado no capítulo 4 como *peculato intermediado*. Em relação à corrupção passiva, trouxe novamente a discussão a respeito do ato de ofício, a posição dos sujeitos ativos no delito e critérios mais exatos para distinguir a natureza do recebimento da vantagem indevida.

No contexto dos vários crimes analisados, os ministros ainda empregaram expressamente a teoria do domínio do fato, em suas diversas ramificações, especialmente o domínio funcional do fato e o domínio de organização.

Decerto, o referido julgado contém os elementos estruturais dessa pesquisa e será examinado nesse capítulo para verificar como e em que medida o Supremo utilizou-se da teoria do domínio do fato, até mesmo porque o julgado tem o *potencial fático* de influenciar a doutrina e a jurisprudência nacionais³⁵⁰.

³⁵⁰ Pode-se discutir se a Ação Penal n. 470/MG do Supremo Tribunal Federal constitui ou não um precedente. Tratando-se de um julgamento penal originário, em uma primeira acepção, não pode ser deduzido do julgado um “precedente” ou “jurisprudência”. Porém, como afirma Alaor Leite, “não há como negar uma *força normativa do fático* 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 AP 470 servirá e já serve de modelo a todos os órgãos do sistema de justiça criminal” (LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís;

6.2 Fatos e versões sobre o “Mensalão”

Para compreender como o Supremo analisou os crimes de peculato e corrupção passiva, bem como a teoria do domínio do fato, é necessário analisar, ainda que de maneira sucinta, os fatos divulgados pela mídia, as apurações feitas pelas instituições, em especial a realizada pelos próprios parlamentares, e as diversas interpretações sobre o ocorrido.

Decerto, o relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Correios (CPMI “dos Correios”), divulgado em abril de 2006, contém um comentário prenunciador da jornalista Lúcia Hippólito, da Rádio CBN, em que menciona a figura do “deputado pré-pago”, para se referir a pagamentos regulares de valores indevidos a parlamentares:

Aliás, em fevereiro, antes, portanto, do estouro do escândalo do Mensalão, registrava a jornalista e cientista política Lúcia Hippólito: “Na Câmara dos Deputados, volta e meia circulam histórias sobre deputados que teriam vendido o voto por tantos mil reais. Ninguém conta a história até o fim, ninguém apura direito. As coisas ficam por isso mesmo, mas vai se cristalizando a imagem do Congresso como um mercado persa, onde tudo se compra e tudo se vende. Desde a semana passada, circulam boatos de que vários deputados teriam recebido dinheiro para engordar bancadas partidárias na Câmara. Por conta do troca-troca desenfreado que aconteceu nos primeiros dias do ano legislativo criou-se até a figura do ‘deputado pré-pago’ ”.³⁵¹

Todavia, ao contrário de tantos casos de corrupção, aquela história seria contada, apurada, chegaria a um fim e não ficariam “por isso mesmo”.

No dia 15 de maio de 2005, cerca de três meses após o escólio da comunicadora, a edição n. 1905 da revista *Veja* chegou às bancas com uma reportagem na qual Maurício Marinho, chefe do Departamento de Contratação e Administração dos Correios, cobrou R\$ 3.000,00 (três mil reais) de um empresário a título de “acerto”, para que pudessem atuar como fornecedores da estatal. O funcionário afirmou que estaria a serviço do deputado federal Roberto Jefferson:

A denúncia da revista se assemelharia a outros tantos casos de corrupção, não fosse o fato de que, durante a conversa filmada pelos empresários, o funcionário tivesse citado o deputado Roberto Jefferson, do PTB-RJ, como fiador do esquema: “Ele me dá cobertura, fala comigo, não manda recado [...] eu não faço nada sem consultar. Tem vez eu ele vem do Rio de Janeiro só para acertar um negócio. Ele é doidão”. As

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. p. 127).

³⁵¹ BRASIL. Congresso Nacional. Relatório final dos trabalhos da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Correios (CPMI “dos Correios”) - Volume II, p. 772. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/comissoes/CPI/RelatorioFinalVol2.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2015.

declarações de Marinho detalhando como funcionava a arrecadação de recursos ilícitos na estatal descortinavam não apenas o funcionamento de um vasto esquema de corrupção, que envolvia vários setores da estatal, como também trazia para o primeiro plano pessoas muito próximas ao presidente Lula e ao PT, como Roberto Jefferson, cujo partido fazia parte da base aliada do governo no Congresso Nacional.³⁵²

Em seguida, o deputado Roberto Jefferson, acuado pelas delações, revelou, em entrevista à Folha de São Paulo, no dia 6 de junho de 2006, que o acontecimento estaria relacionado a um esquema de corrupção mais abrangente, envolvendo proeminentes nomes da República³⁵³. Segundo o deputado, existiria desde o início do governo ofertas de pagamentos mensais a parlamentares para conservação da base aliada do governo, estratégia a que denominou “mensalão”³⁵⁴, sob coordenação de Delúbio Soares, tesoureiro do Partido dos Trabalhadores (PT) e José Dirceu de Oliveira e Silva, deputado federal pelo PT, exercendo o cargo de ministro Chefe da Casa Civil:

Um pouco antes de o Martinez morrer, ele me procurou e disse: "Roberto, o Delúbio [Soares, tesoureiro do PT] está fazendo um esquema de mesada, um 'mensalão', para os parlamentares da base. O PP, o PL, e quer que o PTB também receba. R\$ 30 mil para cada deputado. O que você me diz disso?". Eu digo: "Sou contra. Isso é coisa de Câmara de Vereadores de quinta categoria. Vai nos escravizar e vai nos desmoralizar". O Martinez decidiu não aceitar essa mesada que, segundo ele, o doutor Delúbio já passava ao PP e ao PL. Morto o Martinez, o PTB elege como líder na Câmara o deputado José Múcio (PE). Final de dezembro, início de janeiro, o doutor Delúbio o procura: "O Roberto é um homem difícil. Eu quero falar com você. O PP e o PL têm uma participação, uma mesada, eu queria ver se vocês aceitam isso". O Múcio respondeu que não poderia tomar atitude sem falar com o presidente do partido. Aí reúnem-se os deputados Bispo Rodrigues (PL-RJ), Valdemar Costa Neto [SP, presidente do PL] e Pedro Henry (PP-MT) para pressionar o Múcio: "Que que é isso? Vocês não vão receber? Que conversa é essa? Não dar uma de melhores

³⁵² VILLA, Marco Antônio. *Mensalão: o julgamento do maior caso de corrupção da história política brasileira*. São Paulo: Leya, 2012.

³⁵³ FOLHA DE SÃO PAULO. Jefferson denuncia mesada paga pelo tesoureiro do PT. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u69402.shtml>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

³⁵⁴ A origem da palavra “mensalão” é comumente creditada ao próprio Roberto Jefferson, conforme pesquisa empreendida por Gustavo de Oliveira Quandt: “Não encontramos essa curiosa palavra em nenhum dicionário tradicional, e o Caudas Aulete Digital (<http://aulete.uol.com.br/mensalao>, acesso em 03.12.2013) parece tê-la assimilado justamente em razão dos fatos julgados na APn 470/MG. O uso dela para denominar o pagamento regular de propina aos deputados é creditado, no acórdão, ao réu Roberto Jefferson (p. 2471), mas o próprio a atribuiu ao ex-Ministro das Comunicações Miro Teixeira (p. 2007), que igualmente negou a aternidade do neologismo (p. 4938). O termo foi traduzido como "grande pagamento mensal" em alguns jornais estrangeiros (*grösse Monatslohn* no *Frankfurt Allgemeiner* [www.faz.net/aktuell/politik/ausland/korruptionsskandal-in-brasilien-prozess-um-den-grossen-monatslohn-11840684.html], acesso em: 03.12.2013 e *big monthly allowance* no *New York Times* [www.nytimes.com/2013/04/07/world/americas/brazil-opens-inquiry-into-vote-buying-claims.html], acesso em: 03.12. 2013), mas a imprensa de língua espanhola preferiu manter o nome original [http://elpais.com/tag/caso_mensalao/a/], acesso em: 03.12.2013; [www.lanacion.com.ar/1495409-brasil-en-vilo-por-el-juicio-del-siglo], acesso em: 03.12.2013).” (QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A Propósito do julgamento do “Mensalão” (APn 470/MG do STF). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 106, ano 22, p. 181-214, jan.-mar. 2014).

que a gente?". Aí o Múcio voltou a mim. Eu respondi: "Isso desmoraliza. Tenho 22 anos de mandato e nunca vi isso acontecer no Congresso Nacional".³⁵⁵

A gravidade das declarações do presidente do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) e a provável origem ilícita dos recursos atraiu a atenção, levando vários parlamentares a movimentaram-se para a instalação de uma comissão parlamentar de inquérito. A crise política aprofundou-se, com disputas intensas na instalação e indicação dos membros da CMPI “dos Correios”, até que um acordo concedeu a presidência ao senador Delcídio do Amaral, do PT, e a relatoria ao deputado Osmar Serraglio, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), iniciando-se os trabalhos em junho de 2005.³⁵⁶

Com o desenrolar da CPMI “dos Correios” e das apurações paralelas realizadas pela Polícia Federal, a investigação espalhou-se por várias linhas, afastando-se um pouco do episódio inicial relacionado aos contratos dos Correios e concentrando-se na averiguação dos pagamentos indevidos aos parlamentares.

Em seguida, os deputados federais José Dirceu de Oliveira e Silva e Roberto Jefferson, pivôs da crise, perderam o mandato, ou seja, foram cassados em plenário, após a submissão ao Conselho de Ética da Câmara dos Deputados. Outros implicados, como o deputado federal Valdemar Costa Neto, pelo Partido Liberal (PL), renunciaram para escapar da cassação.

Nesse ínterim, acudiram várias versões e explicações para os fatos. Delúbio Soares e Marcos Valério confessaram a existência de algumas operações financeiras, porém disseram que seriam destinadas a pagar despesas de campanha não contabilizadas, o chamado “caixa dois” nas eleições de 2002, e que não existia prestações periódicas a parlamentares ou partidos políticos. José Dirceu alegou desconhecer os fatos, negando a existência do “mensalão”.

Analisando as provas colhidas, Paulo Moreira Leite destaca que não foi demonstrada a finalidade dos pagamentos, a “compra de votos”:

As tentativas de apontar casos de “compra de votos” envolvem hipóteses que ficaram por demonstrar. Algumas são possíveis, outras infantis, e algumas absurdas. Muitas de baseiam em juízos políticos. Imagina-se que, para aprovar a reforma da

³⁵⁵ LO PRETE, Renata. Jefferson afirma que foi "informando a todos do governo" sobre a mesada a deputados paga por Delúbio e que Lula chorou ao saber do caso. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0606200504.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

³⁵⁶ Cf. VILLA, Marco Antônio. *Mensalão: o julgamento do maior caso de corrupção da história política brasileira*. São Paulo: Leya, 2012. O autor remonta o imbróglio jurídico-político a respeito da instalação da comissão e da renovação do prazo para encerramento dos trabalhos.

Previdência, que causou revolta em suas bases mais tradicionais de eleitores, o PT não tivesse alternativa senão colocar a mão no bolso e subornar deputados.³⁵⁷

A oposição, por sua vez, reiterava a existência da estrutura de corrupção. Merval Pereira ressalta esse posicionamento:

A tese do mero caixa dois para pagamento de campanhas eleitorais fica fragilizada ante o sofisticado sistema de desvio de dinheiro público montado para irrigar cofres dos partidos com empréstimos fictícios e contas no exterior. E, mesmo que fosse verdade, o desvio de recursos públicos é crime que não se atenua com o objetivo final da aplicação do produto do roubo, mesmo que se tivesse feito doação a obra de caridade ou ao Fome-zero, conforme salientou Gurgel.³⁵⁸

Apesar das versões, depois de 10 (dez) meses de trabalho, a comissão terminou as atividades e emitiu um relatório, descrevendo vários casos de “corrupção” no país, especialmente nas empresas estatais, como o Instituto de Resseguros do Brasil, os Correios e o Banco do Brasil.

O principal trecho do relatório é o que conclui pelas evidências dos crimes de quadrilha ou bando, peculato, corrupção passiva e ativa, lavagem de dinheiro, fraude a licitações, dentre outros, negando a tese de “caixa dois” adotada no discurso dos investigados. Nesse ponto, o relatório identificou José Dirceu (ministro Chefe da Casa Civil e deputado federal pelo PT), Delúbio Soares (tesoureiro do PT), José Genoíno (presidente do PT e deputado federal), Marcos Valério (empresário, proprietário das agências de publicidade SMP&B e DNA), Henrique Pizzolato (Diretor de Marketing do Banco do Brasil) e Ramon Hollerbach (sócio de Marcos Valério nas agências de publicidade), como os principais perpetradores dos delitos, indiciando-os formalmente:

Conforme ficou demonstrado, o dinheiro saía do Banco do Brasil, passava pela Visanet, que o depositava nas contas da DNA, empresa do Sr. Marcos Valério. Cabe ressaltar que o responsável pelo desembolso do banco estatal era o ex-Diretor de Marketing Henrique Pizzolato.

Após receber os recursos, a DNA fazia aplicações nos bancos BMG e Rural e, imediatamente, contratava operações que, na verdade, apenas serviam para simular a concessão de empréstimos. Após “esquentar” o dinheiro proveniente do Banco do Brasil, o Sr. Marcos Valério, fazia a distribuição para os destinatários indicados pelo Sr. Delúbio Soares, que orientava o valor a ser recebido por cada beneficiário.

Dessa forma, os Srs. Henrique Pizzolato, Marcos Valério e Delúbio Soares agiram com comunhão de desígnios e incorreram no cometimento dos seguintes crimes:

³⁵⁷ LEITE, Paulo Moreira. *A outra história do mensalão*: as contradições de um julgamento político. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

³⁵⁸ PEREIRA, Merval. *Mensalão*: o dia a dia do maior julgamento da história política do Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2013.

peculato (art. 312 do CP); falsidade ideológica (art. 299 do CP); e lavagem de dinheiro (art. 1º, V, da Lei nº 9.613, de 1998).

Pela contratação ou prorrogação do contrato da agência DNA com a Visanet, supostamente para fazer a publicidade da cota de responsabilidade do Banco do Brasil, houve desrespeito ao princípio da licitação. Com efeito, os recursos destinados à publicidade dos cartões de crédito administrados pelo Banco do Brasil somente podem ser despedidos com estrita obediência às regras de Direito Público, a que se submete a entidade estatal. Nesse caso, percebe-se que os agentes Henrique Pizzolato, Delúbio Soares e Marcos Valério contribuíram decisivamente para a violação das regras da Lei de Licitações e Contratos, e incorreram no crime descrito no seu art. 89.

Cabe destacar que o então presidente do Partido dos Trabalhadores, José Genoíno, como dirigente máximo da legenda, foi um dos idealizadores do sistema operado pelo colega Delúbio Soares, estando por isso incurso em diversos tipos penais. Da mesma forma, o então Ministro da Casa Civil, José Dirceu, que desponta como o grande idealizador desse esquema de corrupção, destinado a garantir uma base de apoio ao Governo na Câmara dos Deputados.

Em relação ao citado “caixa dois”, configura mero crime fiscal quando praticado apenas para eximir-se o agente do pagamento de tributo. Ocorre que nem sempre a finalidade esta. Por vezes, a verdadeira intenção é ocultar a origem ilícita dos recursos que não foram contabilizados, podendo configurar, então, o crime de lavagem de dinheiro, definido no art. 1º da Lei nº 9.613, de 1998.

Se o “caixa dois” é praticado por instituição financeira ou pessoa jurídica ou natural àquela equiparada, nos termos do art. 1º da Lei nº 7.492, de 1986, tem-se o crime contra o Sistema Financeiro Nacional, definido no art. 11 desse diploma legal. Noutra giro, se a intenção é puramente eleitoral, as sanções são de natureza diversa e são estabelecidas nas Leis nº 9.096, de 1995 e no 9.504, de 1997.

A nosso sentir, os recursos que escoaram pelo *Valerioduto* têm origem ilícita, razão pela qual não se pode caracterizar os crimes praticados pelos operadores desse esquema como mero “caixa dois”. Trata-se de dinheiro proveniente de crimes contra a Administração Pública, de forma que o crime é, mesmo, de lavagem de dinheiro. Há, obviamente, concurso material com o crime de corrupção ativa, por parte de todos os que participaram do esquema, ou seja, não somente os idealizadores, mas aqueles que tiveram colaboração, ainda que secundária.³⁵⁹

Concluídos os trabalhos em abril de 2006, aprovado o relatório, os autos do inquérito relatado pela CPMI “dos Correios” foram remetidos ao Ministério Público Federal. Não havia, até esse momento, qualquer menção ao domínio do fato.

6.3 A denúncia

O procurador-geral da República Antônio Fernando Barros e Silva de Souza apresentou a denúncia no dia 30 de março de 2006, inicialmente embasada nas investigações conduzidas pela Polícia Federal, Inquérito n. 2245, conduzido pelo delegado Luís Flávio

³⁵⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Relatório final dos trabalhos da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Correios (CPMI “dos Correios”). Volume III. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/comissoes/CPI/RelatorioFinalVol3.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2015, p. 1605-1606.

Zampronha. No dia 11 de abril de 2006, recebeu o inquérito concluído pela CPMI “dos Correios” e juntou aos autos, sendo que as provas coletadas pelos parlamentares fundamentaram várias conclusões dos magistrados do Supremo Tribunal Federal.

Na petição inicial, de 133 páginas, o procurador detalhou o “Mensalão” através da ação dos acusados, distribuídos em três núcleos: *político-partidário*, *financeiro* e *publicitário*³⁶⁰.

Segundo a imputação, o núcleo político-partidário, integrado por José Dirceu, José Genoíno, Delúbio Soares e Sílvio Pereira, coordenava os delitos e tinha o objetivo de manter o PT no poder mediante a manutenção de apoio político de deputados, com a repartição de recursos desviados do erário.

O núcleo publicitário, comandado pelos empreendedores Marcos Valério, Rogério Tolentino e Cristiano Paz, celebrava contratos com órgãos públicos, nomeadamente com Banco do Brasil e a Visanet, para desviar os recursos destinados aos parlamentares, beneficiando-se com parte dos valores. O procurador-geral classificou Marcos Valério como o *pivô da estrutura de corrupção*:

Tanto é que o pivô de toda essa estrutura de corrupção e lavagem de dinheiro, o publicitário Marcos Valério, beneficiário de importantes contas de publicidade no Governo Federal, em sua manifestação de pseudointeresse em colaborar com as investigações, apresentou uma relação de valores que teriam sido repassados diretamente a parlamentares e a outras pessoas físicas e jurídicas indicadas por Delúbio Soares, acrescentando-se, à lista indicada por Roberto Jefferson, os seguintes parlamentares: Deputado João Magno - PT; Deputado João Paulo Cunha - PT; Deputado José Borba - PMDB; Deputado Josias Gomes da Silva - PT; Deputado Paulo Rocha - PT; Deputado professor Luizinho - PT; Deputado Romeu Ferreira Queiroz - PTB; e Deputado Vadão Gomes - PP.³⁶¹

O núcleo financeiro, liderado pelos órgãos de direção do Banco Rural, realizava as operações de lavagem de dinheiro, necessárias ao repasse dos recursos desviados.

Também foram incluídos deputados federais beneficiários dos valores, destacando-se João Paulo Cunha, do PT e Valdemar Costa Neto, do Partido Liberal (PL). Concernente ao presidente da República, a denúncia o cita duas vezes, porém sem qualquer insinuação quanto

³⁶⁰ A íntegra da denúncia pode ser conferida no site do Ministério Público Federal, sendo que tanto ao acórdão de recebimento quanto o acórdão condenatório estruturam-se a partir da sistematização proposta pelo procurador-geral da República. No site também há um interessante quadro de réus e seus respectivos crimes. Cf. BRASIL. Ministério Público Federal. Disponível em: <www.noticias.pgr.mpf.mp.br/.../mensalao-veja-a-integra-da-denuncia-e-o-quadro-de-reus>. Acesso em: 30 jun. 2015.

³⁶¹ BRASIL. Ministério Público Federal. Denúncia AP 470/MG. Inquérito 2245. Disponível em: <www.noticias.pgr.mpf.mp.br/.../mensalao-veja-a-integra-da-denuncia-e-o-quadro-de-reus>. Acesso em: 30 jun. 2015, p. 9.

ao conhecimento dos fatos³⁶². No total, 40 (quarenta) pessoas foram denunciadas pelo Ministério Público Federal.

Na exordial, o procurador não menciona expressamente a *teoria do domínio do fato*, mas ao descrever a conduta de José Dirceu nos delitos asseverou que ele teria o “domínio funcional de todos os crimes perpetrados”, uma alusão à teoria do domínio funcional do fato:

Com a base probatória colhida, pode-se afirmar que José Genoíno, até pelo cargo partidário ocupado, era o interlocutor político visível da organização criminosa, contando com o auxílio direto de Sílvio Pereira, cuja função primordial na quadrilha era tratar de cargos a serem ocupados no Governo Federal. Delúbio Soares, por sua vez, era o principal elo com as demais ramificações operacionais da quadrilha (Marcos Valério e Rural)²⁸, repassando as decisões adotadas pelo núcleo central²⁹. Tudo sob as ordens do denunciado José Dirceu, que tinha o domínio funcional de todos os crimes perpetrados, caracterizando-se, em arremate, como o chefe do organograma delituoso.³⁶³

O órgão de execução ministerial não discute a natureza dos delitos (de ação ou de dever) e não faz distinção a respeito da categoria dos acusados no concurso de pessoas, se autores ou partícipes, suscitando apenas a aplicação do artigo 29 do Código Penal. Daí conclui-se que todos são tratados uniformemente como autores na denúncia.

Em seguida o acórdão é recebido, acompanhando os capítulos da imputação proposta na denúncia. Aqui ocorre *primeira menção expressa ao domínio do fato* pelo Supremo Tribunal Federal, referente ao capítulo VI da denúncia, que tratou da corrupção ativa:

CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA. CORRUPÇÃO ATIVA. ATO DE OFÍCIO. VOTO DOS PARLAMENTARES. TIPICIDADE, EM TESE, DAS CONDUTAS. COMPLEXIDADE DOS FATOS. INDIVIDUALIZAÇÃO SUFICIENTE AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. CONCURSO DE VÁRIOS AGENTES. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. DIVISÃO DE TAREFAS. OBEDIÊNCIA AO ARTIGO 41 DO CPP. EXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. O “ato de ofício” mencionado no tipo legal do art. 333 do Código Penal seria, no caso dos autos, principalmente o voto dos parlamentares acusados de corrupção passiva, além do apoio paralelo de outros funcionários públicos, que trabalhavam a serviço desses parlamentares. 2. As condutas tipificadas no artigo 333 do Código Penal, supostamente praticadas pelo 1º, o 2º, o 3º, o 4º, o 5º, o 6º, o 7º, o 8º, o 9º e o 10º denunciados, teriam sido praticadas mediante uma divisão de tarefas, detalhadamente narrada na denúncia, de modo que cada suposto autor praticasse uma fração dos atos executórios do iter criminoso. O que deve ser exposto na denúncia, em atendimento ao que determina o artigo 41 do Código de Processo penal, é de que forma cada um dos denunciados teria contribuído para a suposta consumação do delito, ou seja, qual papel cada um teria desempenhado na execução do crime. 3. Assim, o denominado “núcleo político partidário” teria interesse na compra do apoio político que criaria as condições para que o grupo que se sagrou majoritário nas eleições se perpetuasse no poder, ao passo que os denunciados do dito “núcleo publicitário” se beneficiariam de um percentual do numerário que seria entregue aos beneficiários finais do suposto esquema de

³⁶² Cf. BRASIL. Ministério Público Federal. Denúncia AP 470/MG. Inquérito 2245, p. 22-23.

³⁶³ Cf. BRASIL. Ministério Público Federal. Denúncia AP 470/MG. Inquérito 2245, p. 25.

repasses. 4. Condutas devidamente individualizadas na denúncia. 5. Existência de base probatória mínima, suficiente para dar início à ação penal. [...].³⁶⁴

Nesse primeiro momento, em que se instaura a ação penal, o Tribunal Excelso limitou-se a afirmar a distribuição de tarefas entre os agentes do delito, fixando a coautoria funcional. A corte não enfrentou a natureza dos delitos, isto é, não menciona a classificação que distingue delitos de domínio e delitos de dever, de modo que a corte olvidou-se das contribuições de Roxin. Ademais, a teoria do domínio do fato só é mencionada nos crimes de corrupção ativa.

6.4 Julgamento no plenário do Supremo Tribunal Federal

No dia 02 de agosto de 2012 iniciou-se o julgamento no plenário do Supremo Tribunal Federal, que se tornou o mais longo e, possivelmente, o mais ecoado da história da corte excelsa brasileira. A imprensa acudiu a Brasília e a sociedade passou a acompanhar, diariamente, os debates e os votos dos ministros, transmitidos ao vivo pela *TV Justiça*.

Após a suscitação de várias questões de ordem, especialmente referente ao foro para julgamento dos acusados, o procurador-geral da República Roberto Gurgel sustentou a acusação, nos termos da denúncia apresentada por seu antecessor e do acórdão de recebimento da denúncia. No final, classificou o mensalão como “o mais atrevido e escandaloso esquema de corrupção e de desvio de dinheiro público flagrado no Brasil”³⁶⁵, ressaltando que José Dirceu era o “mentor, protagonista e idealizador” do esquema.

Nessa acusação em plenário, o procurador-geral da República retorquiu as alegações da defesa com a teoria do domínio do fato:

Para derrubar essa visão, Roberto Gurgel salientou que as provas testemunhais têm o mesmo valor das documentais e citou a teoria do “domínio final do fato”, do jurista Heleno Fragoso, que define o autor do crime como aquele que pode decidir quanto à realização e consumação. “Nas palavras do mestre, seria autor não apenas quem realiza a conduta típica, objetiva e subjetivamente, e o autor mediato, mas também, por exemplo, o chefe da quadrilha que, sem realizar a ação típica, planeja e decide a

³⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. 2245. Autor: Ministério Público Federal. Réu(s): José Dirceu de Oliveira e Silva. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Jul. 28 ago. 08 2007. DJe-139, 08 nov. 2007. Diário de Justiça, 09 nov.2007 DJ 09-11-2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000004626&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 27 dez. 2015, grifo nosso.

³⁶⁵ CASTRO, Helder. “Mensalão”, um dos maiores escândalos políticos do Brasil, começa a ser julgado hoje. Disponível em: <<http://www.portugaldigital.com.br/politica/ver/20070874-qmensalaoq-um-dos-maiores-escandalos-politicos-do-brasil-coemca-a-ser-julgado-hoje>>. Acesso em: 02 maio 2016.

atividade dos demais, pois é ele quem tem, eventualmente em conjunto com outros, o domínio final da ação”.³⁶⁶

Em seguida, a defesa de cada um dos réus objetou as acusações, alegando ausência de provas concludentes e desqualificando os testemunhos tomados na fase pré-processual. Eis a visão de Paulo Moreira Leite:

O advogado de José Dirceu mostrou que não há uma única testemunha de que o então ministro da Casa Civil estivesse articulando a compra de votos. Admitiu o óbvio, que Dirceu tinha uma imensa influência política em tudo que ocorria no Planalto. Mas citou testemunhas e testemunhos que afirmaram o contrário do que disse Gurgel.³⁶⁷

Quanto aos pagamentos efetuados, a defesa de Delúbio Soares, acompanhada pelos advogados de outros réus, reiterou que eram para cobrir despesas de campanha eleitoral não contabilizada, ou seja, a tese de “caixa dois”. A defesa não contestou diretamente o recurso à teoria do domínio do fato, vinculando-se mais ao procedimento probatório:

O advogado de Delúbio Soares mostrou uma realidade difícil de ser desmentida, a de que os acordos políticos são anteriores ao acordo financeiro. É um argumento bom para se negar a noção de quadrilha, de bandidagem, que desde o início se coloca no debate. A defesa de Delúbio citou uma jornalista insuspeita de qualquer simpatia pelo governo Lula para sustentar a tese de que todos os gastos e despesas se destinam, na origem, a cobrir despesas de campanha. Admitiu-se, portanto, crime de natureza eleitoral – e não corrupção.³⁶⁸

Desse debate inicial, verifica-se que o procurador-geral trouxe uma concepção semelhante à concebida por Welzel, já descrita no capítulo 3 como *domínio final do fato* (em alusão ao finalismo) e, por isso, aponta o mandante ou organizador da empreitada criminosa como autor e não mero partícipe. Porém, o procurador desloca-se do tema a que se referia: a existência ou não de provas sobre a conduta do réu.

Encerrados os debates orais da acusação e da defesa, os ministros do Supremo Tribunal Federal apresentaram seus votos, começando pelo relator Joaquim Barbosa.

6.5 A ementa do acórdão condenatório e o domínio do fato

³⁶⁶ PEREIRA, Merval. *Mensalão: o dia a dia do maior julgamento da história política do Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2013.

³⁶⁷ LEITE, Paulo Moreira. *A outra história do mensalão: as contradições de um julgamento político*. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

³⁶⁸ LEITE, Paulo Moreira. *A outra história do mensalão: as contradições de um julgamento político*. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

O julgamento terminou no dia 17 de dezembro de 2012, mais de quatro meses após ser iniciado, e o acórdão foi publicado no dia 22 de abril de 2013. A denúncia foi substancialmente acolhida pelos julgadores, condenando 25 (vinte e cinco) réus, dos respectivos núcleos *político-partidário*, *publicitário* e *financeiro*.³⁶⁹

A decisão possui 8.405 (oito mil, quatrocentos e cinco) páginas³⁷⁰, possivelmente o acórdão mais dilatado da história judicial brasileira. Inviável transcrevê-la na íntegra. A ementa do acórdão também é bastante robusta, mas é possível, a partir dela, identificar os pontos em que o Supremo Tribunal Federal utilizou ou se referiu, ainda que implicitamente, ao domínio do fato. Veja a ementa do acórdão condenatório, com as supressões dos pontos desnecessários à pesquisa:

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PRELIMINARES REJEITADAS, SALVO A DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELA NÃO INTIMAÇÃO DE ADVOGADO CONSTITUÍDO. ANULAÇÃO DO PROCESSO EM RELAÇÃO AO RÉU CARLOS ALBERTO QUAGLIA, A PARTIR DA DEFESA PRÉVIA. CONSEQUENTE PREJUDICIALIDADE DA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELA NÃO INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS ARROLADAS PELA DEFESA. Rejeição das preliminares de desmembramento do processo; impedimento e parcialidade do relator; inépcia e ausência de justa causa da denúncia; [...]. **ITEM II DA DENÚNCIA. QUADRILHA (ART. 288 DO CÓDIGO PENAL). ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL E ORGANIZADA, CUJOS MEMBROS AGIAM COM DIVISÃO DE TAREFAS, VISANDO À PRÁTICA DE VÁRIOS CRIMES. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO.** *O extenso material probatório, sobretudo quando apreciado de forma contextualizada, demonstrou a existência de uma associação estável e organizada, cujos membros agiam com divisão de tarefas, visando à prática de delitos, como crimes contra a administração pública e o sistema financeiro nacional, além de lavagem de dinheiro. Essa associação estável – que atuou do final de 2002 e início de 2003 a junho de 2005, quando os fatos vieram à tona – era dividida em núcleos específicos, cada um colaborando com o todo criminoso, os quais foram denominados pela acusação de (1) núcleo político; (2) núcleo operacional, publicitário ou Marcos Valério; e (3) núcleo financeiro ou banco Rural. Tendo em vista a divisão de tarefas existente no grupo, cada agente era especialmente incumbido não de todas, mas de determinadas ações e omissões, as quais, no conjunto, eram essenciais para a satisfação dos objetivos ilícitos da associação criminoso. Condenação de JOSÉ DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA, DELÚBIO SOARES DE CASTRO, JOSÉ GENOÍNO NETO, MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA, RAMON HOLLERBACH CARDOSO, CRISTIANO DE MELLO PAZ, ROGÉRIO LANZA TOLENTINO, SIMONE REIS LOBO DE VASCONCELOS, KÁTIA RABELLO e JOSÉ ROBERTO SALGADO, pelo crime descrito no art. 288 do Código Penal. Absolvição de GEIZA DIAS DOS SANTOS e AYANNA TENÓRIO TORRES DE JESUS, nos termos do disposto no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.*

³⁶⁹ FOLHA DE SÃO PAULO. Em recurso, réus do Mensalão criticam acórdão do STF e tentam evitar Barbosa. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/05/1272383-em-recursos-reus-do-mensalao-criticam-acordao-do-stf-e-tentam-evitar-barbosa.shtml>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

³⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Íntegra do acórdão proferido na Ação Penal n. 470/MG. Autor: Ministério Público Federal. Réu(s): José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Jul. 02 ago. 2012 a 17 dez. 2012. *Diário de Justiça*, 22 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

Absolvição, também, contra o voto do relator e dos demais ministros que o acompanharam, de VINÍCIUS SAMARANE, ante o empate na votação, conforme decidido em questão de ordem.

CAPÍTULO III DA DENÚNCIA. SUBITEM III.1. CORRUPÇÃO PASSIVA. CORRUPÇÃO ATIVA. PECULATO. LAVAGEM DE DINHEIRO. AÇÃO PENAL JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. *Restou comprovado o pagamento de vantagem indevida ao então Presidente da Câmara dos Deputados, por parte dos sócios da agência de publicidade que, poucos dias depois, viria a ser contratada pelo órgão público presidido pelo agente público corrompido. Vinculação entre o pagamento da vantagem e os atos de ofício de competência do ex-Presidente da Câmara, cuja prática os réus sócios da agência de publicidade pretenderam influenciar. Condenação do réu JOÃO PAULO CUNHA, pela prática do delito descrito no artigo 317 do Código Penal (corrupção passiva), e dos réus MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH, pela prática do crime tipificado no artigo 333 do Código Penal (corrupção ativa).* 2. *Através da subcontratação quase integral do objeto do contrato de publicidade, bem como da inclusão de despesas não atinentes ao objeto contratado, os réus corruptores receberam recursos públicos em volume incompatível com os ínfimos serviços prestados, conforme constatado por equipes de auditoria de órgãos distintos. Violação, por outro lado, à modalidade de licitação que resultou na contratação da agência dos réus. Comprovado o desvio do dinheiro público, com participação ativa do Presidente da Câmara dos Deputados, que detinha a posse dos recursos em razão do cargo que exercia. Caracterizado um dos crimes de peculato (art. 312 do CP) narrados no Item III.1 da denúncia. Condenação dos réus JOÃO PAULO CUNHA, MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH.* 3. *Contratação, pela Câmara dos Deputados, de empresa de consultoria que, um mês antes, fora responsável pela propaganda eleitoral pessoal do réu JOÃO PAULO CUNHA, por ocasião da eleição à presidência da Casa Legislativa. Acusação ao réu JOÃO PAULO CUNHA pela prática do crime de peculato, que teria sido praticado por meio de desvio de recursos públicos para fins privados. Não comprovação. Denúncia julgada improcedente, nesta parte. Absolvição do acusado JOÃO PAULO CUNHA em relação a esta imputação, contra o voto do Relator e dos demais Ministros que o acompanhavam no sentido da condenação.* 4. *Caracteriza o crime de lavagem de dinheiro o recebimento de dinheiro em espécie, que o réu sabia ser de origem criminosa, mediante mecanismos de ocultação e dissimulação da natureza, origem, localização, destinação e propriedade dos valores, e com auxílio dos agentes envolvidos no pagamento do dinheiro, bem como de instituição financeira que serviu de intermediária à lavagem de capitais. O emprego da esposa como intermediária não descaracteriza o dolo da prática do crime, tendo em vista que o recebimento dos valores não foi formalizado no estabelecimento bancário e não deixou rastros no sistema financeiro nacional. Condenação do réu JOÃO PAULO CUNHA pela prática do delito descrito no art. 1º, V e VI, da Lei 9.613/98, na redação em vigor à época do fato.*

CAPÍTULO III DA DENÚNCIA. SUBITEM III.2. PECULATO. DESVIO DE RECURSOS PERTENCENTES AO BANCO DO BRASIL, A TÍTULO DE ‘BÔNUS DE VOLUME’, APROPRIADOS PELA AGÊNCIA DE PUBLICIDADE CONTRATADA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. COAUTORIA ENTRE O DIRETOR DE MARKETING DA ENTIDADE PÚBLICA E SÓCIOS DA AGÊNCIA DE PUBLICIDADE. DENÚNCIA JULGADA PROCEDENTE. *Apropriação indevida de valores pertencentes ao Banco do Brasil, denominados “bônus de volume”, devolvidos por empresas contratadas pelo Banco, a título de desconto à entidade pública contratante. Os três corréus controladores da empresa de publicidade contratada pelo Banco do Brasil, em coautoria com o Diretor de Marketing da instituição financeira, desviaram os recursos que, nos termos das normas regimentais, estavam sob a posse e fiscalização do mencionado Diretor. Crime de peculato comprovado. Condenação dos réus HENRIQUE PIZZOLATO, MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH, pela prática do crime definido no art. 312 do Código Penal.*

CAPÍTULO III DA DENÚNCIA. SUBITEM III.3. CORRUPÇÃO PASSIVA, CORRUPÇÃO ATIVA, PECULATO E LAVAGEM DE DINHEIRO. DESVIO DE RECURSOS

ORIUNDOS DE PARTICIPAÇÃO DO BANCO DO BRASIL NO FUNDO VISANET. ACUSAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. *Comprovou-se que o Diretor de Marketing do Banco do Brasil recebeu vultosa soma de dinheiro em espécie, paga pelos réus acusados de corrupção ativa, através de cheque emitido pela agência de publicidade então contratada pelo Banco do Brasil. Pagamento da vantagem indevida com fim de determinar a prática de atos de ofício da competência do agente público envolvido, em razão do cargo por ele ocupado. Condenação do réu HENRIQUE PIZZOLATO, pela prática do delito descrito no artigo 317 do Código Penal (corrupção passiva), bem como dos réus MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH, pela prática do crime tipificado no artigo 333 do Código Penal (corrupção ativa).* 2. *Caracteriza o crime de lavagem de capitais o recebimento de dinheiro em espécie, que o réu sabia ser de origem criminosa, mediante mecanismos de ocultação e dissimulação da natureza, origem, localização, destinação e propriedade dos valores, com auxílio dos agentes envolvidos no pagamento do dinheiro, bem como de instituição financeira que serviu de intermediária à lavagem de capitais. O emprego de um subordinado da confiança do então Diretor de Marketing do Banco do Brasil, como intermediário do recebimento dos recursos no interior de agência bancária, foi apenas uma das etapas empregadas para consumir o crime de lavagem de dinheiro, que teve por fim assegurar o recebimento da soma, em espécie, por seu real destinatário. Ausência de registro do procedimento no sistema bancário. Condenação do réu HENRIQUE PIZZOLATO pela prática do delito de lavagem de dinheiro, nos termos do art. 1º, V e VI, da Lei 9.613/98, na redação em vigor à época do fato.* 3. *Ficou comprovada a prática do crime de peculato, consistente na transferência de vultosos recursos pertencentes ao Banco do Brasil, na condição de quotista do Fundo de Incentivo Visanet, em proveito da agência dos réus do denominado “núcleo publicitário”, inexistente qualquer contrato entre as partes e mediante antecipações ilícitas, para pagamento de serviços que não haviam sido prestados. Ordens de transferência dos recursos emanadas do Diretor de Marketing do Banco do Brasil, em troca da vantagem financeira indevida por ele recebida dos beneficiários.* 4. *Ausência de prova da participação do então Ministro da Secretaria de Comunicação e Gestão Estratégica da Presidência da República, LUIZ GUSHIKEN, na prática do crime de peculato que lhe foi imputado. Absolvição.* 5. *Condenação dos réus HENRIQUE PIZZOLATO, MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH, pela prática do crime de peculato (art. 312 do Código Penal).*

ITEM IV DA DENÚNCIA. LAVAGEM DE DINHEIRO (ART. 1º, V E VI, DA LEI 9.613/1998). FRAUDES CONTÁBEIS, SIMULAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS E REPASSES DE VALORES ATRAVÉS DE BANCO, COM DISSIMULAÇÃO DA NATUREZA, ORIGEM, LOCALIZAÇÃO, DISPOSIÇÃO E MOVIMENTAÇÃO DE TAIS VALORES, BEM COMO OCULTAÇÃO DOS VERDADEIROS PROPRIETÁRIOS DESSAS QUANTIAS, QUE SABIDAMENTE ERAM PROVENIENTES DE CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ATUAÇÃO COM UNIDADE DE DESÍGNIOS E DIVISÃO DE TAREFAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. A realização do crime de lavagem de dinheiro (art. 1º, V e VI, da Lei 9.613/1998) ocorreu mediante três grandes etapas, integradas por condutas reiteradas e, muitas vezes, concomitantes, as quais podem ser agrupadas da seguinte forma: (1) fraude na contabilidade de pessoas jurídicas ligadas ao réu MARCOS VALÉRIO, especialmente na SMP&B Comunicação Ltda., na DNA Propaganda Ltda. e no próprio Banco Rural S/A; (2) simulação de empréstimos bancários, formalmente contraídos, sobretudo, no Banco Rural S/A e no Banco BMG, bem como utilização de mecanismos fraudulentos para encobrir o caráter simulado desses mútuos fictícios; e, principalmente, (3) repasses de vultosos valores através do banco Rural, com dissimulação da natureza, origem, localização, disposição e movimentação de tais valores, bem como ocultação, especialmente do Banco Central e do Coaf, dos verdadeiros (e conhecidos) proprietários e beneficiários dessas quantias, que sabidamente eram provenientes, direta ou indiretamente, de crimes contra a administração pública (itens III e VI) e o sistema financeiro nacional (item V). Limitando-se ao que consta da denúncia, foram identificadas e comprovadas

quarenta e seis operações de lavagem de dinheiro realizadas através de mecanismos ilícitos disponibilizados pelo Banco Rural. *Os delitos foram cometidos por réus integrantes do chamado “núcleo publicitário” e do “núcleo financeiro”, com unidade de desígnios e divisão de tarefas, ficando cada agente incumbido de determinadas funções, de cujo desempenho dependia o sucesso da associação criminosa. Condenação de MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA, RAMON HOLLERBACH CARDOSO, CRISTIANO DE MELLO PAZ, ROGÉRIO LANZA TOLENTINO, SIMONE REIS LOBO DE VASCONCELOS, KÁTIA RABELLO, JOSÉ ROBERTO SALGADO e VINÍCIUS SAMARANE, pelo crime descrito no art. 1º, V e VI, da Lei 9.613/1998 (na redação anterior à Lei 12.683/2012), praticado 46 vezes em continuidade delitiva, salvo em relação a ROGÉRIO LANZA TOLENTINO, a quem o Pleno, contra o voto do relator e dos demais ministros que o acompanharam, atribuiu o crime apenas uma vez. Absolvição de GEIZA DIAS DOS SANTOS, contra o voto do relator e dos demais ministros que o acompanharam, e AYANNA TENÓRIO TORRES DE JESUS (art. 386, VII, do Código de Processo Penal).*

ITEM V DA DENÚNCIA. GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA (ART. 4º DA LEI 7.492/1986). SIMULAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS E UTILIZAÇÃO DE DIVERSOS MECANISMOS FRAUDULENTOS PARA ENCOBRIR O CARÁTER SIMULADO DESSAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO. ATUAÇÃO COM UNIDADE DE DESÍGNIOS E DIVISÃO DE TAREFAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. O crime de gestão fraudulenta de instituição financeira (art. 4º da Lei 7.492/1986) configurou-se com a simulação de empréstimos bancários e a utilização de diversos mecanismos fraudulentos para encobrir o caráter simulado dessas operações de crédito, tais como: (1) rolagem da suposta dívida mediante, por exemplo, sucessivas renovações desses empréstimos fictícios, com incorporação de encargos e realização de estornos de valores relativos aos encargos financeiros devidos, de modo a impedir que essas operações apresentassem atrasos; (2) incorreta classificação do risco dessas operações; (3) desconsideração da manifesta insuficiência financeira dos mutuários e das garantias por ele ofertadas e aceitas pelo banco; e (4) não observância tanto de normas aplicáveis à espécie, quanto de análises da área técnica e jurídica do próprio Banco Rural S/A. Ilícitos esses que também foram identificados por perícias do Instituto Nacional de Criminalística e pelo Banco Central do Brasil. *Crime praticado em concurso de pessoas, com unidade de desígnios e divisão de tarefas. Desnecessidade, para a configuração da co-autoria delitiva, de que cada um dos agentes tenha praticado todos os atos fraudulentos que caracterizaram a gestão fraudulenta de instituição financeira. Pela divisão de tarefas, cada co-autor era incumbido da realização de determinadas condutas, cujo objetivo era a realização do delito. Condenação de KÁTIA RABELLO, JOSÉ ROBERTO SALGADO e VINÍCIUS SAMARANE, pelo cometimento do crime descrito no art. 4º da Lei 7.492/1986. Absolvição de AYANNA TENÓRIO TORRES DE JESUS (art. 386, VII, do Código de Processo Penal), contra o voto do relator.*

CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA. SUBITENS VI.1, VI.2, VI.3 E VI.4. CORRUPÇÃO ATIVA E CORRUPÇÃO PASSIVA. ESQUEMA DE PAGAMENTO DE VANTAGEM INDEVIDA A PARLAMENTARES PARA FORMAÇÃO DE “BASE ALIADA” AO GOVERNO FEDERAL NA CÂMARA DOS DEPUTADOS. COMPROVAÇÃO. RECIBOS INFORMAIS. DESTINAÇÃO DOS RECURSOS RECEBIDOS. IRRELEVÂNCIA. AÇÃO PENAL JULGADA PROCEDENTE, SALVO EM RELAÇÃO A DOIS ACUSADOS. CONDENAÇÃO DOS DEMAIS. 1. *Conjunto probatório harmonioso que, evidenciando a sincronia das ações de corruptos e corruptores no mesmo sentido da prática criminosa comum, conduz à comprovação do amplo esquema de distribuição de dinheiro a parlamentares, os quais, em troca, ofereceram seu apoio e o de seus correligionários aos projetos de interesse do Governo Federal na Câmara dos Deputados.* 2. *A alegação de que os milionários recursos distribuídos a parlamentares teriam relação com dívidas de campanha é inócua, pois a eventual destinação dada ao dinheiro não tem relevância para a caracterização da conduta típica nos crimes de corrupção passiva e ativa. Os parlamentares receberam o dinheiro em razão da função, em esquema que viabilizou o pagamento e o*

recebimento de vantagem indevida, tendo em vista a prática de atos de ofício. 3. Dentre as provas e indícios que, em conjunto, conduziram ao juízo condenatório, destacam-se as várias reuniões mantidas entre os corréus no período dos fatos criminosos, associadas a datas de tomadas de empréstimos fraudulentos junto a instituições financeiras cujos dirigentes, a seu turno, reuniram-se com o organizador do esquema; a participação, nessas reuniões, do então Ministro-Chefe da Casa Civil, do publicitário encarregado de proceder à distribuição dos recursos e do tesoureiro do partido político executor das ordens de pagamento aos parlamentares corrompidos; os concomitantes repasses de dinheiro em espécie para esses parlamentares corrompidos, mediante atuação direta do ex-tesoureiro do Partido dos Trabalhadores e dos publicitários que, à época, foram contratados por órgãos e entidades públicas federais, dali desviando recursos que permitiram o abastecimento do esquema; existência de dezenas de “recibos”, meramente informais e destinados ao uso interno da quadrilha, por meio dos quais se logrou verificar a verdadeira destinação (pagamento de propina a parlamentares) do dinheiro sacado em espécie das contas bancárias das agências de publicidade envolvidas; declarações e depoimentos de corréus e de outras pessoas ouvidas no curso da ação penal, do inquerito e da chamada “CPMI dos Correios”; tudo isso, ao formar um sólido contexto fático-probatório, descrito no voto condutor, compõe o acervo de provas e indícios que, somados, revelaram, além de qualquer dúvida razoável, a procedência da acusação quanto aos crimes de corrupção ativa e passiva. Ficaram, ainda, devidamente evidenciadas e individualizadas as funções desempenhadas por cada corréu na divisão de tarefas estabelecida pelo esquema criminoso, o que permitiu que se apontasse a responsabilidade de cada um. 4. A organização e o controle das atividades criminosas foram exercidos pelo então Ministro-Chefe da Casa Civil, responsável pela articulação política e pelas relações do Governo com os parlamentares. Conluio entre o organizador do esquema criminoso e o então Tesoureiro de seu partido; os três publicitários que ofereceram a estrutura empresarial por eles controlada para servir de central de distribuição de dinheiro aos parlamentares corrompidos, inclusive com a participação intensa da Diretora Financeira de uma das agências de publicidade. [...] 6. Condenação dos réus JOSÉ DIRCEU, JOSÉ GENOÍNO, DELÚBIO SOARES, MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ, RAMON HOLLERBACH, ROGÉRIO TOLENTINO e SIMONE VASCONCELOS, pela prática dos crimes de corrupção ativa (art. 317 do Código Penal) que lhes foram imputados. 7. Absolvição dos réus ANDERSON ADAUTO e GEIZA DIAS, por falta de provas suficientes à condenação. 7. Condenação dos réus PEDRO CORRÊA, PEDRO HENRY, JOÃO CLÁUDIO GENU, VALDEMAR COSTA NETO, CARLOS ALBERTO RODRIGUES PINTO, JACINTO LAMAS, ROBERTO JEFFERSON, ROMEU QUEIROZ, EMERSON PALMIERI e JOSÉ BORBA, pela prática do crime de corrupção passiva (art. 333 do Código Penal)³⁷¹. **CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA. SUBITENS VI.1, VI.2, VI.3 E VI.4. LAVAGEM DE DINHEIRO. RECURSOS DE ORIGEM CRIMINOSA. EMPREGO DE MECANISMOS DESTINADOS À OCULTAÇÃO E DISSIMULAÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO, DESTINAÇÃO E PROPRIEDADE DOS VALORES. PROCEDÊNCIA, EM PARTE, DA DENÚNCIA.** 1. Emprego de mecanismos destinados à ocultação e dissimulação da natureza, origem, movimentação, localização e propriedade dos milhares de reais, em espécie, que os réus condenados pela prática do crime de corrupção passiva receberam no desenrolar do esquema criminoso. [...]. **CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA. SUBITENS VI.1 E VI.2. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ACUSAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.** Absolvição do réu ANTÔNIO LAMAS, por falta de provas para a condenação. Decisão unânime. Absolvição dos réus BRENO FISCHBERG e PEDRO HENRY, por falta de provas para a condenação. Maioria. Vencido o Relator e os demais ministros que o

³⁷¹ Vale dizer que, apesar de mencionado o artigo 333 do Código Penal (corrupção ativa), na verdade, os julgadores condenaram os parlamentares que receberam dinheiro como incursos no artigo 317 do Código Penal (corrupção passiva). Na linha anterior, os julgadores condenaram os que determinaram os pagamentos no crime de corrupção ativa, embora tenham indicado o tipo do artigo 317. Ao que tudo indica, trata-se de mero erro material.

acompanhavam. Absolvição dos réus PEDRO CORRÊA, JOÃO CLÁUDIO GENU, ENIVALDO QUADRADO, VALDEMAR COSTA NETO e JACINTO LAMAS, tendo em vista o empate na votação, nos termos da questão de ordem resolvida pelo plenário. Vencido o Relator e os demais ministros que o acompanharam. **ITEM VII DA DENÚNCIA. LAVAGEM DE DINHEIRO (ART. 1º, V, VI E VII, DA LEI 9.613/1998). INEXISTÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE DE QUE OS RÉUS TINHAM CONHECIMENTO DOS CRIMES ANTECEDENTES. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.** A dissimulação da origem, localização e movimentação de valores sacados em espécie, com ocultação dos verdadeiros proprietários ou beneficiários dessas quantias, não caracteriza o delito previsto no art. 1º, V e VI, da Lei 9.613/1998 (na redação anterior à Lei 12.683/2012), se não há prova suficiente, como no caso, de que os acusados tinham conhecimento dos crimes antecedentes à lavagem do dinheiro. Absolvição de ANITA LEOCÁDIA PEREIRA DA COSTA, LUIZ CARLOS DA SILVA (PROFESSOR LUIZINHO) e JOSÉ LUIZ ALVES (art. 386, VII, do Código de Processo Penal). Absolvição, contra o voto do relator e dos demais ministros que o acompanharam, de PAULO ROBERTO GALVÃO DA ROCHA, JOÃO MAGNO DE MOURA e ANDERSON ADAUTO PEREIRA, ante o empate na votação, conforme decidido em questão de ordem. **ITEM VIII DA DENÚNCIA. LAVAGEM DE DINHEIRO. MANUTENÇÃO DE CONTA NÃO DECLARADA NO EXTERIOR. EVASÃO DE DIVISAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. LAVAGEM DE DINHEIRO (ART. 1º, V, VI e VII DA LEI 9.613/1998). INEXISTÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE DE QUE OS RÉUS TINHAM CONHECIMENTO DOS CRIMES ANTECEDENTES. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.** A ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, movimentação e propriedade de valores recebidos não caracteriza o delito previsto no art. 1º, V e VI, da Lei 9.613/1998 (na redação anterior à Lei 12.683/2012), se não há prova suficiente, como no caso, de que os acusados tinham conhecimento dos crimes antecedentes à lavagem do dinheiro. [...]. **PERDA DO MANDATO ELETIVO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E FUNÇÕES. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL. CONDENAÇÃO DOS RÉUS DETENTORES DE MANDATO ELETIVO PELA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PENA APLICADA NOS TERMOS ESTABELECIDOS NA LEGISLAÇÃO PENAL PERTINENTE. 1.** O Supremo Tribunal Federal recebeu do Poder Constituinte originário a competência para processar e julgar os parlamentares federais acusados da prática de infrações penais comuns. Como consequência, é ao Supremo Tribunal Federal que compete a aplicação das penas cominadas em lei, em caso de condenação. A perda do mandato eletivo é uma pena acessória da pena principal (privativa de liberdade ou restritiva de direitos), e deve ser decretada pelo órgão que exerce a função jurisdicional, como um dos efeitos da condenação, quando presentes os requisitos legais para tanto. [...]. 7. Decretada, por maioria, a perda dos mandatos dos réus titulares de mandato eletivo. (AP 470, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 19-04-2013 PUBLIC 22-04-2013)³⁷²

A ementa proporciona elementos importantes para a compreensão dos fatos, embora não sirva para um exame pormenorizado do domínio do fato. Observa-se que muito da especulação em torno do julgado origina-se da incompreensão da decisão e dos tipos penais imputados aos acusados, o que, de certa maneira, justifica-se por envolver muitos réus e

³⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa do acórdão da Ação Penal n. 470/MG. Autor: Ministério Público Federal. Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Jul. 02 ago. 2012 a 17 dez. 2012. *Diário de Justiça*, 22 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000203677&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 jun. 2015, grifo nosso.

crimes, praticados em um lapso temporal bastante dilatado (do final de 2002 até o início de 2005).

Para mitigar esse obscurecimento, a partir da ementa, propõe-se uma nova topografia do caso, desvinculada nos *núcleos político-partidário, financeiro e publicitário*, declinados na denúncia. Essa análise será importante no instante de avaliar a decisão do Supremo Tribunal Federal, posto que os núcleos propostos pelo procurador-geral da República parecem mais sociológico-criminais do que técnico-jurídicos, dificultando o exame de uma possível “coordenação” dos fatos.

Pode-se falar então em dois *centros gravitacionais* de delitos nos fatos narrados na Ação Penal n. 470/MG: (1º) nos contratos de publicidade da Câmara dos Deputados, compartilhado por João Paulo Cunha e Marcos Valério; (2º) nos desvios de recursos do Banco do Brasil e do Fundo Visanet, intermediados pela lavagem no Banco Rural, para pagamentos periódicos a partidos políticos e parlamentares, organizados por Marcos Valério, José Dirceu e Delúbio Soares.

O único ponto que une esses dois centros é que tanto no primeiro quanto no segundo, os parlamentares envolvidos utilizaram-se da estrutura empresarial disponibilizada por Marcos Valério, submergido nas empresas SMP&B e DNA, além de seus colaboradores no Banco Rural.

No primeiro centro de delitos, verificou-se que Marcos Valério – e seus sócios Ramon Hollerbach e Cristiano Paz – aproximou-se de João Paulo Cunha e veiculou a campanha do deputado para presidente da Câmara dos Deputados. Após a vitoriosa campanha, João Paulo Cunha promove a licitação para contratar serviços de publicidade para a Câmara, sagrando-se vencedora a empresa SMP&B, de Marcos Valério. Segundo o que foi assentado no acórdão, a licitação foi direcionada à referida empresa, João Paulo Cunha recebeu R\$ 50.000,00 pelo apoio (valor sacado pela esposa de João Paulo Cunha, das contas da SMP&B e, posteriormente, confessados por sua cônjuge e pelo próprio parlamentar) e o contrato milionário foi cumprido mediante serviços incompatíveis com o valor do negócio jurídico, permeado de excessivas subcontratações. Daí João Paulo Cunha foi condenado por peculato e corrupção passiva, enquanto Marcos Valério, Ramon Hollerbach e Cristiano Paz foram punidos a título de peculato e corrupção ativa. As condenações por lavagem de dinheiro caíram nos embargos infringentes.

O segundo *centro gravitacional* dos crimes, mais complexo e multifacetado, refere-se aos desvios de recursos do Banco do Brasil e do Fundo Visanet, complementados pela gestão

fraudulenta e lavagem de dinheiro realizadas por meio do Banco Rural e do BMG, para posterior distribuição a políticos e partidos.

No Fundo de Incentivo Visanet, que tinha participação do Banco do Brasil, o réu Henrique Pizzolato fez pagamentos, com recursos do fundo, sem qualquer fundamento contratual à agência de publicidade de Marcos Valério. No Banco do Brasil, o desvio foi realizado por uma engenhosa estratégia: através da cláusula de bônus de volume dos contratos de publicidade, a empresa contratada (DNA), deveria devolver parte dos recursos ao Banco. Porém, ao invés de restituir, os valores eram periodicamente retidos pela empresa de Marcos Valério, com anuência de Henrique Pizzolato. Em ambos os casos – Banco do Brasil e Visanet – o réu Henrique Pizzolato foi beneficiado com vultuosas somas em dinheiro fornecidas pelas agências do réu Marcos Valério. Augusto Assis explicita o expediente realizado por intermédio do “bônus de volume”:

No ano de 2003, a Diretoria de *marketing* do Banco do Brasil, cujo cargo de diretor era ocupado pelo réu Henrique Pizzolato, firmou, após realizar processo licitatório, um contrato de prestação de serviços publicitários com a agência DNA Propaganda, administrada pelos réus da APn 470 Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach. Nesse contrato, previa-se que a DNA deveria repassar integralmente ao BB todos os valores referentes a “descontos especiais (além dos normais previstos em tabela), bonificações, reaplicações, prazos especiais de pagamento e outras vantagens”.

Entre os anos de 2003 e 2005, a DNA recebeu do BB valores destinados ao pagamento de determinados serviços, pagou os fornecedores e recebeu deles o valor correspondente ao bônus de volume de volta, de forma que possuía a obrigação contratual de transferi-los ao BB. No entanto, a agência de publicidade não o fez, apropriando-se dos valores como se a ela pertencessem. Com base nesses fatos, o STF, por unanimidade, condenou, como coautores do delito de peculato (art. 312 do CP), o diretor de *marketing* do BB, por ter praticado o comportamento omissivo (art. 13 do CP) de não fiscalizar a devolução dos valores por parte da DNA, e os administradores da agência, por terem praticado a conduta comissiva de se apropriar dos valores.³⁷³

Os réus Henrique Pizzolato, Marcos Valério, Ramon Hollerbach e Cristiano Paz foram condenados por peculato e o *intraneus* ainda foi condenado por corrupção passiva, enquanto os *extranei* foram condenados por corrupção ativa.

Com os recursos angariados dessas fontes, os dirigentes do Banco Rural fizeram diversas operações de branqueamento dos capitais a pedido de Marcos Valério e seus sócios, especialmente por meio de simulação de empréstimos e outras operações que, aliás, não foram comunicadas ao Banco Central, conforme determinavam as regras vigentes. Os acusados

³⁷³ ASSIS, Augusto. O delito de peculato na APN 470 do STF – “Caso Mensalão”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 106/2014, p. 91-111, jan.-mar. 2014, p. 92.

Marcos Valério Fernandes de Souza, Ramon Hollerbach Cardoso, Cristiano de Mello Paz, Rogério Lanza Tolentino, Simone Reis Lobo de Vasconcelos, Kátia Rabello, José Roberto Salgado e Vinícius Samarane foram condenados pelo crime previsto no artigo 1º da Lei n. 9.613, de 1998. Os principais gestores do Banco Rural também foram punidos pelo crime de gestão fraudulenta de instituição financeira.

Em seguida, após a “legalização” dos recursos desviados, os réus citados no parágrafo anterior disponibilizaram os recursos para todos os beneficiários, especialmente parlamentares e partidos políticos. De acordo com a condenação, Delúbio Soares e José Dirceu, cientes dessa estratégia, é que comandaram os pagamentos de vantagens indevidas e, assim, foram condenados por corrupção ativa (art. 333 do Código Penal) e outros crimes relacionados a essa trama. Os deputados beneficiados com vantagens indevidas foram condenados por corrupção passiva – Pedro Corrêa, Pedro Henry, João Cláudio Genu, Valdemar Costa Neto, Carlos Alberto Rodrigues Pinto, Jacinto Lamas, Roberto Jefferson, Romeu Queiroz, Emerson Palmieri e José Borba –, e alguns desses parlamentares, ainda foram condenados por lavagem de dinheiro, uma vez que usaram expedientes para dissimulação da origem do dinheiro.

Finalmente, os julgadores condenaram os membros do segundo centro gravitacional no crime de quadrilha ou bando, mas houve posterior reforma da decisão nos embargos infringentes. É nesse segundo centro gravitacional que surgiu, de forma mais aprofundada, o debate em torno do domínio do fato e do domínio de organização, especialmente no que diz respeito ao réu José Dirceu.

6.6 As decisões subsequentes

Após a publicação da decisão, os advogados dos réus interpuseram embargos de declaração e embargos infringentes contra a decisão do Supremo, objetivando a reapreciação de várias matérias. Dentre as decisões proferidas nos mencionados recursos, duas oferecem subsídios interessantes para a pesquisa.

Nos embargos infringentes relacionados ao crime definido no artigo 288 do Código Penal, os ministros absolveram os acusados da imputação de “quadrilha ou bando”, atualmente com o *nomen juris* de “associação criminosa”, rechaçando a condenação inicial. Malgrado tenham, primeiramente, reconhecido a prescrição, refazendo a dosimetria da pena, os ministros ingressaram no mérito e entenderam que não haveria nos autos provas da “formação deliberada de uma entidade autônoma e estável, dotada de desígnios próprios e

destinada à prática de crimes indeterminados”, elemento essencial para caracterização do crime em questão:

EMBARGOS INFRINGENTES. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PENA MÁXIMA APLICÁVEL EM TESE. PROVIMENTO DOS EMBARGOS. 1. As penas aplicadas ao crime de quadrilha pelo acórdão embargado foram desproporcionais em si e, ademais, incongruentes com as demais penas aplicadas aos outros crimes pelos quais foram os embargantes condenados. 2. Mantendo-se proporcionalidade mínima e aplicando-se à pena de quadrilha o maior percentual de majoração aplicado aos demais crimes, verifica-se a inexorável prescrição da pretensão punitiva, com a extinção da punibilidade dos embargantes. 3. Se quatro juízes se pronunciaram pela absolvição e ao menos dois pela prescrição, a incidência da pena por quadrilha faria com que a posição da minoria prevalecesse sobre a da maioria, e isso em tema especialmente sensível como o da privação da liberdade individual. 4. Preliminar de mérito que pode ser conhecida em sede de embargos infringentes. Juízo que não envolve reapreciação da dosimetria in concreto, e sim a constatação de vício interno ao acórdão, do qual resulta um necessário realinhamento da pena máxima a que se poderia chegar. 5. Embargos infringentes providos para se declarar extinta a punibilidade, sem necessidade de julgamento do mérito propriamente dito. 6. *De todo modo, caso se fosse avançar para o exame da procedência ou improcedência das imputações, a hipótese dos autos revela concurso de agentes, e não a caracterização do crime de quadrilha. Inexistência de elementos suficientes que demonstrem a formação deliberada de uma entidade autônoma e estável, dotada de desígnios próprios e destinada à prática de crimes indeterminados.* (AP 470 EI-décimos terceiros, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/02/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 20-08-2014 PUBLIC 21-08-2014)³⁷⁴

Os embargos infringentes transcritos foram interpostos pelo advogado do réu Marcos Valério, mas todas as impugnações recursais dessa natureza foram providas pela corte, de modo que nenhum dos réus foi condenado por “quadrilha ou bando”.

Noutra decisão interessante, referente ao réu João Paulo Cunha e o crime de lavagem de dinheiro, o tribunal alterou o posicionamento inicial. O deputado auferiu parte dos valores desviados fazendo saques diretos das contas das empresas de Marcos Valério, mas, conforme o próprio réu admitiu, esses recebimentos foram realizados por sua esposa. Assim, no primeiro momento, o tribunal reconheceu que a estratégia de usar interposta pessoa para angariar os valores tipificava crime de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, estabelecido no artigo 1º, V, da Lei n. 9.613, de 1998³⁷⁵.

³⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470. Décimos terceiros embargos infringentes. Embargante: Marcos Valério Fernandes de Souza. Embargado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Luiz Fux. Relator p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Jul. 27 fev. 2014. DJe-161 DIVULG 20 ago. 2014. Diário de Justiça, 21 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000242982&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 02 maio 2016.

³⁷⁵ BRASIL. Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em:

Não obstante, nos embargos infringentes, os ministros transformaram o julgado, reconhecendo no fato descrito marco consumativo dos crimes de peculato e corrupção passiva, de maneira que o recebimento dos valores pode ser efetuado por intermediários, sem que caracterize o delito de “lavagem de dinheiro”:

Embargos infringentes na AP 470. Lavagem de dinheiro. 1. Lavagem de valores oriundos de corrupção passiva praticada pelo próprio agente: 1.1. O recebimento de propina constitui o marco consumativo do delito de corrupção passiva, na forma objetiva “receber”, sendo indiferente que seja praticada com elemento de dissimulação. 1.2. A autolavagem pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado), não verificados na hipótese. 1.3. Absolvição por atipicidade da conduta. 2. Lavagem de dinheiro oriundo de crimes contra a Administração Pública e o Sistema Financeiro Nacional. 2.1. A condenação pelo delito de lavagem de dinheiro depende da comprovação de que o acusado tinha ciência da origem ilícita dos valores. 2.2. Absolvição por falta de provas 3. Perda do objeto quanto à impugnação da perda automática do mandato parlamentar, tendo em vista a renúncia do embargante. 4. Embargos parcialmente conhecidos e, nessa extensão, acolhidos para absolver o embargante da imputação de lavagem de dinheiro. (AP 470 EI-sextos, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 20-08-2014 PUBLIC 21-08-2014)³⁷⁶

6.7 Medida por medida: a teoria do domínio do fato na Ação Penal n. 470/MG

Feitas essas considerações, cumpre agora estabelecer em que medida o Supremo Tribunal Federal fez a subsunção da teoria do domínio do fato nos crimes versados na Ação Penal n. 470/MG. Como o acórdão possui 8.405 (oito mil, quatrocentos e cinco) páginas, serão destacados apenas os trechos que interessam à investigação, com esteio nos votos proferidos pelos ministros.

O *primeiro* momento em que o acórdão trata do domínio do fato, especificamente sobre o domínio de organização, é com relação ao crime de “gestão fraudulenta de instituição financeira”, tipificado no artigo 4º da Lei n. 7.492, de 1986³⁷⁷, praticado pelos réus ex-diretores e ex-presidentes do Banco Rural. A defesa contestou a denúncia, assegurando que a acusação não descrevia as condutas dos réus. O ministro relator, no entanto, invocando o domínio de organização, decidiu que os dirigentes do Banco Rural na época, a saber, Kátia

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 02 maio 2016. Note que a lei foi modificada pela Lei n. 12.683, de 2012. Na lei anterior, o rol dos crimes antecedentes era taxativo e, após a alteração, a lavagem pode ter por antecedente qualquer infração penal.

³⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470. Sextos embargos infringentes. Embargante: Joao Paulo Cunha. Embargado: Ministério Público Federal. Relator(a): Min. Luiz Fux. Relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Jul. 13 mar. 2014. DJe-161, 20 ago. 2014. Diário de Justiça, 21 ago. 2014. Disponível em: <>. Acesso em: 02 maio 2016.

³⁷⁷ BRASIL. Lei n. 7.492 de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 02 maio 2016.

Rabello, Vinícius Samarane, José Roberto Salgado e Ayanna Tenório, detinham o domínio da organização “Banco Rural” e, por isso, seriam autores dos delitos:

Quando há vários concorrentes, tem-se de esclarecer qual a carga de aporte de cada um deles para a cadeia causal do crime imputado. Caso contrário, será impossível aplicar a teoria monista contida no artigo 29 do Código Penal. Entretanto, diversa a situação quando se apontam comportamentos típicos praticados por uma pessoa jurídica. 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.

Mal comparando, nos crimes de guerra punem-se, em geral, os generais estrategistas que, desde seus gabinetes, planejam os ataques, e não os simples soldados que os executam, sempre dominados pela subserviência da inerente subordinação. Do mesmo modo nos crimes empresariais a imputação, em regra, deve recair sobre os dirigentes, o órgão de controle, que traça os limites e a qualidade da ação que há de ser desenvolvida pelos demais. Ensina Raul Cervini:

“Por consiguiente, para la imputación es decisivo el dominio por organización del hombre de atrás. Su autoría mediata termina solo en aquel punto en el que ‘faltan los presupuestos precisamente en ese dominio por organización’” (El Derecho Penal de La Empresa Desde Una Visión Garantista, Ed. Bdef, Montevideo, 2005, p. 145)

Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final.

Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria. Volta-se ao magistério do uruguaio Raul Cervini:

“En ese caso, el ejecutor es un mero instrumento ciego del hombre de atrás y, entonces parece posible imputar la autoría mediata a éste.” (ob. cit. p. 146)

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.

Na hipótese *sub judice*, é de clareza meridiana o que a denúncia atribui ao Banco Rural, especificando todo o roteiro das atuações no sentido de desacatar as regras exigíveis no tráfico regular das operações bancárias, de modo a tipificar o crime de gestão fraudulenta.

Presumidamente, aos detentores do controle das atividades do Banco Rural, conforme dispõe o ato institucional da pessoa jurídica, há de se imputar a decisão (ação final) do crime. Nessa ação coletiva dos dirigentes é interessante a lição de CLAUS ROXIN sobre a configuração do domínio do fato:

“Bajo la influencia de su maestro, JAKOBS, han discutido DERKSEN y LESCH la necesidad de resolución comun del hecho de la coautoría. A su juicio, “basta una resolución de ajustarse, por mérito de la cual el interviniente que no ejecuta directamente, pero colabora configurando, enlaza su aportación con el obrar del executor”. En la acción conjunta de varias partes del hecho, estos autores llevan a cabo una imputación objetiva en la que no há de atenderse a elementos subjetivos como el de la resolución comun del hecho. No cabe compartir este planteamiento, puesto que la “comisión conjunta” requerida por la ley (§ 25.2) presupone un dominio del hecho conjunto y, por tanto, una división del trabajo consciente por ambas partes.” (Autoria y Dominio Del Hecho en Derecho Penal, Ed. Marcial Pons, 2000, Barcelona, p. 733)

Essa resolução consciente e conjunta partiu, na espécie, da direção do Banco Rural, como atesta a prova colhida. Não subsiste, pois, o argumento de que omissa a denúncia, a prejudicar a defesa. Aliás, pelos termos em que vazadas as alegações finais, denunciado algum deixou de saber com exatidão do que estava sendo acusado. A denúncia é clara quanto ao conjunto de fatos dos autores individuais e a responsabilidade pelas ações delituosas empresariais, o que se mostra suficiente ao exercício da ampla defesa.³⁷⁸

Não se discute, nesse trabalho, se a denúncia individualizou ou não suficientemente a conduta dos réus. O importante é destacar algumas imprecisões do Supremo nesse ponto. Nota-se que o relator, confrontado por uma alegação da defesa, evocou a teoria do *domínio de organização*, em termos similares ao *domínio de organização empresarial* apresentado no capítulo antecedente.

Valendo-se das lições de Raul Cervini, afirmou-se que os aludidos dirigentes, detentores do controle do Banco Rural, realizaram a gestão fraudulenta da entidade financeira, porque detinham esse domínio. Os eventuais executores dos atos fraudulentos, possivelmente alguns empregados, seriam meros instrumentos do delito e, portanto, impuníveis.

Conforme analisado anteriormente, essa conclusão é só uma verdade parcial. No domínio de organização, configura-se em regra uma *autoria mediata imprópria ou*

³⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470. Íntegra do acórdão proferido na Ação Penal n. 470/MG. Autor: Ministério Público Federal. Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Jul. 02 ago. 2012 a 17 dez. 2012. *Diário de Justiça*, 22 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>>. Acesso em: 15 jun. 2015, p.1160-1163 do acórdão, fls. 52.775-52.778 do processo. Vale registrar que o acórdão tem certas peculiaridades. Nota-se que há o registro da página do acórdão e da folha dos autos, consoante descrito nessa nota. Para facilitar a citação, todas as vezes que o acórdão for mencionado, a nota indicará “AP 470”, seguido apenas da página do acórdão, facilitando-se a consulta.

duplamente punível, de maneira que tanto o autor de trás quanto o autor da frente, agindo com responsabilidade quanto a seus atos, respondem pelo crime. Se a denúncia não identifica os executores imediatos ou as investigações não os apontaram, isso não significa que não sejam puníveis.

O tribunal afirma que “a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel”, esclarecendo que autor da conduta criminosa é “quem exerce o controle”, “tem poder sobre o resultado” e, assim, “no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra.” Conforme analisando no capítulo 3, Hans Welzel desenvolveu, em parte, a teoria do *domínio final do fato*, como consequência da corrente finalista, porém não analisou o domínio de organização, inserido no campo dogmático pela criatividade de Roxin.

Por outro lado, o tribunal não discutiu os requisitos elaborados por Roxin para aplicação da teoria, especialmente a necessidade de uma organização desvinculada do direito (o que, certamente, ao menos na época, o Banco Rural não era) e a fungibilidade dos executores. Malgrado a jurisprudência tenha mitigado esses requisitos, o Supremo poderia, ao menos, trazer essas colaborações aos autos.

Depois, o acórdão ressalta que os dirigentes acusados seriam “presumivelmente” as pessoas que ordenaram os crimes e, por isso, seus autores mediatos. Nesse trecho, incoerentemente, citam a obra de Roxin, no trecho no qual descreve a coautoria funcional (domínio funcional do fato), criticando a posição de Jakobs. Decerto, coautoria funcional não se confunde com autoria mediata, evidenciando-se que a colocação no voto do texto elaborado por Roxin é, ao menos, inapropriada para o debate, se não realizadas as devidas ressalvas.

Aliás, vale trasladar o trecho integralmente, para compreensão desse “deslocamento” da questão, operada pelo Supremo:

Bajo la influencia de su maestro, JAKOBS, han discutido DERKSEN y LESCH la necesidad de resolución común del hecho en la coautoría. A su juicio, “basta una resolución de ajustarse, por medio de la cual el interviniente que no ejecuta directamente, pero colabora configurando, enlaza su aportación con el obrar del ejecutor”. En la acción conjunta de varias partes del hecho, estos autores llevan a cabo una imputación objetiva en la que no ha de atenderse a elementos subjetivos como el de la resolución común del hecho. No cabe compartir este planteamiento, puesto que la “comisión conjunta” requerida por la ley (§ 25.2) presupone un dominio del hecho conjunto y, por tanto, una división del trabajo consciente por ambas partes. Imputar a los demás como “comisión conjunta” una “colaboración” unilateral, conocida como tal sólo por uno de los “coautores”, vulnera el tenor literal de la ley y por ende la prohibición de la analogía. Además, admitir la coautoría unilateral entraña el peligro de extender excesivamente esta figura. KÖHLER cree, no sin razón, que esta teoría << se retrotrae a antes del finalismo y prácticamente

desplaza los límites hasta la complicitad>>. Asimismo, desplaza el límite hasta la autoría medita, como ya se puso de manifestó con respecto al domino de la organización (*supra* p. 726), en el que JAKOBS considera coautor al sujeto de detrás, a pesar de faltar la decisión del hecho conjunta.³⁷⁹

Vê-se que Roxin ressalta que à coautoria funcional é indispensável uma resolução conjunta de todos os autores para a realização do ato criminoso, enquanto para Jakobs bastaria resolução de um dos agentes para configurar-se a coautoria. Daí Jakobs também defende a coautoria nas hipóteses de domínio de organização, contrariando a tese de Roxin³⁸⁰. No excerto transcrito, Roxin critica essa concepção, ressaltando que no domínio de organização falta a “resolução comum para o ato”, o que caracteriza a autoria mediata e, na coautoria funcional, é essencial essa decisão comum ou bilateral, isto é, não pode ser exercida unilateralmente.

Portanto, o Supremo não trouxe os requisitos do domínio de organização e, sem enfrentá-los, aplicou a teoria nos crimes de gestão fraudulenta de instituição financeira. E, após caracterizar a autoria mediata, por meio da organização empresarial, alegou a existência da coautoria, o que é incompatível com a tese de Roxin e com as próprias conclusões do acórdão.

O *segundo* momento de aplicação da teoria ocorreu quando da análise das contribuições das corrés Simone Vasconcelos e Geiza Dias, empregadas de Marcos Valério, na empresa SMP&B. Segundo o voto do ministro Joaquim Barbosa:

Pelos mesmos fundamentos, *contrario sensu*, quando o subordinado cumpre ordem manifestamente ilegal, responde pelo crime em concurso com o superior hierárquico. Com efeito, “o subordinado não tem a obrigação de cumprir ordens ilegais. Ele tem a obrigação de cumprir ordens inconvenientes, inoportunas, mas não ilegais.”²⁶ Se, não obstante, o faz, ciente da ilegalidade, age com dolo. Como empregadas da empresa SMP&B, Simone Vasconcelos e Geiza Dias estavam sujeitas ao cumprimento das ordens emanadas dos seus superiores. Assim, a avaliação da sua culpabilidade pelos atos praticados no cumprimento

³⁷⁹ ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*, p. 733.

³⁸⁰ Jakobs afirma que “no âmbito da autoria mediata – [...] –, sempre se trata de ter em conta um defeito de imputação concorrente em um sujeito que atua posteriormente. Desta perspectiva, não pode haver autoria mediata quando concorra uma conduta posterior plenamente responsável, posto que somente a causa por meio da natureza é uma causa direta; e tampouco é necessário que essa autoria mediata exista, posto que a produção com outras pessoas responsáveis pode constituir, por sua vez, se se dá um nível suficiente de participação na configuração, (co)autoria. O chefe do bando que o é não apenas nominalmente é (co)autor, e por isso não há necessidade alguma de convertê-lo artificialmente em autor mediato pelo desvio do domínio de aparelhos organizados de poder. Para mencionar o exemplo mais atual: os membros do Conselho Nacional de Defesa da extinta República Democrática Alemã não forma autores mediatos – como disse o Supremo Tribunal Federal alemão – das mortes na fronteira de cidadãos que iam para a República Federal da Alemanha, mas co-autores.” (JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato: uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos*, p. 39).

dessas ordens deverá levar em consideração as seguintes premissas e desdobramentos:

i) A mera relação de subordinação configura, em si, situação de condicionamento, embora não de forma absoluta, da livre manifestação da vontade do empregado subordinado. Logo, configura coação moral do tipo resistível, correspondente a uma circunstância atenuante, nos moldes do art. 65, III, “c”, do Código Penal.

ii) Se a prova dos autos for indicativa de que, ao cumprir a ordem recebida, tinham efetiva consciência do seu caráter ilegal, independentemente desse caráter estar oculto ou manifesto, terão agido com dolo. Pode, ainda, sim, incidir a atenuante do art. 65, III, “c”, do Código Penal – crime cometido sob coação resistível ou cumprimento de ordem de superior hierárquico. *Do ponto de vista do concurso de agentes, teriam aderido, nesse caso, à vontade delitativa e agido, portanto, em coautoria (se se compartilhavam do domínio do fato) ou como partícipe/cúmplice.* Ainda, se a participação for tida como de menor importância, a pena pode ser reduzida nos termos do art. 29, § 1º, do Código Penal.³⁸¹

O Supremo debateu se a colaboração das acusadas era exculpável pela “obediência hierárquica” ou, reconhecendo-se a culpabilidade, se seriam coautoras ou partícipes dos atos perpetrados pelo empregador Marcos Valério. A teoria foi empregada no contexto correto da divisão entre autoria e participação, mas sem ingressar no domínio de organização. Assim, o Supremo afastou a excludente de culpabilidade, aplicável somente nas relações regidas pelo regime jurídico de direito público, e reconheceu que as acusadas agiram em coautoria com Marcos Valério. Malgrado não tenha enunciado preliminarmente os requisitos do domínio funcional do fato, pode-se deduzir do voto que o ministro reconheceu a resolução comum e a conduta relevante na execução dos delitos empreendida pelas acusadas.

Em um *terceiro* momento, o ministro relator refere-se aos agentes que praticaram o crime de “lavagem de dinheiro”:

Reputo, porém, necessário limitar essa conclusão aos parlamentares beneficiários. Afinal, como destinatários finais do numerário e responsáveis pela negociação do recebimento dos valores, inclusive em contatos com os responsáveis pelos pagamentos (Delúbio Soares e Marcos Valério), tinham completo domínio dos fatos, sendo possível inferir que agiram com dolo, direto ou eventual, como exposto.

[...]

Nessa linha, concludo igualmente comprovado o crime de lavagem de dinheiro em relação aos repasses efetuados aos acusados agentes políticos observando que a tipificação se faz pelo art. 1º, *caput*, V e VI, da Lei n.º 9.613/1998. Não reputo demonstrado, porém, o dolo em relação aos agentes subordinados aos parlamentares.³⁸²

O voto confunde a consciência da origem criminosa dos valores, com a distinção entre autoria e participação operada por meio do domínio do fato. Porém, da argumentação, pode-se inferir que a intenção foi demonstrar que tanto os agentes do desvio de recursos e das

³⁸¹ AP 470, p. 1246-1247 do acórdão.

³⁸² AP 470, p. 1302 do acórdão.

transferências de dinheiro (Delúbio Soares e Marcos Valério), quanto parte dos parlamentares beneficiários, tinham conhecimento da origem ilícita dos valores e agiram juntos para dissimular o uso do dinheiro, realçando a coautoria delitiva.

Nesse sentido, o relator descreveu que os agentes intermediários não tinham ciência da origem ilícita e conseqüentemente não teriam o domínio sobre os fatos, assim como outros parlamentares beneficiários, que não tinham ciência da origem ilícita do dinheiro:

A mesma conclusão é pertinente em relação aos agentes subordinados aos parlamentares, que atuaram simplesmente intermediando os repasses. Como não tinham domínio completo dos fatos, tendo sido utilizados como pessoas interpostas, carecem os autos de melhor prova de que tivessem ciência da procedência criminosa dos recursos envolvidos. Aliás, pode-se dizer até que Anita Leocádia, assessora do deputado Paulo Rocha, em situação semelhante à de Geiza Dias, teria agido em obediência hierárquica: cumprimento de ordem não manifestamente ilegal oriunda de quem tinha competência para dá-la. O diferencial seria somente a natureza do vínculo de subordinação hierárquica, de direito público, entre ela, subordinada, e a autoridade da qual emanou a ordem cumprida.³⁸³

No tema desenvolvido, o relator confundiu levemente essa questão. Em suma, aqueles que, cientes da fonte criminosa do dinheiro, dissimularam sua origem e a ocultaram, cometeram o crime de lavagem de dinheiro, haja vista que agiram com dolo; os que não tinham ciência da origem ilícita foram absolvidos, ou seja, excluída a consciência indispensável ao dolo, não há crime, tornando dispensável qualquer análise sobre autoria e participação e, por conseguinte, torna-se despiciendo recorrer à teoria do domínio do fato nesse contexto.

No *quarto* momento, o Supremo considerou a coautoria funcional entre os corréus Ramon Hollerbach, Marcos Valério e Cristino Paz, especialmente no que tange a Romon Hollerbach, denominado “6º denunciado”.

Constou dos autos que a empresa SMP&B Propaganda, gerida pelos três empreendedores, patrocinou a campanha do deputado João Paulo Cunha para a presidência da Câmara dos Deputados em 2003. Após a vitória, a referida empresa venceu irregularmente a licitação da casa legislativa para executar os serviços de publicidade, ao tempo em que a esposa de João Paulo Cunha fez um saque de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) das contas da empresa.

O relator entendeu, apesar da alegação de que Ramon Hollerbach não participava da gestão da empresa, que havia provas em sentido contrário. Concluiu existir coautoria funcional entre os três empresários, na realização do crime de corrupção ativa, praticado em

³⁸³ AP 470, p. 1.408 do acórdão.

relação à corrupção passiva de João Paulo Cunha. O réu Ramon Hollerbach teria sido responsável, nessa distribuição de tarefas, por aproximar-se do deputado, para convencê-lo a assegurar a vitória no certame à empresa SMP&B Propaganda.

O contexto probatório assenta a inequívocidade de que as condutas praticadas pelo 6º denunciado (Ramon Hollerbach) e narradas na exordial acusatória, amoldam-se ao crime de corrupção ativa (art. 333 do Código Penal).

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. Nas palavras de Claus Roxin, principal artífice desta teoria do domínio funcional do fato:

“se pone de manifiesto que entre las dos regiones periféricas del dominio de la acción y de la voluntad, que atienden unilateralmente sólo al hacer exterior o al efecto psíquico, se extiende un amplio espacio de actividad delictiva, dentro del cual el agente no tiene ni otra clase de dominio y sin embargo cabe plantear su autoría, esto es, los supuestos de participación activa en la realización del delito en los que la acción típica la lleva a cabo outro.” (ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del hecho em Derecho Penal. 7ª ed. Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 305).

Em outras palavras, a atuação do coautor detém uma função específica na execução do ilícito penal que possui reflexos para o seu aperfeiçoamento, de sorte que a não colaboração compromete o êxito do ilícito. Como bem observa Johannes Wessels,

“todo colaborador é aqui, como parceiro dos mesmos direitos, co-titular da resolução comum para o fato e da realização comunitária do tipo, de forma que as contribuições individuais completam-se em um todo unitário e o resultado total deve ser imputado a todos os participantes” (WESSELS, Johannes. Direito Penal. Parte Geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 121).

[...]

É exatamente o critério do domínio funcional do fato que demarca a fronteira entre a coautoria e a participação: na coautoria, a natureza da contribuição deve ser de tal sorte relevante que, sem ela, o fato punível não poderia ter sido realizado. (ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. vol 1. 7ª ed. São Paulo: RT, 2007. P. 577).

[...]

À luz da teoria da coautoria funcional, pode-se considerar como autor do crime mesmo aquele que não realizou diretamente qualquer dos elementos objetivos do tipo. Revela-se suficiente, para fins de imputação, que a conduta atribuída ao agente na divisão prévia de tarefas contribua de forma determinante para o sucesso da empreitada criminosa. Assim, não se exige do coautor funcional a prática da conduta descrita no núcleo do tipo penal, mas tão somente que a fração do ato executório por ele praticada seja indispensável, diante das singularidades do tipo penal e do caso concreto, para a consecução do resultado delituoso.

No caso específico, a parcela de contribuição atribuída ao 6º denunciado (Ramon Hollerbach) para o êxito das pretensões criminosas do grupo, revelou-se imprescindível à consumação do crime de corrupção passiva.

[...]

É dizer: a atuação do 6º denunciado foi determinante para o êxito da empreitada criminosa. O lobby feito perante o 15º denunciado (João Paulo Cunha) estreitou os vínculos entre este e a empresa SMP&B, de modo a direcionar o resultado do procedimento licitatório que culminou com a contratação irregular da agência de publicidade.³⁸⁴

Nesse ponto, o domínio do fato foi manejado de forma visivelmente correta, para categorizar a natureza da atuação do réu Ramon Hollerbach. Conquanto o relator não tenha ponderado se o autor do crime realizou algum ato executivo da corrupção ativa, infere-se do voto que o acusado participou do oferecimento da vantagem indevida e, portanto, houve de fato uma coautoria funcional. Vale ressaltar a classificação proposta no capítulo 4 para a *corrupção passiva fracionada*, que envolve vários atos na execução dos delitos. Certamente, na corrupção ativa pode se aplicar o mesmo raciocínio, de maneira que o acusado realmente incidiu em parcela dos atos executivos do delito.

O *quinto* momento é quando o Supremo se debruça sobre a licitação, antecedente ao crime de peculato, perpetrado pelo réu João Paulo Cunha, na condição de presidente da Câmara dos Deputados. O relator faz uma relação entre esses crimes e os delitos de corrupção passiva e ativa, transcrevendo parte da acusação proposta pelo Ministério Público Federal:

A respeito do crime de **corrupção passiva** (art. 317 do CP), narra o Ministério Público Federal, em suas alegações finais, que o réu teria recebido a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) “*para beneficiar a empresa SMP&B Comunicação, de que eram sócios MARCOS VALÉRIO, RAMON HOLLERBACH e CRISTIANO PAZ*”, os quais respondem pela prática do crime de corrupção ativa (fl. 111 das alegações finais do MP).

Afirma, ainda, que, “*em razão do plexo de atribuições do Presidente da Câmara dos Deputados, que envolvia decisões e prática de atos dministrativos concernentes à concorrência nº 11/03 e a execução do contrato nº 2003/2004, dele decorrente, MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH ofereceram e, posteriormente, pagaram R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a JOÃO PAULO CUNHA*” (fl. 115 das alegações finais “(...)”).

[...]

248. João Paulo Cunha concordou com a oferta, e, ciente da sua origem ilícita, valeu-se da estrutura de lavagem de dinheiro disponibilizada pelo Banco Rural para receber o valor. Maria Regina Milanésio Cunha, sua esposa, compareceu à agência do Banco Rural no Shopping Brasília e recebeu a quantia em espécie. A prova documental está às fls. 235 do Apenso 7.

249. Márcia Regina Milanésio Cunha admitiu o recebimento do dinheiro (fls. 978/979): ‘QUE confirma ter realizado em 04 de setembro de 2003 um saque no valor de R\$ 50 mil junto à Agência do Banco Rural em Brasília; (...) QUE realizou o saque junto à Agência do Banco Rural em Brasília a pedido de seu esposo, JOÃO PAULO CUNHA; (...) QUE após ter realizado o saque, o numerário foi entregue diretamente a seu esposo em sua residência’.

³⁸⁴ AP 470, p. 1.551-1557 do acórdão.

[...] desnecessidade de comprovação da efetiva prática do ato de ofício, consignando que esta Corte, no julgamento da AP nº 307/DF, entendeu que “*não é requisito típico do crime de corrupção passiva que o ato de ofício chegue a ser praticado. Basta, para tanto, a mera perspectiva de sua realização*” (fl. 120 das alegações finais).

[...]

Nesse ponto, assevera que:

“(...) João Paulo Cunha, como presidente da Câmara dos Deputados, tinha o domínio do processo de licitação, do contrato a ser assinado com a empresa que vencesse o certame e dos atos de sua execução. Cabia-lhe, por exemplo, nomear a comissão de licitação, fato confirmado em seu interrogatório: ‘*domínio de todo o processo licitatório*’ - para se lançar mão da equivocada expressão do órgão ministerial (fl. 122 das alegações finais) -, uma vez que tal poder **não era inerente ao seu cargo**” (fl. 72 das alegações finais – grifos do autor). Aduz, para tanto, que: “(...) embora omitido da denúncia, havia uma COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO destinada apenas à contratação de serviço de publicidade e propaganda (cf. doc. juntado com a defesa preliminar).

[...]

323. O acusado, na condição de Presidente da Câmara dos Deputados, exercia a posse jurídica dos valores desviados. Tinha o domínio absoluto do fato, na medida em que estava inserida em sua competência dispor sobre o destino a ser dado ao dinheiro.³⁸⁵

Os ministros concordaram com o Ministério Público Federal, aduzindo que o acusado João Paulo Cunha detinha o *domínio do processo licitatório* e, por isso, “*tinha o domínio absoluto do fato, na medida em que estava inserida em sua competência dispor sobre o destino a ser dado ao dinheiro*”. Nesse caso, não se fez a distinção proposta por Roxin, que diferencia os delitos de ação ou domínio e os delitos de dever. Visto ser o crime de peculato, intermediado pelo contrato de publicidade com a empresa SMP&B, um delito de dever, houve omissão do Supremo nesse ponto.

Certamente, tanto a fraude licitatória quanto o peculato e a corrupção passiva, imputadas ao réu João Paulo Cunha, são crimes de infração de dever, porquanto indispensável à sua configuração o fato de que o mencionado deputado era, ao tempo do fato, funcionário público para fins penais.

Na visão de Roxin, seria incorreto recorrer ao domínio do fato, já que, provado o fato típico, com todos os seus consentâneos (dolo, tipicidade, imputação objetiva, relação causal e resultado), João Paulo Cunha seria reputado autor, e não participe, por violar os deveres do cargo que ocupava na ocasião (Presidente da Câmara dos Deputados). Tais deveres vedam favorecer uma empresa em processo licitatório, bem como proíbem o recebimento de

³⁸⁵ AP 470, p. 1628-1657 do acórdão.

qualquer valor para praticar atos de ofício ou permitir a execução meramente aparente do contrato para favorecer a empresa.

Saliente-se que o Supremo afirmou que ato de ofício relacionado ao acusado a João Paulo Cunha, seria relacionado ao aludido procedimento licitatório, em que favoreceu a SMP&B Propaganda, em troca de R\$ 50.000,00. De qualquer maneira, reiterou que o ato de ofício não precisa ser praticado, bastando que esteja na perspectiva dos agentes envolvidos.

Em seguida, os ministros votam sobre os diversos crimes cometidos pelos réus, invocando a todo instante o domínio do fato. São diversos votos que fazem referência à teoria, especialmente para fundamenta a “coautoria funcional”. Portanto, até esse ponto, o julgamento só havia apresentado o “domínio de organização” nos crimes financeiros.

Pode-se dizer que nesse *sexto* momento, o Supremo apenas reiterou, através de vários votos dos ministros, o domínio funcional dos fatos entre os diversos réus, sem discutir a classe dos delitos de dever. Até aqui havia um protagonismo do relator, mas nesse ponto surge a miríade de votos com entendimentos parciais sobre o tema.

De qualquer maneira, nos votos que se seguem os ministros, reiteradamente, confundem o exame das provas a respeito da realização do fato típico, com a posição do sujeito ativo no crime (autoria ou participação), criando uma amálgama paradoxal.

Essa situação é visível na votação sobre os crimes imputados aos réus gestores do Banco Rural, a saber, Kátia Rabello, José Roberto Salgado, Vinícius Samarane e Ayanna Tenório. O ministro Gilmar Mendes reconheceu o domínio funcional do fato empreendido por José Roberto Salgado e Kátia Rabello, elencando as ações dos réus, pelas quais acredita-se, tinham o “domínio absoluto dos fatos”:

A par do que destacado pelos Ministros Relator e Revisor, anoto que KÁTIA RABELLO, além de ter exercido a Presidência da instituição, com o conjunto de atribuições e poderes que lhe são conferidos pelo Estatuto, atuou diretamente nas renovações do mútuo em favor do Partido dos Trabalhadores. Em face dos impactos decorrentes da *política de crédito*, com os reflexos nos registros contábeis, é inquestionável sua ciência e aquiescência, pois subscreveu as demonstrações financeiras apresentadas ao Bacen e publicadas. Fica claro, igualmente, pela prova oral (inclusive no que tange ao relacionamento comercial antigo com MARCOS VALÉRIO), que tinha absoluto domínio dos fatos.

JOSÉ ROBERTO SALGADO, como averbado no Processo Administrativo do Bacen, “era detentor, com exclusividade, do direito a veto e à aprovação especial, conforme descrito no item 3, letra c, do normativo interno relativo ao processo decisório de crédito, ICRE 010, versões 3,2,1, às folhas 1664, 1679 e 1694”. (O normativo de crédito está juntado aos autos no Vol. 216, fl. 45.754). Igualmente, não bastasse sua obrigação – poder-dever –, atuou diretamente nas renovações dos mútuos e tinha ciência do destino dos recursos.³⁸⁶

³⁸⁶ AP 470, p. 2875 do acórdão.

Na sequência, o ministro Gilmar Mendes votou pela absolvição de Ayanna Tenório, uma das gestoras do Banco Rural, porque “não teria o domínio dos fatos”, ao contrário dos corréus Kátia Rabello, José Roberto Salgado e Vinícius Samarane, que deteriam, portanto, o “domínio dos fatos”:

Com efeito, peculiar a situação de AYANNA TENÓRIO.

Colhe-se nos autos que ela ingressou no Banco Rural em 12.4.2004, por contrato de trabalho por prazo determinado, convidada que foi por JOSÉ AUGUSTO DUMONT para atuar na área administrativa do banco.

As renovações de mútuo a ela atribuídas foram efetivadas em 29.6.04, portanto, pouco mais de dois meses após seu ingresso. O pouco tempo de Banco Rural, além do fato de que não era profissional do mercado financeiro (embora ostente um currículo respeitável), autoriza dar crédito à versão da defesa, no sentido de que AYANNA não tinha conhecimento do que efetivamente representavam essas operações.

É fato que, segundo a prova dos autos, ela foi “advertida”, por meio de pareceres técnicos, quanto às restrições das operações. Todavia, o conhecimento acerca das restrições, do possível impedimento operacional, não importa em deter *domínio sobre os fatos*.

A responsabilidade penal, no caso, reclama não apenas o conhecimento das operações questionadas, mas das circunstâncias fáticas que estão em seu entorno, pois só assim se pode exercer um juízo seguro acerca do dolo.

É muito provável que não tivesse, naquele momento, elementos suficientes para orientar sua conduta. Acredito que a ré, recém contratada, não teria condição técnica e pessoal para recusar, questionar ou negar a operação, a despeito de sua atribuição estatutária. Nessa dualidade entre a sua adesão e a compreensão dos fatos, acolho, em favor da ré, o princípio da dúvida.

Portanto, acompanho o eminente Relator quanto à condenação de KÁTIA RABELLO, JOSÉ ROBERTO SALGADO e VINÍCIUS SAMARANE, dele **divergindo apenas com relação a AYANNA TENÓRIO, quem absolvo com fundamento no art. 386, VII, do CPP.**³⁸⁷

O voto do ministro Gilmar Mendes segue uma fundamentação correta, exceto no que tange a inclusão da teoria do domínio, totalmente despropositada para o fim a que se destina. De qualquer maneira, esse voto vence e suas conclusões são inseridas na decisão final e na ementa do acórdão.

Decerto, no voto, o ministro revela as razões pelas quais acredita que a ré Ayanna Tenório não tinha ciência do caráter ilícito das operações financeiras, salientando que teria apenas dado prosseguimento àquelas operações que estavam em curso no Banco, promovidas principalmente por Kátia Rabello, José Roberto Salgado e Vinícius Samarane, gestores que,

³⁸⁷ AP 470, p. 2876-2877 do acórdão.

desde o início, praticaram vários atos de gestão fraudulenta. Acrescenta o ministro que ela era recém contratada e evoca o princípio *in dubio pro reo* para absolvê-la.

Com base nessa fundamentação, suficiente para absolvição da ré, era desnecessário afirmar que Ayanna Tenório não tinha “o domínio sobre os fatos”. Em suma, a teoria somente poderia ser aplicada se o ministro reconhecesse que Ayanna Tenório contribuiu para a realização do fato típico, para, então, verificar a posição da ré na realização do tipo: autora ou partícipe.

Hipoteticamente falando, se o ministro condenasse Ayanna, por entender que ela cooperou com a realização do fato incriminado – gestão fraudulenta de instituição financeira – poderia fundamentar, por meio da teoria do domínio do fato ou outra que achasse pertinente, se ela foi autora do crime (*in casu*, coautora funcional), merecendo o mesmo padrão sancionatório dos demais réus (Kátia Rabello, José Roberto Salgado e Vinícius Samarane) ou se foi uma partícipe da ação empreendida pelos citados gestores, merecedora de uma sanção reduzida.

Quanto aos demais corréus (Kátia Rabello, José Roberto Salgado e Vinícius Samarane), é possível inferir que os ministros apresentaram as provas que consideraram suficientes para a condenação e coautores funcionais dos delitos, fazendo-o de forma conjugada: afirmam a realização do fato típico pelos réus ao mesmo tempo que os reputaram coautores pelo domínio funcional do fato. Não se trata de um raciocínio errado, mas, talvez, mais didático, seria setorizar essas coordenadas: provas da realização do fato típico pelo sujeito ativo e classificação da conduta do sujeito ativo.

Eis o voto do ministro Luiz Fux, que também fez essa conjunção em relação ao réu Vinícius Samarane:

A denúncia oferecida pelo MPF não se revela genérica e nem mesmo imputa ao 13º denunciado (Vinícius Samarane) uma responsabilidade penal objetiva. Ao revés, a peça de acusação identifica, com clareza solar, a atuação individual de Vinícius Samarane, demonstrando, em conjunto com as Alegações Finais do Ministério Público Federal, detalhadamente, quais operações suspeitas e ilícitas foram por ele expressamente autorizadas. O 13º denunciado (Vinícius Samarane) não foi incluído como réu na denúncia apenas por figurar como um dos administradores do Banco Rural, mas por ter participado ativamente das operações ilícitas perpetradas no seu âmbito, o que será demonstrado ao longo deste voto.

Não é crível a percepção de que o réu, que desempenhou o cargo de Diretor de Controles Internos e, em seguida, de Diretor Estatutário de Controles Internos desconhecesse por completo as práticas ilícitas de elevado valor que estavam sendo operacionalizadas no âmbito da referida instituição financeira.

Em síntese justa e apertada: o seu domínio funcional da ação delituosa acrescido das premissas probatórias descritas na inicial revelam-se prova suficiente, máxime nesse campo de valoração da prova em crimes de autoria coletiva.³⁸⁸

Vale lembrar que várias decisões dos réus gestores do Banco Rural foram coletivas e, portanto, o domínio funcional do fato aplica-se perfeitamente ao caso, conforme já explicado no capítulo 3. Aliás, trata-se de uma das mais relevantes contribuições da teoria de Roxin, porque explica tecnicamente a punição das decisões criminosas em órgãos colegiados, evitando-se a contradição do nexos causal baseado exclusivamente na *conditio sine qua non*.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – As próprias instruções passadas, Presidente, denotam – e vou utilizar expressão muito a gosto – a mais não poder, que tinha o domínio da tramóia, o conhecimento dos fatos, que era depositária da confiança de Marcos Valério, e, enquanto este agia como autor intelectual, ela agia na prática criminosa da lavagem, como autora material.

E assistente financeira devia conhecer muito bem a situação contábil da agência para saber que – ou ao menos presumir, considerada a ordem natural das coisas – esse dinheiro não era limpo.³⁸⁹

No que tange à corrupção passiva dos membros do Partido Progressista (PP), os ministros reconheceram que o deputado Pedro Henry assumiu a liderança da bancada e fez as negociações financeiras com dirigentes do Partido dos Trabalhadores, em troca do apoio político. Novamente, os ministros fizeram um exame conjugado: reconheceram a sua cooperação na realização dos fatos típicos e o domínio funcional do fato exercido pela divisão de tarefas, seja na negociação, seja orientado a bancada de seu partido. Assim, em seu voto, o ministro Luiz Fux não trouxe à questão a classe dos delitos de dever e procedeu ao exame conjunto das provas do fato típico e do domínio do fato:

Nesse contexto, deve ser destacado, também, o que afirmou o então Presidente do Partido Progressista, o parlamentar cassado Sr. PEDRO CORRÊA, em declarações escritas juntadas a esses autos (fls. 2000):

“Fomos escolhidos eu, que ocupava a 2ª Vice-Presidência do PP [a seguir ocupou a Presidência], o Deputado PEDRO HENRY (novo líder) e o Deputado JOSÉ JANENE (1º Tesoureiro do partido) para representarem a bancada de deputados nos entendimentos com o PT, presidido pelo Deputado JOSÉ GENOÍNO, e com o Governo Lula, que já havia escolhido seu coordenador político, na pessoa do Deputado Federal JOSÉ DIRCEU.”

Assim, os parlamentares mencionados na declaração acima foram os responsáveis, do Partido Progressista, por solicitar recursos em troca do apoio. O dinheiro passou a ser-lhes transferido pelo Partido dos Trabalhadores depois da reorientação da bancada do Partido Progressista, promovida pelo réu PEDRO HENRY. Saliente-se

³⁸⁸ AP 470, p. 3249 do acórdão.

³⁸⁹ AP 470, p. 3363 do acórdão.

que, no início da nova legislatura, o Partido Progressista, mediante orientação do réu, **fazia oposição ao Governo**.

Esse papel de líder do partido, exercido por PEDRO HENRY na Câmara dos Deputados, foi fundamental na **divisão de tarefas estabelecida para a prática criminosa**. A negociação de recursos pelo acusado PEDRO HENRY, e sua concomitante atuação favorável ao governo a partir de meados de 2003, demonstra a influência que os pagamentos tiveram na prática de atos de ofício pelos acusados.

Assim, o réu PEDRO HENRY detinha, também, o domínio funcional dos fatos, executando, na divisão das tarefas criminosas, o cumprimento do acordo com o Governo e orientando sua bancada parlamentar no sentido pretendido pelo Partido dos Trabalhadores, garantindo, assim, o recebimento do dinheiro.³⁹⁰

O mesmo problema se constata na absolvição de Antônio Lamas. Os ministros confundem o elemento subjetivo do crime (dolo) com a qualificação da conduta criminosa do sujeito ativo (autoria e participação). Afirmam que não há provas do conhecimento do réu sobre os fatos ilícitos e, de forma desnecessária, concluem que ele agiu “sem pleno domínio dos fatos”. O recurso ao domínio do fato é desnecessário, porque já ficou demonstrado que o réu sequer praticou o fato típico, não havendo que se falar em autoria nem participação. Vale conferir os seguintes votos, dos ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes, respectivamente:

Deve-se deixar consignado nesta parte inicial do voto que a exordial acusatória narra que o 27º denunciado (Antônio Lamas) também integrava a quadrilha. Ocorre que tal fato não restou devidamente comprovado no curso desta ação, o que impede que o pedido de condenação pela prática delituosa seja acolhido. De efeito, a imputação carcerária da demonstração que o acusado detinha o domínio final da ação delituosa ou que a fração a ele atribuída na consecução do ilícito penal fosse assaz relevante sob o prisma material. Ante a ausência de provas contundentes acerca de sua participação nos delitos aqui mencionados, exige-se a sua absolvição.³⁹¹

Diferentemente, conforme constatado pela Procuradoria-Geral da República, é a condição de ANTÔNIO LAMAS que, à míngua de outros elementos probatórios, agiu sem pleno domínio dos fatos. Isto é, sem conhecimento e vontade de realizar a conduta incriminada, mormente porque, aparentemente, seu agir – retirada em espécie –, não se reveste de ilicitude.

Pelo que se deduz da prova, ANTÔNIO LAMAS serviu como mero instrumento para a execução do saque, faltando-lhe o elemento subjetivo do tipo – “*conhecimento e vontade de realização do tipo objectivo de ilícito*”. (Jorge de Figueiredo Dias, Teoria do Direito Penal, p. 349).³⁹²

Até então o domínio de organização somente foi citado nos crimes financeiros, sendo que, em geral, os ministros afirmaram um domínio funcional do fato, ou seja, coautoria. No instante de examinar a conduta do réu José Dirceu é que surgem os problemas técnicos mais

³⁹⁰ AP 470, p. 3511-3512 do acórdão.

³⁹¹ AP 470, p. 4083 do acórdão.

³⁹² AP 470, p. 4412 do acórdão.

profundos na decisão, confundindo-se o domínio do fato (gênero) com o domínio de organização (espécie), revelando um ponto crítico da decisão.

O voto do ministro-presidente Carlos Ayres Britto, transcrito abaixo, apresenta os primeiros indícios do comando dos fatos, exercido por José Dirceu:

Acresce que não há dúvidas razoáveis de que José Dirceu concorreu (e tinha pleno conhecimento) para os delitos impulsionados pelos agentes do núcleo político. Na verdade, a meu aviso, este primeiro denunciado detinha o controle finalístico sobre a ação dos denunciados integrantes dos núcleos financeiro e publicitário. Com efeito, o que se tem dos autos é que o denunciado José Dirceu tinha mesmo o domínio intelectual das ações dos demais acusados, naquilo em que dirigidas para o levantamento de numerário para o pagamento de dívidas e de “mesadas” a parlamentares da base aliada. Denunciado, todavia, que negou as acusações (interrogatório fls. 16.634-16.671, v. 77 – negou inclusive ter qualquer relação com Marcos Valério) e atribuiu suas ações à função de coordenação política, própria do cargo que ocupava na Casa Civil. Casa Civil que, segundo ele, tinha uma sala de investimentos na qual recebera empresários e dirigentes do BMG, do Banco Rural e do Banco do Espírito Santo. Dirigentes, estes, conforme o depoimento do próprio José Dirceu, que se fizeram acompanhar por Marcos Valério.

De mais a mais, não posso deixar de referir o multicitado encontro (alegadamente um “jantar”) no Hotel Ouro Minas, na cidade de Belo Horizonte, do denunciado (José Dirceu) com dirigentes do Banco Rural (dentre eles a então Presidente da Instituição Financeira, Kátia Rabelo). Sobre tal episódio, disse o denunciado José Dirceu que o encontro se limitou a uma “*missão do Governo*” (falar sobre o Brasil, o Governo, Políticas Públicas e situação do país). Todavia, essa declaração não confere com a versão dada pela denunciada Kátia Rabelo. Esta afirmou que um dos assuntos tratados no aludido encontro (um jantar no Hotel Ouro Minas, em Belo Horizonte, reitero) “*foi o tema referente à suspensão da liquidação do Banco Mercantil de Pernambuco pelo Banco Central*”. É que, segundo a interroganda, o Banco Rural “*possuía 20% das ações do Banco Mercantil de Pernambuco*” e que “*seria interessante adquirir a massa liquidanda do referido Banco*”. Logo, diante das dificuldades encontradas perante o Banco Central do Brasil, o contato com o então Ministro Chefe da Casa Civil funcionaria como uma “*forma de agilizar uma eventual decisão por parte do Governo do Presidente Lula*”.³⁹³

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.³⁹⁴

Não obstante, o ministro-revisor, Ricardo Lewandowski, julgou improcedentes as acusações contra José Dirceu, argumentando que a “teoria do domínio do fato” seria uma panaceia geral para suprir a falta de provas:

³⁹³ AP 470, p. 4568 do acórdão.

³⁹⁴ AP 470, p. 4673 do acórdão.

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 controvertida 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.³⁹⁵

Porém, ao criticar a teoria, o ministro Ricardo Lewandowski revelou um desconhecimento de suas bases. O ministro afirma que a teoria teria uma aplicação “excepcional” (criminalidade organizada) e, no caso em exame, faltaria esse pressuposto. Por outro lado, o ministro não esclarece um dado importante: que esse pressuposto aplica-se tão somente no domínio de organização, e não no domínio do fato em geral. Veja:

O próprio Claus Roxin, autor que criou a citada teoria em 1963, ao proferir aula inaugural na Universidade de Lucerna, na Suíça, em 21 de junho de 2006, manifestou preocupação com o alcance indevido que alguns juristas e certas cortes de justiça, em especial o Supremo Tribunal Federal alemão, estariam dando a ela, especialmente ao estendê-la a delitos econômicos, sem observar que os pressupostos essenciais para sua aplicação - dentre os quais a fungibilidade dos membros da organização delituosa - “*existem apenas no injusto do sistema estatal, no ‘Estado criminoso dentro do Estado’, assim como a Máfia e formas semelhantes de manifestação da criminalidade organizada*”

Feitas essas considerações, e analisados todos os elementos constantes dos autos, especialmente as condutas descritas na denúncia, chego à inelutável conclusão de que os fatos nela descritos não se revestem da excepcionalidade que o *Parquet* pretende lhes atribuir, razão pela qual tenho que a dita “teoria do domínio do fato” não comporta aplicação ao caso sob exame.³⁹⁶

A partir desse momento, os ministros passam a debater de forma mais aprofundada as a teoria do domínio do fato, seus pressupostos e ramificações, concentrando-se no domínio de organização, especialmente quanto ao réu José Dirceu. Pode-se dizer que é o ponto mais relevante do diálogo decisório dos ministros.

Uma investida inicialmente promissora: o ministro Celso de Mello, pela primeira vez, traz o domínio de organização como um instituto distinto do domínio do fato, malgrado não tenha esclarecido tratar-se de uma espécie de domínio da vontade:

O fato relevante, Senhor Presidente, **é que a utilização** da teoria do domínio do fato **já vem sendo examinada**, pela doutrina penal brasileira, *há algum tempo* (NILO BATISTA, “**Concurso de Agentes**”, 1979, Liber Juris; DAMÁSIO E. DE JESUS, “**Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas**”, 1999, Saraiva, v.g.), **sendo certo, ainda, que a própria jurisprudência** dos Tribunais – **a desta**

³⁹⁵ AP 470, p. 4950 do acórdão.

³⁹⁶ AP 470, p. 4953-4954 do acórdão.

Suprema Corte, *inclusive* – **não tem sido indiferente** a essa construção teórica, **mas, ao contrário, vem dela se utilizando** em diversos julgados, **considerando-a** sob diversas perspectivas: **(a) a do domínio de ação, (b) a do domínio de vontade, (c) a do domínio funcional e (d) a do domínio das organizações (ou dos aparatos organizados, tanto os aparatos governamentais quanto os aparatos empresariais).**

Trata-se, em suma, de formulação doutrinária **compatível** com a organização política de Estados, *como o Brasil*, **revestidos de perfil democrático** e cuja aplicabilidade **não supõe** a ocorrência *de situações anômalas ou de exceção*, **para lembrar, quanto a esse aspecto, observação** feita pelo próprio Claus Roxin em sua conhecida monografia, **cabendo enfatizar, ainda, por necessário,** que essa concepção doutrinária **não se coloca** em relação de antagonismo *com o direito penal da culpabilidade nem elide, porque inadmissível, a presunção constitucional de inocência, inerente* ao nosso modelo constitucional.³⁹⁷

No voto, o ministro conclui sobre a importância do julgado, a respeito da admissão ou não da teoria no ordenamento jurídico nacional:

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 modelo e a disciplina que o Código Penal brasileiro **estabeleceu** em tema *de concurso de pessoas e respectivo tratamento jurídico*.³⁹⁸

Nota-se que para o ministro Celso de Mello a teoria do domínio do fato não é algo “excepcional”, “extraordinário”, nem “incompatível” com o direito penal brasileiro. Assim, contesta a posição do revisor que havia apresentado argumentos contra a aplicação da teoria, sem fazer qualquer distinção quanto às modalidades existentes.

O debate se aprofunda, momento em que o ministro Marco Aurélio assevera que a teoria unitária do artigo 29 do Código Penal não exclui a teoria do domínio do fato, alegando que “uma não exclui a outra”, deduzindo que ela somente operará efeitos na dosimetria da pena:

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

³⁹⁷ AP 470, p. 4971-4972 do acórdão. O ministro conclui seu voto alegando que o domínio do fato seria compatível com a ordem jurídico-penal brasileira, com esteio nas lições de Alberto Silva Franco: “Observo, por fim, que, diferentemente do sustentado, a *teoria do domínio do fato* não é algo novo, casuisticamente empregado. Aliás, para uma parcela da doutrina nacional, “*o legislador de 84 não se definiu explicitamente por nenhuma das posições dogmáticas relativas ao conceito de autoria e da distinção entre autoria e participação. No entanto, à medida que introduziu o dolo na ação típica final, como se pode depreender da conceituação do erro de tipo, à medida em que aceitou o erro de proibição e, finalmente, à medida em que abandonou o rigorismo da teoria monística em relação ao concurso de pessoas, reconhecendo que o agente responde pelo concurso na medida de sua culpabilidade, deixou entrever sua acolhida às mais relevantes teses finalistas, o que leva à conclusão de que abraçou também a teoria do domínio do fato*” (Alberto Silva Franco, *O Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 164).” (Cf. AP 470, p. 5156 do acórdão).

³⁹⁸ AP 470, p. 5196 do acórdão.

reconhecimento, em nosso sistema jurídico-penal, **da teoria do domínio do fato**. Na realidade, uma teoria **não exclui** a outra, **pois** o reconhecimento de uma **ou** de outra apenas poderá influenciar no “*quantum*” **a ser definido** na operação de dosimetria penal, **nos termos** do art. 29 do CP.

Esse entendimento, que decorre do reconhecimento da compatibilidade, **em face** da legislação nacional, *da teoria do domínio do fato* – cuja aplicação **deve sempre reger-se segundo as premissas que informam o Direito Penal da culpabilidade** –, **reflete-se** no magistério jurisprudencial firmado, *há décadas*, pelo Poder Judiciário brasileiro **JTACrSP, LEX 92/49 – RJTJSP 37/288 – RT 514/302 – RT 375/340**):³⁹⁹

Pode-se dizer que o ministro incorreu em uma imprecisão conceitual. Em primeiro lugar, a teoria do domínio do fato é evidentemente incompatível com a teoria unitária (tratamento invariável de todos os agentes ativos do delito), pela singela observação de que é uma teoria restritiva ou diferenciadora dos sujeitos ativos do delito. A menos que quisesse lançar as bases teóricas de um novo domínio do fato, essa observação não corresponde aos conceitos basilares da teoria do domínio do fato.

Por outro lado, pode-se considerar que o ministro, na verdade, pretendia afirmar que a teoria monista (*unidade do título da imputação*) não é incompatível com o domínio do fato e, nesse ponto, estaria parcialmente correta: todos que colaboram em um delito respondem pelo mesmo fato incriminado na lei, mas a posição do sujeito ativo – autoria ou cumplicidade – é que será revelada pela subsunção a teoria do domínio do fato, produzindo efeitos na configuração delituosa e, conseqüentemente, redundando na fase de dosimetria da pena.

Ao ser confrontado com essas observações, o revisor então faz uma intervenção chamativa, mas que também está eivada de equívocos conceituais:

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

Vossa Excelência fez um retrospecto histórico da aplicação dessa Teoria do Domínio do Fato; eu acrescentaria mais um, o da Argentina, quando foram condenados os generais responsáveis pelas mortes, torturas e desaparecimentos no regime de exceção, aplicou-se essa teoria.

Mas o que eu quis dizer, eminente Decano, foi o seguinte: o próprio Claus Roxin, que foi um dos mais conspícuos elaboradores dessa teoria, há alguns anos, assustado com o emprego indevido dela, chamou atenção, inclusive do Supremo Tribunal Federal de seu país, quanto ao uso exagerado que está se fazendo dessa teoria, sem os devidos parâmetros. E

³⁹⁹ AP 470, p. 5199 do acórdão.

ele diz, inclusive, que é preciso que os requisitos para aplicação dessa teoria estejam claramente presentes; e um desses requisitos, dos vários que ele arrola, é exatamente o requisito da fungibilidade. 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 teoria 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.

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

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

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 juízes brasileiros, mas também, por membros do Ministério Público.⁴⁰⁰

O revisor afirma que a teoria seria aplicável em “situações excepcionais”, mas não diz qual modalidade da teoria do domínio do fato estaria submetida a tais “situações excepcionais”. Como visto no capítulo 3, a teoria do domínio do fato não se resume a “contextos excepcionais”, mas tem ampla aplicabilidade nos delitos de domínio (ou de ação) mais comuns, como furtos e homicídios. De certa forma, pode-se entender que o domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder tem uma aplicabilidade mais restrita, somente em relação aos crimes cometidos por intermédio de estados totalitários, organizações criminosas e grupos terroristas, mas a teoria do domínio e todas as demais ramificações possuem aplicação ampla.

Igualmente, o revisor não menciona a categoria dos delitos de dever, não problematizando esse tema importante para verificar a procedência da teoria no caso concreto.

O revisor adverte que, no caso em exame, inexistiria o requisito da fungibilidade, uma observação interessante. Porém, o revisor não explica tal requisito e nem em qual modalidade do domínio do fato se aplica a teoria. Ao invocar as críticas de Roxin, p. ex., o revisor fez um

⁴⁰⁰ AP 470, p. 5201-5202 do acórdão.

“apelo à autoridade”, pois, se são certas as censuras do jurista alemão, de nada serve se o revisor não as coloca no contexto apropriado.

Ao relevar sua preocupação com a adoção da teoria, de forma indiscriminada, especialmente pelos demais juristas do país, o revisor recorda as palavras de Pedro Aleixo ao general Costa e Silva sobre o AI n. 5. Embora genuína a preocupação, a comparação mostra-se incompatível com a fixação das bases para aplicação da teoria, visto que, além de menoscabar os demais juristas, constitui um argumento eivado de *reductio ad absurdum*.

Em contrapartida, o ministro Marco Aurélio ressaltou que a aplicação da teoria não mitiga o ônus da acusação, de apresentar as provas indispensáveis à condenação e, assim, conclui pela pertinência da teoria, que em nada afeta o ônus da prova:

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 demasiado 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** (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):⁴⁰¹

Em suma: não há qualquer **incompatibilidade** na aplicação *da teoria do domínio do fato* com o que disciplinado, *sobre o tema do concurso de pessoas*, pelo nosso Código Penal, **cabendo referir, no ponto, a conclusão** exposta por GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO (“**Autoria e Participação Delitiva: Da Teoria do Domínio do Fato à Teoria da Imputação Objetiva**”, ano 94, vol. 839/480, RT):⁴⁰²

O ministro Celso de Mello foi o primeiro que, de maneira menos contraditória, apresentou a teoria do domínio do fato e a vertente do domínio de organização, com base nos ensinamentos doutrinários dos autores Fernando Galvão, Guilherme Feliciano, Douglas Fischer e Paulo Vaz e Ranier Medina:

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, **valendo destacar, por se revelar expressivo a propósito dessa matéria, o magistério** de PAULO AFONSO BRUM VAZ e de RANIER SOUZA MEDINA (“**Direito Penal Econômico e Crimes Contra Sistema Financeiro Nacional**”, p. 55, item n. 1.4.2, 2012, Modelo): “**O**

⁴⁰¹ AP 470, p. 5204 do acórdão.

⁴⁰² AP 470, p. 5205-5206 do acórdão.

Direito Penal brasileiro adota a teoria monista (unitária) quanto ao concurso de agentes, conhecendo as figuras do autor e do partícipe. Mas é remansosamente acolhida a teoria do domínio do fato como critério definidor da autoria. Teoria esta que, na perspectiva roxiniana, assim divide: domínio da ação, domínio funcional do fato e domínio da vontade. Os dois primeiros fundamentam a coautoria, enquanto essa última serve de base para a autoria mediata, subdividindo-se em domínio do erro, domínio da coação e domínio da organização. A teoria do domínio da organização, baseada no domínio da vontade é, portanto, uma vertente da teoria do domínio do fato, amplamente acolhida pelo sistema penal pátrio.” (grifei)⁴⁰³

Celso de Mello conclui que a teoria não tem qualquer caráter de exceção, sendo “plenamente compatível com situações de normalidade institucional”:

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 pessoas, a sua aplicação não enseja a consagração de uma inadmissível hipótese de responsabilidade penal objetiva.⁴⁰⁴

Porém, Celso de Mello olvidou-se de mencionar a categoria dos delitos de dever e, assim, suas observações, embora corretas conceitualmente, não conduziram à superação da *dispersão de Roxin*.

Confrontado, novamente o ministro revisor reiterou o requisito da fungibilidade, mas o aplicou a teoria do domínio do fato como um todo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Portanto, uma audiência mais do que qualificada. 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 Ministro 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.⁴⁰⁵

Vale dizer que, em princípio, o revisor estaria correto, se aplicasse o requisito da fungibilidade no domínio de organização, conforme a concepção de Roxin, já examinada no

⁴⁰³ AP 470, p. 5207 do acórdão.

⁴⁰⁴ AP 470, p. 5209 do acórdão.

⁴⁰⁵ AP 470, p. 5224 do acórdão.

capítulo 3. Mas a generalização proposta é incabível, não se justificando, p. ex., a fungibilidade na coautoria e nas demais formas de domínio da vontade.

Em contrapartida, a ministra Rosa Weber também admitiu o domínio do fato na dicção literal do artigo 29 do Código Penal:

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - 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 Ministro Gilmar Mendes - se bem me recordo - ainda tenha lembrado a própria dicção do artigo 29 do Código Penal, 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.⁴⁰⁶

A não ser que se reinterprete o artigo 29, a dicção literal opõe-se ao domínio do fato. Por isso, a ministra também incorre em um equívoco conceitual dos mais acentuados:

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - 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.⁴⁰⁷

Tal voto é o mais inapropriado. A ministra diz que o domínio do fato “ajudava na argumentação que tornava hígida a denúncia”. Certamente, essa não é a função da teoria do domínio do fato e, pelo que consta da denúncia, seria desnecessário e inapropriado recorrer à teoria, uma vez que as condutas foram descritas com os dados existentes nas investigações.

Não obstante, o relator Joaquim Barbosa, para dirimir os debates em torno da teoria do domínio do fato, fez provavelmente a melhor intervenção do julgamento sobre o tema.

Sem invocar a teoria do domínio do fato, afirmou que considerava o “autor intelectual” autor, e não partícipe. Pela dicção do artigo 29 do Código Penal, que não distingue, *a priori*, autores e partícipes, a posição do relator é apropriada. O relator planteou a questão no local certo, qual seja, a classe de sujeito ativo, e não a questão probatória:

⁴⁰⁶ AP 470, p. 5226 do acórdão.

⁴⁰⁷ AP 470, p. 5230 do acórdão.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – 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 participe.⁴⁰⁸

Em seguida, o relator conclui a passagem asseverando que não precisa aproveitar a teoria do domínio do fato para afirmar a autoria por parte dos mandantes ou autores intelectuais, como, p. ex., Delúbio Soares, porque as provas já transmitem essa segurança:

Ou seja, quando eu leio os interrogatórios de Delúbio Soares, praticamente assumindo tudo, só não assumiu que recebeu os 500 mil reais, mas há testemunhas dizendo que o Delúbio Soares recebeu, sim, de Marcos Valério 500 mil reais e que essas testemunhas entregaram, em mãos, de Delúbio Soares esses valores. Então, eu não preciso sequer da Teoria do Domínio do Fato, em rigor.⁴⁰⁹

Faltou o relator prosseguir no raciocínio para esclarecer que não precisava citar o domínio do fato em razão da própria natureza da teoria, que não se presta à verificação das provas de que uma pessoa realizou um fato típico, mas sim de uma metodologia para classificar a conduta dessa pessoa no concurso de pessoas em autoria ou participação.

6.8 Crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal

Certamente, a decisão do Supremo Tribunal Federal contém equívocos sobre a explicitação e aplicação da teoria do domínio do fato, que se acentuou mais ainda ao abordar o domínio de organização. O problema capital está na ausência de apresentação prévia das bases teóricas do tema que estavam tratando. Do exame dos votos, pode-se reconhecer, com pesar, que os ministros não sabiam precisamente o contexto em que deve ser invocada a teoria do domínio do fato e, por isso, incorreram em desacertos sequenciais.

A apresentação das bases teóricas não é mera retórica procedimental ou exercício diletante de erudição em uma decisão judicial, nomeadamente tratando-se de uma teoria que não é expressamente adotada por nosso Código Penal e cujos estudos da doutrina brasileira, existentes à época, eram poucos e insuficientes⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ AP 470, p. 5227 do acórdão.

⁴⁰⁹ AP 470, p. 5229-5230 do acórdão.

⁴¹⁰ Nesse sentido, a obra de Damásio E. de Jesus “Domínio do fato no concurso de pessoas”, a primeira obra dedicada exclusivamente à teoria contém diversos equívocos e mais se aproxima ao “domínio final do fato”, do que das concepções de Roxin. O autor brasileiro, p. ex., afirma que “o mandante é autor intelectual e não participe, uma vez que detém o domínio do fato”, conclusão incompatível com a construção de Roxin (Cf. JESUS, Damásio E. de. *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*, p. 27.). Hoje existem várias obras de

Deveria o Supremo contextualizar a teoria, com base nos critérios comumente empregados pela doutrina para examinar os institutos jurídicos: *finalidade, conceito, natureza, espécies, requisitos de aplicação*. A finalidade da teoria é distinguir os sujeitos ativos no concurso de pessoas, isto é, estabelecer autoria e cumplicidade. Por isso, tem natureza de teoria restritiva ou diferenciadora, segundo o critério reitor ou universal segundo o qual autor é a figura central do delito e partícipe é um personagem coadjuvante. Suas espécies são, em termos gerais, o domínio da ação (autoria), domínio funcional (coautoria) e o domínio da vontade (autoria mediata). O domínio da vontade, por sua vez, pode ser exercido pelo erro, pela coação e por intermédio de aparatos organizados de poder. Cada espécie possui requisitos próprios, mas o requisito comum é tratar-se de *delitos de ação*, porquanto, para delitos especiais ou de dever, o critério para distinguir autor de partícipe é outro.

Nada disso foi enunciado de forma clara pelos ministros, desencadeando-se os demais equívocos, como *frutos da árvore envenenada*, para usar, em analogia, uma teoria originada das cortes constitucionais.

Por isso, vários ministros, ao examinarem as provas de autoria do crime afirmavam ou negavam a condenação, conjugando com a análise da teoria do domínio do fato: “Marcos Valério tinha o domínio do fato, por isso deve ser condenado” ou “Ayanna Tenório não tinha o domínio do fato, por isso deve ser absolvida”.

Essa conjugação é despropositada, porque, uma vez reconhecidas provas de realização no fato típico, é que se passa ao exame da autoria ou participação. Negadas as provas para condenação, torna-se desnecessário citar a teoria.

Alaor Leite entende que o Supremo fez um uso jurídico-processual da teoria, ao invés de situá-la no ponto correto, isto é, uma teoria jurídico-material, que serve para distinguir autor e partícipe, citando o polêmico voto da ministra Rosa Weber, na qual assinalou que “a teoria do domínio do fato ajudava na argumentação que declarava hígida a denúncia” (transcrito no item anterior):

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 processual⁴¹¹

autores brasileiros sobre o tema, escritas com mais técnica e lastreada nas ideias de Roxin. Certamente, a edição de tais livros decorre da curiosidade e perplexidade da adoção da teoria na Ação Penal n. 470/MG, o que também justificou essa pesquisa.

⁴¹¹ LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor;

De qualquer forma, os ministros não mostraram conhecimento da *dispersão de Roxin*, que trata de maneiras distintas os delitos de ação (de domínio) e os delitos especiais (de dever). Na Ação Penal n. 470/MG, vários crimes, como peculato e corrupção passiva, são delitos especiais e, portanto, são autores somente os *intranei* – os *extranei*, como Marcos Valério, seriam partícipes. Pode-se refutar, afirmando que o Supremo afastou-se das concepções do professor alemão, para conferir caráter de universalidade à teoria do domínio do fato. Todavia, estranha-se que não tenha mencionado essa distinção em momento algum no julgado.

Concernente ao domínio de organização, as imprecisões multiplicaram-se. Os ministros não situaram a teoria no seu contexto teórico, que é uma forma de autoria mediata, fundada no domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder. Dos votos transcritos, depreende-se que os ministros confundem a teoria do domínio do fato (gênero), com o domínio da vontade (espécie) e domínio de organização (subespécie).

Igualmente, Alaor Leite ressalta a confusão entre gênero, espécie e subespécie:

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 da organização, e assim acreditavam poder *fundamentar a punição de determinados acusados que gozavam de posições hierárquicas de destaque*.⁴¹²

Entretanto, ainda que o Supremo, em um exercício de ativismo judicial, criasse um *domínio do fato com pretensões universais*, de modo a abarcar os delitos de ação e os delitos de dever, surgiriam obstáculos intransponíveis ao raciocínio empreendido no julgado, especialmente na aplicação do domínio de organização nessa configuração totalizante.

Vale lembrar os requisitos do domínio de organização que, aliás, não foram discutidos de forma clara e precisa pelos ministros: organização desvinculada do direito, poder de emitir ordens do autor de trás, fungibilidade dos executores e alta disposição para o ato do executor imediato.

TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, p. 161-162.

⁴¹² LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, p. 141.

O requisito da organização desvinculada do direito não foi provado, até mesmo porque os partidos políticos envolvidos, embora tenham atuado à margem da legalidade episodicamente, continuaram operando.

Tampouco a existência de uma organização criminosa entre os acusados resistiu ao julgado. No primeiro centro de delitos, envolvendo João Paulo Cunha e Marcos Valério nos contratos de publicidade da Câmara dos Deputados, não houve denúncia pelo crime de quadrilha ou bando. Em relação ao segundo centro delituoso, os réus foram inicialmente condenados pelo delito do artigo 288 do Código Penal, porém, nos embargos infringentes, o Supremo os absolveu da imputação, reconhecendo mero concurso de pessoas e não uma “associação estável e destinada a praticar crimes”, malgrado tenham afirmado a continuidade dos vários delitos cometidos e o longo período de sua prática.

Pode-se afirmar, em último esforço argumentativo, que o Supremo aproximou-se da tese adotada em outros julgados, como o proferido pela corte alemã que fez incidir a teoria nas organizações empresariais, ou seja, para entidades que não atuam à margem da legalidade.

No entanto, mesmo nessa hipótese de domínio de organização, faltaria nos crimes perpetrados o requisito referido pelo próprio Roxin como essencial à essa figura jurídica, apresentado desde a introdução dessa pesquisa: a fungibilidade dos executores imediatos, em uma estrutura vertical.

De fato, dos elementos apresentados nesse breve estudo, nota-se que os réus no “Caso do Mensalão” tinham uma forte relação de confiança, em esquemas sofisticados de corrupção. Em seu voto, o ministro Ricardo Lewandowski levantou essa questão, embora não tenha situado no domínio de organização. De tudo que foi apresentado, do relatório da CPMI “dos Correios” até algumas confissões, é inegável que os réus tinham uma forte relação de confiança: dos parlamentares, aos empresários das agências de publicidade, dos gestores do Banco Rura aos líderes dos partidos, constata-se a inadmissibilidade de uma substituição maleável dos sujeitos do delito. Logo, não há elementos para admitir-se a fungibilidade.

Com essas considerações, é inegável que a decisão não deve ser seguida, mas, como afirmou Alaor Leite, não deve ser esquecida:

A decisão da AP 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, caput, CP e pela pena firme e influente

de Nelson Hungria, andava relegado ao ostracismo. *Essa é a grande lição que devemos tirar da AP 470 em matéria de autoria e participação.*⁴¹³

É dizer: não restou nada de aproveitável do julgado? Creio que essa não seja análise justa, apesar de respeitar as opiniões em contrário.

Alaor Leite, p. ex., acredita que os ministros utilizaram a teoria apenas para justificar a responsabilização de agentes que se encontravam em determinada posição hierárquica. Em seus escritos, ressalta:

A busca por outras considerações a respeito da autoria e da participação na decisão da AP 470 confirmou uma espécie de uso seletivo do *topos* “domínio do fato”, de modo que a suspeita de que a verdadeira razão para o recurso à teoria do domínio do fato era a fundamentação setorial de uma responsabilidade penal pela posição está confirmada. Alguns Ministros do STF fundaram uma teoria do *domínio da posição*, que nada tem a ver com a teoria do domínio do fato em sua formulação teórica.⁴¹⁴

Lênio Luiz Streck endossa a tese de que a teoria do domínio do fato foi mal empregada, deixando entender que seria apenas um recurso usado de maneira irregular pelo Supremo para “pegar um homem de trás”, criando-se uma espécie de “tipo ponderação”:

Nesse momento, no assim denominado “processo do mensalão” (embora os advogados do PT queiram impedir o uso dessa palavra, no estilo da “novilíngua” da obra *1984*, de Orwell, em que o Ministério da Fome era chamado pelo *establishment* de “Ministério da Fartura”!!!), estamos diante de uma tese que corre o risco de não ser bem entendida. Para o “bem” e para o “mal”.

[...]

Mas fixemo-nos no exemplo da tese do Domínio do Fato. Trata-se de uma tese complexa. O seu risco é que ela seja transformada em uma nova “ponderação” ou em uma espécie de “argumento de proporcionalidade ou de razoabilidade”, como se fosse uma cláusula aberta, volátil, dúctil. Quantas vezes já a aplicamos em *terrae brasilis*? No plano da cotidianidade das práticas jurídicas, essa tese tem sido citada de soslaio. Parece que nossos juristas estão mais preocupados em discutir o “feijão com arroz do Direito Penal”. Não há muitas decisões nos tribunais adotando a tese (se é bom ou ruim, não importa, agora, falar disso). E as que adotam, não aprofundam.

[...]

Então, avancemos. A *Tatherrschaftstheorie* tem como pressuposto determinar a possibilidade de se “pegar” o Hintermann, ou seja, o homem que está por trás do

⁴¹³ LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, p. 165.

⁴¹⁴ LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, p. 159.

crime ou da organização criminosa. É o sujeito que não está presente diretamente na cena do crime, mas dele partiu a ordem para a consecução do delito. Sem ele, o crime não se configura(ria). Ele “domina a vontade da ação”. Algo como “os autores sempre têm o domínio do fato; já os partícipes não, porque sua ação é acessória”. Sendo mais claro: segundo Roxin, em uma organização delitiva, os homens de trás, que ordenam fatos puníveis com poder de mando autônomo, também podem ser responsabilizados como autores *mediatos*, se os executores diretos igualmente forem punidos como autores plenamente responsáveis. Destes, dos homens que estão por trás, diz-se que são *Schreibtschtäter* (os que ficam nas suas mesas escrevendo).

[...]

A tese tem, digamos assim, no seu nascedouro, uma forte especificidade “política”, porque mais destinada – o que não quer dizer exclusivamente – a acusar os mandantes de crimes políticos ou de violadores de direitos humanos. Explico melhor isso: Roxin mesmo diz que escreveu a tese em virtude do “caso Eichmann” (seria uma tese de exceção, portanto, datada?). Mas qual é o problema da tese? Em primeiro lugar, a julgar pelas decisões mais contemporâneas nos tribunais alemães, não se sabe bem se, com a tese, abandona-se a teoria subjetiva e se aceita de vez a teoria objetiva do Domínio do Fato (essa é uma preocupação de um penalista do quilate de Kai Ambos, para referir apenas esse).⁴¹⁵

Todavia, a despeito das críticas acima, é forçoso reconhecer que o Supremo apresentou as provas e as razões para absolver e condenar os acusados, conforme o caso, pecando somente na conjugação desse exame probatório com a aplicação da teoria do domínio do fato, conforme já demonstrado.

Os votos sobre a atuação dos gestores do Banco Rural são os mais representativos. Os ministros de maneira correta elencam as provas que os fazem concluir pela condenação ou absolvição dos acusados e, em seguida, de maneira despropositada, adicionam que eles teriam ou não “o domínio do fato”. Em suma, os ministros não se esquivaram da necessidade de demonstrar as provas de suas posições, citando elementos de convicção coletados pela CPMI dos Correios, pela Polícia Federal e no curso da instrução processual criminal.

Noutra linha, os ministros também usaram o “domínio do fato” nos votos absolutórios, nomeadamente no que tange a Ayanna Tenório e Roberto Lamas, afastando as interpretações do julgado que entenderam que o uso da teoria “foi só para condenar”, para “punir pessoas em determinadas posições hierárquicas” ou “para pegar o homem de trás”.

Ademais, no voto do relator, o último transcrito acima, fica claro que os ministros tinham a convicção da autoria e materialidade dos crimes, diante das provas produzidas, de modo que o próprio relator acabou por “descartar” a teoria.

⁴¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. Mensalão e o “domínio do fato – tipo ponderação”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-06/lenio-streck-mensalao-dominio-fato-algo-tipo-ponderacao>>. Acesso em: 03 maio 2016. Note que o jurista também equivocou-se na compreensão das bases da teoria e, ainda, confundiu gênero com espécies e subespécies.

Portanto, a teoria foi deslocada de sua finalidade, tanto para condenar quanto para absolver os acusados e, por isso, julgar que “a verdadeira razão para o recurso à teoria do domínio do fato era a fundamentação setorial de uma responsabilidade penal pela posição” pelos ministros do Supremo Tribunal Federal é inapropriado.

Pode-se dizer que todo imbróglio causado pela menção à teoria do domínio do fato foi causado pelo recurso a teoria, sem apresentar claramente suas bases teóricas, desencadeando erros subsequentes na técnica de aplicação da teoria no julgado, o que, todavia, não serve para afastar a justiça e legitimidade da decisão.

6.9 A Navalha de Occam

Apresentadas as críticas, cumpre fornecer um *esboço* para uma solução mais apropriada àquela adotada na Ação Penal n. 470/MG.

Pressuposto para resolver o enigma é compartimentar o exame do crime, segundo os substratos essenciais derivados do conceito analítico de delito, evitando-se o que pode ser denominado de *conjunção fato tipo probante com domínio do fato*, expressão que pode ser abreviada para *conjunção tipo-domínio*, empregado pelo Supremo Tribunal Federal.

O conceito analítico de crime, desenvolvido pela dogmática penal, obedece a um método científico, que divide e subdivide os elementos do delito, para melhor compreender o fenômeno. No fundo, os autores empregam as quatro regras do método científico, enunciados por René Descartes. Dentre as mais significativas, está a regra da análise ou da divisão: “dividir cada uma das dificuldades que examinasse em tantas parcelas quantas fossem possível e necessário para melhor resolvê-las”⁴¹⁶.

A *conjunção tipo-domínio* é um modelo de raciocinar o delito que não cumpre com tal método e, assim, reúne questões distintas na mesma argumentação – a prova da conduta criminosa e a posição do sujeito ativo no fato típico – causando a perplexidade acima verificada, em que os ministros abordaram no campo jurídico-processual um assunto jurídico-material.

O operador do direito deve analisar as provas e verificar de maneira sequencial a existência da conduta (dolosa ou culposa; comissiva ou omissiva), a adequação típica, o resultado, o nexos causal e a imputação objetiva, desconsiderando, nessa etapa, o exame a respeito da autoria ou participação. Constatado que o agente não concorreu para a realização

⁴¹⁶ DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 23.

do tipo, porque não foi comprovado algum dos elementos destacados, exclui-se o delito e o acusado deve ser absolvido, afastando-se qualquer menção à teoria do domínio do fato (ou à infração de dever, nos delitos especiais).

Concluindo que o sujeito ativo concorreu para a realização do tipo, passa-se ao exame seguinte. Nesse segundo passo, é que se deve buscar a valoração da conduta do acusado, passando-a no *filtro de classificação dos sujeitos ativos*, para estabelecer se o acusado foi autor, coautor, partícipe ou autor mediato do delito.

Esse *filtro de classificação dos sujeitos do delito* é justamente a teoria que o operador vai usar para distinguir ou não autoria e participação. Se usar uma teoria unitária, todos serão reputados autores. Se usar uma teoria restritiva ou diferenciadora, deverá, a partir dos critérios da teoria selecionada, identificar qual a natureza da conduta empreendida pelo sujeito ativo: autoria (mediata ou imediata), coautoria ou participação em sentido estrito.

Decerto, reunir em uma mesma argumentação a verificação da conduta criminosa e a classificação do sujeito ativo foi o equívoco original do Supremo Tribunal Federal. Vale dizer também que a classificação das condutas não é *essencialmente* um problema da sanção penal, mas sim uma questão de tipo, de realização do fato típico e que, resolvida pelo intérprete, terá por consequência modular a dosimetria da pena. Não se pode inverter o raciocínio, transformando esse exame em uma questão de merecimento de pena.

Superada a colocação do concurso de pessoas na teoria geral do delito e admitindo-se a existência do fato típico cometido pelos acusados⁴¹⁷, ainda fica a pergunta sobre a utilização da teoria do domínio de organização pelo Supremo Tribunal Federal nos crimes analisados na Ação Penal n. 470/MG.

Nesse ponto, cumpre invocar o princípio filosófico conhecido como *Navallha de Occam*, abordado há séculos, mas que ganhou esse nome em razão do trabalho expressivo desenvolvido por William de Occam. Tal preceito baseia-se na ideia central de simplicidade ou parcimônia, de que na natureza as coisas não se multiplicam sem necessidade. O dicionário de filosofia de *Stanford* traz o seguinte conceito: “(OR₁) Other things being equal, if T_1 is more ontologically parsimonious than T_2 then it is rational to prefer T_1 to T_2 .”⁴¹⁸. Em

⁴¹⁷ O exame a seguir parte do pressuposto de que as provas seriam suficientes para a condenação. A pesquisa não impõe essa interpretação, mas é imprescindível pressupô-la para que se permita deduzir as conclusões ao final. De qualquer maneira, o Supremo não usou a teoria do domínio do fato para esquivar de apresentar as provas. Porém, *revalorar* as provas foge do âmbito dessa pesquisa, cuja finalidade é averiguar a técnica decisória dos ministros na avaliação do concurso de pessoas.

⁴¹⁸ STANFORD. Stanford Encyclopedia of Philosophy - Simplicity. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/simplicity/>>. Acesso em: 4 de maio de 2016.

outras palavras, a explicação mais simples pode ser a resposta, quando todas as explicações são iguais, no mesmo contexto.

Dessa maneira, o Supremo poderia aplicar a teoria unitária, que parte dos autores nacionais defendem como sendo a base dos artigos 29 e 30 do Código Penal, reputando todos os sujeitos ativos como coautores dos delitos, mediante a comunicabilidade da circunstância objetiva – funcionário público –, aos que concorreram para a realização das infrações penais.

Não seria necessário recorrer ao domínio do fato, menos ainda ao domínio de organização, para concluir que *intranei* e *extranei* são coautores e que os mandantes ou dirigentes seriam igualmente autores dos crimes. Uma explicação mais simples, certamente; se é justa, não cabe nesse espaço fazer o julgamento. Mas, o importante, é que o resultado seria o mesmo do acórdão condenatório, com a nítida vantagem de não desperdiçar tanto tempo no debate das diversas formulações da teoria do domínio do fato e sua conveniência no julgado. Aplicando-se a *Navalha de Occam*, quando os resultados são invariáveis, a explicação mais simples deve prevalecer, isto é, a teoria unitária.

Em uma segunda acepção, preferindo a abordagem diferenciadora, o Supremo poderia adotar o critério objetivo-formal⁴¹⁹ que, para a maioria dos doutrinadores nacionais, é a que deve prevalecer, fazendo-se uma exegese restritiva dos artigos 29 e 30 do Código Penal. Após apresentar os fundamentos dessa interpretação restritiva dos mencionados dispositivos, bastaria valorar a conduta de cada um dos acusados, identificando se realizaram ou não parte do fato típico, para definir se são autores ou partícipes. A solução seria, em grande parte, idêntica.

Ainda com a pretensão de adotar uma teoria restritiva ou diferenciadora, o Supremo poderia aceitar as contribuições de Roxin e aplicá-las, após reconhecer que os acusados praticaram os delitos. Nesse caso, deveria, antes de iniciar o raciocínio, distinguir os delitos de ação dos delitos especiais.

Em sua maioria, houve crimes de dever, como o peculato, a corrupção passiva e a gestão fraudulenta de instituição financeira. Portanto, aqueles que infringiram os deveres de sua posição jurídica – funcionário público ou gestor de instituição financeira – serão autores (*intraneus*). Em contrapartida, os *extranei* seriam reputados partícipes.

Ilustrando esses critérios no centro delituoso da Câmara dos Deputados: João Paulo Cunha seria autor de peculato e de corrupção passiva, enquanto Marcos Valério e seus sócios

⁴¹⁹ Evidentemente, o Supremo também poderia fazer referências a outras teorias restritivas ou diferenciadoras, como os critérios subjetivo e objetivo-material. Porém, essas teorias nunca tiveram adeptos expressivos no Brasil, além de possuírem evidentes problemas de aplicabilidade, anotados nos capítulos 2 e 3.

autores de corrupção ativa e *partícipes* de peculato. Certamente, os empresários seriam partícipes do crime definido no artigo 312 do Código Penal porque não ostentavam a condição de funcionários públicos, ao contrário de Joao Paulo Cunha, cujo plexo de deveres abarcava da tutela do patrimônio público da casa legislativa. O mesmo raciocínio deveria ser desenvolvido no segundo centro de delitos, de acordo com a natureza cada tipo penal e das contribuições efetivas para sua realização por cada acusado.

Note que o resultado é quase o mesmo, porém mais simples, garantista e tecnicamente correto do que toda a confusão causada pela compreensão parcial da teoria do domínio do fato. Logo, através da Navalha, a concepção de Roxin venceria em cotejo com aquela criada pelo Supremo.

Por fim, desde uma perspectiva da teoria elaborada por Bernd Schünemann, pode-se inferir que houve uma autêntica coautoria entre os principais acusados na Ação Penal n. 470/MG, com base no domínio sobre os fundamentos do resultado e nos níveis de domínio do fato. A construção de Schünemann mostra-se promissora, porque explica a imputação dos fatos a título de autoria aos membros das posições hierárquicas mais elevadas, sem usar a classe dos delitos de dever, levando à conclusão de que são autores, e não meros partícipes. Além disso, demonstra que o *extraneus* também pode ser autor do delito de dever. Veja-se a subsunção da teoria do catedrático alemão em dois exemplos, um de cada centro delituoso.

João Paulo Cunha, como presidente da Câmara dos Deputados, atuou mediante uma ação (as tratativas com os corruptores da agência de publicidade SMP&B), e omissão, permitindo os desvios de recursos públicos na execução do contrato, tendo recebido vantagem indevida dos empresários. Somando-se ação e omissão, o parlamentar seria classificado como autor do peculato e, mediante ação, autor da corrupção passiva.

O réu Henrique Pizzolato, Diretor de marketing do Banco do Brasil, celebrou os contratos com a agência de publicidade de Marcos Valério (DNA) e omitiu-se no dever de exigir a devolução dos valores angariados a título de “bônus de volume”, recebendo vantagens indevidas pagas pelos empresários por esse auxílio. Logo, mediante ação e omissão é autor do crime de peculato e, ainda, mediante ação, autor do crime de corrupção passiva.

Já o particular Marcos Valério, participante das duas centrais de delitos, detinha parcela significativa dos fundamentos do resultado, disponibilizando não só suas empresas, mas toda a estrutura para lavagem de dinheiro, praticando atos de execução em todos os casos. Nos exemplos acima, pela tese de Schünemann, Marcos Valério seria autor de peculato (em coautoria funcional com João Paulo Cunha e Henrique Pizzolato) e autor de corrupções ativas corresponde às corrupções passivas dos aludidos réus.

Em síntese, os principais réus seriam, em geral, coautores por meio do filtro de Schünemann, trabalhado no capítulo 5.

Resta uma última indagação. Superadas todas as objeções apresentadas, ou seja, pressupondo-se a universalização da teoria do domínio do fato nos crimes tratados na Ação Penal n. 470/MG, é possível conceber a autoria mediata por intermédio do domínio de organização através das contribuições de Schünemann?

De todo o estudo empreendido sobre os fatos relatados no julgado, nota-se que os integrantes da empreitada criminosa tinham uma estreita relação de confiança e atuaram com a consciência recíproca de seus atos. As peças desse xadrez eram indispensáveis ao curso dos crimes e, portanto, uma maleabilidade de substituição dos envolvidos resultaria no fracasso dos planos do grupo.

Sintetizando, as características das estruturas criminosas analisadas na Ação Penal n. 470/MG demonstram nitidamente a ausência do requisito essencial do domínio de organização: *a fungibilidade dos executores imediatos*.

Portanto, o domínio de organização, tal como concebido pela dogmática penal, não poderia ser mesmo aplicado de maneira científica pelo Supremo Tribunal Federal, em razão da ausência do requisito da fungibilidade. Frise-se, todavia, que, em tese, é possível a configuração do domínio de organização nos crimes de peculato e corrupção passiva, consoante demonstrado no capítulo anterior, e que os equívocos do Supremo na técnica jurídica não implicam na injustiça ou ilegitimidade do julgado.

7 CONCLUSÃO

A pesquisa empreendida visou analisar o concurso de pessoas nos crimes de peculato e corrupção passiva, especialmente através da teoria do domínio do fato, na vertente conhecida como domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder. Face ao exposto, podem ser exibidas as seguintes conclusões:

1. O concurso de pessoas é um dos temas centrais da teoria geral do delito e, por séculos, vem desafiando a ciência penal. As dificuldades em tratar a matéria podem ser constatadas nos iluministas do século XVIII, passando pelos clássicos do século XIX e persistiram durante a fase científica dos séculos XX e XXI.

2. Inicialmente, pode-se definir concurso de pessoas como a pluralidade de sujeitos ativos na realização do fato típico. Nos chamados crimes unissubjetivos ou de concurso eventual é que surgem os maiores dilemas dogmáticos do concurso de pessoas, posto que nos delitos plurissubjetivos ou de concurso necessário, a própria norma penal qualifica as condutas dos intervenientes. Isso não significa, por óbvio, que nos crimes plurissubjetivos a questão esteja descartada, mas apenas que não oferece as mesmas dificuldades da primeira classe de delitos.

3. Verificou-se que o sujeito ativo e, conseqüentemente, o concurso de pessoas, pertence fato típico, isto é, refere-se ao exame de até que ponto uma conduta pode ser abarcada pelo tipo penal, autorizando a classificação do comportamento como autoria ou como participação. Logo, não se trata de um pressuposto de fato do crime, nem de um tema da ilicitude, da culpabilidade ou da teoria da pena.

4. As chamadas teorias epifenômicas (monista, dualista e pluralista) não se mostram aptas a desenvolver o tema. Sugere-se a adoção de uma discussão mais adequada nas pesquisas sobre o tema e nos manuais de direito penal: a distinção entre *teorias unitárias ou extensivas* e *teorias restritivas ou diferenciadoras*.

5. Por meio das teorias unitárias ou extensivas não há diferença nas diversas cooperações para a prática dos delitos. Todas as condutas que contribuem para a realização do tipo configuram autoria e, portanto, não existe cumplicidade ou participação em sentido estrito. Somente na dosimetria da pena o julgador deve verificar a importância da conduta para o delito, mas dentro do mesmo marco sancionatório. O conceito unitário ou extensivo já foi previsto em várias legislações penais ao longo da história, mas foi com o causalismo de Hungria e Manzini que atingiu seu auge, sendo adotada expressamente no artigo 29 do Código Penal brasileiro de 1940 (redação original).

6. Por intermédio das teorias restritivas ou diferenciadoras pressupõe-se que, na realização do tipo pelos sujeitos ativos, podem existir contribuições principais e acessórias. Daí falar-se em autoria e participação, refletindo-se na pena mais severa para o autor (ou autores) e na sanção mais branda ao partícipe (ou partícipes). Nas teorias restritivas, a própria lei qualifica as condutas e as penas, estabelecendo margens distintas, mas sem prejuízo da posterior dosimetria na sentença.

7. Mediante fundamentos ontológicos e axiológicos, constatou-se a necessidade de distinguir autores e partícipes, ou seja, a adoção da teoria restritiva ou diferenciadora é a única compatível com o garantismo que emana da Constituição da República e as estruturas lógico-reais inerentes às condutas principais e acessórias na realização do tipo.

8. Admitindo-se a cisão entre autoria e participação, identificou-se múltiplos critérios para classificar as condutas como autoria e como participação em sentido estrito. Dentre as mais proeminentes, destacaram-se as teorias ou critérios: *objetivo-formal*, *objetivo-material*, *subjetiva*, *mistas* e do *domínio do fato*. Porém, as primeiras teorias ou critérios apresentaram deficiências que impulsionaram os estudos sobre o domínio do fato.

9. Promoveu-se um exame da evolução da teoria do domínio do fato, desde sua origem em Hegler (1915) até as contribuições atuais fornecidas pela jurisprudência e por Bernd Schünemann. Verificou-se que a existência de cinco “gerações” ou “fases” da teoria do domínio do fato⁴²⁰:

1ª - *Domínio do fato conectado à culpabilidade*: surgimento do “domínio do fato” na dogmática penal, entrelaçado aos requisitos da culpabilidade, conforme trabalhos produzidos por Hegler, Frank e Godschmidt.

2ª - *Domínio potencial do fato*: primeiros estudos a usarem a teoria para distinguir autores de partícipes, consoante opiniões de Bruns, Weber e Lobe.

3ª - *Domínio final do fato*: teoria de Hans Welzel sustentada no seu finalismo penal. Nessa ótica, autor é quem possui o “domínio final do fato”, segundo critérios objetivos e subjetivos, e o partícipe é o sujeito que não dispõem desse domínio.

⁴²⁰ Embora tais “fases” ou “gerações” não possam ser consideradas “evoluções” umas das outras como se existisse uma derivação lógica entre elas, o que transforma as expressões “gerações” ou “fases” pouco técnicas, a divisão é proposta apenas para fins didáticos, permitindo-se uma visualização mais ampla do instituto jurídico no decorrer de sua história.

4ª - *Domínio do fato funcionalista*: criação de Claus Roxin, derivada do funcionalismo penal, corrente jurídica-penal cujo objetivo é unir a dogmática penal, de caráter técnico e ontológico, aos objetivos da política criminal, de visão axiológica, para redesenhar os elementos da teoria geral do delito. Registre-se que a expressão “*domínio do fato funcionalista*” é uma *criação derivada deste trabalho*, de modo a diferenciar a criação de Roxin das “gerações” anteriores. Acrescente-se: o *domínio do fato funcionalista* não deve ser confundido com o *domínio funcional do fato*, pois esta é uma das subdivisões do domínio do fato, que serve para identificar a coautoria funcional.

5ª - *Domínio do fato universal* ou *flexibilizado*: sob esse amplo espectro foram agrupadas múltiplas contribuições à teoria do domínio do fato, surgidas após a tese de Roxin. Em síntese, tratam-se de teorias que flexibilizam requisitos das concepções de Roxin, para veicular um conceito amplo e universalista de domínio do fato. É o atual estágio do desenvolvimento da teoria, mostrando-se importantes as contribuições da jurisprudência (nacional, estrangeira e internacional) e de pesquisadores como Bernd Schünemann.

10. O trabalho focou-se nos estudos de Claus Roxin, divulgados em 1963 por meio da obra *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (no original alemão: *Täterschaft und Tatherrschaft*). Essa obra deve ser o ponto de partida de qualquer estudo sobre o domínio do fato.

11. Para compreender a obra de Roxin, é preciso situá-la no plano do funcionalismo penal teleológico ou moderado. Essa corrente apregoa que as categorias do delito – *fato típico*, *ilicitude* e *culpabilidade* – devem ser interpretadas e desenvolvidas segundo suas funções político-criminais. Se, no plano geral, o direito penal possui a função de proteger bens jurídicos, no estudo dogmático das referidas categorias, Roxin identifica funções político-criminais específicas. Roxin constrói sua teoria do concurso de pessoas entendendo que o *tipo* está submetido à ideia de determinação legal, ou seja, “de que os tipos servem, na verdade, ao cumprimento do princípio *nullum-crimen*, devendo ser estruturados dogmaticamente a partir dele”⁴²¹.

⁴²¹ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*, p. 30-31, grifos do autor.

12. Verificou-se que Roxin oferece um conceito abstrato universal, uma ideia reitora de sua teoria: *autor é a figura central na realização do tipo e partícipe é uma figura secundária*. Vale dizer que autoria e participação referem-se à realização do tipo e não à causação de um resultado, por isso o professor alemão frisa essa distinção. Por oportuno, vale retransmitir sua concepção primordial:

Si se busca una característica general para todas las manifestaciones o formas de aparición de la autoría que la delimite de la participación, se ha de decir: el autor es la **figura central** en la realización de la acción ejecutiva típica (§25). El partícipe es una figura marginal o personaje secundario que provoca el hecho del autor mediante una incitación (§25: inducción) o contribuye a él mediante la prestación de ayuda (§27: cooperación o complicidad)⁴²².

13. Essa ideia reitora funciona como um *prisma*, por meio do qual Roxin faz uma grande dispersão de critérios e subcritérios de determinação da autoria: a) domínio do fato para delitos de domínio ou de ação; b) infração de dever para delitos especiais ou de dever; c) infração de dever pessoal para delitos de mão própria.

14. Nos delitos de domínio, autor é quem domina a realização do acontecer típico, que pode revelar-se de três maneiras: domínio da ação (autoria), domínio funcional do fato (coautoria) e domínio da vontade (autoria mediata). Por sua vez, o domínio da vontade se subdivide em domínio da vontade por meio do erro, da coação e de aparatos organizados de poder. Nos delitos de dever, autor é o sujeito ativo que viola os deveres de sua posição jurídica (*intraneus*), podendo infringir tais deveres mediante ações ou omissões. O sujeito ativo que não está submetido a tais deveres (*extraneus*) é um partícipe. Por fim, nos delitos de mão própria, só pode ser a figura central da execução do delito quem realiza pessoalmente o tipo, não se admitindo a coautoria, nem a autoria mediata nesses delitos.

15. O domínio da ação sustenta a autoria imediata: o sujeito que realiza livremente todos os elementos da conduta criminosa descrita no tipo é autor do delito, ou seja, é o autor imediato do crime. O sujeito que efetua o disparo que suprime a vida da vítima é autor do homicídio, assim como aquele que se apodera de bens móveis alheios é autor de furto.

16. O domínio funcional do fato explica o fenômeno da coautoria funcional. Parte da ideia de que pode existir, na realização do tipo, mais de uma figura central, ou seja, sujeitos ativos que, por meio da distribuição de tarefas, realizam conjuntamente o tipo, detendo, cada um a seu modo, parcela do domínio sobre o acontecer típico. Requisitos para essa forma de coautoria: distribuição de tarefas, plano comum e prática de ato relevante na *execução* do

⁴²² ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo II: especiales formas de aparición del delito*, p. 68, grifos do autor.

crime. Diferentemente de Roxin, alguns julgados e doutrinadores não consideram indispensável atuação na execução do delito, podendo a contribuição relevante ser prestada na fase de *cogitação* ou de *preparação*. Porém, esse elastério proposto dificulta a separação entre autoria e participação e, assim, opinou-se pela manutenção integral dos requisitos propostos por Roxin.

17. O domínio da vontade, que sustenta a autoria mediata, pode dar-se por meio de três prototípicos ideais: (1) *domínio da vontade em virtude de coação*; (2) *domínio da vontade em virtude de erro*; (3) *domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder*. Dessa maneira, verificou-se que domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder, denominado sinteticamente de *domínio de organização*, é uma *subespécie* do domínio da vontade (*espécie*), pertencente ao *gênero* domínio do fato.

18. No domínio da vontade, existem duas figuras delitivas coordenadas: o autor mediato (ou homem de trás) e o autor imediato (o executor ou homem da frente). Em regra, somente o autor mediato responde pelo delito, posto que o executor é um mero instrumento que age atipicamente, justificadamente ou exculpavelmente. Porém, no domínio de organização, ambos respondem pelo crime, já que a ordem do superior não elimina o domínio do fato exercido pelo subordinado. Daí propôs-se uma *nova classificação* da autoria mediata: a) *autoria mediata própria* ou *unitariamente punível* - quando somente o autor mediato responde pelo delito; b) *autoria mediata imprópria* ou *duplamente punível* - quando tanto autor mediato quanto autor imediato são penalizados pelo fato criminoso. Anotou-se, ainda, que doutrina e jurisprudência vem ampliando as hipóteses de autoria mediata duplamente punível.

19. Verificou-se que o domínio de organização é uma inovação de Claus Roxin, de maneira explicitar porque os membros de alta posição em estruturas de poder são autores, *in casu*, autores mediatos e não meros partícipes dos crimes cometidos pelos executores ou autores imediatos. Norteou-se o jurista alemão pela decisão proferida pelo corte israelense no julgamento de Adolf Eichmann em 1962.

20. Acompanhando o “Caso Eichmann”, Hannah Arendt forneceu parâmetros filosóficos para a descrição da responsabilidade penal do autor mediato, ao afirmar a natureza extraordinária dos delitos cometidos – *crimes em massa* – não só em relação às vítimas, mas também em relação aos seus autores. A filósofa reconheceu que os preceitos jurídicos existentes à época não eram suficientes para dar uma solução justa e, por isso, concordou com a decisão da corte de condenar Eichmann como autor dos crimes, tangenciando a injustiça que derivaria do legalismo exacerbado.

21. Ao desenvolver o domínio de organização, Roxin notou essas circunstâncias e vindicou quatro requisitos para sua caracterização: a) poder de comando ou de emitir ordens do autor mediato; b) organização desvinculada do direito, especialmente estados ditatoriais, organizações criminosas e grupos terroristas; c) fungibilidade do executor imediato; d) alta disposição para o ato por parte do executor imediato. A novidade reverberou na jurisprudência de vários países, sendo adotada nos julgamentos da Junta Militar da Argentina, dos que emitiram a “ordem de atirar” na Alemanha, no “Caso Fujimori” no Peru e, mais recentemente, em relação a organizações empresariais, gerando intensos debates doutrinários.

22. Verificou-se que a dicção literal do artigo 29 do Código Penal não favorece uma interpretação compatível com o domínio do fato. Porém, a partir de preceitos constitucionais, que resultam na ilegitimidade de uma teoria unitária ou extensiva, concluiu-se pela possibilidade de recepção da teoria na estrutura do Código Penal vigente.

23. O Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012, que antecipa a criação de um novo Código Penal, introduz a teoria do domínio do fato. Entretanto, constatou-se que a redação dos dispositivos é lacunosa, repleta de incorreções e destituída de embasamento teórico, especialmente no que tange aos seguintes aspectos: a) não distinguir preliminarmente as condutas de autor e partícipe em preceitos distintos; b) considerar o mandante ou organizador um coautor, quando, pela teoria de Roxin, somente em algumas hipóteses, explicitadas ao longo da obra, pode-se reputá-los nessa classe de sujeitos ativos; c) conjugou autoria mediata e coautoria no mesmo dispositivo, o que é um paradoxo por si mesmo; d) classificar como coautores “aqueles que: [...] usam aparatos organizados de poder para a ofensa ao bem jurídico”. Decerto, concernente ao domínio de organização, o projeto do legislador equivocou-se ao prevê-lo como forma de “coautoria” e sem declinar-lhe os requisitos essenciais, tornando dispositivo imprestável.

24. Examinou-se o segundo pilar da pesquisa, os crimes de peculato e corrupção passiva. Para tanto, esses dispositivos penais foram inseridos no debate mais amplo, relacionado à tutela jurídica da administração frente à “corrupção” como um todo.

25. Dessa maneira, verificou-se que a corrupção é um problema global e, por isso, existem vários tratados e convenções internacionais que inseriram mecanismos de prevenção e repressão à corrupção, destacando-se a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Resolução n. 58/4, de 31 de outubro de 2003, aprovada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 348, de 18 de maio de 2005 e promulgada na ordem interna pelo Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006) e a Convenção dos Estados Americanos contra a Corrupção

(criada em 1996, na Cidade de Caracas, ratificada no Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 152 e promulgada por intermédio do Decreto n. 4.410, de 2002).

26. No Brasil, os escândalos de corrupção são muitas vezes reputados como suposta ampliação midiática, porém não se pode negar que o país sempre foi permeado de desvios de recursos públicos, especialmente em obras públicas e empresas estatais. Da construção de Salvador às obras da Copa do Mundo, a história brasileira é testemunha de inúmeros eventos de corrupção e impunidade. Características dessa corrupção nacional são os perfis patrimonialistas da classe política e as relações espúrias e comprometedoras entre corruptos e corruptores, revelados por vários estudiosos do tema.

27. A partir de estudos científicos e das contribuições da *Transparency International*, constatou-se elevados custos da corrupção: político, econômico, social e ambiental. Revelou-se que a corrupção é o maior risco ao Estado Democrático, de maneira que cumpre ao Estado de Direito tutelar a democracia contra as precipitações da corrupção. Em um sentido mais amplo, constatou-se que o direito penal, ao lado de mecanismos constitucionais e administrativos, constitui um dos elementos do controle da administração pública contra a corrupção, em suas diversas formas.

28. Sem embargo, os crimes contra a administração pública visam prevenir e reprimir as condutas mais calamitosas ao patrimônio público, destacando-se as duas transgressões mais frequentes e perniciosas: *peculato* e *corrupção passiva*. Apesar das dificuldades conceituais, pode-se deduzir o bem jurídico tutelado por esses tipos penais é a administração pública, que possui genealogia constitucional (no artigo 37).

29. De acordo com Pagliaro e Costa Jr., “os crimes ditos funcionais (*delicta in officio*) dividem-se em próprios e impróprios (mistos)”. Por meio dessa classificação, tem-se que “nos crimes funcionais próprios, a qualidade de funcionário público é elementar do tipo. Ausente a condição de funcionário público, a conduta é atípica”⁴²³. Nos crimes funcionais impróprios, ausente a condição de funcionário público no sujeito ativo, o delito se converte em outra infração penal comum. Logo, tanto peculato quanto corrupção passiva são crimes funcionais: o primeiro impróprio e o segundo próprio.

30. Segundo o artigo 327 do Código Penal “considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”. Conquanto a amplitude do conceito reduza as discussões teóricas, há vários problemas práticos de aplicação do dispositivo. Desse modo, constatou-se que, para averiguar

⁴²³ PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, p. 23.

se um agente é ou não funcionário público para fins penais, deve-se verificar a natureza das funções exercidas, não se limitando ao aspecto espacial, isto é, ao fato de exercer suas atividades em uma repartição pública.

31. O peculato, definido no artigo 312 do Código Penal, é uma apropriação indébita qualificada pelas características do sujeito ativo: o funcionário público se apropria ou desvia bens, valores ou dinheiro público de que tem a posse ou através da facilidade que o exercício das funções lhe proporciona, ou concorre para a subtração de bens do erário cometido por outrem.

32. Dos pontos mais polêmicos do crime de peculato concluiu-se que: a) a posse exigida pelo artigo não é idêntica à “posse” do direito civil, devendo ser interpretada como a *disponibilidade* sobre a coisa, o que inclui, p. ex., a mera detenção ou os desvios por ordem de superiores hierárquicos; b) é possível o peculato de bens fungíveis, como o dinheiro, de modo que a reposição do bem desviado não constitui causa extintiva da punibilidade; c) o peculato não se submete a prazos administrativos ou à desaprovação da prestação de contas; d) o peculato de uso não é tipificado na legislação penal brasileira, porém trata-se de um grande equívoco, pois tal conduta causa enorme prejuízo ao erário; e) o bem, valor ou dinheiro não precisa, necessariamente, pertencer à administração pública para ser objeto de peculato, logo, mesmo bens apreendidos ou sob custódia da administração, constituem o objeto material do crime; f) sugeriu-se, para analisar de forma mais proveitosa a autoria e participação em tais delitos, uma *nova classificação do peculato*, a partir do *modus operandi* empregado pelo sujeito ativo: *peremptório* e *intermediado*. O peculato peremptório consiste na atuação direta do sujeito ativo, que se assenhora do bem pertencente ao erário, sem qualquer expediente jurídico. Já o peculato intermediado é desenvolvido através de atos ou contratos administrativos, que visam maquiagem o desvio, principalmente na aquisição de bens e serviços superfaturados pela administração pública. Constatou-se que na Ação Penal n. 470/MG os crimes de peculato perpetrados na Câmara dos Deputados, no Banco do Brasil e no Fundo Visanet, foram *intermediados* por contratos administrativos.

33. A corrupção passiva, tipificada no artigo 317 do Código Penal, consiste na solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida por funcionários públicos. Do estudo do tipo, concluiu-se que: a) existe divergência a respeito da natureza da vantagem, porém verifica-se, na doutrina mais atualizada, que pode ser qualquer utilidade, de maneira a abarcar prestações que não tenham natureza patrimonial intrínseca, como favores sexuais; b) o crime é formal, portanto, consuma-se com a mera solicitação, recebimento ou aceitação da promessa de vantagem, independentemente da efetiva prática de algum ato

relacionado às funções do agente; c) a exigência de ato de ofício é outro ponto polêmico, pois o artigo 317 não o exige expressamente, ao contrário da previsão do artigo 333 (corrupção ativa). Sem embargo, a doutrina entende e o Supremo Tribunal Federal ratificou essa posição, que o *ato de ofício deve existir no horizonte de eventos* entre corrupto e corruptor para configuração do delito. Logo, admite-se o *ato de ofício em potencial*: a divergência é quanto ao grau de especificação do ato; d) a jurisprudência não vem aceitando a alegação de insignificância, enquanto alguns doutrinadores, com base em normas administrativas, consideram válida a hipótese. Na verdade, verificou-se que o valor do bem oferecido ao funcionário público não é tão importante, pois mesmo aqueles de pequena monta podem influenciar o corrupto. O importante é analisar de forma conjugada o *valor* (aspecto objetivo) e a *finalidade* (aspecto subjetivo) da doação: se o bem ou coisa é de pequeno valor e refere-se a graciosidade em reconhecimento à prestação de serviço especial do funcionário, como o bombeiro que, arriscando sua vida de forma extraordinária, salva uma criança, não há que se falar em corrupção passiva; e) o *modus operandi* da corrupção influencia a modulação de autoria e participação e, por isso, sugeriu-se uma nova classificação da *corrupção passiva* em *momentânea* e *fracionada*. Na modalidade momentânea, corrupto e corruptor envolvem-se episodicamente, com a oportunidade de rentabilidades recíprocas, o que dificulta qualquer possibilidade de domínio de organização. A corrupção fracionada deriva de vários atos entre corrupto e corruptor, desenvolvendo-se em vários episódios, caracterizadores ou não de um crime continuado. No “Caso Mensalão”, reconheceu-se a corrupção passiva fracionada tanto na cadeia de eventos da Câmara dos Deputados quanto na cadeia de delitos da compra de apoio partidário, posto que os envolvidos *fracionaram* a corrupção em vários atos sucessivos e coordenados.

34. O Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012, consolida os crimes de peculato e corrupção passiva nos artigos 283 e 287, mantendo, basicamente, a mesma sistemática vigente. Identificou-se os seguintes pontos positivos no projeto: (1) a majoração da pena mínima para quatro anos em ambos os delitos; (2) inclusão de tais delitos no rol dos crimes hediondos; (3) descriminalização do peculato culposo. Pontos negativos do projeto: (a) olvidou-se a tipificação do peculato de uso; (b) não houve a exigência expressa do ato de ofício, ainda que potencial, na corrupção passiva; (c) confusão terminológica entre as expressões “servidor público” e “funcionário público”.

35. O concurso de pessoas nos crimes de peculato e corrupção passiva pode possuir duas classes de sujeitos ativos: funcionário público (*intraneus*) e o particular (*extraneus*). Na realização dos citados tipos, envolvendo diversos agentes públicos e particulares, é que se

buscou delimitar o concurso de pessoas e, especialmente, a possibilidade de aplicar o domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder, na forma preconizada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal n. 470/MG.

36. Para compreensão do problema, é preciso contextualizar os pilares essenciais da pesquisa: *domínio de organização* e os *crimes funcionais* (*peculato* e *corrupção passiva*). Segundo Roxin, são requisitos do domínio de organização: a) organizações à margem da ordem legal; b) poder de emitir ordens do autor mediato; c) fungibilidade dos executores imediatos; d) alta disposição do autor imediato para executar o ato⁴²⁴. No que tange aos crimes funcionais, pressupõe-se funcionários públicos investidos, ainda que sejam “funcionários de fato”. Por outro lado, o peculato somente pode ser considerado na medida em que seja *intermediado* por atos jurídico-administrativos e a corrupção passiva somente quando *fracionada e bilateral*.

37. Conjugando-se os exames preliminares, verificou-se que a pertinência da hipótese principal necessita pressupor os seguintes elementos: 1) existência de uma organização criminosa que atenda aos requisitos estipulados pelos artigos 1º e 2º da Lei n. 12.850, de 2012, composta de quatro ou mais sujeitos ativos, dentre funcionários públicos (*intrañei*) e particulares (*extranei*); 2) poder de emitir ordens dos sujeitos ativos superiores, ou seja, a organização criminosa deve possuir estrutura vertical; 3) sujeitos ativos executores imediatos devem ser fungíveis, isto é, facilmente cambiáveis; 4) os sujeitos ativos executores imediatos devem agir imbuídos de alta disposição para o ato criminoso; 5) a organização criminosa deve se apossar de algum setor da administração pública direta ou indireta (órgãos públicos, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, consórcios públicos); 6) a organização deve ter a finalidade de cometer os crimes de peculato e corrupção passiva, independentemente da motivação extrínseca⁴²⁵.

38. A primeira objeção à hipótese são os chamados *delitos especiais* ou de *dever*, uma nova classificação proposta por Claus Roxin. Nesses delitos, a distinção de autoria e participação é estabelecida pela infração ao plexo de deveres extrapenais do sujeito ativo. Constatou-se que peculato e corrupção passiva são delitos especiais e, portanto, não seria possível aplicar-se a teoria do domínio do fato e nenhuma de suas ramificações como o domínio de organização, suprimindo, ainda em fase embrionária, a hipótese apresentada.

⁴²⁴ Nota-se que originalmente Roxin não havia incluído esse quarto requisito – alta disposição para o ato por parte do executor imediato –, mas, em estudos posteriores, o autor introduziu mais esse pressuposto.

⁴²⁵ Por motivação extrínseca, entende-se a finalidade subsidiária dos desvios de recursos públicos e do recebimento de vantagens indevidas. Pode ser o lucro pessoal, a vingança, o financiamento de projetos pessoais, a desestabilização da economia, dentre outros.

39. Das tentativas de superação da divisão entre delitos de domínio e de dever, mostraram-se promissoras as teorias que intentaram universalizar a teoria do domínio do fato, destacando-se as seguintes propostas: a) ruptura do título da imputação, parcialmente adotada no Brasil por Nilo Batista; b) unidade do título da imputação, submetendo-se a questão ao princípio da gravitação jurídica; c) domínio de organização empresarial criado pela jurisprudência; d) domínio normativo do fato, de Gallas e Jescheck; e) domínio sobre os fundamentos do resultado, sustentado por Bernd Schünemann. Nessas teorias, em alguma medida, há superação de um ou mais requisitos exigidos pelas teorias de Roxin. Parte-se do princípio de que a teoria do domínio do fato não é imutável, podendo ser desenvolvida e evoluída para se tornar tecnicamente mais apropriada.

40. Verificou-se que apenas o domínio de organização empresarial, surgido na jurisprudência nacional e estrangeira, e o domínio sobre os fundamentos do resultado, de Bernd Schünemann, mostraram-se idôneos, ainda que em caráter provisório, à objeção dos delitos de dever.

41. Analisou-se a possibilidade de aplicar analogicamente o domínio de organização empresarial, concebido jurisprudencialmente, à hipótese apresentada. Em primeiro lugar, verificou-se que o *domínio de organização empresarial* pode ser encarado de três maneiras: (a) um *tertium genus*, desmembrado do *tradicional* domínio de organização, com características próprias que o validam e distinguem da vertente criada por Roxin; (b) uma *reformulação do domínio de organização*, de modo que a fungibilidade pode ser flexibilizada e a organização não precisa estar desvinculada do direito; (c) uma *deformação jurídica impraticável*, que deverá ser, futuramente, descartada.

42. Constatou-se que o domínio de organização empresarial possui peculiaridades que dificultam sua aplicação nos crimes de peculato e corrupção passiva. Muitas vezes recorre-se a essa modalidade para superar a lacuna legal em crimes de sonegação de tributos e contribuições sociais. Como a lei brasileira não indica o *responsável penal* pela supressão ou redução da exação estatal, a jurisprudência entende que o diretor-executivo ou sócio administrador é o sujeito ativo, na medida em que possui o “domínio da organização empresarial”. Por outro lado, as empresas não estão desvinculadas do direito, como as organizações criminosas, ressalvadas as hipóteses de “empresa de fachada” que não são, verdadeiramente, empresas. Ademais, a fungibilidade dos executores imediatos nos crimes perpetrados pelas empresas é, no mínimo, questionável, haja vista que as empresas não operam como “maquinarias criminosas”, isto é, com automatismo ou procedimentos regulares delituosos.

43. A concepção de Bernd Schünemann permite uma configuração mais apropriada da hipótese, dependendo dos fatos apresentados, a partir de sua construção lastreada nos *níveis de domínio do fato*. Em geral, haverá coautoria entre os integrantes do grupo que pratica o peculato, mesmo que haja *intraneus* e *extraneus* envolvidos. É que para o autor alemão a distinção entre autoria e cumplicidade não é tanto a violação do dever, mas sim o domínio sobre os fundamentos do resultado. No caso do funcionário público, sua contribuição poderá ser tanto positiva quanto negativa para alcance do resultado delituoso; já o particular que colabora, desde que o faça mediante uma contribuição relevante na execução do delito, será coautor, na medida em que também domina o acontecer típico, comunicando-lhe a circunstância objetiva do *intraneus*. Dessa maneira, se os sujeitos ativos se unem para desviar bens, valores e dinheiro públicos, em um peculato intermediado ou peremptório, mediante um plano comum, distribuição de tarefas e prática de atos relevantes na execução do delito, haverá concurso de sujeitos ativos na modalidade de coautoria. Na corrupção passiva, a situação esbarra no delito de corrupção ativa, porquanto o agente que oferece o dinheiro pratica outro tipo, o crime de corrupção ativa. De qualquer maneira, o mesmo raciocínio pode-se transplantar para a situação, desde que o particular interfira na execução do delito de corrupção passiva, mediante uma contribuição relevante. Logicamente, nas duas situações, se o particular não agir na fase de execução do delito será partícipe, por não possuir o nível elevado de domínio sobre os fundamentos do fato incriminado.

44. Avançando nas contribuições de Bernd Schünemann, nos aludidos crimes funcionais, a hipótese do domínio de organização ganha corpo e pode ser aplicada extraordinariamente, desde que aceitas as seguintes premissas: 1ª) banimento da *dispersão de Roxin*, no que tange à diferenciação entre autoria e participação pela natureza do delito (delitos de domínio ou de dever); 2ª) universalização do domínio do fato, distinguindo-se autoria e participação por meio do nível de domínio do fato pelo sujeito ativo, podendo, inclusive, haver domínio por meio de intervenções comissivas e omissivas no caso do funcionário público; 3ª) concorrência dos requisitos tradicionais do domínio de organização; 4ª) organização criminosa deve se apossar de um setor da administração pública direta ou indireta; 5ª) organização destinada ao cometimento dos crimes de peculato e corrupção passiva.

45. O julgamento da Ação Penal n. 470/MG pelo Supremo Tribunal Federal atraiu a atenção da mídia e da sociedade em geral, por tratar criminalmente de um problema político brasileiro, a disseminação da corrupção, ou seja, das violações à administração pública. Do ponto de vista dogmático, a decisão tratou de vários assuntos polêmicos, como a natureza

pública do objeto material do crime de peculato e a exigência do ato de ofício na corrupção passiva. Todavia, o ponto mais discutido foi justamente o recurso ao domínio do fato, especialmente ao “domínio de organização”, apresentado nos votos de alguns ministros.

46. Para compreensão do posicionamento do Supremo fez-se um exame dos fatos relacionados ao “Caso Mensalão” a partir da leitura de várias fontes: livros que examinaram o julgado, o relatório da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Correios, o relatório da Polícia Federal, a denúncia apresentada pelo procurador-Geral da República, a acusação e a defesa oral em plenário e o acórdão condenatório.

47. A partir desse estudo, propôs-se uma nova forma de analisar o julgado, considerando dois *centros, núcleos ou cadeias* de delitos nos fatos narrados na Ação Penal n. 470/MG:

- I. Nos contratos de publicidade da Câmara dos Deputados, cujos protagonistas dos delitos foram João Paulo Cunha (presidente da Câmara dos Deputados) e Marcos Valério (sócio-administrador das empresas de publicidade SMP&B e DNA) e seus sócios;
- II. Nos desvios de recursos do Banco do Brasil e do Fundo Visanet, promovidos por Henrique Pizzolato e Marcos Valério, para posteriores pagamentos periódicos a partidos políticos e parlamentares, sob a coordenação de Marcos Valério, José Dirceu (ministro Chefe da Casa Civil) e Delúbio Soares (tesoureiro do Partido dos Trabalhadores), com a intervenção indispensável da lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta através do Banco Rural.⁴²⁶

48. Constatou-se que o Supremo Tribunal Federal aplicou a teoria do domínio do fato de diversas formas e em contextos distintos nos dois centros de delitos, ora mencionando a coautoria funcional, ora trazendo o domínio de organização. Em geral, os ministros consideraram as condutas dos réus como típicas de uma coautoria funcional, com distribuição de tarefas entre os sujeitos ativos. Porém, em dois momentos trouxe o domínio de organização: no crime de gestão fraudulenta empreendido no Banco Rural e nos crimes perpetrados por José Dirceu e Delúbio Soares. Ou seja, somente na segunda cadeia de delitos. Na primeira cadeia, os ministros reputaram a coautoria entre os agentes, exceto no que tange à

⁴²⁶ Relembre-se que não houve uma relação direta entre esses dois grupos de delitos: a única similaridade foi a utilização do aparato empresarial de Marcos Valério, figura primordial nas duas cadeias de delitos.

ruptura do fato típico entre os crimes de corrupção passiva (imputado a João Paulo Cunha) e corrupção ativa (imputado ao réu Marcos Valério e seus sócios).

49. O Supremo Tribunal Federal empregou a teoria de maneira equivocada. O problema capital está na ausência de apresentação prévia das bases teóricas do tema que estavam tratando, gerando desacertos sequenciais. Pode-se elencar como principais deficiências do julgado: a) ausência de contextualização da teoria, apresentando sua *finalidade, conceito, natureza, requisitos de aplicação, espécies e subespécies*; b) desconhecimento acerca da *dispersão de Roxin*, no que tange à diferenciação entre delitos de domínio e delitos de dever, salientando-se que o Supremo tratou de diversos delitos de dever, nomeadamente peculato e corrupção passiva; c) emprego de um modelo de raciocínio disfuncional, ao qual denominou-se *conjunção tipo-domínio*, ou seja, tratar na mesma etapa da decisão sobre as provas que sustentam a condenação ou absolvição e a averiguação, por meio da teoria do domínio do fato, da natureza da conduta do sujeito ativo (autoria ou participação em sentido estrito); d) desconsideração dos requisitos do domínio de organização, especialmente a fungibilidade dos executores imediatos e a necessidade de uma *organização desvinculada do direito* (criminosa) que, aliás, ficou totalmente prejudicada, com a absolvição pelo crime de quadrilha ou bando (atualmente, com o *nomen juris* de “associação criminosa”), no segundo núcleo de delitos.

50. Constatou-se houve nos crimes veiculados no julgamento do Supremo Tribunal Federal um concurso de pessoas que, a depender da teoria aplicada, pode resultar em coautoria ou autoria e participação. Disso resulta ser incabível a autoria mediata e, conseqüentemente, o recurso à teoria do domínio de organização.

51. Em seguida, propôs-se a solução tecnicamente adequada ao caso, segundo cada teoria reputada como aplicável ao caso: teoria unitária ou extensiva (causalismo - todos são qualificados como autores) e teorias restritivas ou diferenciadoras (funcionalismo - teoria do concurso de sujeitos ativos de Claus Roxin, o domínio de organização empresarial da jurisprudência e a tese de domínio sobre os fundamentos do resultado, sugerida por Bernd Schünemann). Todas essas alternativas seriam mais viáveis tecnicamente, mostrando-se mais aptas à solução correta da questão sobre autoria e participação, segundo o princípio da simplicidade, conhecido como *Navalha de Occam*.

52. Não se buscou analisar a justiça ou a injustiça do julgamento do Supremo Tribunal Federal, mas somente avaliar, do ponto de vista técnico, a aplicação da teoria do domínio do fato, especialmente na subespécie conhecida como domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder.

53. Em outras palavras, o julgamento do Supremo Tribunal não pode ser reputado justo ou injusto pelo erro técnico na colocação da teoria. Alguns autores intentaram deslegitimar a decisão, alegando que os ministros invocaram o domínio do fato para suprir a falta de provas para condenação e, assim, sustentaram que o Supremo teria sentenciado vários réus por motivos alheios ao processo⁴²⁷. Entretanto, pelo exame de todo o material disponível, é inegável os ministros não se furtaram ao dever de indicar e valorar as provas para decidir a respeito da condenação ou da absolvição. Pode-se até questionar a avaliação a respeito das provas, porém não houve esquivas à argumentação detalhada sobre os elementos probatórios que, aliás, foram colhidos em três instâncias: CPMI “dos Correios”, inquérito da Polícia Federal e instrução processual. Os autores que utilizam o erro técnico na incidência do domínio do fato para “deslegitimar” a Ação Penal n. 470/MG cometem uma falácia similar à “negação do antecedente”⁴²⁸: não é porque uma das premissas usadas pelos ministros estava incorreta que o julgamento foi injusto, se essa premissa não é condição indispensável à consequência. Uma interpretação dessa natureza, que se faz através de um “tudo ou nada”, é temerária: primeiro, porque tais críticos não tiveram contato direto com as provas e, geralmente, ignoram os três meios de investigação dos fatos, que apresentaram conclusões semelhantes; segundo, negligenciam que o Supremo também errou tecnicamente no uso da teoria para absolver, desconcertando a ideia de que “errou para condenar”.

54. A Ação Penal n. 470/MG representou um capítulo não só da história do Judiciário, mas da História do Brasil e certamente impulsionará estudos em várias áreas do conhecimento.

55. Do ponto de vista jurídico, anotam-se três consequências positivas do julgamento:

- a) incentivou as pesquisas sobre a teoria do domínio do fato, especialmente do domínio de organização, na forma concebida por Claus Roxin, sendo este trabalho um fruto desse efeito;
- b) consolidou características importantes de vários crimes, podendo evitar futuras discussões, como a necessidade do ato de ofício potencial no binômio *corrupção passiva-ativa*, a natureza do objeto material do crime de peculato, a diferenciação entre lavagem de dinheiro e mero exaurimento dos delitos de peculato e corrupção passiva e o *modus operandi* da gestão fraudulenta de instituição financeira; c) a conscientização de que a democracia precisa, para sua sobrevivência, da repressão e prevenção às práticas corruptas que assolaram e assolam o

⁴²⁷ Tais motivos foram identificados com a posição hierárquica, a pressão da mídia, a perseguição aos “heróis”, a desconstrução do governo, dentre outros.

⁴²⁸ A negação de antecedente confunde condição suficiente com necessária. Logo, para a condenação, isto é, a consequência, suficiente era a existência de provas de autoria e materialidade. Negando-se a incidência da teoria do domínio do fato, não se altera a consequência.

Brasil, de maneira que o Judiciário não pode mais se poupar do dever de aplicar a lei “a” e “para” todos. No geral, analisando-se o enorme desafio do Supremo Tribunal Federal na Ação Penal n. 470/MG, parafraseando Hannah Arendt, pode-se reconhecer que os ministros, liderados pelo relator Joaquim Barbosa, estiveram à “altura das exigências da justiça”.

56. Do resultado das pesquisas, revelou-se que as concepções de Roxin sobre o concurso de pessoas permanecem essencialmente corretas, cumprindo com os pressupostos do garantismo penal. Todavia, há um ponto de contrassenso nos delitos de dever: o particular que concorre para o crime funcional, por mais comprometido que esteja com o delito, ainda que tenha iniciado a prática delituosa, realizado substancialmente toda a empreitada e se locupletado mais que o *intraneus*, será reputado como *partícipe*. A figura de Marcos Valério, seus sócios e empreendimentos, mostra que ele foi a peça chave nos dois núcleos de delitos e, ainda, suscitou a lavagem de dinheiro e a gestão fraudulenta no Banco Rural. Sua importância foi tamanha que, acertadamente, os ministros infligiram a ele a sanção penal mais elevada. Pela classificação de Roxin, no entanto, na maior parte dos delitos, Marcos Valério seria *partícipe*, o que, do ponto de vista lógico-objetivo é incompatível com seu elevado nível de comprometimento com os delitos praticados. Ademais, distribuir autoria e participação segundo a violação de deveres extrapenais não corresponde à autonomia do direito penal frente às normas administrativas. No fundo, Roxin recai no problema da teoria subjetiva, que o levou a reconstruir o domínio do fato: no famoso “Caso da Banheira”, a corte alemã reputou como *partícipe* a irmã que efetivamente matou o bebê, pois cometeu o homicídio a pedido e no interesse de sua germana. Tal conclusão ofende não só a axiologia das normas, mas também a realidade objetiva dos fatos e, assim, não se pode aceita-la também nos delitos de dever.

57. Por isso, a concepção de Schünemann, que equilibra melhor dados ontológicos e axiológicos, é promissora. Sem deslegitimar a axiologia e tomando as estruturas lógico-reais como limites à atividade dos legisladores e operadores do direito, a única conclusão plausível é considerar o executor imediato sempre autor do crime, independente da natureza do delito e se o sujeito ativo é funcionário público ou não (*intraneus* ou *extraneus*), desde que, evidentemente, concorra um *intraneus* para permitir a incidência do tipo de crime funcional. Afinal, não só o funcionário tem o dever de evitar desvios de recursos do patrimônio público; o particular também está obrigado a não desviar recursos do patrimônio público, especialmente com o auxílio de funcionários público. Com isso, superado o *paradoxo de Roxin*, pode-se buscar no domínio sobre os fundamentos do resultado a unificação de autoria e

participação em um amplo conceito, seguindo-se a categorização com os *níveis de domínio do fato*.

58. Propõe-se que o legislador reformule a regulamentação sobre autoria e participação no Projeto de Código Penal que tramita no Senado Federal, para evitar os mesmos problemas causados no julgamento da Ação Penal n. 470 e outros acima identificados.

59. Porém, enquanto essa medida não sobrevier de *lege ferenda*, recomenda-se, para que a prática judiciária possa ser a mais técnica possível no momento de sentenciar os processos criminais:

- a) A dogmática e a jurisprudência devem permutar a expressão concurso de agentes ou de pessoas, por *concurso de sujeitos ativos* para identificar as diversas hipóteses de coexistência de dois ou mais personagens – protagonistas ou coadjuvantes – no cometimento do crime, por constituir um termo tecnicamente mais apropriado;
- b) Apesar das dificuldades causadas pela dicção literal do artigo 29 do Código, as teorias unitárias ou extensivas de autoria devem ser abandonadas, por absoluta incompatibilidade com o garantismo penal emanado da Constituição da República. Logo, abstratamente falando, o julgador está relativamente livre para optar por qualquer teoria restritiva ou diferenciadora no concurso de sujeitos ativos ao sentenciar;
- c) Na primeira etapa da sentença, os julgadores devem analisar as provas de autoria e materialidade do crime (*rectius*: da conduta que contribuiu para realização do fato típico), sem recorrer a qualquer teoria sobre o concurso de sujeitos ativos (autoria e participação);
- d) Se o julgador concluir que não há provas para a condenação (*rectius*: de realização do fato típico imputado ao acusado)⁴²⁹, deve absolver de imediato, sem menção às teorias sobre o concurso de sujeitos ativos;
- e) Se o julgador concluir que há provas de que o acusado cooperou para a realização do fato típico, passa à etapa seguinte, que consiste em verificar se, no contexto do delito cometido, a conduta empreendida pelo acusado na realização do fato típico

⁴²⁹ A correção sugerida não é meramente simbólica, porquanto, nessa primeira etapa, o juiz analisa a conduta, o dolo, o nexo causal, o resultado e a imputação objetiva, para dizer se há ou não fato típico. Como o julgador ainda não examinou a ilicitude e da culpabilidade, é errôneo falar em “condenação”, porquanto, mesmo que existente o fato típico, pode-se excluir a punição por uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. Por isso leia-se: havendo provas do fato típico imputado ao acusado, o juiz passa à próxima etapa; inexistente prova do fato típico atribuído ao acusado, por qualquer causa (p. ex., inexistência de consciência ou vontade para caracterizar o dolo; inexistência de resultado; falta de imputação objetiva), o julgador, de imediato, declara a absolvição do acusado.

pode ser reputada a título de figura central (autoria) ou de figura secundária (participação);

- f) Nessa segunda etapa, o julgador deve enunciar qual o *filtro teórico* usará para distinguir autoria e participação. A partir dessa proclamação, segue a classificar a conduta do acusado (autor, coautor, autor mediato ou partícipe/cúmplice). Se o julgador preferir a *teoria do concurso de sujeitos ativos* de Claus Roxin, deverá identificar, primeiramente, a natureza do delito (de ação ou de dever), para categorizar o sujeito ativo. Nos delitos especiais, como peculato e corrupção passiva, o *intraneus* sempre será autor e o *extraneus*, ainda que execute pessoalmente os elementos do tipo, será reputado como partícipe ou cúmplice. Sem embargo, sugere-se a adoção da teoria de Bernd Schünemann, ou seja, o *domínio sobre os fundamentos do resultado*, de maneira a classificar as condutas como autoria ou participação, segundo os *níveis de domínio do fato* pelo acusado. Nos crimes de dever, como peculato e corrupção passiva, o domínio pode ser exercido por contribuições sucessivamente positivas e negativas do *intraneus*, seja na fase preparatória, seja na fase de execução. O *extraneus* poderá ser autor somente se houver um nível elevado de domínio do fato, empreendido na execução do delito, porquanto, se o auxílio for prestado na fase preparatória, será partícipe. Haverá, pois, a possibilidade de coautoria entre *intraneus* e *extraneus*;
- g) Nas etapas seguintes, o julgador analisa a ilicitude e a culpabilidade, para, então, emitir o decreto condenatório ou absolutório;
- h) Reconhecido o fato típico (incluindo a classe de sujeito ativo do acusado), ilícito e culpável, o juiz passa à etapa final, isto é, a dosimetria da pena. Seguindo o método trifásico, o julgador deve recorrer, na fase adequada da dosimetria, à classificação operada na etapa antecedente para aplicar a pena segundo a classe de sujeito ativo: se considerar o acusado autor, coautor ou autor mediato, não incide qualquer minorante; se reputar o acusado partícipe/cúmplice incide a causa de diminuição de pena que, na legislação penal brasileira vigente, está prevista no artigo 29, §1º, do Código Penal;
- i) O julgador deve observar essas etapas em todos os processos, mesmo que haja um só acusado. Se a polícia desvenda que “A” emprestou a arma do crime ao executor imediato do roubo, mas as autoridades não apuraram quem foi o roubador, caberá ao juiz classificar a conduta do único réu identificado (“A”), independentemente da acusação do executor;

- j) Sugere-se classificar a autoria mediata em duas categorias: I. *autoria mediata própria, unitariamente ou unilateralmente punível* – em que somente o autor mediato responde pelo crime (domínio da vontade por erro ou coação); II. *autoria mediata imprópria, bilateralmente ou duplamente punível* – em que tanto autor mediato quanto autor imediato respondem pelo delito (domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder);
- k) O julgador somente deve usar o domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder, para conhecer da autoria mediata, desde que comprovados os quatro requisitos essenciais supracitados;
- l) Nos crimes de peculato e corrupção passiva, o domínio de organização pode ser aplicado extraordinariamente, abandonando-se as concepções de Roxin e partindo-se das ideias de Schünemann, desde que estejam comprovados os seguintes requisitos: a) organização à margem da ordem legal; b) poder de emitir ordens do autor mediato; c) fungibilidade dos executores imediatos; d) alta disposição do autor imediato para executar o ato; e) organização destinada ao cometimento de peculato *intermediado* por atos jurídico-administrativos e a corrupção passiva *fracionada e bilateral*; f) os sujeitos ativos devem se apossar de um setor da administração pública direta ou indireta. Trata-se de hipótese incomum, porém não impossível. As apurações levadas a cabo pela “Operação Lava-Jato”, melhor que os fatos narrados no “Caso Mensalão”, parecem, em um exame preliminar e naturalmente incompleto, significar a pertinência dessa hipótese, mas só o tempo e as conclusões da operação poderão indicar os resultados dessa opção dogmática;

60. De fato, com tais aportes, espera-se, em primeiro lugar, que o concurso de sujeitos ativos, especialmente no domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder, em crimes de peculato e corrupção passiva, seja aplicado pelos operadores do direito sem as incorreções anotadas na pesquisa, para que a técnica jurídica possa corresponder aos elevados desafios decorrentes dessa espécie de delito. Em segundo lugar, pretende-se não arrefecer na busca de uma sociedade mais justa e democrática, para que não se conviva de forma tão tolerante com a corrupção. Se a capacidade do direito penal para gerar a “transformação social” é questionável, não há razão para desacreditar que o combate à corrupção e a tutela da administração pública possa, ao menos, impulsionar a conscientização sobre a ética, na medida em que permita, por um lado, a recomposição do patrimônio público lesado e, por outro, promova a essência de uma sociedade composta por sujeitos de direitos e deveres

iguais perante o ordenamento jurídico, e não de sujeitos de relações de privilégios ou à margem do ordenamento jurídico, invioláveis a qualquer punição por seus malfeitos.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Código Penal Alemán, del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Traductora Claudia López Dias. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/legislacao.html>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

ANÍBAL, Bruno. *Direito penal: parte geral: fato punível*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, t. 2.

ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999 (14ª Reimpressão, 2013).

ASSIS, Augusto. O delito de peculato na APN 470 do STF – “Caso Mensalão”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 106/2014, p. 91-111, jan.-mar. 2014.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 26. ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1941.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2ª ed. Tradução de Torrieri Guimarães. Título original: *Dei Delitti e Delle Pene* (1764). São Paulo: Martin Claret, 2009.

BACIGALUPO, Enrique. El actuar en nombre de otro. In: BACIGALUPO, Enrique (Dir.). *Curso de derecho penal económico*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 131/144.

BERTONI, Estevão. Minas Gerais tem só 4 funcionários para fiscalização de barragens. Disponível em:< <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/11/1705773-minas-gerais-tem-so-4-funcionarios-para-fiscalizacao-de-barragens.shtml>>. Acesso em: 10 dez. 2015

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra administração pública; dos crimes praticados por prefeitos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 5.

BRASIL. Código de Conduta da Alta Administração Federal, aprovado em 21 de agosto de 2000. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Codigos/codi_conduta/Cod_conduta.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Relatório final dos trabalhos da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Correios (CPMI “dos Correios”). Volume I. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/comissoes/CPI/RelatorioFinalVol1.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Relatório final dos trabalhos da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Correios (CPMI “dos Correios”). Volume II. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/comissoes/CPI/RelatorioFinalVol2.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Relatório final dos trabalhos da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Correios (CPMI “dos Correios”). Volume III. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/comissoes/CPI/RelatorioFinalVol3.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 jan. 2016.

BRASIL. Convenção Interamericana contra a Corrupção. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em: 12 nov. 2015.

BRASIL. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 12 nov. 2015.

BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. O Generalissimo Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil, constituído pelo Exercito e Armada, em nome da Nação, tendo ouvido o Ministro dos Negocios da Justiça, e reconhecendo a urgente necessidade de reformar o regimen penal, decreta o seguinte. Código Penal dos Estados Unidos do Brazil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

BRASIL. Decreto n. 1.171, de 22 de junho de 1994. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1171.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.

BRASIL. Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro de 1932. Aprova a Consolidação das Leis Penais, de autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm>. Acesso em: 01 maio 2016.

BRASIL. Decreto-lei n. 201, de 27 de fevereiro 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0201.htm>. Acesso em: 14 abr. 2015.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 e dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 20 fev. 2015. 2015.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. PNAD Contínua: taxa de desocupação foi de 11,2% no trimestre encerrado em abril de 2016. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias.html?view=noticia&id=1&idnoticia=3172&busca=1&t=pnad-continua-taxa-desocupacao-foi-11-2-trimestre-encerrado-abril-2016>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 13 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 1.079, de 10 de abril 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1079.htm>. Acesso em: 20 fev. 2015.

BRASIL. Lei n. 4.729, de 14 de julho 1965. Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4729.htm>. Acesso em: 03 maio 2016.

BRASIL. Lei n. 7.492 de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 02 maio 2016.

BRASIL. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 13 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 12 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 02 maio 2016.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 maio 2015.

BRASIL. Lei n. 10.671, de 15 de maio de 2003. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.671.htm>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 03 maio 2016.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 17 jan. 2016.

BRASIL. Lei n. 12.826, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional e estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 13 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 12 mar. 2015.

BRASIL. Ministério Público Federal. Denúncia AP 470/MG. Inquérito 2245. Disponível em: <www.noticias.pgr.mpf.br/.../mensalao-veja-a-integra-da-denuncia-e-o-quadro-de-reus>. Acesso em: 30 jun. 2015.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado – PLS n. 236, de 2012. Novo Código Penal Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Agravante: Vanda Aurélio da Cruz. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Sebastião Reis. Jul. 03 mar. 2016. Diário de Justiça Eletrônico, 14 mar. 2016. Disponível em: <
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=insignificancia+peculato&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 03 maio 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recorrente(s): Benedito Augusto Domingos. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Jul. 15 dez. 2015, *DJe*, 22 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=corrup%E7%E3o+passiva+licita%E7%E3o&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso especial. Agravante: Agravado: Ronaldo Silva de Oliveira. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Jul. 05 nov. 2015. Diário de Justiça Eletrônico, 11 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=peculato&b=ACOR&p=true&l=10&i=38>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial provido para restabelecer a sentença que condenou o recorrido pela prática do delito de furto consumado. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Makley da Silva Gonçalves. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Jul. 14 out. 2015. *Diário de Justiça Eletrônico STJ*, 29 out. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1524450&repetitivos=REPETITIVOS&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 1º mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n.º 465/DF. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Fernando Affonso Collor de Mello. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Jul. 24 abr. 2014. DJe-213, 29 out. 2014. Publicação, 30 out. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28peculato+dominio+fato%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jf9ypuw>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n.º 470/MG. Autor: Ministério Público Federal. Réu(s): José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Jul. 17 dez. 2-12. *Diário de Justiça Eletrônico*, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470. Décimos terceiros embargos infringentes. Embargante: Marcos Valério Fernandes de Souza. Embargado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Luiz Fux. Relator p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Jul. 27 fev. 2014. DJe-161 DIVULG 20 ago. 2014. *Diário de Justiça*, 21 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000242982&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 02 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470. Íntegra do acórdão proferido na Ação Penal n. 470/MG. Autor: Ministério Público Federal. Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Jul. 02 ago. 2012 a 17 dez. 2012. *Diário de Justiça*, 22 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470. Sextos embargos infringentes. Embargante: Joao Paulo Cunha. Embargado: Ministério Público Federal. Relator(a): Min. Luiz Fux. Relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Jul. 13 mar. 2014. DJe-161, 20 ago. 2014. *Diário de Justiça*, 21 ago. 2014. Disponível em: <>. Acesso em: 02 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no *habeas corpus* provido. Agravante: Renato Avelino Trade. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Luiz Fux. Jul. 25 jun. 2013. *Diário de Justiça Eletrônico*, 15 ago. 2013. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000211943&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa do acórdão da Ação Penal n. 470/MG. Autor: Ministério Público Federal. Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Jul. 02 ago. 2012 a 17 dez. 2012. *Diário de Justiça*, 22 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000203677&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. 2245. Autor: Ministério Público Federal. Réu(s): José Dirceu de Oliveira e Silva. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Jul. 28 ago. 08 2007. DJe-139, 08 nov. 2007. *Diário de Justiça*, 09 nov. 2007 DJ 09-11-2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000004626&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 27 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus*. Paciente: Antônio Carlos de Oliveira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000192190&base=baseAcordaos>. Acesso em: 03 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido. Recorrente: Cesar Herman Rodrigues. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Luiz Fux. Jul. 19 ago. 2014. *Diário de Justiça Eletrônico*, 29 set. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000247506&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Negaram provimento aos recursos. Apelante: Lindon Johnson Lima e outro. Apelado: Ministério Público de Minas Gerais. Relator: Des. Amauri Pinto Ferreira (Juiz de Direito convocado). Jul. 24 jun. 2015. Publicação 30 jun. 2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=58&totalLinhas=708&paginaNumero=58&linhasPorPagina=1&palavras=peculato&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelante: Jones dos Santos Braga. Apelado: Ministério Público de Minas Gerais. Relator: Desembargador Júlio Cezar Guttierrez. Jul. 03 abr. 2013. Publicação 18 abr. 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=25&totalLinhas=115&paginaNumero=25&linhasPorPagina=1&palavras=peculato%20aproprias%20e%20o&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaL>>

egislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadast radas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 17 nov. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelante(s): Pedro Duarte e outros. Apelado: Ministério Público de Minas Gerais. Relator: Desembargador federal Mário César Ribeiro. Jul. 14 nov. 2012. *e-DJF1*, 14 nov. 2012. Disponível em: < <http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelante: Jorge Aparecido da Silva. Apelado: Justiça Pública. Relator: Juiz Theotonio Costa. Jul. 04 fev. 1997. DJ DATA, 25 fev. 1997 Disponível em: < <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelante: Mario Cezar Pereira. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Paulo Afonso Brum Vaz. Jul. 30 nov. 2011. *DE*, 10 jan. 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php>. Acesso em: 30 abr. 2016.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito cumprimento do dever legal*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, t. 2º, fato punível.

BUENO, Eduardo. *A coroa, a cruz e a espada: lei, ordem e corrupção no Brasil Colônia*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

CALDAS, Gilberto. *Novo código penal brasileiro comparado, anotado e comentado, volume 1, parte geral. 5ª edição*. São Paulo: Brasiliense/Leia Livros, 1985.

CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio. In: *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*. Org. por Eduardo A. Fabián Caparrós. Salamanca: Ratio Legis, 2000.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. Volume 1. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956.

CHAIA, Vera; TEIXEIRA, Marco Antônio. Democracia e escândalos políticos. *Revista São Paulo em Perspectiva*. Vol.15, n.º 4. São Paulo Oct./Dec. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000400008>. Acesso em: 10 mar. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASADO, José. Fantasias na instabilidade. Disponível em: <<http://noblato.oglobo.globo.com/geral/noticia/2016/05/fantasias-na-instabilidade.html>>. Acesso em: 31 maio 2016.

CASTRO, Helder. “Mensalão”, um dos maiores escândalos políticos do Brasil, começa a ser julgado hoje. Disponível em: <<http://www.portugaldigital.com.br/politica/ver/20070874-qmensalaoq-um-dos-maiores-escandalos-politicos-do-brasil-coemca-a-ser-julgado-hoje>>. Acesso em: 02 maio 2016.

CAVALCANTI, Pedro Rodrigues de Albuquerque. *A corrupção no Brasil*. São Paulo: Siciliano, 1991.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzone Editores, 1998.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001.

FERNANDES, Flávio Faria. *Culpabilidade e seletividade do poder punitivo*. 2012. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Orientador: Luís Augusto Sanzo Brodt. Belo Horizonte, 2012.

FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção, democracia e legitimidade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

FOLHA DE SÃO PAULO. Em recurso, réus do Mensalão criticam acórdão do STF e tentam evitar Barbosa. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/05/1272383-em-recursos-reus-do-mensalao-criticam-acordao-do-stf-e-tentam-evitar-barbosa.shtml>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

FRANÇA. Código Penal Francês de 1810. Disponível em: <http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_1.htm>. Acesso em: 21 abr. 2016.

FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. 4. Ed. São Paulo: UNESP, 1997.

G1 PARANÁ RPC. Dono de empresa fechada havia sido preso por estelionato em 2004. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2011/05/dono-da-empresa-fechada-havia-sido-preso-por-estelionato-em-2004.html>>. Acesso em: 03 maio 2016.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES NETO, Francisco Antônio. *Novo código penal brasileiro*. 5. ed. Leia/Brasiliense, 1986, v. 4.

GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no projeto de Código Penal (PLS 236/2012). In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

GREGO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, v. 1.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 6. Niterói/RJ: Impetus, 2010, v. 4.

HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção*. Porto Alegre: S. A. Fabris Editora, 1994.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. v. I. t. 2.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. IX.

INESC. Tribunal de Contas da União identifica superfaturamento quadruplicado. Disponível em: < <http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-do-inesc/2011/fevereiro/copa-2014-tcu-identifica-superfaturamento-quadruplicado/>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

ITÁLIA. Codice penale italiano, Gazzetta Ufficiale 26 ottobre 1930, n. 251, approvato con R.D. 19 ottobre 1930 n.1398, in vigore dal 1 luglio 1931. Disponível em:<www.davite.it/leggi_per_sito/Codici/Codice_penale.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2016.

JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri/SP: Manole, 2003.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal, parte geral*. 28. edição. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1.

JESUS, Damásio E. de. *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*. São Paulo: Saraiva, 1999.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LARANJEIRA, Lucas. Nome da nova operação, “acarajé” significa propina. Disponível em: <<http://m.folha.uol.com.br/poder/2016/02/1741870-nome-da-nova-operacao-acaraje-significa-dinheiro-de-propina.shtml>>. Acesso em: 2 maio 2016.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

LEITE, Paulo Moreira. *A outra história do mensalão: as contradições de um julgamento político*. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

MACHADO, Fábio Guedes Paula Machado. Culpabilidade e Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://users.cmg.com.br/~bpdír/a-fgpm-01.doc>>. Acesso em: 23 out. 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 1.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 3.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Cartas Persas*. Tradução Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NÓBREGA, Manoel da. *Cartas do Brasil*. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAFwD0AJ/nobrega-manuel-cartas-brasil>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 4.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PEREIRA, Merval. *Mensalão: o dia a dia do maior julgamento da história política do Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2013.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 4.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A Propósito do julgamento do “Mensalão” (APn 470/MG do STF). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 106, ano 22, p. 181-214, jan.-mar. 2014.

RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

REUTERS. Supremo deu “resposta” à sociedade brasileira ao julgar mensalão, diz indicado ao STF. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/topNews/idBRKBN0NX27L20150512>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito penal: parte geral*. Niterói/RJ: Impetus, 2004.

ROMERO, Simon. Grand visions fizzle in Brazil. Disponível em: <http://www.nytimes.com/interactive/2014/04/12/world/americas/grand-visions-fizzle-in-brazil.html?hp&_r=1>. Acesso em: 12 nov. 2015.

ROSE-ACKERMAN, Susan. A econômica política da corrupção. In: ELLIOT, Kimberly Ann (Org.). *A corrupção e a economia global*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002, cap. 2, p. 59-96.

ROSE-ACKERMAN, Susan. A econômica política da corrupção. In: ELLIOT, Kimberly Ann (Org.). *A corrupção e a economia global*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002, cap. 2, p. 59-96.

ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en derecho penal*. 7. ed. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 1997 (reimpresión 2008), t. 1.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: especiales formas de aparición del delito*. 1. ed. Traducción de la 1ª edición alemana y notas Diego-Manuel Luzón Peña (Director), Miguel Díaz y Garcia Conlledo, José Manuel Paredes Castañón, Javier de Vicente Remesal. Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2014, t. 2.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. 1. ed. Organização Alaor Leite; tradução de Luís Greco [et alii]. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo na parte especial do código penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

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

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. Tradução de Adriano Teixeira, Alaor Leite, Ana Claudia Grossi, Danielle Campos, Heloísa Estellita e Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SHAKESPEARE, William. *Medida por medida*. Tradução de Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2012.

STANFORD. Stanford Encyclopedia of Philosophy - Simplicity. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/simplicity/>>. Acesso em: 4 de maio de 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Mensalão e o “domínio do fato – tipo ponderação”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-06/lenio-streck-mensalao-dominio-fato-algo-tipo-ponderacao>>. Acesso em: 03 maio 2016.

TAVAREZ, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TRANSPARENCY INTERNACIONAL. Costs of corruption. Disponível em: <<http://www.transparency.org/what-is-corruption#costs-of-corruption>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

TRANSPARENCY INTERNACIONAL. How do you define corruption? Disponível em: <<http://www.transparency.org/what-is-corruption#define>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

VÁZQUEZ, Manuel Abanto. *Autoría y participación de los delitos de infracción del deber*. Disponível em: <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/vasquez.htm#_ftn8>. Acesso em: 17 jan. 2016.

VILLA, Marco Antônio. *Mensalão: o julgamento do maior caso de corrupção da história política brasileira*. São Paulo: Leya, 2012.

VOUGLANS, Pierre-Françoise Muyart de. *Réfutation des principes hasardés dans le Traité des délits et peines, traduit de Italien, par M. Uyard de Vouglans*. Gallica, 1776. Disponível em : < <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5601103b>>. Acesso em : 15 out. 2015.

VOUGLANS, Pierre-Françoise Muyart de. *Lettre sur le système de l'auteur de «l'Esprit des loix», touchant la modération des peines, par M. Muyart de Vouglans*. Gallica, 1785. Disponível em : < <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k827768>>. Acesso em : 15 out. 2015.

WELZEL. *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*. Buenos Aires: Euros, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 1.