

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

**FACULDADE DE DIREITO**

**A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E O CONTROLE DA  
CULPABILIDADE**

Camila Diciano Souza

Presidente Prudente/SP  
2013

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

**FACULDADE DE DIREITO**

**A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E O CONTROLE DA  
CULPABILIDADE**

Camila Diciano Souza

Monografia apresentada como requisito parcial de  
Conclusão de Curso para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.  
Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP  
2013

# **A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E O CONTROLE DA CULPABILIDADE**

Monografia/TC aprovado como requisito parcial  
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Rodrigo Lemos Arteiro  
Orientador

Antenor Ferreira Pavarina  
Examinador

Florestan Rodrigo do Prado  
Examinador

Presidente Prudente, 11 de Novembro de 2013.

*Já não nos satisfaz, a nós, homens contemporâneos, a justiça transcendental das teocracias, nem, tampouco, a justiça abstrata, vaga, irreal, da filosofia racionalista, que chegou ao auge na Revolução e inundou o mundo. Porque esta é vazia como os princípios em que se funda e pode encher-se do bem e do mal, do justo e do injusto, indiferentemente. Queremos nós justiça concreta, social, verificável e conferível como fato, a justiça que se prove com os números das estatísticas e com as realidades da vida. E a esta somente se chega pelo caminho das verdades científicas - penosamente, é certo, mas a passos firmes e de mãos agarradas aos arbustos da escarpa, para os esforços do avanço e a segurança da escalada.*

*Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda*

Dedico este trabalho à pequena Sofia, fonte maior de amor, luz e resiliência diante das adversidades desta e de outras vidas.

## RESUMO

A pesquisa traz à baila uma visão mais ampla do que vem a ser a teoria do domínio do fato dentro do fascinante instituto do concurso de agentes. Uma abordagem inicial a respeito dos aspectos gerais sobre o conceito de crime é necessária para se adentrar nas minúcias de seus elementos, segundo o modelo tripartido do conceito analítico. No primeiro deles, o fato típico, estudam-se as peculiaridades da conduta, como suas formas de exteriorização, as hipóteses de ausência e as teorias que visaram conceituá-la ao longo do tempo, bem como também é dada a devida atenção à tipicidade formal, material e conglobante. Por conseguinte, é feito um esboço sobre a evolução histórica da culpabilidade, de modo que a distinção entre culpabilidade de ato e culpabilidade de autor também é alvo do trabalho, finalizando-se com a teoria da coculpabilidade. Feitos os lineamentos no tocante aos componentes do crime, adentra-se no concurso de agentes, falando-se sobre os requisitos, as teorias e, posteriormente, um enfoque maior é dado somente às teorias concernentes ao conceito de autor, com breves exposições a respeito do partícipe, haja vista que a teoria alvo de pesquisa é invariavelmente relacionada à autoria, complementando o conceito restritivo. Os últimos capítulos do trabalho tratam da teoria do domínio do fato de forma pormenorizada, tecendo-se comentários sobre a possibilidade de se atribuir autoria àquele que, embora sem incidir na conduta nuclear descrita no tipo penal, possui o domínio da ação criminosa de forma indireta, assim como também é abordada a evolução histórica e a adoção da teoria em testilha pelo ordenamento jurídico, além das espécies de autoria por ela abarcadas, especialmente a autoria mediata e a autoria intelectual. Por fim, fala-se sobre a inadmissibilidade de seu uso em relação aos crimes multidinários e a legitimidade de sua aplicação no julgamento da Ação Penal 470. Este trabalho não tem o escopo de esgotar o tema, mas apresentar um panorama geral sobre a teoria do domínio do fato no Brasil e sua importância na solução de casos não abarcados pela teoria restritiva. Durante o desenvolvimento, imprescindível foi o uso de doutrinas, jurisprudências, revistas, internet, legislação constitucional e infraconstitucional, assim como artigos e monografias anteriormente publicados, a fim de que as informações contidas nesta pesquisa fossem precisas e realmente auxiliassem quem delas venha a fazer uso futuramente.

**Palavras-chave:** Domínio do Fato. Culpabilidade. Concurso de Agentes. Teoria Restritiva. Autoria Mediata. Autoria Intelectual. Ação Penal 470.

## ABSTRACT

This work brings up a broader view about the domain of the fact theory within the fascinating institute of the concurrence of people. An initial approach regarding the general aspects of the crime concept is necessary to enter in the minutiae of its elements, according to the tripartite model of the analytical concept. The first of them, the typical fact, there are studied the peculiarities of the conduct as well as its forms of externalization, hypothesis of absence and the theories that aimed conceptualize it over time, and it is also given due attention to the formal, material and conglomerate typicality. Therefore, there is a delineation about the historical evolution of the culpability, as well as the distinction between culpability of act and culpability of author, ending up with the theory of coculpability. Once done the guidelines related to the components of the crime, the concurrence of people is entered, speaking out about its requirements, theories and, subsequently, a greater focus is given only to the theories associated to the concept of author, with brief expositions about the participant, even because the target theory of the research is invariably related to the authorship, complementing the restrictive concept. The last chapters of the work deal with the details of the domain of the fact theory, weaving up comments about the possibility of attributing authorship to someone that, although without addressing the conduct described in the criminal nuclear type, has the field of criminal action indirectly, as it is also discussed the historical evolution and adoption of the theory in focus by Brazilian law, beyond the authorship species by her embraced, especially mediate authorship and intellectual authorship. Finally, the inadmissibility of its use in relation to multidinaries crimes and the legitimacy of its application in the trial of Criminal Case 470 are talked about. This work does not have the scope to be exhaustive, but to present an overview about the domain of the fact theory in Brazil and its importance in solving cases that are not encompassed by the restrictive theory. During development, it was essential to use doctrines, jurisprudence, magazines, internet, constitutional and infraconstitucional legislation, as well as articles and monographs published previously, in order to the information contained in this research were accurate and really should assist those who will make use of them hereafter.

**Keywords:** Domain of the Fact. Culpability. Concurrence of People. Restrictive Theory. Mediate Authorship. Intellectual Authorship. Criminal Case 470.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 ASPECTOS GERAIS SOBRE O CONCEITO DE CRIME</b> .....	12
<b>3 ELEMENTOS DO FATO TÍPICO</b> .....	16
3.1 Conduta.....	17
3.1.1 Formas de conduta .....	20
3.1.2 Teorias da ação.....	22
3.1.2.1 Teoria causal, clássica, naturalística ou mecanicista .....	22
3.1.2.2 Teoria social .....	25
3.1.2.3 Teoria final, finalista ou finalística.....	26
3.1.2.4 Demais teorias .....	29
3.1.3 Ausência de conduta.....	31
3.2 Tipicidade.....	33
3.2.1 Tipicidade formal e material .....	34
3.2.2 Tipicidade conglobante.....	39
<b>4 CULPABILIDADE</b> .....	42
4.1 Evolução Doutrinária .....	45
4.1.1 Teoria Psicológica Pura.....	46
4.1.2 Teoria psicológico-normativa.....	47
4.1.3 Teoria normativa pura .....	49
4.1.4 Funcionalismo .....	53
4.2 Culpabilidade de Autor e Culpabilidade de Ato .....	54
4.3 Teoria da Cculpabilidade.....	56
<b>5 CONCURSO DE AGENTES</b> .....	59
5.1 Requisitos.....	60
5.2 Teorias sobre o Concurso de Agentes .....	62
5.2.1 Teoria monista, monística ou unitária.....	62

5.2.2 Teoria dualista ou dualística.....	64
5.2.3 Teoria pluralista ou pluralística.....	66
5.3 Autoria e Participação.....	67
5.3.1 Teoria restritiva.....	68
5.3.2 Teoria extensiva.....	70
<b>6 A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO.....</b>	<b>73</b>
6.1 Evolução Histórica.....	77
6.2 Adoção pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	77
6.3 Espécies de Autoria com Domínio do Fato.....	79
6.3.1 Autoria direta ou imediata.....	79
6.3.2 Autoria mediata.....	79
6.3.3 Autoria intelectual.....	82
6.3.4 Coautoria.....	83
6.4 Participação e Teoria do Domínio do Fato.....	85
<b>7 INADMISSIBILIDADE DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO EM FACE DE CRIMES MULTIDINÁRIOS.....</b>	<b>86</b>
<b>8 O JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL 470 À LUZ DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO.....</b>	<b>91</b>
<b>9 CONCLUSÃO.....</b>	<b>94</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>96</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O interesse pelo assunto em tela surgiu em razão da grande polêmica que gravitava ao redor da legitimidade da aplicação da teoria do domínio do fato por parte do Supremo Tribunal Federal em um dos maiores julgamentos já ocorridos em *terrae brasilis*, conhecido como Ação Penal 470 ou, popularmente, chamado de *Mensalão*, onde foi desmontado um elaborado esquema de corrupção, lavagem de dinheiro, peculato, dentre outros crimes, envolvendo parlamentares, empresários, bancários, funcionários públicos e diversas autoridades.

A priori, o objetivo do trabalho foi aduzir em linhas gerais a respeito do conceito de crime, estabelecendo-se um paralelo entre dois de seus elementos, quais sejam a tipicidade e a culpabilidade. Assim, foi possível adentrar no fascinante instituto do concurso de agentes e estabelecer os pontos de intersecção do atual panorama com a teoria do domínio do fato para, então, verificar se a mesma poderia ter sido suscitada no julgamento mencionado e se é abarcada pelo ordenamento jurídico penal.

O método de abordagem utilizado no decorrer da pesquisa científica foi o dedutivo, pois a análise se iniciou com base nos pressupostos gerais dos elementos do crime e do concurso de pessoas e foi finalizada especificamente na teoria em comento e na sua aplicação.

Entretanto, outras espécies de metodologia se fizeram necessárias para o deslinde do trabalho. O método histórico foi de suma importância no desenvolvimento de cada um dos capítulos, vez que a ciência jurídica é calcada em dinamicidade e a análise da evolução temporal de cada um dos elementos do trabalho foi essencial para que se obtivesse uma conclusão satisfatória.

Outrossim, o estudo do tema referente ao último capítulo foi possibilitado pelo uso do método indutivo, vez que a apreciação do uso da teoria do domínio do fato no julgamento da Ação Penal 470, bem como em casos semelhantes, só foi permitida pela anterior análise da aludida teoria e das espécies de autoria onde ela é admitida.

Finalmente, diversos recursos de pesquisa foram imprescindíveis, como doutrinas, jurisprudências, jornais, revistas, internet, legislação constitucional e

infraconstitucional, além de artigos e monografias publicados, de modo que assim foi possível apresentar as várias vertentes do tema em testilha.

Na elaboração do primeiro capítulo foi dada a devida atenção ao caráter fragmentário do conceito de crime que temos no momento presente, composto pelos elementos tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Para tanto, foi feito um esboço histórico, indo desde a fase inicial do tipo puramente descritivo, passando pelos conceitos de delito formal, material e, por fim, chegando-se ao conceito analítico obtido atualmente.

Já o segundo capítulo permitiu que se adentrasse na análise do fato típico, sendo este o primeiro elemento do delito, que é composto, por sua vez, também pelos seus quatro elementos, quais sejam a conduta, o resultado, o nexo causal e a tipicidade. O resultado e o nexo causal foram mencionados de forma mais superficial, de modo que a conduta e a tipicidade ganharam maior destaque em tópicos separados. No que tange à conduta, foram avaliadas as suas formas de exteriorização, as hipóteses de ausência desta e as teorias que buscaram conceituá-la ao longo do tempo, como a teoria causal, a teoria social e a finalista, dentre outras de menor expressão. Já em relação à tipicidade, foram estudados os conceitos formal, material e conglobante.

O terceiro capítulo tratou da culpabilidade, sendo esta o terceiro elemento do conceito analítico de crime. Embora o Código Penal não traga uma delimitação de seu conceito, ela é citada no artigo 29, sendo conexa ao instituto do concurso de agentes. Foi feita uma abordagem sobre as teorias a ela relacionadas, como a teoria psicológica pura, a teoria psicológico-normativa e a teoria normativa pura que, por sua vez, divide-se em extremada e limitada. Ademais, também foi realizada uma distinção entre culpabilidade de ato e culpabilidade de autor e, por conseguinte, finalizou-se o capítulo com a teoria da coculpabilidade.

O quarto capítulo se manteve sob o enfoque do concurso de agentes e dos requisitos para sua configuração. Outrossim, foi imprescindível que se apresentasse um esboço sobre o panorama geral das teorias relacionadas ao concurso de pessoas e, por fim, também das teorias relacionadas especificamente à figura do autor, incluindo breves lineamentos a respeito do partícipe.

Por sua vez, o quinto capítulo foi o que deu ensejo ao estudo da teoria do domínio do fato, sendo esta o ponto alto do presente trabalho. Além da conceituação como uma teoria que visa complementar a teoria restritiva, enfatizada

no capítulo anterior, em razão de permitir a imputação de autoria àquele que, mesmo distante da execução propriamente dita e, portanto, sem incidir na ação nuclear do tipo, posiciona-se no centro do comando e detém pleno poder das decisões, também foi feita uma análise de sua evolução histórica, de sua adoção pelo ordenamento jurídico pátrio e das espécies de autoria por ela abarcadas, em especial a autoria mediata e a autoria intelectual.

O sexto capítulo tratou da inadmissibilidade de aplicação da teoria do domínio do fato em face dos crimes multidinários que, embora cometidos por aglomerados humanos, não preenchem o requisito exigido para a caracterização do concurso de agentes, qual seja o liame subjetivo entre os sujeitos, visto que cada qual deve responder única e exclusivamente pelo delito cometido.

Por fim, o sétimo e último capítulo abordou especificamente o julgamento da Ação Penal 470. Foi feita uma breve síntese a respeito dos crimes praticados e dos sujeitos envolvidos, com enfoque na condenação do ex-ministro chefe da Casa Civil, José Dirceu, visto que sua condenação foi essencialmente embasada na teoria do domínio do fato.

O esgotamento do tema não foi a pretensão deste trabalho, de modo que o escopo principal foi apenas fomentar o debate que existe em torno da teoria do domínio do fato e, em especial, de seu uso no aludido julgamento, levando-se ao conhecimento da sociedade mais informações a respeito de sua importância na solução dos casos em que a teoria restritiva não possui plena aplicação.

## 2 ASPECTOS GERAIS SOBRE O CONCEITO DE CRIME

Quando se adentra no estudo da teoria geral do delito, a primeira conclusão a que se chega é de que o legislador, no Código Penal atual, não fornece uma conceituação do que vem a ser crime. Apenas menciona, em sua Lei de Introdução, que a este está assegurada uma pena de reclusão ou detenção e multa, alternativa ou cumulativamente. O estudo aprofundado em busca de sua definição ficou a cargo da doutrina que, ao longo do tempo, desenvolveu conceitos diferentes como o formal, o material e o analítico, a variar de acordo com o ponto de vista de cada doutrinador.

Conforme o conceito formal, o crime é toda e qualquer ação humana que confronta com o imperativo legal da normal penal, enquanto que, para o conceito material, o crime é composto de uma ação humana que viola preceitos básicos da convivência em sociedade, colocando em risco a manutenção da paz, da ordem e de seu desenvolvimento.

Ocorre que nenhum dos dois conceitos acima esposados são aptos a traduzir com categoria o que vem a ser o delito. O conceito material, v.g., não dá a necessária atenção ao princípio da legalidade ou reserva legal, ou seja, por mais importância que se dê a determinado bem ou interesse tutelado, se este não estiver protegido por um tipo penal, não há que se falar em lesão ou exposição a perigo. Em suma, não haveria crime.

A definição analítica do delito é, por sua vez, a mais adequada. O crime possui uma estrutura e seus elementos devem ser estudados de forma estratificada. Para que um fato seja considerado uma infração penal, deve ser típico, ilícito e culpável.

Esta divisão tripartida, fruto do finalismo, é a mais comum dentre os doutrinadores brasileiros e estrangeiros, bem como a teoria da *ratio cognoscendi*, que considera a tipicidade indiciária da ilicitude, surgindo na segunda fase da evolução do tipo que, anteriormente, era puramente descritivo de condutas, de modo que não havia juízo de valor sobre as mesmas. Segundo os ensinamentos de Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 75), tem-se que:

O modelo tripartido de crime afirma que tipicidade e antijuridicidade não se reduzem à tarefa de constituir o tipo de injusto, mas realizam funções político-criminais independentes, com os seguintes argumentos: o tipo legal descreve ações proibidas sob ameaça de pena e, portanto, representa realização técnica do princípio da legalidade; a antijuridicidade define preceitos permissivos que excluem a contradição da ação típica com o ordenamento jurídico.

Insta ressaltar, porém, que alguns autores, como Basileu Garcia, somam um outro elemento ao crime, qual seja, a punibilidade; porém, trata-se mais de uma consequência da prática da infração penal, e não uma característica. Neste contexto, expõe Francisco de Assis Toledo (1994, p. 81) que, se excluído qualquer elemento de constituição do crime, como a tipicidade, ilicitude ou culpabilidade, este se torna um indiferente penal.

Porém, excluindo-se a punibilidade em razão de, por exemplo, a ausência de uma condição objetiva que autorize a aplicação da pena, como num crime de incêndio (comprovadamente típico, ilícito e culpável) onde, no entanto, não se constatou a ocorrência de perigo concreto (à vida, à integridade física ou patrimônio de outrem), a idéia do crime já consumado não fica suprimida, mesmo que o fato tenha se tornado impunível.

Há, ainda, outros doutrinadores, como Júlio Fabbrini Mirabete e Celso Delmanto, que consideram crime apenas o fato típico e antijurídico, formando um injusto penal, de modo que a culpabilidade seria mero pressuposto de aplicação da pena. Este é o chamado modelo bipartido de crime, conforme leciona Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 73):

O modelo bipartido de fato punível concebe o tipo de injusto como uma unidade conceitual formada pelo tipo legal e pela antijuridicidade - que admitem operacionalização analítica separada, mas não constituem categorias estruturais diferentes do fato punível: o tipo legal é a descrição da lesão do bem jurídico e a antijuridicidade é um juízo de valoração do comportamento descrito no tipo legal, formando o conceito de tipo de injusto.

Há estreita ligação entre a divisão bipartida e a teoria da *ratio essendi*, que surge numa terceira fase da evolução do tipo, onde a tipicidade é considerada a própria razão de ser da ilicitude, ou seja, se a conduta não for antijurídica, não há fato típico desde a sua origem, havendo uma fusão entre estas duas características do

delito.

No mesmo sentido, tem-se a teoria dos elementos negativos do tipo, segundo a qual, as causas de justificação que excluem a ilicitude do fato estariam implicitamente incorporadas ao tipo, constituindo elementos negativos da norma penal. Deste modo, um homicídio cometido em estado de necessidade seria uma ação atípica, e não uma ação típica, porém lícita.

Aqueles que defendem a divisão bipartida do crime o fazem apoiados nas expressões utilizadas pelo legislador no Código Penal, especialmente quando quer afastar a culpabilidade, dizendo que o sujeito ficará *isento de pena*. Entretanto, a mesma expressão também é utilizada para afastar outras características do delito, como na previsão das escusas absolutórias<sup>1</sup>, em que não haverá punição por questões de política criminal, mesmo que o fato seja típico, ilícito e culpável.

Ademais, como será exposto a seguir, cada elemento do crime antecede ao outro de forma lógica e necessária, de modo que todos eles são pressupostos para aplicação da pena, e não somente a culpabilidade. Se o fato for atípico, não há que se falar em aplicação da pena; se for típico, porém lícito, ou seja, se a conduta do agente encontrar respaldo em algum tipo penal permissivo, da mesma forma a pena não lhe será aplicada.

Saliente-se que estratificar o estudo do delito não implica em fragmentá-lo. O crime, para que assim seja considerado, será sempre uno e indivisível. Seus elementos é que são analiticamente estudados, formando níveis estabelecidos numa sequencia lógica, onde o funcionamento do todo é mais bem compreendido depois de explicado o funcionamento das partes.

Alguns autores, como Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 387) até usam, como analogia, a geologia, onde o crime seria o terreno sedimentário formado por estratos de capas minerais de densidade uniforme (tipicidade, ilicitude e culpabilidade). Nesta mesma linha, aduz Rogério Greco (2008, p. 135):

Embora o crime seja insuscetível de fragmentação, pois que é um todo unitário, para efeitos de estudo faz-se necessária a análise de cada uma de suas características ou elementos fundamentais, isto é, o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade. Podemos dizer que cada um desses

---

<sup>1</sup> Escusas absolutórias são vantagens concedidas a agentes que possuem relação estreita com a vítima, geralmente de parentesco (Artigo 348, parágrafo 2º, CP; artigo 181, incisos I e II, CP).

elementos, na ordem em que foram apresentados, é um antecedente lógico e necessário à apreciação do elemento seguinte.

Após breve explanação acerca dos conceitos obtidos ao longo do tempo no que tange ao crime, adentraremos no estudo do fato típico, o primeiro elemento a ser avaliado na configuração de um delito. Para tanto, adotaremos o conceito analítico na forma tripartida, fruto dos estudos finalísticos de Hans Welzel.

### 3 ELEMENTOS DO FATO TÍPICO

Muitas vezes, a expressão *fato típico* é confundida com a expressão *tipicidade*. Porém, ver-se-á ao decorrer do trabalho que a tipicidade é elemento integrante do fato típico, juntamente com a ação em sentido amplo, com o resultado e com o nexos de causalidade. Nos dizeres de Nelson Hungria (1955, p. 8-9):

O crime é, antes de tudo, um fato, entendendo-se por tal não só a expressão da vontade mediante ação (voluntário movimento corpóreo) ou omissão (voluntária abstenção de movimento corpóreo), como também o resultado (*effectus sceleris*), isto é, a consequente lesão ou periclitacão de um bem ou interesse jurídico penalmente tutelado.

Como visto, o juízo de tipicidade que deve ser elaborado pelo operador do Direito numa primeira etapa de verificacão do crime consiste na checagem dos elementos integrantes do fato típico, sendo necessria, para tanto, a comprovacão de uma conduta comissiva ou omissiva, a título de dolo ou culpa, ligada a um resultado naturalístico através de um nexos causal, ferindo ou expondo a perigo um bem ou interesse jurídico, sendo imprescindível que este se encontre tutelado pelo Estado através de seu único instrumento, a lei penal.

Nas palavras de Cleber Masson (2012, p. 210), o supracitado juízo de tipicidade é a "subsuncão entre a açã ou omissão do agente e o modelo previsto no tipo penal." Logo, será possível concluir pela existêcia de um fato típico e passar à análise de sua ilicitude e, posteriormente, de sua culpabilidade.

No entanto, cumpre ressaltar que nem todos os quatro elementos do fato típico estarão presentes em algumas modalidades de delito. Ora, como se sabe, o crime material é aquele que descreve em seu tipo penal uma conduta apta a causar um resultado naturalístico de que dependa a consumaçã da infraçã. Vislumbra-se, então, a presença de todos os componentes do fato típico (conduta, nexos de causalidade, resultado e tipicidade) nos crimes materiais consumados.

Ocorre que, quando se tratar de crimes materiais tentados, onde o *iter criminis* é interrompido em razã de circunstâncias alheias à vontade do agente, não

há que se falar em produção de resultado e, por óbvio, inexistente nexos de causalidade. Nestes casos, o fato típico será composto apenas de uma ação que se ajusta a um tipo penal, ou seja, os dois únicos elementos serão conduta e tipicidade.

No tocante aos crimes de mera conduta e crimes formais, o fato típico também será integrado somente de conduta e tipicidade. Isto porque o crime de mera conduta ou mera atividade não prevê a produção de um resultado naturalístico, sendo que somente a prática da conduta típica já configura o crime, como na desobediência (artigo 330 do Código Penal). Por sua vez, o crime formal, embora admita a ocorrência de um resultado, dele não depende a consumação, que ocorre de forma antecipada, como na ameaça (artigo 147 do Código Penal).

### 3.1 Conduta

A primeira consideração a ser feita no tocante à conduta, até como forma de justificar seu estudo mais aprofundado no presente trabalho, é de que o desenvolvimento da teoria geral do crime sempre dependeu das teorias da ação que surgiram com o passar do tempo. Pierangeli e Zaffaroni (1997, p. 426) definem sua importância nas seguintes palavras:

A teoria do delito é um edifício, em que o alicerce é constituído pelo conceito de conduta. Qualquer alteração nos alicerces implica uma mudança na estrutura. Desde o instante em que os alicerces são lançados sabemos o peso que poderão suportar e a distribuição da carga.

Partindo-se da teoria realista do conhecimento, o legislador, ao desvalorar uma conduta através da cominação de uma sanção penal, não pretende mudá-la ou criá-la, pois entende que sua existência enquanto objeto de desvalor é anterior ao nosso conhecimento, de modo que seu *ser* ou sentido *ôntico-ontológico* deve ser respeitado. O ato de furtar, v.g., é a base para a desvalorização, que se concretizará com a aplicação da pena correspondente ao artigo 155 do Código Penal.

A conduta é, portanto, o primeiro elemento a ser analisado para a

configuração do crime, pois é como ele se exterioriza. Vivemos num Estado Democrático de Direito, onde a liberdade de ser e de pensar deve ser respeitada. Assim, segundo o princípio *nullum crimen sine conducta*, não se pode punir aquilo que não ultrapassa a esfera psíquica do ser humano ou que corresponde pura e simplesmente ao seu jeito de ser.

Existem, porém, algumas tentativas de se punir alguém sem a ocorrência de uma conduta, como a responsabilização penal de pessoas jurídicas, influenciada pela *teoria kelseniana*, segundo a qual, tanto as pessoas físicas quanto jurídicas seriam imputáveis. Além da impossibilidade do *agir humano* por parte de uma pessoa jurídica e de conseqüente tipificação em algum delito, esta também não pode ser culpável. Outrossim, tal responsabilização seria inconstitucional, visto que afetaria pessoas ligadas à empresa, violando o *princípio da intranscendência*.

Impende ressaltar que a impossibilidade de se punir uma pessoa jurídica não obsta a punição de seus representantes e dirigentes, pois estes têm capacidade de conduta humana, tampouco se é contra sanções administrativas, inclusive semelhantes às que seriam aplicadas em âmbito penal.

Um segundo exemplo de tentativa de verificação de crime sem conduta seria o *direito penal do autor*, que permitiria punir o sujeito que apresentasse sintomas de uma personalidade contrária ao Direito, sem que, contudo, ele incorresse concretamente na prática de qualquer infração penal, o que desrespeitaria preceitos básicos da dignidade humana, fato que será tratado de forma pormenorizada no capítulo da culpabilidade.

Há, ainda, a pretensão de se punir somente condutas que se adequem aos requisitos do tipo penal, ou seja, a conduta não seria mais analisada numa fase anterior à tipicidade, o que iria contra o conceito analítico de crime. Porém, algumas condutas não típicas também interessam ao Direito Penal para a verificação de alguns crimes, como a necessidade de que a vítima se case (conduta) com o autor do crime do artigo 236 do Código Penal, induzida a erro essencial ou desconhecendo o impedimento matrimonial, sem que, contudo, ela mesma incorra em algum delito.

Por fim, doutrinadores como Vincenzo Manzini mencionam a ausência de conduta nos chamados “delitos de esquecimento”; outros incluem atos reflexos como

conduta e ignoram a vontade como integrante desta, o que também será estudado de forma mais detalhada adiante, nas hipóteses de ausência de conduta.

A não consideração da conduta como integrante do fato típico é algo extremamente temerário, pois abriria brechas para um Direito Penal autoritário, apto a punir tudo aquilo que não é conduta, que não é exteriorizado pelo ser humano. Um legislador que não precisasse respeitar limites e critérios tão importantes colocaria em risco a vivência em democracia e a dignidade humana, valor máximo preconizado pela Carta Magna.

No tocante à voluntariedade da conduta, é preciso estabelecer distinções. Nem todo fato humano interessa ao Direito Penal, mas somente os fatos humanos voluntários. Partindo-se deste conceito, diz-se que voluntariedade requer atividade e conseqüente mudança no mundo exterior. Não se trata de mero desejo, onde a passividade reina e espera por mencionada mudança. Tal vontade virá sempre carregada de uma finalidade qualquer. Em suma, a conduta, para que assim seja considerada, requer vontade, e esta, por sua vez, requer finalidade.

Com relação aos elementos da conduta, existe a chamada *antecipação biocibernética*, segundo a qual a conduta é planejada conforme a antecipação mental do resultado correspondente. Neste contexto, a conduta se distinguiria conforme seu aspecto interno e externo. O aspecto interno se vislumbra em duas etapas: quando o agente se propõe a executar uma atividade e quando seleciona os meios a serem usados para alcançar tal finalidade.

Já o aspecto externo consiste em etapa única, que é a própria exteriorização da vontade por trás da finalidade, onde o agente faz uso dos meios selecionados e põe em movimento a causalidade, que ensejará o resultado final. Hans Welzel até fala que o termo *antecipação biocibernética do resultado* seria mais adequado que *ação final*.

De qualquer sorte, independentemente da nomenclatura usada, o importante é que se atente ao conceito *ôntico-ontológico* supracitado, onde a conduta tipificada não difere da conduta humana real. Em outras palavras, por ser a conduta anterior ao delito e, portanto, não criada pelo Direito Penal, mas, sim, desvalorada, é que se diz que o conceito *jurídico-penal* é o mesmo que o conceito *ôntico-ontológico*,

cuja origem remonta à Aristóteles, que não admitia conduta voluntária sem finalidade. Destarte, podemos concluir que as bases finalistas também são aristotélicas.

### 3.1.1 Formas de conduta

Em virtude do caráter genérico da conduta e de seu conceito *ôntico-ontológico*, ela se encaixa em todas as espécies de tipo penal. Em linhas gerais, dizemos que são dolosas ou culposas, comissivas ou omissivas. Na desvalorização das condutas dolosas, leva-se em consideração a primeira etapa do aspecto interno já ressaltado, somado ao aspecto externo do agente na *antecipação biocibernética*, ou seja, são proibidas as condutas que se propõem a um fim e se movimentam em torno da causação do mesmo.

Os tipos culposos, por sua vez, desvaloram condutas em razão do segundo aspecto interno e também do aspecto externo, pois proíbem certas formas com que os meios podem ser selecionados pelo agente na obtenção do fim, e não pelo fim em si mesmo. Neste contexto, são claros os ensinamentos de Pierangeli e Zaffaroni (1997, p. 421):

A seleção dos meios para a obtenção de qualquer fim deve ser feita de acordo com certo dever de cuidado, que resulta violado quando podendo prever-se que a causalidade posta em movimento pode afetar outro, não se faz esta previsão, ou quando, tendo sido feita, confia-se que a lesão não sobrevirá. *Fica claro que também aqui o tipo proíbe uma conduta final, só que, em lugar de proibi-la em razão do fim, o faz em virtude da forma defeituosa com que este fim é procurado.*

No mesmo sentido, insta dizer que a voluntariedade do agente nos crimes dolosos abrange tudo aquilo que foi definido para a caracterização do tipo, inclusive o resultado típico, ao passo que a voluntariedade do autor da conduta culposa tem seu termo com a causação do resultado não abrangido por ela. Enquanto o dolo é a regra, a culpa é a exceção, conforme se denota da leitura do artigo 18, parágrafo único, do Código Penal vigente:

Art. 18 - Diz-se o crime:

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Em síntese, o dolo resta configurado quando o agente quer, de fato, a produção do resultado lesivo ao bem jurídico, ou assume o risco de produzir tal resultado, incorrendo em dolo eventual. Já a culpa apresenta três modalidades: negligência, imprudência ou imperícia, de modo que tal espécie de elemento subjetivo deve estar expressamente prevista no tipo, sob pena de atipicidade.

No que tange aos tipos comissivos e omissivos, nos primeiros há a prática de uma conduta direcionada por finalidade ilícita, prevista em tipo proibitivo, enquanto que nos últimos o crime se configura quando o agente se abstém de atuar de acordo com o mandamento descrito em tipo preceptivo, que podia e devia ter sido praticado.

Ao contrário do que se pode imaginar, a omissão não significa, necessariamente, estaticidade, pois o agente pode tanto não agir quanto agir contrariamente ao que lhe foi legalmente imposto. O Código Penal, acerca da omissão, adotou a teoria normativa que, nas palavras de Cleber Masson (2012, p. 218), é assim representada:

[...] a omissão é um indiferente penal, pois o nada não produz efeitos jurídicos. Destarte, o omitente não responde pelo resultado, pois não o provocou. Essa teoria, contudo, aceita a responsabilização do omitente pela produção do resultado, desde que seja a ele atribuído, por uma norma, o dever jurídico de agir. Essa é a razão de sua denominação (normativa = norma). A omissão é, assim, não fazer o que a lei determinava que se fizesse.

Crimes omissivos apresentam uma subdivisão em próprios ou impróprios. Nos delitos chamados de omissivos próprios, puros ou simples há um dever genérico de agir, descrito na própria norma preceptiva, de modo que não se exige qualquer resultado, pois a violação ocorre quando o autor não cumpre a imposição. Já os crimes omissivos impróprios, omissivos qualificados ou comissivos omissivos representam um dever especial de proteção por parte das pessoas mencionadas no artigo 13,

parágrafo 2º, do Código Penal.

### **3.1.2 Teorias da ação**

A evolução das teorias da ação foi de suma importância para a delimitação do conceito de crime que temos hoje, haja vista que, como anteriormente suscitado, é na delimitação da conduta que o delito está apoiado.

#### **3.1.2.1 Teoria causal, clássica, naturalística ou mecanicista**

De antemão, podemos dizer que a grande contribuição da teoria causal foi a construção do conceito de tipo. Ela é dividida em dois momentos distintos. O primeiro deles surgiu com Liszt e Beling, apoiados nas leis da física de Newton, segundo o qual a conduta humana seria uma *sucessão de causas e efeitos*, como tudo aquilo que compõe o mecanicismo do universo.

Esta era considerada a estrutura clássica do delito, baseada no positivismo mecanicista, que desconsiderava a vontade constitutiva do crime e tinha o resultado como um elemento e, portanto, efeito da conduta. Sem resultado não havia conduta e, conseqüentemente, não havia crime. A segunda fase da teoria causal, ou estrutura neoclássica, adveio da fase *neokantista* e chegou ao apogeu de seu desenvolvimento com Edmund Mezger.

Na primeira etapa, a ação era considerada pura e simplesmente uma movimentação do agente. Exigia-se a voluntariedade da conduta, mas dispensava-se a sua finalidade. Em outras palavras, existia tão somente a vontade de se mover, de modo que a vontade de causar ou não o resultado era irrelevante.

A fase externa da conduta comissiva correspondia ao movimento corporal

e a fase interna ou subjetiva era caracterizada pela liberdade de dominá-lo. No que tange à omissão, tratava-se de mera distensão muscular. Conforme os dizeres de Cleber Masson (2012, p. 211), a teoria causal da ação é assim esboçada:

Em breve síntese, a vontade é a causa da conduta, e a conduta é a causa do resultado. Não há vontade no tocante à produção do resultado. O elemento volitivo, interno, acarreta em um movimento corporal do agente, o qual, objetivamente, produz o resultado. A caracterização da conduta criminosa depende somente da circunstância de o agente produzir fisicamente um resultado previsto em lei como infração penal, **independentemente de dolo ou culpa**. Para a configuração da conduta basta apenas uma **fotografia do resultado** (Grifo do autor).

Apesar de esta conceituação gerar certa impressão de responsabilidade penal objetiva, não é disso que se trata, visto que o conceito analítico de crime apresenta três etapas já estudadas anteriormente, quais sejam, tipicidade, ilicitude e culpabilidade, de modo que os defensores da teoria mecanicista não ignoram totalmente o querer do agente, mas apenas deslocam sua análise para um momento posterior, a culpabilidade, argumento utilizado por Mezger.

Ocorre que adiar a apreciação do elemento subjetivo do autor pode gerar problemas, tais como a impossibilidade de distinção entre conduta dolosa e culposa, já que não há aferição qualquer a respeito da finalidade do agente. Outrossim, como dito, exige-se apenas uma fotografia do resultado para a caracterização da conduta, não havendo, deste modo, condições para que se explique delitos tentados, delitos formais e delitos de mera conduta, não geradores de resultado.

O conceito de omissão como uma distensão muscular também não era convincente. Conforme aduzem Pierangeli e Zaffaroni (1997, p. 424), “[...] a mãe que deixa de alimentar o filho, para que morra de fome e sede, não distende qualquer músculo se, na hora em que deixa dar-lhe de comer, dedicava-se a praticar ginástica”. Igualmente, seu conceito de ação também se desintegraria caso fosse evidenciada uma finalidade qualquer.

Ademais, outras constatações passaram a evidenciar a falha da teoria. Ora, punir o sujeito por tentativa implica dizer que este agiu com dolo, visto que não há tentativa culposa, comprovando-se que o tipo não é meramente objetivo. Da mesma forma, há outros fatores que revelam um tipo também subjetivo, como a previsão

expressa de determinados atos e finalidades.

Por fim, na análise da culpabilidade, considerada por esta teoria o único momento de aferição do caráter subjetivo da conduta, não há explicação plausível para casos de culpa inconsciente, onde não há elo psíquico entre o autor e o fato.

Por todo o exposto, esta teoria passou a se desestruturar com o tempo por não corresponder à realidade. Vontade sem finalidade não é vontade, e conduta sem vontade não é conduta, é apenas causa e efeito. A salvação se deu com a substituição do positivismo mecanicista pelo idealismo, segundo o qual o ato de conhecimento cria o objeto.

Com isso, passou-se à segunda fase ou sistema neoclássico. Nesta etapa, elementos normativos e subjetivos aderiram ao injusto penal (ação típica e ilícita), reconhecendo-se também o dolo para caracterizar a tentativa, bem como a culpabilidade ganhou o caráter de reprovação do agente, por não agir de acordo com o que lhe foi imposto. Entretanto, a vontade final continuava a ser desprezada.

É temerário ignorar a finalidade que, indubitavelmente, integra a conduta, porque isso implica em ignorar a própria conduta e seu conceito *ôntico-ontológico*. Destarte, o injusto penal, composto pelo fato típico e antijurídico, não descreveria conduta alguma ante a ausência de finalidade, regulando apenas causas e efeitos. Em suma, punindo determinadas causas e efeitos, decorrentes de todo e qualquer fato, inclusive os não humanos e voluntários, o Direito Penal criaria as condutas, conforme o chamado *idealismo gnosiológico*.

O grande problema do idealismo é que este não serve de base somente para a teoria causal, mas para várias outras teorias da ação, pois sua elasticidade, ou generalidade, permite que se amolde às exigências de qualquer uma. Ainda com base nos dizeres de Pierangeli e Zaffaroni (1997, p. 430), impende ressaltar que:

Se o conhecimento é o que cria – ou quase cria – o objeto, é o tipo – isto é, a proibição – que cria a conduta; a conduta será segundo a forma típica (forma de proibir). Assim, se o tipo requer um resultado, a conduta será integrada com este resultado; se o tipo requer uma finalidade, a conduta se integrará com a finalidade; etc.

Assim, não se estaria respeitando o ser da conduta, pois, segundo o

idealismo, esta deveria primeiro se adequar aos requisitos exigidos pelo tipo, para depois ser ação. Numa analogia grosseira, seria o mesmo que dizer que os loucos são assim considerados porque estão internados num manicômio, e não que foram internados num manicômio porque foram considerados loucos, em total desrespeito ao conceito de ser louco ou estar louco, fato que é anterior e independente da internação.

### 3.1.2.2 Teoria social

A teoria social da ação surgiu com Eberhard Schmidt e se desenvolveu com Johannes Wessels e Hans-Heinrich Jescheck, tentando representar o eixo de ligação entre a teoria causal e a teoria finalista que, segundo os autores, pecavam por não avaliar o aspecto social da conduta. Havia a necessidade de que a ação humana tivesse relevância social para que o Direito Penal a regulasse, emergindo da individualidade do ser e afetando terceiros.

Mais tarde, acrescentou-se à teoria a necessidade de que a conduta, para que assim fosse considerada, ocasionasse efetiva perturbação social, além de transcender do indivíduo, o que deu ao conceito certa amplitude. O fato é que se buscava estabelecer um conceito unitário e amplo, abrangendo tanto a ação quanto a omissão, através de um elemento caracterizador da conduta, que era a relevância social. Ademais, conforme expõe Cleber Masson (2012, p. 215):

Essa teoria não exclui os conceitos causal e final de ação. Deles se vale, acrescentando-lhes o caráter da relevância social. Para os seus defensores, a vantagem da teoria consiste no fato de o elemento sociológico cumprir a missão de permitir ao Poder Judiciário a supressão do vácuo criado pelo tempo entre a realidade jurídica e a realidade social.

Como já mencionado, o fato típico, muitas vezes confundido com a tipicidade, tem esta como um de seus elementos, juntamente com a conduta, resultado e nexa causal. A análise da conduta é anterior à análise da tipicidade, e o problema gerado por esta teoria é misturar os requisitos de ambas.

É indiscutível que o Direito Penal só tipifica condutas que ultrapassam a esfera individual, mas estas, transcendendo ou não do agente, lesando ou não a ordem social, serão sempre condutas, segundo um conceito *ôntico-ontológico*. Não se pode, inicialmente, ter de amoldar uma ação a um tipo penal para assim chamá-la. A afetação de terceiros e perturbação da ordem social são requisitos típicos e prescindíveis enquanto durar a aferição da conduta.

Não obstante tal crítica, o principal problema da teoria social reside no critério geral da transcendência, que não vale somente para conceituar a conduta, mas também pode ser resultado de outros fenômenos não gerados ou não controlados pelo homem, sendo característica comum a fatos presentes no ordenamento jurídico como um todo, e não só os de índole penal. Neste sentido, aduzem Pierangeli e Zaffaroni (1997, p. 429):

Uma conduta é uma conduta, embora não seja socialmente lesiva. Por outra parte, a lesividade social da ação no plano pré-típico não pode ser outra coisa além de um juízo ético, o que em uma sociedade pluralista é extremamente difícil e, ademais, excessivamente perigoso. Implica um sociologismo demasiadamente apressado, cujas consequências são imprevisíveis.

De forma mais incisiva, Ebert apud Juarez Cirino dos Santos (2012, pág. 92), revela ainda outro ponto criticável da teoria social, dizendo que, por estar ora preenchida pela final, ora preenchida pela causal, sequer existiria como sistema de fato punível, por não ter desenvolvido o seu próprio sistema. Em suma, resulta teoricamente vaga, além de carecer de utilidade no campo prático.

### **3.1.2.3 Teoria final, finalista ou finalística**

A teoria final da ação teve seu advento em 1931, através da obra *Causalidade e Ação* do alemão Hans Welzel, publicada na *Revista para a Ciência Penal Conjunta*, de número 51, galgando massiva aceitação pela doutrina moderna. De antemão, convém ressaltar que alguns autores, como Fernando Galvão, creditam a origem da teoria à filosofia de Nicolai Hartmann.

Entretanto, na introdução da 4ª edição da obra *O Novo Sistema Jurídico-Penal*, Welzel desmente a afirmação e esclarece que a tese finalista encontra suas bases na *Psicologia do Pensamento*, fruto dos ensinamentos de filósofos como Richard Höningwald, Karl Búhler, Theodor Erismann, Reich Jaensch, Wilhelm Peters, dentre outros, representando o rompimento com a antiga concepção causal-mecanicista da conduta e dando início ao que, inicialmente, foi denominado pelo autor de *realização intencional dos fins*, com princípio na ação interna (psicologia do pensamento), indo até a ação externa, por meio da execução voluntária da vontade.

Tal teoria preconiza que a finalidade lançada pelo agente quando da prática do delito decorre de sua capacidade de prever, com base no conjunto das experiências vividas por ele, qual será o provável resultado de sua ação, ou seja, com base nos conhecimentos adquiridos pelo sujeito ao decorrer de sua vida, este imagina qual será o efeito de sua conduta e passa a se movimentar em torno de sua meta, sendo esta previsão e vontade consciente do fim o elemento dirigente do crime.

Segundo Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 85), o modelo final seria resultado de uma crítica ao modelo causal. Cleber Masson (2012, p. 213), por sua vez, diz que aquele não abandonou os postulados deste, mas os manteve, adicionando a finalidade à conduta do agente, como ser humano livre e responsável por suas atitudes.

De qualquer modo, subjetivamente, a conduta é composta pela determinação do fim controlado pela vontade do agente e pela escolha dos meios que executarão este fim; e, objetivamente, compreende a etapa em que o indivíduo leva a cabo a ação, exteriorizando sua vontade através da real utilização dos meios anteriormente selecionados, já sendo passível de punição, pois o ordenamento jurídico penal brasileiro só impõe pena àquele que deu início à execução.

No tocante à segunda etapa subjetiva da conduta de escolha dos meios, insta ressaltar alguns detalhes acerca de possíveis efeitos colaterais ou secundários, não compreendidos pela finalidade do autor. Com relação à essência dos meios, tais efeitos serão necessários ou possíveis; e, no que tange à vontade humana, serão conscientes, inconscientes e não desejados ou, ainda, inconscientes.

Os efeitos secundários necessários são conhecidos pelo sujeito, ainda

que não desejados, de modo que, se ele executar a ação, estes a integrarão, constituindo dolo direto de segundo grau nos tipos subjetivos. Já os efeitos secundários possíveis, apesar de também serem conhecidos, dependem da postura que o indivíduo irá tomar para, então, dizer se integram sua vontade e, conseqüentemente, a ação, ou não.

Se o sujeito tolerar a ocorrência desta espécie de efeito colateral de sua conduta, incorrerá em dolo eventual; se não consentir, acreditar na não produção dos mesmos ou esperar sinceramente que não ocorram, podendo vir a evitá-los no momento da realização da ação, poderão, no máximo, incorrer em culpa consciente, desde que haja a previsão da prática culposa no respectivo tipo penal, pois não faziam parte da vontade do autor, muito menos da conduta que é guiada pela finalidade. Por fim, seja o efeito colateral necessário ou possível, se não forem representados pelo autor, não constituirão a conduta, podendo haver tão somente culpa inconsciente, desde que exista tal tipo.

A teoria finalista, assim como a teoria causal e a teoria social, também recebeu críticas no sentido de não explicar de forma consistente as condutas culposas e omissivas. Entretanto, as censuras são facilmente combatidas. Ora, se a ação dolosa fica caracterizada quando o agente executa condutas proibidas, a ação culposa se verifica quando o indivíduo não cumpre com o dever de cuidado e executa de forma falha uma conduta prevista em tipo penal permissivo, ao passo que a omissão é a não realização de um dever imposto ao autor em lei penal preceptiva, a título de dolo ou culpa.

Não obstante tais críticas, é indiscutível a contribuição que a teoria em comento trouxe como sistema de fato punível, retirando o dolo e a culpa de dentro da culpabilidade e os transportando para a conduta, sendo esta o primeiro elemento analisado no fato típico. Neste sentido, explana, de forma brilhante, Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 88):

A teoria *final* contribuiu para identificar o *fundamento psicossomático* do conceito de crime: a unidade subjetiva e objetiva da ação humana, qualificada pelos atributos axiológicos do tipo de injusto e da culpabilidade, como base real do conceito de fato punível. Além disso, a estrutura *final* parece pressuposta na *função* atribuída às normas penais, que se dirigem à vontade humana como *proibições* ou como *determinações* de ação: a estrutura *final* da ação humana seria *constitutiva* para o Direito Penal, cujas *proibições* ou

*mandados* não se dirigem a processos causais *cegos*, mas à vontade humana capaz de configurar o futuro.

Nosso ordenamento jurídico penal parece ter adotado a teoria final da ação, tendo em vista o fenômeno do erro de tipo, com fulcro no artigo 20 do Código Penal vigente, excluindo o próprio fato típico, ao menos ante a ausência de dolo do agente, dispondo que só haverá punição na forma culposa, se prevista em lei.

Ora, como já estudado, o fato típico é composto por conduta, resultado, nexos causal e tipicidade. Portanto, dizer que a falta de dolo exclui o fato típico implica, necessariamente, em reconhecer a presença do dolo na conduta. Entretanto, será visto adiante de forma mais detalhada que existe entendimento no sentido de que a teoria final já havia sido adotada anteriormente à reforma penal que introduziu o supracitado artigo no ordenamento jurídico penal.

#### **3.1.2.4 Demais teorias**

As teorias causal, social e finalista são, sem dúvida, as que galgaram maior visibilidade ao longo do tempo. Porém, o estudo do conceito de ação não se restringe apenas a elas, existindo outras de menor expressão, como, v.g., o modelo negativo, o modelo pessoal, o modelo cibernético e o jurídico-penal da ação.

A teoria negativa da ação surgiu com Herzberg e Behrendt, definindo a conduta comissiva como a evitável realização da proibição e a conduta omissiva como a não realização de um dever que o autor estava apto a cumprir, de modo que, em ambos os casos, poderia ter impedido a produção do resultado.

Este modelo encontra embasamento no *princípio da evitabilidade do tipo de injusto*, presente no Código Penal alemão. Em suma, infringe-se a norma penal, seja proibição ou mandamento, ao se verificar no caso concreto que o agente poderia ter evitado o resultado e não o fez, em razão de sua vontade dirigente.

Entretanto, o conceito de ação sob a égide desta teoria estaria alocado

dentro do tipo de injusto, ignorando-se o *ser* ou caráter *ôntico-ontológico* da conduta, que deveria ser analisada em nível pré-típico. Ademais, a generalidade deste poder de inevitabilidade do resultado no conceito de delito não pode ser usada para fundamentar uma única teoria da conduta de forma específica.

O modelo pessoal de ação elaborado por Claus Roxin é, por sua vez, fortemente influenciado por conceitos da *Psicanálise*, definindo a conduta como *manifestação da personalidade*. Porém, tal teoria é passível de crítica em dois aspectos. Ora, limitar o sentido da ação como simples exteriorização de desejos, sentimentos, emoções e pensamentos é ignorar a concreta efetivação do desígnio do agente.

Outrossim, não se pode definir ação como manifestação da personalidade, ora sob o controle do *ego* (dimensão consciente), ora influenciada pelo *id* e pelo *superego* (dimensão inconsciente), ocasionando tumultos psíquicos irrefreáveis pelo ser humano, “[...] porque pulsões instintuais reprimidas do *id* podem assaltar o *ego* sob a forma de obsessões, fobias e, mesmo, atos falhos ou sintomáticos [...]” (SANTOS, Juarez Cirino dos, 2012, p. 95).

A teoria cibernética, assim como a teoria final, também teve o alemão Hans Welzel como seu criador. Foi, em verdade, uma tentativa de substituição do finalismo para compatibilizá-lo com os crimes culposos, pois a explicação inidônea destes era fonte de severas críticas.

Basicamente, definia-se ação como o *fato dirigido pela pretensão do autor*, distinguindo condutas dolosas de condutas culposas conforme a direção de sua vontade. Porém, pelos problemas que o uso do termo *cibernética* poderia gerar, tendo em vista ser mais comum na esfera matemática, o autor recomendava que continuasse a se utilizar o termo “finalista” para o nome da teoria, já juridicamente consagrado.

Já o modelo jurídico-penal foi desenvolvido por Francisco de Assis Toledo (1994, p. 109), definindo que “ação é o comportamento humano, dominado ou dominável pela vontade, dirigido para a lesão ou para a exposição a perigo de um bem jurídico, ou, ainda para a causação de uma previsível lesão a um bem jurídico”.

Segundo o autor, tal modelo conseguiu reunir o que havia de melhor nas

teorias causal, social e final, abrangendo a ação em sentido amplo (condutas comissivas e omissivas), a vontade, a possibilidade dada ao homem de escolher como atuar em razão do domínio dessa vontade, não se esquecendo também do aspecto causal teleológico da ação humana e da proteção imprescindível dos bens jurídicos.

### 3.1.3 Ausência de conduta

Como anteriormente estudado, a conduta pressupõe uma vontade que, por sua vez, é dotada de finalidade. Tal finalidade nada mais é do que a persecução do fim estabelecido pelo agente a título de dolo ou culpa, pois se a ação dolosa é a execução de uma proibição legal, a ação culposa também é a execução falha de um mandamento.

Ocorre que, nos casos em que o agente atuar sem dolo ou culpa, não há que se falar em conduta, visto que não há vontade, tampouco direcionamento (finalidade). Por óbvio, sem conduta, não existe fato típico como elemento do crime. Como exemplo, podemos citar os casos de força irresistível, movimentos reflexos e estados de inconsciência.

A força irresistível pode ser proveniente da natureza, chamada de força maior, quando, v.g., alguém está sendo empurrado pela força de uma correnteza e acaba esbarrando em outrem, ofendendo sua integridade física, ou, ainda, coação física ou *vis absoluta*, decorrente da conduta de outro ser humano, sendo que a única punição se dará com relação ao coator, que se valeu de um terceiro para provocar danos em algo ou alguém. Convém frisar que não se trata de concurso de agentes em face da ausência de liame subjetivo entre coator e coagido.

No mesmo contexto, exsurge a questão da coação moral irresistível, também chamada de *vis compulsiva*. Neste caso, não obstante a coação, ainda resta ao coagido certa liberdade para escolher qual caminho seguir. Portanto, não é causa de exclusão de conduta, já que o elemento volitivo do agente não está completamente anulado, mas viciado, excluindo-se apenas a culpabilidade em razão da inexigibilidade

de conduta diversa, de modo que o autor ficará isento de pena.

No tocante aos atos reflexos, oriundos de estímulos sensoriais ou fisiológicos e não da vontade do autor, insta ressaltar que estes, para que não sejam puníveis, devem ser imprevisíveis, ou seja, se o agente pratica determinada ação sabendo de seu potencial de causar lesões ou danos, advindos da reação natural de seu organismo, os resultados podem ser imputados ao autor na modalidade culposa, haja vista não ter observado o dever objetivo de cuidado.

De outra banda, se ele não podia prever, os movimentos reflexos implicarão em ausência de conduta. Rogério Greco (2008, p. 152) usa o exemplo de um homem que, ao consertar um chuveiro, mesmo constatando a presença de um fio desencapado, dá continuidade à ação sem desligar a chave de força, consciente dos atos reflexos que poderiam advir de uma possível descarga elétrica, prevendo, portanto, que poderia machucar pessoas ou danificar coisas.

Entretanto, não se pode confundir atos reflexos com ações em curto circuito ou instintivas de afeto, pois estas decorrem da impulsividade do agente, influenciado por forte emoção ou paixão, visto que seu elemento volitivo está presente nestes casos. Outrossim, há que se considerar também a distinção entre atos reflexos e atos meramente habituais, mecânicos ou automáticos, vislumbrados como manias, costumes ou repetições de comportamento do autor, havendo o domínio da vontade em relação à prática do ato, e não em relação ao resultado deste.

No que tange aos estados de inconsciência, podemos citar o sonambulismo, a epilepsia, a hipnose, os desmaios, os delírios, etc. Cumpre ressaltar a divergência doutrinária em relação aos casos de hipnose, conforme expõe Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 99), amparado pelas contribuições psicanalíticas de Freud, senão vejamos:

Uma pessoa saudável pode ser induzida a ver o que não existe (uma cobra), ou a não ver o que existe (uma pessoa), a sentir o cheiro de uma rosa imaginária ou a morder uma batata indicada como pera, mas existem limites: uma jovem decente não será induzida a despir-se em público, assim como um cidadão educado não realiza a sugestão de furtar coisas. A explicação é simples: o **ego** do hipnotizado pode estar sob o poder alheio, mas o **superego** continua ativo no papel de censura sobre as ações do **ego**, sob a forma de resistências psíquicas contra ações censuráveis (Grifo do autor).

Neste caso, verifica-se uma contradição. Embora saibamos que a teoria do domínio do fato, ensejadora do presente trabalho, seja decorrência da teoria finalista da ação, esta última não considera a hipnose um estado de total inconsciência, visto que o superego, como fonte de resistência e censura das atitudes do ego, não é atingido pelo poder do hipnotizador.

Entretanto, para aqueles que a classificam como ausência de conduta, poderia haver perfeita aplicação da teoria do domínio do fato para a responsabilização daquele que induz outrem a praticar um delito mediante hipnose, sendo, desta forma, uma espécie de autoria mediata. O hipnotizador se valeu de outrem que era inculpável em face da inexigibilidade de conduta diversa pelo estado de hipnose.

Quanto à embriaguez, desde que não resultante de caso fortuito ou força maior, vigora a teoria da *actio libera in causa*, ou seja, conforme se depreende da leitura do artigo 28, inciso II, do Código Penal, não se exclui a imputabilidade penal relativa aos casos de embriaguez voluntária ou culposa, ainda que completa, pois a ação de ingerir bebidas alcoólicas foi livre na causa, de modo que o agente deve responder pelos resultados provenientes daquela. Em suma, não terá o condão de excluir a conduta.

Cleber Masson (2012, p. 219) também inclui no rol das hipóteses excludentes de conduta o caso fortuito como acontecimento imprevisível e inevitável decorrente de ação humana alheia, citando como exemplo uma greve de ônibus. Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 97), por sua vez, lista outras situações que excluem a conduta, tais como ataques de animais ferozes, quando não usados como meios de agressão, bem como atos de pessoas jurídicas, podendo haver a responsabilização somente das pessoas naturais que as representam, em que pese a grande divergência doutrinária no tocante a este último caso.

### **3.2 Tipicidade**

A tipicidade é o fenômeno pelo qual o comportamento do agente se

encaixa perfeitamente na conduta descrita pelo tipo penal. A adequação típica, como será visto, pode ocorrer mediante subordinação imediata ou mediata.

### 3.2.1 Tipicidade formal e material

A tipicidade formal é oriunda da *função de garantia* da norma e se verifica sempre que determinada conduta encontrar previsão em um tipo penal, definindo-a como crime ou contravenção penal, sob pena de violação de cláusula pétrea, qual seja, o *princípio constitucional da legalidade, reserva legal, anterioridade da lei penal* ou, ainda, em latim, *nullum crimen et nulla poena sine praevia lege poenali*, de modo que só haverá cominação de penas a indivíduos praticantes de condutas previamente descritas em lei.

Por sua vez, a tipicidade material ou substancial está relacionada ao potencial lesivo da conduta, ou seja, para que uma ação, em sentido amplo, seja típica, não basta que esteja abstratamente descrita no tipo penal, mas é também imprescindível que lese ou exponha a perigo de lesão determinado bem tutelado pelo Estado.

Prova disso é a ingerência do *princípio da insignificância ou bagatela*, elaborado por Claus Roxin, que, embora não possua previsão legal, possui plena aplicação nos casos onde o ato do sujeito se encaixa na descrição legal, mas, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a conduta representa mínima ofensividade, nenhuma periculosidade social, grau reduzido de reprovabilidade e lesão jurídica inexpressiva, senão vejamos:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICACRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - ATO INFRAACIONAL EQUIVALENTE AO DELITO DE FURTO - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 110, 00 (EQUIVALENTE A 26,5% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOUTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF -

*PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL.*

*"- O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.*

*"O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR".*

*"- O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. "O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social" (HC n. 94.505/RS, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, j. em 16-9-2008).*

No caso exposto, embora a conduta do agente encontre previsão no artigo 155 do Código Penal, este será beneficiado pelo *princípio da insignificância*, pois subtraiu, para si ou para outrem, coisa alheia móvel de inexpressivo valor, além de preencher os demais requisitos supracitados, devendo o Direito Penal, em razão de seu caráter fragmentário, de intervenção mínima ou *ultima ratio*, ser o último recurso a ser usado pelo Estado. Em síntese, a tipicidade penal se confirma quando presentes a tipicidade formal e a material.

Cumprido ressaltar alguns aspectos acerca do resultado e seu nexo de causalidade com a conduta que, embora não sejam objeto de estudo mais detalhado neste capítulo, são imprescindíveis para que haja fato típico. O resultado pode ser naturalístico, também chamado de material; ou, ainda, jurídico, também conhecido como normativo.

O primeiro altera o mundo exterior em virtude da conduta materialmente consumada do autor, sendo que não estará presente nos crimes materiais tentados, formais e de mera conduta. O segundo, por sua vez, é a própria violação do tipo penal

mediante lesão ou periclitacão do bem jurádico por ela cuidado, de modo que estará presente em todo e qualquer delito, pois só há mesmo a tipificacão de condutas que efetivamente agridam bens penalmente tutelados ou os coloquem em risco.

Já o nexu causal, previsto no artigo 13 do Código Penal, é o juízo de verificacão da relacão entre a conduta do agente e o resultado dela decorrente. Se estes dois elementos estiverem ligados pela causalidade, passa-se  análise da tipicidade e, em caso afirmativo, geralmente se conclui pela existência de fato típico, não obstante as hipóteses de exclusão como, v.g., a aplicacão do princípio da insignificância já mencionado.

Por razões já relatadas, o resultado, de que depende a existência do crime, é o resultado naturalístico que modifica o mundo exterior, correspondente aos delitos materiais consumados. Portanto, só se analisa o nexu causal nestes casos. Nos crimes de atividade (formais e de mera conduta), seja porque se dispensa ou não se prevê a ocorrência do resultado, não se faz a verificacão da relacão causal, pois estes se consumam de forma antecipada, não havendo necessidade de se ligar a conduta a nada.

Em relacão ao embasamento do nexu de causalidade, temos a teoria da equivalência dos antecedentes, a teoria da causalidade adequada e a teoria da imputacão objetiva. A leitura do artigo 13 do Código Penal nos remete à primeira delas, pois considera causa qualquer ao ou omissão sem a qual o resultado não poderia ocorrer, que é justamente o que essa teoria preconiza.

Já a teoria da causalidade adequada diz que a conduta causal, além de necessária, deve contribuir de forma concreta para gerar o resultado em determinada forma e momento. Em contraposicão à teoria adotada pelo ordenamento penal, não se considera causa tudo aquilo que interferiu na producão do resultado, mas somente os comportamentos eficazes, sejam comissivos ou omissivos. Aqui, o grau de contribuicão é totalmente relevante.

O processo de eliminacão hipotética de *Thyrn*  o que permite aferir, diante da teoria da equivalência dos antecedentes, se determinada conduta pode ou não ser considerada causa do resultado. Faz-se um regresso mental na cadeia de acontecimentos avaliando cada conduta de forma isolada. Se sua eliminacão

hipotética implicar também na eliminação do resultado, esta será uma causa. Por outro lado, se o resultado persistir, não há que se falar em relação de causalidade.

Tal teoria é largamente criticada em razão do chamado *regressus ad infinitum*, já que todas as ações possuem uma dependência lógica com um acontecimento ou comportamento anterior e, assim sendo, este regresso mental na busca de causas que propiciaram o resultado não teria fim. Cleber Masson (2012, p. 224) menciona como exemplo de causa apta a propiciar o resultado, de acordo com essa teoria, a concepção do filho assassino pelos pais, uma vez que, se este não tivesse sido gerado, não teria matado o inocente.

Poderíamos ainda, v.g., responsabilizar o motorista de táxi que, cumprindo com sua rotina normal de trabalho e, desde que desconhecendo o propósito ilícito do autor, leva-o até o local onde este planejou executar o crime, bem como consideraríamos causa também o ato da compra do carro do taxista, culpando o vendedor, fato que, por sua vez, geraria a punição da indústria automobilística que o fabricou e assim por diante, numa espécie de responsabilidade penal objetiva.

Ocorre que tal crítica não prospera em razão da reconhecida necessidade de causalidade psíquica e não somente natural ou física. Como vimos, de acordo com a teoria finalista aqui adotada, a ação humana é composta de elementos subjetivos, não sendo mero movimento corpóreo do agente (teoria causal), de modo que, se ausentes o dolo ou a culpa, não há que se falar em conduta, tampouco em relação de causalidade. Portanto, há óbice ao *regressus ad infinitum*.

Vislumbramos também a opção do legislador pela teoria da causalidade adequada, conforme a leitura do parágrafo 1º do artigo 13 do Código Penal, dispondo que “a superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou”. Destarte, causa não seria mais tudo aquilo que concorre para o resultado naturalístico, mas somente o que concorre de forma apta a causar o resultado.

Existe uma discussão em torno da posição que o nexos causal e o resultado ocupam dentro do fato típico. Hans Welzel diz que tal análise deve ser feita em nível pré-típico junto da conduta, ao passo que Reinhart Maurach os estuda dentro

da teoria do tipo. A respeito de tal divergência, alguns pontos devem ser considerados.

O primeiro deles diz respeito à distinção entre previsão de causalidade e nexos de causalidade. A previsão relaciona-se com a chamada *antecipação biocibernética*, a qual ensejou a teoria cibernética da conduta de Welzel, já citada neste trabalho, em que o agente imagina o que pode acontecer futuramente em decorrência de sua ação e assim baseia sua finalidade.

Já o nexos de causalidade é aferível pelo magistrado somente após o fato consumado, portanto, evento passado. Assim, podemos dizer que a previsão está situada dentro da conduta, ao contrário do resultado e do nexos de causalidade, avaliados fora dela, mesmo porque, se a integrassem, não existiriam crimes tentados. Ainda que o delito seja material, nem toda conduta gera, necessariamente, um resultado, que pode não ocorrer em razão de circunstâncias alheias à vontade do agente. Neste sentido, elucidam Pierangeli e Zaffaroni (1997, p. 419):

A ação de lançar uma bomba sobre Hiroshima e o resultado “Hiroshima arrasada” são coisas diferentes. “Hiroshima arrasada” não “pertence” à ação de lançar uma bomba, mas é apenas o seu resultado. Sem embargo, a toda ação corresponde um resultado e ambos estão unidos por um nexos de causalidade. Nexos de causalidade e resultado, embora não formem parte da conduta, acompanham-na como uma sombra.

Embora se admita que causalidade e resultado não fazem parte da conduta, encontrou-se um conceito que engloba os três elementos, chamado de *pragma*, vocábulo de origem grega usado para explicar que determinada conduta atingiu a finalidade por ela almejada.

De qualquer sorte, é salutar que se ressalte que nexos causal e resultado, se considerados em nível pré-típico, são meramente um problema físico, tornando-se eventualmente um problema jurídico quando relevados pelo Direito Penal a ponto de gerarem uma conduta legalmente proibida.

### 3.2.2 Tipicidade conglobante

A teoria da tipicidade conglobante é resultado dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni, transportando o conceito de tipicidade para um sentido antinormativo. Em outras palavras, para que haja conduta típica, exige-se a ofensa do ordenamento jurídico conglobado, como um todo. Assim sendo, o sujeito violaria a norma por trás do tipo, ou seja, o ordenamento normativo geral, e não somente o Direito Penal.

Assim, a tipicidade penal seria a união de tipicidade legal e tipicidade conglobante. Entende-se por tipicidade legal a genérica descrição legal da conduta, ao passo que a tipicidade conglobante se caracteriza quando tal conduta, já individualizada no tipo, também resta antinormativa, contrariando o ordenamento jurídico de forma agrupada.

Embora a ilicitude como elemento do crime, juntamente com o fato típico e com a culpabilidade, não seja objeto de estudo mais aprofundado neste trabalho, convém destacar sua pertinente relação com a tipicidade conglobante que é, por muitos, considerada indiciária da antijuridicidade (*teoria da ratio cognoscendi*), assim como a fumaça é indício do fogo, analogia esta usada por Max Ernst Mayer.

Tomemos como exemplo um oficial de justiça que, em estrito cumprimento do dever legal, executa determinação judicial de penhora e sequestro de um bem do devedor em favor do credor. Alguns diriam que sua conduta, embora amparada numa causa de justificação, seria típica. Entretanto, Pierangeli e Zaffaroni (1997, p. 460) brilhantemente esclarecem a questão no sentido oposto, senão vejamos:

Uma ordem normativa, na qual uma norma possa ordenar o que a outra pode proibir, deixa de ser ordem e de ser normativa e torna-se uma “desordem” arbitrária. As normas jurídicas não “vivem” isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras, e não podem ignorar-se mutuamente. Uma ordem normativa não é um caos de normas proibitivas amontoadas em grandes quantidades, não é um depósito de proibições arbitrárias, mas uma ordem de proibições, uma ordem de normas, um conjunto de normas que guardam entre si uma certa ordem, que lhes vem dada por seu sentido geral: seu objetivo final, que é evitar a guerra civil (a guerra de todos contra todos, *bellum omnium contra omnes*) (Welzel). [...] Isto nos indica que o juízo de tipicidade não é um mero juízo de *tipicidade legal*, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da *tipicidade conglobante*, consistente na

averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim *conglobada* na ordem normativa. A *tipicidade conglobante* é um corretivo da *tipicidade legal*, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, como acontece no caso exposto do oficial de justiça, que se adequa ao “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel” (art. 155 do CP), mas que não é alcançada pela proibição do “não furtarás” (Grifo do autor).

Destarte, ilicitude pressupõe tipicidade, mas não há reciprocidade de forma inversa, ou seja, a tipicidade pode encontrar guarida numa causa de justificação. Em suma, a tipicidade, enquanto indício de antijuridicidade, opera como um desvalor temporário, que desaparece quando e se encontrado um tipo permissivo.

Saliente-se a distinção entre atipicidade conglobante e causa de justificação ou excludente de ilicitude. Quando o Direito Penal protege bens jurídicos, tipifica condutas, comina penas e resguarda a ordem social, leva em conta que os seres são humanos e não heróis. Deste modo, permite-se que, por exemplo, um indivíduo em estado de necessidade opte por sua vida em detrimento da vida de outrem.

Porém, a permissão é diferente do incentivo à prática homicida, sendo essa a diferença elementar. A atipicidade conglobante decorre de um mandado ou fomento para que se pratique determinada conduta ou de uma indiferença da lei penal em relação a ela, enquanto que as causas de justificação estão amparadas nas permissões outorgadas pela ordem jurídica. Neste contexto, socorre-se novamente de Pierangeli e Zaffaroni (1997, p. 463):

A ordem jurídica resigna-se a que um sujeito se apodere de uma jóia valiosa pertencente a seu vizinho e que a venda para custear o tratamento de um filho gravemente enfermo, ao qual não tem condições de pagar licitamente, mas *ordena* ao oficial de justiça que sequestre o quadro e lhe impõe uma pena se não o faz, *fomenta* as artes plásticas, enquanto que se mantém indiferente à subtração de uma folha de papel rabiscada (Grifo do autor).

Neste diapasão, faz-se necessário falar sobre o fenômeno da adequação típica, por meio do qual a ação do homem se reveste das características nominadas no tipo penal, que pode ocorrer mediante subordinação mediata ou imediata. A subordinação imediata se verifica quando o ato do sujeito se adequa diretamente ao que encontramos no preceito primário da lei, enquanto que a subordinação mediata

necessita da incidência de algum tipo penal geral, também chamado de norma integrativa, complementar ou de extensão.

Por fim, cita-se, a título de exemplo, a punição do partícipe, que é alcançado em consequência do que dispõe o artigo 29, *caput*, do Código Penal. Este, embora não tenha praticado qualquer ato executório do delito, estava ao lado do executor e, de qualquer modo, concorreu para o resultado do crime, devendo ser responsabilizado na medida de sua culpabilidade, tema do capítulo seguinte.

## 4 CULPABILIDADE

Todo ser humano nasce nu de valores sociais, morais e éticos. Ninguém vem ao mundo como indivíduo já portador de princípios, mas, sim, para ter o caráter amoldado conforme as experiências vividas e os aprendizados adquiridos. Assim, a percepção e formação do juízo de certo e errado, bom e ruim, é fruto da observação de exemplos. Porém, observar padrões não implica em repeti-los automaticamente, já que todos são livres para determinarem suas escolhas.

Este é o entendimento da Escola Clássica, defensora do livre arbítrio como fundamento da reprovabilidade que recai sobre o sujeito moralmente livre que, embora possa atuar conforme as regras do Direito, opta por violá-las, assim como a criança que desobedece aos pais e assume as consequências de receber o castigo, como analogia a uma das funções da pena, qual seja, a de retribuição.

Em sentido oposto, há o determinismo, fruto da Escola Positiva, preconizando que o homem não é dotado da liberdade de escolha defendida pelo livre arbítrio da Escola Clássica, mas que é levado por fatores biológicos, físicos e sociais que o indivíduo herda ou adquire, constituindo quase que uma espécie de vício de vontade. Neste sentido, há a teoria da coculpabilidade, que será tratada adiante. Entretanto, de antemão, algumas considerações podem ser feitas.

Apurou-se com o advento da teoria finalista que a ação não é mero comportamento objetivo, mas que este está ligado a uma vontade com finalidade. Em outras palavras, a inclusão de elementos psicossomáticos na conduta revela que a preocupação do Direito Penal é com o modo que o sujeito se determina diante das regras, ou seja, a reprovabilidade incide sobre a liberdade do querer de alguém que poderia ter agido de outro modo e não o fez, exercendo o poder do livre arbítrio.

Vale lembrar-se das lições de Freud, das quais Claus Roxin se abeberou quando da concepção da teoria pessoal da ação, em que se enfatizou a respeito do *superego* como controlador do *ego*. Até mesmo nas hipóteses de ausência de conduta se constatou a divergência no que tange aos casos de hipnose, justamente porque o ser humano, mesmo tendo seu ego momentaneamente

controlado pelo hipnotizador, jamais será abandonado pelo seu superego, que cumpre o papel de resistência contra ações censuráveis.

Ora, afirmar que o meio influi determinadamente nas nossas escolhas e que nossa vontade não é livre é o mesmo ou quase que igualá-lo a um *estado de inconsciência*, tal qual é a hipnose, sendo que nem esta possui pacificamente o condão de excluir a conduta, de modo que poderíamos, inclusive, sair do âmbito da culpabilidade e retornar ao fato típico.

Faz-se mister salientar que não se está aqui a negar por completo a influência de fatores externos na vida do agente, principalmente porque, no mais das vezes, é uma realidade distante da realidade do operador do Direito e de difícil aferição por meio dos autos de um processo. De fato, não se pode conhecer de forma profunda o que a precariedade de condições dignas de sobrevivência, de oportunidades, de educação e de afeto podem ocasionar, assim como a convivência num meio onde a criminalidade prepondera.

Todavia, independentemente do meio físico ou social no qual estejam inseridos, ao menos uma vez na vida, todos já passaram por situações de embate entre o certo e o errado e, ainda assim, tiveram que optar por qual caminho seguir. Este poder de escolha e determinação é inerente à espécie humana e, portanto, invariável em sua essência. Neste sentido, Francisco de Assis Toledo (1994, p. 243) acentua que:

É inegável que a má-formação do caráter e da personalidade pode conduzir à criminalidade crônica *com* ou *pelo* embotamento da consciência ética. Mas também é inegável que nenhum delinquente consegue atingir, na sociedade moderna, um certo grau relevante de 'cronicidade' sem cumprir as necessárias etapas de um aprendizado empírico, durante o qual os envoltimentos com a polícia, juizado de menores e justiça criminal tornam-se muito frequentes. Com isso, apesar da astenia moral, excetuados os dementes e débeis mentais, sabem ou acabam sabendo, perfeitamente, que seus atos criminosos encontram séria repulsa no mundo onde vivem. Tanto isso é verdade que precisamente este tipo criminológico é constituído de indivíduos extremamente maliciosos: agem tanto quanto possível na clandestinidade; escolhem a hora, o local e a vítima, na programação de uma 'fuga' com alguma probabilidade de êxito. Esse é, sem dúvida, um nítido sintoma de que sabem que fazem algo ético-socialmente reprovável. Podem, portanto, ser 'inimigos' da ordem jurídica, mas não 'cegos', como supunha Mezger, fato este percebido por Santo Agostinho ao indagar: 'que ladrão suporta que se lhe roube?' ('quis enim fur aequo animo furem patitur?').

O surgimento do conceito de culpabilidade tem esteio na idéia de *evitabilidade do resultado* que, de pronto, leva às noções de *voluntariedade* e *previsibilidade*. A pena, sob a égide de um Estado Democrático de Direito, dos ideais de justiça e do *nullum crimen sine culpa*, só teria serventia se imposta àquele que detinha o livre poder de escolha em relação à causação ao resultado, desejando-o ou evitando-o; ou, ainda que não evitável, que ao menos fosse previsível.

Em outras palavras, só assim as sanções alcançariam o fim de prevenção geral. Vale dizer que a voluntariedade, ligada ao querer do agente, gerou a noção de dolo, ao passo que a previsibilidade, relacionada à capacidade intelectual do autor, determinou o surgimento da culpa, conceitos estes que, isoladamente, correspondiam à culpabilidade da teoria psicológica.

Não obstante tal entendimento seja atualmente insofismável, faz parte do rol de progressos tardios da humanidade, visto que a responsabilidade penal inicialmente era desvinculada de elementos psíquicos, importando tão somente o resultado causado, de modo que até mesmo a punição de animais e seres inanimados era permitida. Assim, na mesma linha de raciocínio, em que pesem as opiniões em contrário, é pouco compreensível que se admita a responsabilização das pessoas jurídicas nos dias de hoje.

Em que pesem tais considerações, tem-se, por fim, que a culpabilidade é o juízo de censura que incide sobre o fato praticado pelo agente, quando este eleva sua vontade em detrimento das determinações e proibições impostas pelo ordenamento jurídico. Em razão disso, receberá uma pena que, dentre outros significados, também está relacionada à dor e ao sofrimento que o autor deve suportar pela violação das regras protetivas de bens jurídicos, como ensina novamente Francisco de Assis Toledo (1994, p. 217):

O direito penal, em sua origem, parece ser de cunho eminentemente intimidativo. Deve ter surgido, supomos nós, da amarga experiência da dor e do sofrimento humanos. Sabendo-se, por uma imediata e simples constatação empírica, que o homem foge, em geral, quanto pode, da dor e do sofrimento, as comunidades humanas, desde tempos remotos, procuraram intimidar seus membros para que não realizassem fatos que pusessem em risco a paz e a ordem, mediante a ameaça de infligência de uma dor, ou de um sofrimento, ao eventual agente desses mesmos fatos. [...] A palavra latina *poena*, de que derivou *pena*, entre inúmeros sentidos, tinha também o significado de “dor”, “sofrimento”.

Segundo o artigo 29 do Código Penal, o agente responderá pelo crime na medida de sua culpabilidade. Assim, conclui-se que o fator gerador da sanção é a culpabilidade, com graus a variar conforme o caso concreto e, em conjunto com as demais circunstâncias judiciais do artigo 59, do mesmo Código, determinarão a quantidade de pena na sentença.

Cumprido salientar, por fim, que a culpabilidade pode comportar dirimentes, como também são chamadas as causas de exclusão. Diz-se que o indivíduo não é culpável quando se verifica que, embora tenha praticado fato típico e ilícito, não tem aptidão para a convivência em sociedade em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Outrossim, também se exclui a culpabilidade daquele que, no momento do crime, encontrava-se em estado completo de embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, assim como não tinha potencial consciência sobre a ilicitude do fato praticado, incorrendo em erro de proibição inevitável, ou, ainda, analisando-se o caso concreto, o magistrado conclui que não era exigível do mesmo uma conduta diversa, por motivo de coação moral irresistível ou obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico.

#### **4.1 Evolução Doutrinária**

Remontando-se às considerações iniciais feitas neste trabalho a respeito das teorias da ação, vê-se que a evolução do conceito de conduta ao longo do tempo sempre importou em mudanças estruturais na teoria do delito, já que a definição do comportamento humano é o alicerce necessário do crime, mas variável conforme as exigências de cada teoria.

Não diferente é o que ocorre com o conceito de culpabilidade que, como se esboçará a seguir, anda em compasso com o desenvolvimento das teorias da ação, mesmo porque é o terceiro elemento posto em análise no crime segundo a concepção aqui adotada, que é o modelo tripartido do conceito analítico.

#### 4.1.1 Teoria Psicológica Pura

O sistema clássico, ou teoria psicológica pura da culpabilidade, desenvolvida por Liszt e Beling, encontra seu referencial na primeira fase da teoria causal da ação, preconizando que o crime, enquanto fato típico e ilícito, é meramente objetivo, ao passo que os elementos subjetivos do autor, dolo e culpa, enquanto espécies de culpabilidade, somente poderiam ser analisados posteriormente.

As noções de dolo e culpa, como já dito, surgiram da idéia de previsibilidade e voluntariedade que, por sua vez, estavam relacionadas à evitabilidade do resultado danoso. Eram categorias de culpabilidade pressupostas em sujeito imputável. Em outras palavras, aqui a culpabilidade tem como pressuposto a imputabilidade do agente e o liame psíquico deste com o injusto penal, aferível mediante dolo ou culpa.

Entretanto, embora já ressaltados os problemas da teoria causal em momento anterior, vale lembrar que esta não era apta a explicar de forma suficiente e coerente os crimes omissivos e os casos de culpa inconsciente, onde inexistia o mencionado liame psíquico entre o autor e o fato.

Ademais, se a aplicação de pena dependia apenas da constatação da ligação psicológica supracitada, também não se esclarecia o fato de serem impuníveis aqueles que agem sob coação irresistível, em atendimento à ordem não manifestamente ilegal do superior hierárquico e, por fim, em estado de necessidade exculpante. Nestes casos, embora o autor aja mediante dolo, o resultado não poderá a ele ser imputado, em razão de critérios de equidade.

Importante observação é feita por Francisco de Assis Toledo (1994, p. 220) no que tange à posição histórica e cronológica que ocupa a teoria psicológica que, *a contrario sensu*, não representou o advento da culpabilidade, conforme segue:

É preciso cuidado, contudo, para não supor que a teoria psicológica da culpabilidade, em sua fase já elaborada como a apresentamos, seja

histórica e cronologicamente a primeira que se construiu a respeito da culpabilidade. A essa conclusão pode-se opor a afirmação de que o conceito de dolo entre os romanos não era puramente psicológico. Ao contrário, apresentava-se mais complexo e enriquecido. Distinguiam, com efeito, os romanos duas espécies de dolo: o *dolus malus* e o *dolus bonus*. O *dolus bonus* era empregado para designar a *astúcia*, a *sagacidade para enganar*. O *dolus malus* era essa mesma astúcia quando empregada não simplesmente para enganar, mas para a obtenção de um proveito ilícito; era a *intenção má, perversa*, que dirigia um ato criminoso.

Destarte, o dolo ou *dolus malus* da concepção romana, valorado como uma intenção ruim, presente também no direito canônico e no medieval, era um dolo normativo, que só passou a ser puramente natural ou psíquico com o embate entre o livre arbítrio da Escola Clássica e o determinismo da Escola Positiva, fato que, finalmente, deu origem à teoria psicológica da culpabilidade, representando, inclusive, um retrocesso em relação àqueles que, influenciados pela filosofia de Aristóteles, também desenvolveram noções de, v.g., erro invencível, utilizado até hoje.

#### 4.1.2 Teoria psicológico-normativa

O sistema neoclássico ou teoria psicológico-normativa da culpabilidade surgiu com Reinhard Frank, em 1907, e corresponde ao segundo momento que viveu a teoria causal, onde o conceito de tipo adquiriu elementos subjetivos e normativos. Como consequência, com base nestes elementos, a culpabilidade que antes era tida apenas como o vínculo psicológico entre o autor imputável e o injusto, transformou-se num juízo de reprovabilidade com cunho retributivo.

Não se analisava apenas o dolo ou a culpa do autor, mas também as circunstâncias em que este se encontrava e em que o crime havia sido cometido para, então, dizer se uma conduta conforme o Direito era exigível em dada situação. Ressalte-se que a exigibilidade de conduta diversa foi, primeiramente, denominada de *normalidade das circunstâncias concomitantes* e, depois, de *motivação normal*.

Destarte, os problemas não solucionados pelo sistema clássico no tocante à não aplicação de pena em casos de coação irresistível, estado de necessidade exculpante e obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, aqui já encontravam guarida, diante da inexigibilidade de conduta diversa.

O conceito de ação também abandonou o caráter exclusivamente naturalista para se tornar normativo, compreendendo a omissão, assim como não se ignora uma mudança na tipicidade, em razão do ganho de elementos normativos e subjetivos que a fizeram deixar de ser apenas descritiva, além da alteração na ilicitude do fato que, de eminentemente formal (contrariedade à norma), passou a ser material, consistindo na análise dos prejuízos sociais. Ademais, a teoria da *ratio cognoscendi*, segundo a qual a tipicidade seria indiciária da ilicitude, deu lugar à *ratio essendi*, de modo que a última passou a ser um elemento autônomo do conceito de delito.

Assim, a culpabilidade, antes composta somente de dolo ou culpa, passou a se integrar também de imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa. Imputabilidade, antes pressuposto, torna-se elemento, significando a plena capacidade do autor de entender a ilicitude do fato e se determinar de acordo com isso. E o dolo, ao lado da culpa em sentido estrito, passou a requerer também que o agente conhecesse a ilicitude do fato, além da vontade de praticar o crime, ocasionando o juízo de censura. Portanto, era normativo. Neste contexto, ensina Francisco de Assis Toledo (1994, p. 223):

Essa teoria, iniciada por Frank, atingiu em Mezger culminâncias quase insuperáveis, recebendo deste último penalista os seus contornos definitivos. Podemos sintetizá-la nos seguintes termos: “Dentro desta concepção normativa, a culpabilidade é, pois, essencialmente, um *juízo de reprovação* ao autor do fato, composto dos seguintes elementos: imputabilidade; dolo ou culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência, imperícia); exigibilidade, nas circunstâncias, de um comportamento conforme ao direito. Assim, a censura de culpabilidade pode ser feita ao agente de um injusto típico penal se ele, ao praticar a ação punível, não agiu de outro modo, conformando-se às exigências do direito, quando, nas circunstâncias, podia tê-lo feito, isto é: estava dotado de certa dose de autodeterminação e de compreensão (imputabilidade) que o tornava apto a frear, reprimir, ou a desviar sua vontade, ou o impulso que o impelia para o fim ilícito (possibilidade de outra conduta) e que, apesar disso, consciente e voluntariamente (dolo), ou com negligência, imprudência ou imperícia (culpa *stricto sensu*), desencadeou o fato punível”.

Por fim, embora indubitável seja o progresso da teoria normativa pura em relação à teoria psicológico-normativa, aquela cometeu o crasso erro de continuar apresentando a idéia do dolo normativo ou *dolus malus* dos romanos, que ainda exigia a consciência sobre a ilicitude do fato, problema que só foi solucionado pela teoria finalista, como será esboçado a seguir.

#### **4.1.3 Teoria normativa pura**

A teoria normativa pura da culpabilidade encontra suas bases na teoria final da ação, segundo a qual, conforme as lições de seu autor, Hans Welzel, a causalidade, sendo cega, é guiada pela inteligência humana ou finalidade que, por sua vez, atua como vidente. A denominação *normativa pura* diz respeito à transferência dos elementos subjetivos da culpabilidade para dentro do fato típico, especificamente na conduta.

Seu desenvolvimento se deu a partir da constatação de um erro apresentado pela teoria psicológico-normativa. Para aqueles que adotam o determinismo da Escola Positiva como fundamento da culpabilidade e julgam que os delinquentes habituais, moradores de ambientes onde a violência opera comumente, não sabem, por isso, distinguir um fato lícito de um fato ilícito, não poderia ser aplicado o dolo normativo, justamente porque este exige o que esta espécie de criminosos não apresenta, ou seja, a consciência sobre a ilicitude do fato.

Assim, sem consciência sobre a ilicitude do fato, não haveria o dolo normativo, tampouco culpabilidade, o que jamais permitiria a aplicação de pena nestes casos, justamente onde a sanção se faz imprescindível. Por isso, neste sentido é o entendimento de Francisco de Assis Toledo (1994, p. 229) a respeito dos criminosos habituais:

Quando mata ou furta, age dolosamente, porque tem a intenção de praticar o fato e sabe que o pratica. Dele não se exige um dolo mau, adjetivado, nem mesmo a consciência ética de estar praticando um pecado. Basta a intencionalidade e a previsão do fato criminoso. Age também culpavelmente porque: sabe, ou pode saber, num juízo leigo, profano, que faz algo proibido (consciência potencial da ilicitude); se é imputável, tem a possibilidade de evitar, ou de inibir, o ato lesivo, o injusto típico; sua conduta é censurável, portanto, por não ter exercido, nas circunstâncias, essa possibilidade. Atua, pois, dolosa e culpavelmente.

Assim, Welzel procurou fazer uma redistribuição dos elementos do crime, pois entendia ser inadmissível que a conduta humana fosse analisada como mero comportamento objetivo, desvinculada de sua característica essencial, ou seja, o fim perseguido pelo autor ao agir.

A título de exemplo, não seria possível, por exemplo, sem o exame da finalidade, distinguir se o sujeito, mediante o atropelamento de terceira pessoa, praticou tentativa de homicídio (dolo), não observou o dever de cuidado (culpa em sentido estrito) ou quis apenas causar lesões corporais.

Destarte, parte-se do pressuposto de que a conduta humana é sempre dotada de uma finalidade lícita ou ilícita. Como se sabe, a conduta é integrante do fato típico, de modo que dolo e culpa não podem ser avaliados no território da culpabilidade, a qual, segundo alguns autores, ficou vazia.

O dolo, anteriormente normativo, passa a ser natural quando transferido para a conduta, mas a consciência sobre a ilicitude do fato continua a ser averiguada em sede de culpabilidade. Se antes era composto de um elemento volitivo (finalidade), um intelectual (previsibilidade) e um normativo (consciência atual da ilicitude), agora exige somente finalidade e previsibilidade, abandonando-se, finalmente, o conceito de *dolus malus* do direito romano. Neste sentido, Cleber Masson (2012, p. 443) faz uma importante ressalva:

O dolo passa a ser natural, isto é, sem a consciência da ilicitude. Com efeito, o dolo é levado para a conduta, deixando a consciência da ilicitude na culpabilidade. Aquele vai para o fato típico, esta permanece onde estava. Além disso, a consciência da ilicitude, que no sistema clássico era atual, isto é, deveria estar efetivamente presente no caso concreto, passa a ser potencial, ou seja, bastava tivesse o agente, na situação real, a possibilidade de conhecer o caráter ilícito do fato praticado, com base em um juízo comum.

O fenômeno da adequação típica, por meio do qual a ação deve estar individualizada na descrição abstrata da lei penal, só ocorre quando a finalidade (elemento subjetivo) do autor é constatada. Destarte, por misturarem elementos objetivos e subjetivos, os tipos penais passaram a ser complexos.

Desta forma, segundo os ensinamentos de Rogério Greco (2008, p. 392), a culpabilidade, como juízo de reprovabilidade que recai sobre o autor de um fato típico e ilícito, adquire um caráter normativo puro sob a égide do sistema finalista, compondo-se agora de imputabilidade, potencial consciência sobre a ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa, senão vejamos:

Da culpabilidade foram extraídos o dolo e a culpa, sendo transferidos para a conduta do agente, característica integrante do fato típico. O dolo, após a sua transferência, deixou de ser normativo, passando a ser um dolo tão-somente natural. Na culpabilidade, contudo, permaneceu a potencial consciência sobre a ilicitude do fato – extraída do dolo –, juntamente com a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversa.

É de suma importância saber que tais elementos estão ordenados em escala hierárquica, de modo que um antecede o outro de forma lógica e necessária, assim como estão a tipicidade, ilicitude e culpabilidade para o conceito de crime.

Em outras palavras, só se analisa a potencial consciência sobre a ilicitude do fato se, antes disso, restar indubitável a imputabilidade do agente, pois um sujeito inimputável não pode distinguir fatos lícitos de ilícitos. Da mesma forma, uma conduta diversa também só pode ser exigível de um autor que, antes, detinha consciência da ilicitude.

Finalmente, compreende-se o que Graf zu Dohna quis dizer com a distinção entre *objeto de valoração* e *valoração do objeto*, distinção esta trazida por inúmeros autores acerca do tema. Ora, a valoração do objeto é o juízo de censura feito na culpabilidade, enquanto que o objeto de valoração é o dolo, gerador do juízo de censura, de modo que não podem ser confundidos.

Todo o exposto até agora diz respeito à teoria normativa pura extremada da culpabilidade. Contudo, a teoria normativa pura apresenta uma segunda vertente, qual seja, a teoria limitada, que se compõe exatamente pelos

mesmos elementos da primeira (imputabilidade, potencial consciência sobre a ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa).

Todavia, há uma única diferenciação em relação às discriminantes putativas, vislumbradas quando o autor imagina uma situação de fato ou de direito que, se realmente existisse, legitimaria sua conduta, em razão de erro plenamente justificável no caso concreto.

Para a teoria extremada, a ocorrência de uma discriminante putativa será *sempre* hipótese de erro de proibição, enquanto que a teoria limitada as separa em erro de tipo, quando é imaginada uma situação de fato, e em erro de proibição, quando o agente supõe uma situação jurídica. O erro de tipo encontra previsão legal no artigo 20, parágrafo primeiro, do Código Penal, ao passo que o erro de proibição está descrito no artigo 21, *caput*, do mesmo Código.

Em relação à teoria adotada, embora alguns digam que o Código Penal, após a reforma de 1984, acolheu a teoria limitada da culpabilidade, em razão dos artigos 20 e 21 (situações de erro), além de estar também expresso no item de número 19 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral, tal raciocínio já era possível de ser feito sob a égide do Código Penal de 1940 e seu artigo 15, parágrafo único, hoje com localização no parágrafo único do artigo 18.

A mencionada disposição diz respeito à regra do ordenamento jurídico que são os crimes dolosos, de modo que a exceção, ou seja, a punição por crime culposos, só será possível se houver previsão no tipo penal. Neste contexto, faz-se a seguinte indagação: se o agente pratica um crime na forma culposa, mas este não a prevê, o juiz irá absolvê-lo porque não cometeu crime ou porque não era culpável?

Ora, como dito, o fenômeno da adequação típica, por meio do qual a conduta praticada pelo agente se encaixa na descrição abstrata do tipo, exige também a presença de elementos subjetivos. Se o tipo prevê somente o dolo, não haverá adequação típica quando a prática for culposa. Em outras palavras, o fato será atípico. Não há como negar a presença de elementos subjetivos no tipo. Portanto, a resposta para o questionamento é: absolvição por atipicidade.

Deste modo, o juízo de culpabilidade, agora “vazio”, poderia voltar a partir somente da velha noção de *evitabilidade* do resultado, levando em conta não o

atuar do homem médio, mas, sim, o fato causado por determinada pessoa e em determinadas circunstâncias.

Cumprе salientar, ainda, qual seria o conceito de culpabilidade no âmbito da teoria social da ação, vez que o dolo continua sendo elemento presente. Jescheck, um dos defensores do modelo, alertava sobre a possibilidade do dolo ocupar duas posições diferentes, ora dentro do injusto penal como elemento subjetivo aferível pela finalidade do agente, ora inserido na culpabilidade como consequência do processo de motivação do autor. Entretanto, por motivos já expostos, o dolo não se separa da conduta, de modo que só pode estar presente no fato típico.

#### **4.1.4 Funcionalismo**

Há divergência doutrinária no tocante ao criador da idéia do funcionalismo. Enquanto Rogério Greco (2008, p. 394) atribui tal aparição a Claus Roxin, Cleber Masson (2012, p. 445), por sua vez, aduz que tal corrente foi capitaneada por Günther Jakobs.

O fato é que a teoria representou uma proposta de reestruturação do Direito Penal através de um sistema *racional-final* ou *teleológico*, baseado nas verdadeiras finalidades jurídico-penais, especialmente no que tange aos fins da pena, com o escopo de abandonar toda e qualquer concepção ontológica prévia.

O sistema funcional é guiado pela teoria da imputação objetiva e por mudanças na estrutura da culpabilidade. A imputação objetiva seria o meio apto a averiguar se o resultado produzido pela conduta do agente pode, juridicamente, ser a ele imputado, através da análise dos riscos gerados (permitidos ou proibidos), pois passa-se a exigir não somente um nexο de causalidade material, mas também normativo.

Em relação à culpabilidade, amplia-se seu conceito para o de responsabilidade, de modo que a pena só poderia ser aplicada ao agente se constatada a sua finalidade preventiva no caso concreto, seja especial ou geral. A culpabilidade, de forma isolada, jamais poderia justificar a atribuição de pena a alguém, senão em forma de prevenção.

Em suma, o juízo de censurabilidade, embasado no livre arbítrio, que permite ao ser humano eleger suas escolhas e se autodeterminar conforme as regras estabelecidas para a proteção dos bens jurídicos, passaria, com o finalismo, a se atrelar à finalidade preventiva das sanções. Assim, ainda que o autor fosse imputável, conhecesse a ilicitude do fato e pudesse ter agido de forma diversa no caso concreto, só receberia pena se restasse inquestionável a necessidade de prevenção.

#### **4.2 Culpabilidade de Autor e Culpabilidade de Ato**

Entende-se por culpabilidade de autor a censurabilidade que se faz, através da aplicação de pena, em relação à personalidade do sujeito e suas escolhas na vida, analisando-se o crime sob a perspectiva de quem o cometeu e não do que ele causou. Aqui, reprova-se o autor e não o delito por ele cometido, de modo que a pena é determinada em razão do ser.

De seu turno, tem-se que culpabilidade de ato é o juízo de reprovabilidade que recai sobre o fato praticado pelo agente, desde que se encaixe na descrição de determinado tipo penal, de modo que a cominação de pena prevista está relacionada tão somente ao ato considerado isoladamente, jamais relevando a conduta pregressa de vida do autor, tampouco seu potencial de periculosidade no futuro com base em acontecimentos atuais ou passados.

Ora, como vimos, em que pese o posicionamento contrário da Escola Positiva, o fundamento da culpabilidade é o livre arbítrio do ser humano. *Arbitrar*,

segundo o *Dicionário Online de Português* (<http://www.dicio.com.br/arbitrar/>), é um verbo transitivo que tem como sinônimos as palavras *decidir*, *determinar* e *julgar*.

Em outras palavras, a reprovação que incide *unicamente* sobre o autor do fato, ignora por completo seu poder de decisão, autodeterminação diante das situações e julgamento do certo (lícito) e errado (ilícito), poder este que é inerente a todo ser humano em pleno gozo de suas faculdades mentais.

Dispõe o artigo 59 do Código Penal que o juiz, ao decidir sobre a natureza da pena a ser aplicada, a quantidade, o regime inicial de seu cumprimento, bem como a possibilidade ou não de sua substituição por outra espécie, deverá, conforme seja necessário e suficiente para reprovar o crime cometido, bem como para prevenir delitos futuros, levar em conta a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, assim como ao comportamento da vítima.

Destarte, embora indubitável que o Direito Penal seja uma ordem que tipifica *condutas* criminosas, também encontramos no ordenamento a possibilidade de se levar em consideração, como exposto acima, as características relacionadas àquele que cometeu o delito.

Entretanto, deve-se alertar para os perigos de uma culpabilidade *exclusivamente* de autor, que permitiria ao magistrado, inclusive, a cominação de uma sanção por delito passado baseada, ao mesmo tempo, numa expectativa de delito futuro, ou seja, no que se espera que o delinquente faça adiante em razão de suas escolhas anteriores, reprovando-se um ser futuro.

Condenar o sujeito tendo em mente, também, o que se imagina que ele poderá fazer em razão do que foi é antecipar a punição de delitos inexistentes, o que deveria ocorrer somente quando e se estes sobreviessem, fato que entraria até em contradição com o sistema, onde vige a regra de punição somente a partir dos atos executórios. Ademais, representa uma afronta ao Estado Democrático de Direito.

Outrossim, os estudiosos de Medicina Legal estabeleceram um conceito denominado *estado perigoso* ou *superestrutura da personalidade*, como sendo a interação entre a periculosidade e a capacidade de adaptação social do sujeito. Assim, considerando-se que a periculosidade não pode ser um dado

atualizado, em razão da característica de “mutação” do indivíduo, conclui-se que este não deve ser avaliado pelo seu passado, mas, sim, pela sua capacidade de mudar.

Por fim, o Direito Penal não é uma entidade com capacidade premonitória, de modo que também não pode ignorar o fato de o ser humano estar em constante estado de aprendizado e modificação. Portanto, entendemos que a análise da culpabilidade deve se dar preponderantemente sobre o ato e moderadamente sobre o ser do agente.

### 4.3 Teoria da Cculpabilidade

A teoria da coculpabilidade se harmoniza com o posicionamento dos deterministas da Escola Positiva, que atribuem a responsabilidade pelo *atuar contrário à lei* aos fatores que cercam o indivíduo, ou seja, ao meio social onde este vive, na linha tênue entre a pobreza e o pauperismo.

Segundo tal entendimento, a responsabilidade pela prática de delitos por parte dos chamados *delinquentes habituais* deve ser aquinhoadada com a sociedade, de modo que esta deve arcar com o ônus que resulta quando o Estado não cumpre seu papel de oferecer condições mínimas de sobrevivência, moradia, saúde, educação, cultura, lazer, bem como qualquer outro direito garantido pela Carta Magna.

Esta é a realidade forçosamente imposta aos moradores de periferias, favelas e até mesmo de rua, com o adendo da marginalidade banalizada, onde a prática de crimes é vista diária, próxima e precocemente por indivíduos situados na base piramidal do capitalismo.

Alguns defendem que, nestas circunstâncias, a criança nasce e cresce rodeada por miséria e criminalidade, preenchendo as lacunas de seu caráter ainda em formação com a errônea idéia de que a ascensão material e social só podem ser obtidas pelo caminho da infração penal, pois observam desde cedo chefes do crime

organizado vivendo luxuosamente, ao passo que lograr êxito de forma honesta, com estudo e trabalho, seria mera ilusão. Assim, seu poder de autodeterminação, quando adulto, não seria o mesmo de alguém que teve amplas oportunidades. Neste sentido, tem-se a explanação de Cleber Masson (2012, p. 446):

Com efeito, a teoria da coculpabilidade aponta a parcela de responsabilidade social do Estado pela não inserção social e, portanto, devendo também suportar o ônus do comportamento desviante do padrão normativo por parte dos atores sociais sem cidadania plena que possuem uma menor autodeterminação diante das concausas socioeconômicas da criminalidade urbana e rural.

Destarte, a teoria da coculpabilidade seria o meio apto a afastar as garras de um Direito Penal seletista, preconizando que não se pode exigir tanto daqueles que já sofrem com a exclusão social, sob pena de sobrecarregá-los ante o juízo de reprovabilidade.

Deste modo, as formas de divisão da responsabilidade entre o cidadão infrator e a sociedade poderiam se dar por meio da absolvição do primeiro ou, então, da aplicação do artigo 66 do Código Penal, como atenuante inominada, dispondo que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”. No tocante à hipótese de absolvição, poderia se dizer que existe quase uma equiparação com a dirimente da inexigibilidade de conduta diversa.

Todavia, contra fatos não há argumentos, e qualquer argumento cai por terra diante de fatos ou exemplos de pessoas que, frente às mesmas intempéries aqui citadas, vencem na vida e, muitas vezes, se tornam pessoas até de renome. Alguns, no entanto, dirão que estas conquistas representam raríssimas exceções.

Porém, a excepcionalidade não deve ser entendida como a conquista em si, mas, sim, como a escolha feita anteriormente pela pessoa que decidiu sair da ilusória zona de conforto oferecida pela marginalidade e seguir pelo caminho honesto, ainda que mais longo ou árduo.

Por isso, com distinta sabedoria, certa vez disse Rui Barbosa que “[...] se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais, cada um, nos

limites da sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança”.

Crianças ou adultos ricos, embora não sofram com a pobreza material, não estão isentos de vivenciarem a pobreza de princípios, valores e afeto, bem como a violência dentro de suas próprias casas, o que acontece inclusive de forma muito frequente. Assim, estes também seriam criminosos em potencial, para aqueles que defendem o meio como fator gerador da prática de crimes. A diferença é que não é do interesse da mídia expor de forma negativa a classe burguesa da qual ela faz parte.

Ora, inexiste simbiose. Não há relação indissolúvel entre pobreza e marginalidade. Um fenômeno não é *conditio sine qua non* do outro. O meio social não deve, jamais, ser encarado como fator determinante do cometimento de crimes, pois a autonomia da vontade do homem enquanto ser pensante sempre prevalece. Circunstância alguma, por pior ou mais triste, obriga alguém a cometer delitos.

Em suma, ainda que o leque de escolhas não seja o mais amplo, é possível seguir o caminho da decência e da hombridade, em conformidade com os ditames do Direito. Os meios para a obtenção de qualificação e emprego digno são fornecidos pelo aparato estatal e estão à disposição de todos, mas cabe a cada qual decidir como utilizá-los da melhor maneira e aproveitá-los a seu favor ou não.

Portanto, o posicionamento mais acertado seria a aplicação do artigo 66 do Código Penal em casos extremos, mas jamais a absolvição, visto que o meio social não tem o condão de *determinar* a prática de infrações penais, admitindo-se, no máximo, a sua *influência* e defendendo-se, com veemência, a preponderância da autonomia da vontade do ser.

## 5 CONCURSO DE AGENTES

Desde os primórdios da humanidade que o homem reconheceu a associação aos seus semelhantes como instrumento facilitador da vida em sociedade. Pessoas comumente reúnem esforços para praticar os mais variados atos cotidianos, sendo algo inerente à natureza humana.

Ocorre que a possibilidade de união pode sofrer uma distorção por parte de alguns que, sem a observância de padrões sociais, morais e éticos, aproveitam-se do poder do agrupamento para praticar atos ilícitos com maior probabilidade de êxito, seja de forma material ou intelectual, ocasionando a transgressão do ordenamento jurídico.

Esta soma de esforços para cometer crimes pode se dar de forma eventual, chamados fora do Brasil de crimes unipessoais, onde o indivíduo tem a faculdade de se unir ou não a outrem para executar a ação criminosa, bem como de forma necessária, já que o legislador condicionou a prática de alguns delitos ao concurso de agentes.

Quanto ao concurso necessário, André Estefam (2013, p. 303) observa que tal exigência típica pode prever condutas paralelas, convergentes ou contrapostas. As condutas paralelas são realizadas por vários agentes objetivando um mesmo fim, tomando-se como exemplo o crime de quadrilha ou bando, preconizado no artigo 288 do Código Penal, visto que, nestes casos, a reunião de esforços gira em torno de uma finalidade que é comum a todos os membros do agrupamento.

Já as ações convergentes, embora de naturezas distintas, também se encaminham para a prática do mesmo crime, conforme a disposição do artigo 235, parágrafo primeiro, do Código Penal, sendo que um dos agentes, já casado, contrai matrimônio com nova pessoa que, por sua vez, conhece as circunstâncias e colabora com a ocorrência do delito. Por fim, as condutas contrapostas podem ser compreendidas pela leitura do artigo 137 do mesmo Código, de modo que, mesmo uns contra os outros, todos serão coautores do crime de rixa.

O tema em questão, sem dúvidas, merece a especial atenção do ordenamento jurídico, isto porque, no mais das vezes, o concurso de agentes se

exterioriza por meio de elaborados conjuntos criminosos, tendentes a praticar as mais variadas e graves formas de delito, de modo que resta difícil ao poder repressivo estatal controlá-los em razão do alto nível de organização empreendido, até mesmo dentro dos presídios, fato gerador de grande temor social.

Por fim, em razão das inúmeras e imprevisíveis facetas do intelecto humano, o legislador não está apto a descrever todas as condutas que poderiam configurar o tipo penal. Deste modo, utiliza-se da norma de extensão encontrada no artigo 29 do Código Penal, dispondo que todos aqueles que contribuíram, de qualquer forma, para o crime, incorrerão nas penas a este cominadas, tendo a culpabilidade como medida.

## **5.1 Requisitos**

Embora se tenha a breve idéia de que, para definir um crime como cometido em concurso de agentes, basta a pluralidade de pessoas, este não é o único requisito. Exige-se também, para a configuração, a relevância causal de cada conduta, o vínculo subjetivo entre os sujeitos e a colaboração anterior à consumação do fato.

Observa-se a pluralidade de agentes quando duas ou mais pessoas concorrem, de qualquer modo, para o mesmo delito, seja mediante condutas paralelas, contrapostas ou convergentes, como já esboçado. Entretanto, para dizer que alguém concorreu para o crime é preciso analisar a causalidade de seu comportamento.

Assim, o artigo 29 deve ser sopesado em conjunto com o artigo 13, ambos do Código Penal. O artigo 13, tratando da relação de causalidade entre as condutas e os respectivos resultados, é embasado na teoria da equivalência dos antecedentes causais, de maneira que toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido será considerada causa.

Constata-se da leitura do dispositivo supracitado que este trata dos crimes materiais, onde há a exigência de um resultado naturalístico para a configuração do delito. Portanto, frise-se que nem sempre o artigo 29 deverá ser

interpretado a par do artigo 13, visto que o concurso de pessoas não ocorre somente em crimes materiais, mas também naqueles que não exigem resultado para a caracterização, como os formais e de mera conduta. Outrossim, pela teoria da imputação objetiva, o comportamento de um agente, ainda que causal, deve ser avaliado sob a perspectiva da criação de um risco permitido ou proibido pelo ordenamento.

No que tange ao liame subjetivo, é de suma importância que se constate a ligação psíquica entre os agentes, sob pena de violação do *nullum crimen sine culpa*, fato que caracterizaria a responsabilidade penal objetiva, inadmissível num Estado Democrático de Direito como é o nosso. A título de exemplo, não incorreria no crime de furto (art. 155, CP) o indivíduo que esquecesse aberto o vidro do carro de seu amigo e tornasse mais fácil a ação criminosa de outrem.

Porém, tal vínculo pode existir de forma tácita, ou seja, não há a exigência de que os sujeitos compactuem prévia e expressamente na execução do delito, bastando a consciência de ele se realizará. Assim, o agente policial que, por acaso, ouve o planejamento de um sequestro e nada faz para evitá-lo, contribui omissivamente para a causação do resultado, já que seu dever de agir decorre da lei.

Em relação à contribuição anterior ao fato consumado, vale dizer que só existe concurso de pessoas até o momento da consumação. A partir daí, qualquer comportamento voluntário consistirá um crime autônomo. Este requisito surgiu com o advento do Código Penal em vigor, haja vista que, nos Códigos de 1830 e 1890, a punição daquele que recebesse, adquirisse ou ocultasse bens provenientes de delitos já executados, incorria nas penas destes mesmos delitos. Hoje, há a previsão de delito autônomo após a configuração do resultado, qual seja, a receptação no exemplo acima, com fulcro no artigo 180.

Isto porque a norma complementar do artigo 29 do Código Penal passa a idéia de unicidade de delito quando se utiliza da expressão “concorre para o crime”, permitindo concluir que o estatuto repressivo adotou a teoria unitária ou monista na punibilidade dos crimes cometidos mediante concurso de duas ou mais pessoas, como será visto adiante.

Por fim, embora alguns autores, a exemplo de Fernando Galvão (2009, p. 411) e Cleber Masson (2012, p. 501), acrescentem um último requisito, que é a unidade de infração penal para todos os delinquentes, André Estefam (2013, p. 308)

e também, na mesma esteira, Damásio Evangelista de Jesus (2005, p. 424), sustentam que se trata de mera consequência do concurso de pessoas, em razão do preenchimentos dos requisitos anteriores.

De qualquer forma, a unidade de infração penal, seja requisito ou consequência, decorre da unidade de desígnio por parte de todos os agentes. Assim, a análise conglobada de vários comportamentos em torno de um mesmo fim é o que gera a configuração de um único delito. Isto posto, o posicionamento mais acertado é no sentido de considerar a unidade de infração uma consequência lógica da reunião dos requisitos anteriores.

## **5.2 Teorias sobre o Concurso de Agentes**

Basicamente, são três as teorias doutrinariamente encontradas no tocante à punibilidade do concurso de pessoas: teoria monista, monística ou unitária; teoria dualista ou dualística; teoria pluralista ou pluralística.

### **5.2.1 Teoria monista, monística ou unitária**

Como já delineado, a teoria monista é a regra no ordenamento jurídico, preconizada no artigo 29 do Código Penal. Como o próprio nome diz, haverá unicidade de delito para os agentes, desde que preenchidos os requisitos do concurso. Não se avalia o potencial causal dos comportamentos de forma individualizada, mas conglobada.

Assim, pouco importa se determinada conduta, considerada de maneira isolada, não tinha o condão de causar o resultado, mas leva-se em conta que, na cadeia de acontecimentos, ela contribuiu de qualquer forma para o crime. Em defesa da teoria monista, tem-se os seguintes ensinamentos de Nelson Hungria (1955, p. 402):

No *concurso delinquentium*, tôdas as ações são dirigidas à produção de um mesmo evento final, não de modo autônomo (como na *autoria colateral*), mas em tal relação de reciprocidade objetiva, de interdependência causal ou de co-eficácia, de solidariedade ou adesão de vontades, de identidade ou conexidade de interêsses, que constituem, no seu conjunto, uma só operação, a vincular, lógica e necessariamente, *sub specie causae* e *sub specie juris*, tôdas elas e cada uma delas pela totalidade do crime único e indivisível. Não se pode considerar os partícipes *uti singuli* (para uma graduação da causalidade), mas sim, *uti universi*, como um complexo único de condições necessárias *in concreto* ao resultado, para o qual se coligam psicologicamente. Sob o duplo ponto de vista material e jurídico, única é a serie causal, única é a violação do interêsse jurídico penalmente tutelado, único é o crime.

Entretanto, ainda que seja a adotada, existem questões que não são passíveis de explicação pela teoria monista como, v.g., a aplicação de penas com quantidades diferenciadas entre os agentes, fato que não faz sentido se as ações constituem um só crime.

Ademais, também não esclarece de forma coerente como pode alguém incorrer em determinado crime sem, contudo, apresentar as características necessárias para a configuração do mesmo. Por fim, partindo-se do pressuposto de que a conduta do partícipe é acessória em relação ao fato principal praticado pelo autor, são pouco compreensíveis as situações em que o último é absolvido e a punibilidade do primeiro subsiste.

De qualquer forma, a teoria unitária consagra que a obtenção do resultado é facilitada ou só é possível mediante a união de forças, de modo que a atuação individual é restrita. Assim, é melhor que haja uma separação de tarefas para se alcançar o fim, mas este, por ser comum a todos os integrantes do grupo, faz com que a responsabilidade seja aquinhoadada numa espécie de solidariedade, em analogia ao Direito Civil. É essa identidade de finalidade que gera a punição pelo mesmo crime.

Em suma, todos incorrerão na pena em abstrato de um mesmo crime, de modo que a quantidade em concreto variará na medida da culpabilidade de cada qual. Isto porque, com supedâneo no artigo 13, também do Código Penal, o resultado lesivo de um bem jurídico é obtido mediante a contribuição de cada um dos delinquentes, por ínfima que seja. Assim, a punição de todos os indivíduos em concurso deve ter base na isonomia.

### 5.2.2 Teoria dualista ou dualística

A teoria dualista surge com o objetivo de substituir a teoria retro e é fruto dos estudos de Vincenzo Manzini, por meio da obra *Tratado de Direito Penal*. Em contraposição à teoria anterior, há a argumentação no sentido de que não deve ser dado tratamento isonômico aos agentes na punibilidade em concurso, de modo que os autores devem responder por um crime e os partícipes por outro, geralmente menos grave.

Assim, o autor será somente aquele que pratica a conduta nuclear do tipo, constituindo o fato principal, de modo que qualquer outra ação causal, que não a execução material, será considerada mera acessoriedade. Em outras palavras, só existem duas formas de se cometer o crime: executando o verbo-núcleo do tipo ou contribuindo mediante induzimento, instigação ou auxílio material.

Vale frisar que, embora a teoria monista seja a regra, alguns defendem que há uma exceção prevista no parágrafo primeiro do artigo 29 do Código Penal, remontando-se à teoria dualista, com escopo de se impor uma pena inferior ao partícipe que colaborou de forma menos importante no alcance do resultado. Entretanto, neste mesmo contexto, Fernando Galvão (2009, p. 409) aduz que:

A adoção da teoria dualista somente teria alguma repercussão prática se a pena aplicada a tais concorrentes também fosse distinta. Reconhecer crimes distintos por violação da mesma norma jurídica não traria qualquer repercussão. De que adiantaria reconhecer, por exemplo, que os autores cometem um crime de homicídio, e os partícipes outro crime, também de homicídio? A resposta estatal ao fato delitivo teria como parâmetro a mesma cominação de penas. Para implementar efetivamente uma concepção dualista, seria necessário que a participação na realização de um crime caracterizasse um outro crime, com cominação de pena distinta. Em outras palavras, ao autor deveria reconhecer-se a prática de um crime, e ao partícipe, outro.

Ademais, o reconhecimento expresso da prática de delito distinto nos casos de participação não representaria violação ao artigo 1º do Código Penal, pois não se admite, num Estado Democrático de Direito, que haja crime sem lei anterior o definindo, tampouco pena sem prévia cominação legal.

Entretanto, qualquer tentativa de punibilidade de agentes que ignore a essência do concurso, qual seja, a finalidade comum, não deve ser festejada. Isto

porque a união de esforços somente ocorre para que se alcance de forma mais fácil, rápida, ou seja lá qual for a vantagem vislumbrada, um mesmo resultado que é desejado por todos os sujeitos envolvidos.

Quando a parelha ou o grupo criminoso se organiza, estabelece suas metas e passa a se movimentar em torno da obtenção do resultado, cada qual tem consciência de em qual crime está incorrendo. Não há que se alegar ignorância, salvo alguns casos de exclusão de culpabilidade. Destarte, a finalidade comum deve implicar em idêntica aplicação de pena.

Por isso, a previsão de diminuição da sanção, encontrada no parágrafo primeiro do artigo 29 do Código Penal, dispondo que a pena será abrandada em relação à participação de somenos importância, feriria o *princípio da isonomia* entre os partícipes, visto que não deve importar o grau de contribuição do sujeito, mas, sim, o fato de que ele tinha ciência de qual crime seria cometido e decidiu contribuir mesmo assim. Neste sentido, Damásio Evangelista de Jesus (2002, p. 11) ensina que:

Na verdade, o princípio do nexo causal só pode servir à consideração do fato cometido pelo autor material. Mas não se presta às outras formas do concurso de pessoas, que devem ser regidas pelo dogma da tipicidade. A participação não precisa ser causal.

Conclui-se, portanto, que pouco importa se a participação de somenos importância não é causal e por isso deva ter abrandamento de pena, visto que o nexo de causalidade como requisito não é mesmo exigido, relevando-se somente a conduta e a tipicidade. Assim, embora alguns digam que a diminuição de pena se legitima com base num juízo de culpabilidade de grau menos elevado, o argumento não é idôneo, pois a censura deve recair sobre o ato praticado.

O ato é a conduta que, sob a égide do finalismo, não obstante também seja composta de uma etapa objetiva, onde o sujeito se utiliza dos meios selecionados na fase subjetiva da *antecipação biocibernética*, é essencialmente marcada por elementos subjetivos (dolo e culpa), mesmo porque, ao menos o induzimento e a instigação, são de índole moral.

Diminuir a pena com base no nível de contribuição causal do comportamento do partícipe de somenos importância, que dificilmente se vislumbra no caso concreto por ser, no mais das vezes, moral, é o mesmo que fazer uma

análise objetiva, o que não se coaduna com a inexigibilidade de nexos causal. Prova disso é a possibilidade de participação em crimes formais e de mera conduta, onde não há ou não se exige a ocorrência de um resultado, tampouco de relação de causalidade.

Tome-se o exemplo da instigação ao homicídio em que um partícipe inventa vários atributos negativos a respeito da vítima como, por exemplo, que ela tem falado coisas horríveis sobre o autor e que o prejudicaria no trabalho, sabendo que isso reforçaria a vontade delitiva, ao passo que o outro, ao tomar ciência da intenção de matar, limita-se a dizer apenas que o autor tem razão.

Partindo-se do ponto de que ambos os instigadores têm conhecimento da idéia de matar outrem, que já existe na mente do executor material, não há que se falar que um desejou o evento *morte* mais que o outro. No que tange ao dolo, há uma aderência à finalidade delitiva do agente por parte de ambos, pois sabiam que a ofensa ao bem jurídico *vida* aconteceria e ainda assim instigaram o autor direto, o que não legitima um grau reduzido de reprovabilidade de um em relação ao outro, já que o elemento volitivo estava presente nos dois.

Todavia, admite-se a hipótese de cooperação dolosamente distinta, com previsão no parágrafo segundo do artigo supracitado, pois há ausência do requisito de liame subjetivo entre os sujeitos, ao menos no que tange ao crime não previsto.

### **5.2.3 Teoria pluralista ou pluralística**

A teoria pluralista, também chamada de *cumplicidade-delito distinto* ou *autonomia da participação*, sustenta que, embora o resultado final seja único, os agentes em concurso responderão por crimes diversos, conforme a natureza dos atos praticados em torno da causalidade. Não há somente pluralidade de agentes, mas também pluralidade de delitos.

Em outras palavras, os comportamentos não são vinculados, mas simultâneos, de modo que cada ato tem um autor diferente. Assim, o número de

violações simultâneas de uma mesma norma é diretamente proporcional ao número de agentes.

Neste sentido, é pouco compreensível a utilidade da teoria pluralista e sua relação com o concurso de pessoas, visto que não se vislumbra a colaboração entre os delinquentes, pois cada qual é autor único do mesmo crime. Para melhor elucidar o assunto, socorre-se aqui das exposições de Nelson Hungria (1955, p. 401):

É a teoria denominada *pluralística*, ou “da cumplicidade-delito distinto”, ou “da autonomia da participação” (“des *Verselbstandigung der Teilnahme*”): ou considera cada partícipe, antônomicamente, com o autor (Getz, Foinitzky), ou considera a participação como crime *sui generis* (Nicoladoni), que poderia chamar-se “crime de concurso” (Massari), atribuível a cada um dos partícipes.

Entretanto, ao contrário do que ocorre com a teoria dualística, existe previsão expressa no ordenamento jurídico acolhendo a teoria pluralista, citando-se, a título de exemplo, os casos de corrupção onde, embora o delito seja uno, aquele que corrompe responde pelo artigo 333 e o que se deixa corromper responde pelo artigo 337, ambos do Código Penal.

O mesmo também acontece com as infrações preconizadas nos artigos 124 e 126, 342 e 342, 235 e seu parágrafo primeiro, assim como o artigo 29 e o parágrafo segundo, tratando da cooperação dolosamente distinta, onde há a expressa previsão no sentido de se imputar um crime diferente àquele que agrediu bem jurídico distinto.

### **5.3 Autoria e Participação**

Em se tratando de concurso de agentes, embora o fato típico seja único, é inegável que a consecução do resultado ocorre mediante divisão de tarefas ou cooperação mútua, razão pela qual as pessoas unem esforços, ante a maior possibilidade de êxito.

Sendo assim, diante da pluralidade de sujeitos, faz-se necessária uma classificação de acordo com a natureza das ações praticadas. Por isso, a doutrina

enumera algumas teorias aptas a solucionar a questão, ressaltando-se, de antemão, que a teoria adotada pelo ordenamento jurídico é a restritiva, esboçada a seguir.

### 5.3.1 Teoria restritiva

Segundo esta teoria, adotada pelo Código Penal, autor é tão somente aquele que pratica a conduta prevista no núcleo do tipo penal. No crime de homicídio, previsto no artigo 121, v. g., onde a ação nuclear é *matar alguém*, será considerado autor o responsável pela conduta que causou o resultado morte. Assim, o nexo causal é indispensável.

Todas as demais pessoas englobadas na conduta criminosa que, de alguma forma, colaboraram conscientemente para o resultado, seja induzindo, instigando ou auxiliando materialmente o executor do verbo-núcleo do tipo, serão consideradas partícipes.

Com isso, é possível obter o conceito de coautoria por exclusão, de modo que o coautor ou os coautores do crime são aqueles que colaboram no momento da execução sem, contudo, praticar a ação prevista no verbo nuclear do tipo penal, reservada ao autor imediato e, ao mesmo tempo, suas condutas também não podem ser classificadas como acessórias, pois a acessoriedade é a natureza jurídica da participação.

Partindo-se do pressuposto de que a autoria e a participação são distinguidas com base em critérios objetivos, já que a execução é objetivamente diferente da colaboração em razão da prática da ação nuclear, exsurge a relação entre a teoria restritiva e a teoria objetiva da participação que, por sua vez, apresenta subdivisões: *teoria objetivo-formal* e *teoria objetivo-material*.

Conforme a teoria objetivo-formal, a diferenciação entre autor e partícipe reside no fato de que o primeiro pratica a conduta preconizada no núcleo do tipo penal e todos os demais colaboradores são partícipes por realizarem condutas acessórias ao fato principal, não previstas no tipo.

Deste modo, as condutas dos partícipes seriam, a princípio, atípicas, mas ocorre adequação típica por subordinação mediata ou indireta, de modo que os

comportamentos acessórios podem ser alcançados pela norma de ampliação do artigo 29, *caput*, do Código Penal.

Já a teoria objetivo-material visa complementar a formal, pois diferencia autor e partícipe conforme a maior periculosidade que a conduta do primeiro representa se comparada à conduta do segundo, pois aquela tem maior contribuição objetiva para a ocorrência do resultado. O problema é que nenhuma delas soluciona questões como a autoria mediata, daí a importância da teoria do domínio do fato.

Ainda em relação às modalidades de participação, a instigação, em contraposição ao que muitos acreditam, não é o mesmo que o induzimento. A diferença está na preexistência ou não da decisão de praticar o delito. Heleno Cláudio Fragoso (1987, p. 268) expõe que:

Realiza-se a instigação através do mandato, da persuasão, do conselho, do comando, da ameaça e, inclusive, da aparente dissuasão. A enumeração não é completa. A instigação à instigação é perfeitamente concebível.

Conforme o exposto, a instigação não pressupõe decisão já tomada de cometer o crime e é nisto que reside sua importância, pois faz nascer a idéia, faz incutir no autor a vontade de transgredir o ordenamento jurídico, penetrando-se no seu ânimo.

Quando o agente já cogitou a possibilidade de delinquir, haverá induzimento, que representa um reforço à decisão preexistente. Oportuno frisar que não é aceitável a instigação genérica, ou seja, deve-se instigar a praticar fato determinado e criminoso. Ainda, a instigação exige comportamento ativo, jamais omissivo.

Já o auxílio ou cumplicidade pode existir através de um comportamento ativo ou, ainda, omissivo, de forma que, sendo possível evitar o resultado que se deve juridicamente impedir, o colaborador auxilia o agente a não o fazer, não se dispensando, para tanto, o conluio subjetivo, ou seja, a vontade de aderir à prática da ação em sentido amplo é indispensável para que o comportamento omissivo seja punível. Embora já superada, Heleno Cláudio Fragoso (1987, p. 269) elucida que havia na doutrina a diferenciação entre colaboração primária e secundária, senão vejamos:

A antiga doutrina distinguia a cumplicidade primária (se o auxílio é indispensável) da cumplicidade secundária (se o auxílio, sem ser

indispensável, facilita a ação delituosa). A distinção é irrelevante, mas pode ser considerada para a aplicação da pena (art. 29, § 1º, CP). Se falta contribuição causal inexistente participação. Assim, se o sujeito empresta chave falsa para o ladrão e este, depois de tentar, sem êxito, utilizá-la, penetra pela janela.

Como foi visto, deve haver nexo de causalidade entre a participação e o crime. Todavia, pode ser que o partícipe, propositalmente, empreste meio não apto a gerar o resultado, v. g., dando ao executor uma chave falsa que não é capaz de abrir o veículo (*res furtiva*). Contudo, este último responderá pelo delito de qualquer forma, mesmo que tenha recebido meio não idôneo e se utilize de outro para a consumação, pois o resultado naturalístico, de qualquer forma, adveio de sua conduta.

Saliente-se que tanto o auxiliador quanto o instigador e o indutor devem estar diante de pessoas imputáveis. Do contrário, não haveria participação, mas autoria mediata, onde, como já oportunamente mencionado, o autor se vale de terceiro inimputável como um instrumento para a prática do crime. Vale frisar que, em qualquer modalidade, o partícipe e o autor só serão punidos se o crime chegar, pelo menos, a ser tentado, com base no preceito do artigo 31 do Código Penal, salvo disposição expressa em contrário.

Em suma, a teoria restritiva, embora seja a adotada pelo estatuto repressivo, não resolve todas as situações por carecer de subjetivismo, como os casos de autoria mediata ou autoria de escritório, daí a importância da complementação pela teoria do domínio do fato, que amplia o conceito de autoria, permitindo punir como autor tanto aquele que executa a ação nuclear quanto o líder que domina a execução à distância.

### **5.3.2 Teoria extensiva**

De acordo com esta teoria, não existirá a figura do partícipe no concurso de agentes, pois todos aqueles que, de qualquer forma, colaboraram para o resultado, serão considerados autores, perfazendo-se suficientes a relevância causal de cada conduta e o vínculo psicológico entre os indivíduos.

Não existe diferenciação entre uma figura e outra porque a teoria em comento exsurge da teoria da equivalência dos antecedentes causais, ou *conditio sine qua non*, preconizada no artigo 13 do Código Penal, de modo que todas as ações sem as quais o resultado não teria ocorrido são atribuídas ao sujeito em forma de autoria.

Desta forma, v. g., num homicídio, tanto o executor quanto o mandante serão autores, pois ambos contribuíram para o resultado. Entretanto, apesar de se basear em critério meramente objetivo de contribuição causal, admite a distinção entre autor e partícipe segundo um critério subjetivo, como aduz Damásio Evangelista de Jesus (2002, p. 14):

Reconhece, entretanto, haver diferença, no plano subjetivo, entre quem concretiza o núcleo do tipo e quem contribui para o delito por induzimento, instigação ou auxílio, preconizando, neste caso, tratamento punitivo mais suave. A pena abstrata, do ponto de vista objetivo, é a mesma para todos. Subjetivamente, contudo, quem não realiza a conduta típica deve receber pena menor. Daí socorrer-se esta doutrina da “teoria subjetiva da participação”, para a qual autor é quem age com dolo de autor (*animus auctoris*) e deseja o fato como próprio; partícipe, quem realiza o comportamento com dolo de partícipe (*animus socii*) e quer o fato como alheio. Assim, tendo contribuído para o resultado mediante qualquer conduta, a consideração do sujeito como autor ou partícipe depende da direção e conteúdo de sua vontade. Daí também denominar-se “teoria subjetiva causal”.

Destarte, a teoria extensiva se encontra ligada à teoria subjetiva da participação, onde se diferencia autor e partícipe de acordo com o elemento volitivo de cada qual. Autor será aquele que age mediante *animus auctoris*, querendo o fato como próprio, enquanto que partícipe será quem age com *animus socii*, desejando o fato como alheio.

Porém, tal diferenciação não é a mais adequada. Imagine-se o caso de um agente que, a pedido da mãe, que não deseja a existência do bebê, mata-o, ou então um assassino profissional contratado pelo fazendeiro para matar membros de uma tribo indígena que lutavam pelo resgate da área onde viviam.

Nestes casos, de acordo com a teoria subjetiva, os executores não poderiam ser punidos como autores, mas como partícipes, pois queriam o fato como alheio e não como próprio. Ocorre que a prática da conduta prevista no núcleo do tipo penal não é comportamento acessório ou secundário. Pelo contrário, é determinante para ceifar a vida das vítimas.

Portanto, a teoria extensiva do conceito de autor não foi festejada pela doutrina, pois permitiria punir como autor aquele que não pratica a conduta prevista no núcleo do tipo, mas quer o fato como próprio, bem como puniria como partícipe quem executa a ação nuclear, embora ansiando o fato como alheio.

## 6 A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Devido às múltiplas facetas do intelecto humano, que apresenta inovações dia após dia nas formas de se atuar em prol da criminalidade, a ciência jurídica vê a necessidade de estar em estado de constante evolução. Ante a esse dinamismo, surge, com fulcro na teoria finalista da ação, a teoria do domínio do fato, criada na Alemanha em 1939 pelo jurista Hans Welzel e posteriormente desenvolvida por Claus Roxin.

O domínio do fato representa uma correção do Direito Penal brasileiro em complemento à teoria restritiva. Permite, segundo critérios de equidade e justiça, punir como autor e não como mero partícipe aquele que, sem executar a ação nuclear do tipo, representa maior periculosidade por comandar toda a ação criminosa, arquitetar planos, emitir ordens e liderar os demais delinquentes.

Tem grande importância no combate ao crime organizado, onde as ordens emanam à longa distância dos atos executórios. Permite condenar, v.g., o grande traficante de drogas que, sem ter contato direto com a venda ao consumidor, ou sem manter os narcóticos depositados em sua casa, é o grande responsável pelo esquema. Seria, portanto, um elemento motivacional a mais no livre convencimento do magistrado.

A teoria em comento, em razão de seu viés intermediário, mistura a execução e o domínio final da infração. Classifica-se, pois, como uma teoria objetivo-subjetiva, ligada mais à conduta dolosa ou culposa do que ao resultado propriamente dito.

O domínio pode ser exercido de três formas, quais sejam, o domínio da ação, quando o próprio autor executa o delito diretamente; o domínio da vontade, quando o autor mediato se vale de outrem como instrumento para realizar o crime; e, por fim, o domínio de grandes organizações criminosas pelo autor intelectual.

Prioriza-se o elemento volitivo do agente. Por partir da teoria restritiva, não visa anulá-la, mas complementá-la, dando soluções mais adequadas para casos onde, v.g., agente, “sujeito de trás”, vale-se de outra pessoa, geralmente inculpável, como instrumento de exercício de sua vontade.

Traz uma diferenciação fundamental entre autor e partícipe em sede de concurso de agentes. Porém, a conceituação é aberta, tendo em vista a

impossibilidade da doutrina em esgotar todos os casos onde poderia ser aplicada a teoria do domínio do fato, diante da criatividade humana e das mais variadas, imprevisíveis e surpreendentes formas de como o intelecto das pessoas pode atuar.

Desta forma, tem-se que, v.g., num homicídio, de acordo com a teoria restritiva, aquele que empresta a arma para que terceira pessoa mate outrem seria considerado, a princípio, partícipe, já que auxiliou materialmente, mas não executou a conduta prevista no tipo penal que tutela a vida.

Porém, se restar comprovado que este também contribuiu subjetivamente, arquitetando a ação do executor, com amplos poderes para dar a ordem de tiro, bem como suspendê-la ou interrompê-la, este não é partícipe, não atuou em crime alheio, visto que sua conduta teve natureza de autoria propriamente dita.

Oportuno salientar a diferença existente entre dolo e domínio. Dolo é o elemento subjetivo, a vontade com a qual o próprio agente atua visando lesionar algum bem. Não se confunde com domínio, pois este incide sobre outro alguém que executa a conduta nuclear do tipo. Entretanto, em casos de autoria direta, ambos podem estar reunidos numa mesma pessoa, conforme relata Damásio Evangelista de Jesus (2002, p. 19):

Na autoria propriamente dita (autoria direta individual e imediata), o autor ou executor realiza materialmente a conduta típica (executor material individual), age sozinho, não havendo indutor, instigador ou auxiliar. Ele tem o domínio da conduta.

Como visto, essa teoria visa punir não somente aquele que pratica o núcleo do tipo penal, mas também o responsável pela projeção do crime, aquele que arquiteta toda a conduta delituosa, detém o controle, emite ordens, estabelece o *modus operandi*, o “se”, o “como”, o “quando” e o “onde” de todas as ações, representando a figura de um líder. Este poder de direção deve, efetivamente, determinar o cometimento da infração, não sendo mera posição hierárquica superior. Assim, Rogério Greco (2013, p. 424) sustenta que:

A teoria do domínio do fato é considerada objetivo-subjetiva. Aquele que realiza a conduta descrita no núcleo do tipo penal tem o poder de decidir se irá até o fim com o plano criminoso, ou, em virtude de seu domínio sobre o fato, isto é, em razão de ser o senhor de sua conduta, pode deixar de lado a empreitada criminoso. Para aqueles que adotam um conceito restritivo de autor, não haveria dúvida em reconhecer como autor aquele que viesse a

executar a conduta descrita no tipo. Pode acontecer, contudo, que o agente, em vez de ser o autor executor, seja o “homem inteligente do grupo”, e a sua função esteja limitada a elucubrar o plano criminoso. A estratégia a ser assumida pelo grupo, a fim de praticar a infração penal, será de sua responsabilidade. Depois de confeccionar o plano, o mentor intelectual esgota a sua tarefa, pois não é ágil suficiente para acompanhar o grupo, e os aguarda em seu esconderijo. Pode acontecer, também, que alguém seja um exímio motorista e, durante um assalto a uma agência bancária, tal agente fique encarregado de dirigir o automóvel, indispensável à fuga do grupo.

Ocorre que tal tratamento no Direito Penal brasileiro sofre severas críticas, consubstanciadas na possibilidade de condenação sem provas quando da aplicação desta teoria, como ocorreu no julgamento da Ação Penal 470, alcunhada de “Mensalão”.

Seria, portanto, sob o olhar dos críticos, uma inovação por parte da Suprema Corte, que estaria se utilizando de uma teoria alemã e abrindo brechas para que outros juízes, em primeira instância, passassem a condenar réus sem a existência de provas cabais, apenas meros indícios não corroborados por outros meios.

O autor que está em posição de comando deve ter absoluto controle sobre o executor, devendo, de fato, ter emitido a ordem, e isto deve ser comprovado. Meros indícios da ocorrência de determinado delito não se perfazem suficientes, sob pena de violação do *princípio do in dubio pro reu*.

Deve haver juízo categórico de certeza embasado em prova inconteste e lícita. A soma de indícios não é prova cabal e não legitimaria uma condenação. Assim, também não haveria violação à *presunção de inocência*, tampouco ao *nullum crimen sine culpa*, restando íntegro o que chamamos de *Estado Democrático de Direito*.

Tem-se, por óbvio, que, na ausência de mencionadas características e do aspecto de liderança, não poderá o agente ser considerado autor, mas mero partícipe. Este, por sua vez, quer o fato como alheio e não como próprio, colaborando de forma acessória em conduta principal. Neste sentido, Alberto Silva Franco e Rui Stoco (2007, p. 228) prelecionam que:

Participar significa ter ou tomar parte em alguma coisa, o que já expressa uma idéia de dependência, de acessoriedade. Quem participa não realiza o fato próprio, mas contribui para fato que está sob domínio de outrem.

Saliente-se que, em caso contrário, ou seja, caso fique constatado o domínio, será caso de coautoria, não se falando em participação. Neste contexto, Fernando Galvão (2009, p. 427) aduz que “[...] tal colaboração considera a objetiva disponibilidade sobre a execução do delito, mediante a consciente manipulação dos meios causais por uma intervenção finalisticamente orientada”.

Autores como Guilherme de Souza Nucci entendem que a norma de extensão do artigo 29 do Código Penal, a mesma que possibilita o alcance da conduta do partícipe, também torna dispensável a aplicação da teoria do domínio do fato, visto que só teria utilidade nos países onde há a obrigatoriedade da diminuição de pena em casos de participação, o que não ocorre no Brasil, onde o partícipe pode, inclusive, receber pena maior que o autor propriamente dito.

Entretanto, pelos mesmos critérios de equidade de justiça que motivaram o surgimento da teoria do domínio do fato, resta difícil conceber como acessória a conduta do mandante do homicídio executado pelo inimputável, do chefe do tráfico de drogas, do controlador do grande esquema de corrupção ou do mentor intelectual da quadrilha de tráfico internacional de pessoas. O senso comum ditado pela natureza humana rechaça essa idéia.

Além do mais, como visto no capítulo acerca da culpabilidade, o artigo 59 do Código Penal diz que o magistrado, quando da imposição de pena, deverá também levar em conta, dentre as outras circunstâncias judiciais mencionadas no dispositivo, os antecedentes do agente, de modo que uma condenação por participação exerce, inegavelmente, uma influência bem menos negativa do que uma condenação por autoria, assim como na vida pessoal do sujeito.

Em suma, a teoria do domínio do fato, ao menos onde ela é cabível, faz-se essencial para que haja uma mudança na forma de encarar o fascinante instituto do concurso de agentes, visto que a aplicação única e exclusiva da teoria restritiva não permite que o ideal de justiça seja alcançado no deslinde de todas as questões.

## 6.1 Evolução Histórica

Com supedâneo na teoria finalista da ação, o jurista alemão Hans Welzel, em 1939, criou a teoria do domínio do fato para julgar os crimes ocorridos no período nazista. Contudo, devido à jurisprudência da época, não foi aceita. Em 1963, também na Alemanha, Claus Roxin a desenvolveu e a projetou internacionalmente através da obra *Täterschaft und Tatherrschaft*.

Mencionado instituto já obteve prósperas aplicações em diversos países como, por exemplo, na Argentina, quando da responsabilização dos comandantes da Junta Militar Nacional de Jorge Rafael Videla pelo desaparecimento de muitas pessoas durante o regime militar, bem como no Peru, onde a Suprema Corte condenou Alberto Fujimori pelo controle dos sequestros e homicídios durante o seu governo, além de ser amplamente utilizada pelo Tribunal Penal Internacional-TPI, localizado em Haia na Holanda e regido pelo Estatuto de Roma, do qual nosso país é signatário.

Recentemente, foi aplicada no Brasil durante um dos maiores julgamentos da história do Supremo Tribunal Federal, a Ação Penal 470, alcunhada de “Mensalão”, um grande esquema de corrupção, dentre outros crimes, montado em *terrae brasilis*, por meio do qual ocorria a compra de votos de parlamentares em troca do favorecimento em questões político-partidárias. As condenações dos réus do núcleo político do esquema se deram com o uso da teoria do domínio do fato.

## 6.2 Adoção pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro

Há posições divergentes no que tange à adoção da teoria em comento pelo Código Penal brasileiro. Alguns defendem que foi adotada expressamente. Outros corroboram com a idéia de adoção implícita, como aduz Damásio Evangelista de Jesus (2002, p. 27):

O Código Penal, na reforma de 1984, adotou a tese finalista, como pode ser demonstrado pela introdução do dolo na estrutura da conduta e da conceituação do erro de tipo e de proibição. Por coerência lógica,

admitimos, como faz Alberto Silva Franco, que nosso estatuto penal também acolheu a teoria do domínio do fato.

Portanto, a adoção implícita da teoria do domínio do fato seria decorrência de teses finalistas introduzidas no ordenamento penal após a reforma de 1984, que permitiram transportar o dolo para a estrutura do fato típico, surgindo, então, conceitos como erro de tipo e erro de proibição, embora já tenha sido relatado anteriormente no trabalho que tal conclusão já era possível antes mesmo de tal ocorrência, em razão da ausência de elementos subjetivos ter sempre excluído a tipicidade e não a culpabilidade.

Em contraposição, existem aqueles que acreditam na adoção expressa da teoria do domínio do fato, em razão da existência do artigo 62, inciso I, também do Código Penal, dispondo que a pena será agravada para o agente que *promove, organiza ou dirige a atividade criminosa dos demais*.

Neste caso, o Código Penal, igualmente norteado pela teoria finalista, estaria se reportando expressamente àquele que age com o domínio do fato, agravando a pena do mesmo, pois é inconteste que o agente que se encontra no topo do controle de ações e grandes organizações criminosas representa um perigo maior para a sociedade, como aduz Roberto Lyra (1955, p. 305):

Não se trata de simples conselho ou exortação, mas de ascendência e atuação, como artífice intelectual, de que resulte a cooperação. “Organizar a cooperação no crime” é elaborar, previamente, no todo ou em parte, o plano de ação, com a escolha ou indicação de meios e pessoas ou, também, somente com a seleção de pessoas, de modo que as atividades associadas encontrem em tal programa um meio eficaz de efetivar a empresa. “Dirige a atividade dos demais agentes” quem disciplina, articula, fiscaliza, controla, regula a execução, respondendo por sua eficiência. Há uma só agravante, quando o mesmo agente promove, organiza e dirige a cooperação, porém qualquer um desses papéis principais pode ser exercido por mais de um.

Em qualquer caso, implícita ou expressamente, a adoção da teoria do domínio do fato pelo nosso estatuto repressivo é de suma importância, dado o seu complemento à teoria restritiva e conseqüente ampliação do conceito de autor, pois não se restringe à conduta tipicamente descrita.

### 6.3 Espécies de Autoria com Domínio do Fato

Embora seja inconteste o alto nível de contribuição da teoria do domínio do fato ao ordenamento jurídico penal brasileiro, dada a sua natureza de complemento à teoria já adotada pela ampliação feita ao conceito de autor do fato, ela não possui cabimento em todas as situações. Assim, será visto a seguir somente os casos em que ela é passível de aplicação.

#### 6.3.1 Autoria direta ou imediata

Nesta forma de autoria, o dolo e o domínio se confundem na mesma pessoa. O agente age individualmente, dominando toda a ação, ao mesmo tempo em que executa o crime materialmente. Assim, ele incorre sozinho no verbo nuclear do tipo penal.

#### 6.3.2 Autoria mediata

São os típicos casos em que outrem é usado como *instrumento* da prática do crime, para que o autor mediato não incida na ação nuclear do tipo penal ou mesmo para que sua integridade seja assegurada. Destarte, a força do domínio é exercida sobre a vontade e o comportamento de um terceiro que, por sua vez, realiza o delito atipicamente, justificadamente ou inculpavelmente.

Como exemplos de instrumento, citam-se as hipóteses legais: o menor de idade; o débil mental; o sujeito que se embriaga completa e acidentalmente; aquele que age sob coação moral irresistível ou obedece à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico; ou, ainda, comete erro de tipo escusável determinado por terceiro ou age mediante erro de proibição invencível. Embora legalmente previstos, a punibilidade do autor mediato nesses casos só se perfaz com a aplicação da teoria do domínio do fato.

Como já estudado, a conduta é marcada pela *voluntariedade* e pela *finalidade*, aspectos estes que não são encontrados em nenhuma das situações mencionadas, vez que nenhum desses sujeitos acima têm sequer o controle dos próprios atos, de modo que a voluntariedade é subtraída pelo autor mediato e o fim também só pertence a este.

Outrossim, também não há que se levantar a questão do *animus socii*, ou seja, punir o *instrumento* como partícipe que quis o crime como alheio, visto que a participação é modalidade de concurso de agentes e este exige requisitos como o conluio psíquico entre os indivíduos, absolutamente ausente nessas hipóteses.

Com efeito, em razão da utilização do termo *instrumento* para se referir ao terceiro, parte da doutrina entende que não se trata de autoria mediata, mas imediata, de modo que a autoria é *única* e o instrumento, ou *objeto*, num crime de homicídio, v.g., é equiparado a uma arma de fogo, uma faca ou qualquer outra *coisa* que permita a execução material do crime.

Embora já mencionado anteriormente, vale lembrar os casos de hipnose, em que o hipnotizado é induzido a cometer um crime em nome do hipnotizador. Porém, também é válido ressaltar novamente a ampla divergência doutrinária neste sentido, visto que, embora com o *ego* momentaneamente controlado, o hipnotizado ainda tem certo poder sobre suas ações em função do *superego*, que exerce o papel de censura.

Insta frisar que a terceira pessoa utilizada como instrumento é considerada a *longa manus* por meio da qual o verdadeiro autor exterioriza sua própria vontade. Assim, questão intrigante surge a respeito da autoria mediata em face de crimes próprios e de mão própria.

O crime de mão própria é aquele que só pode ser cometido por pessoa específica, mencionada no tipo penal. A atuação é pessoal e ninguém mais pode ocupar o lugar do autor na execução como, v.g., o crime de falso testemunho, sendo que só o sujeito intimado a depor é que pode fazer falsa afirmação a respeito de outrem. A ilicitude se consubstancia na execução pessoa do crime.

Já os delitos próprios exigem características diferenciadas, ora do sujeito ativo, ora do sujeito passivo, de modo que não são praticáveis por qualquer pessoa, seja de forma individual ou em concurso. A título de exemplo, podem ser citados os crimes funcionais, onde a qualidade especial exigida é que o sujeito ativo

seja funcionário público, ao passo que o delito de estupro de vulnerável também exige uma qualidade especial do sujeito passivo, qual seja, a vulnerabilidade.

Em ambos os casos, a maior parte da doutrina aceita somente a possibilidade de coautoria ou participação, haja vista que admitir a autoria exclusiva consistiria em inobservância inaceitável do conceito de tipicidade e consequente ofensa ao *princípio da legalidade* ou *anterioridade da lei penal*, previsto no Código Penal, na Carta Magna e até mesmo na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Neste contexto, ante a impossibilidade de autoria mediata em crimes próprios e de mão própria, surge na doutrina a hipótese de *autoria de determinação* que, segundo André Estefam (2013, p. 317), é elucidada da seguinte forma:

Não cabe autoria mediata em crimes de mão própria ou em crimes próprios quando o determinador não ostentar a qualidade especial exigida no tipo. Trata-se de uma limitação legal ao princípio do domínio do fato. Assim, o particular não pode ser autor mediato de um crime funcional, tanto quanto um advogado não pode ser autor mediato de um falso testemunho prestado por terceiro (ainda que este não pratique o injusto). Eles serão, porém, autores por determinação do crime funcional ou do falso testemunho, mas não autores do delito funcional ou do crime contra a administração da Justiça.

Em suma, trata-se de uma saída encontrada pelos doutrinadores para que não seja punido como coautor ou mero partícipe aquele que deveria, afinal, ser considerado o único autor do crime próprio ou de mão própria. Assim, a punibilidade dos mesmos é alcançada pela norma de extensão ou ampliação do artigo 29 do Código Penal, haja vista que, por determinação, concorreram para o delito.

Entretanto, embora seja esse o posicionamento de grande parte da doutrina, o senso comum continua ditando que não se trata de concorrência para o delito, tampouco em encaixe ao preceito secundário do tipo, mas ao primário. Assim, a teoria do domínio do fato, se aplicada à autoria mediata em sede de crimes próprios ou de mão própria, traria soluções mais satisfatórias.

Deste modo, tomando-se como exemplo o caso onde uma mulher aponta uma arma em direção a um homem e o obriga a estuprar a vítima, embora tenha sido ele o efetivo ofensor do bem jurídico *liberdade sexual*, é inegável que tenha agido sob coação moral irresistível (excludente de culpabilidade).

O Direito Penal não exige que o ser humano cometa atos heroicos. No caso em testilha, é compreensível que a própria vida tenha falado mais alto que a

liberdade sexual de outrem. Destarte, pela aplicação da teoria do domínio do fato, embora o delito de estupro seja considerado um delito de mão própria, a resposta estatal somente poderá ser imputada à coatora, vez que é essa a única autora em tela.

### 6.3.3 Autoria intelectual

A autoria intelectual apresenta alguns pontos de intersecção com a modalidade de autoria retro, sendo que a divergência tange à capacidade do indivíduo que é usado na execução do crime. Tem-se na autoria mediata o *domínio da vontade* de outrem, enquanto que na autoria intelectual, por haver imputabilidade do executor material, há o *domínio do fato*.

Tal figura encontra previsão legal no artigo 62, inciso I, do Código Penal, dispondo que aquele que promove, organiza a cooperação ou dirige a atividade criminosa dos demais terá a pena agravada, previsão esta que serve de argumento para aqueles que defendem a adoção explícita da teoria do domínio do fato pelo ordenamento.

Neste contexto, surge na doutrina a chamada *autoria de escritório*. Entende-se que, quanto mais longe está o determinador da efetiva ofensa ao bem jurídico, maior é o seu poder de decisão. Nas palavras de André Estefam (2013, p. 317), é assim entendida:

Trata-se de uma autoria mediata especial ou particular. Sua peculiaridade reside em que são autores tanto o que determina quanto o determinado. O determinador é autor mediato de escritório, e o determinado é autor imediato (ou direto), pois realiza um injusto culpável.

O autor intelectual ou de escritório é o *homem inteligente* por trás da parelha ou do grupo criminoso, é aquele que arquiteta as ações, emite as ordens de execução, interrupção ou suspensão, exercendo um *domínio geral* sobre todos os demais que atuam em subordinação, numa espécie de “vínculo empregatício criminoso”.

Vislumbra-se, geralmente, em face das chamadas *máquinas de poder* que, no mais das vezes, exercem o controle sobre o crime organizado até mesmo de

dentro dos presídios, como é o caso do PCC (Primeiro Comando da Capital) em São Paulo e do Comando Vermelho no Rio de Janeiro, onde ordens de execução de autoridades inimigas da criminalidade são dadas por simples telefonema, de longe, de dentro do *escritório*. Possuem hierarquia e elevado nível de organização interna, além da fungibilidade e rotatividade de seus membros. Nestes casos, usa-se também a denominação *coautoria complexa*.

#### 6.3.4 Coautoria

A coautoria, também chamada de reunião de autorias, é o típico caso onde se vislumbra o concurso de agentes, de modo que vários sujeitos unem seus esforços em função de uma finalidade delitativa comum a todos e, assim, passam a se organizar e se movimentar em torno da obtenção do resultado.

Assim, o domínio é repartido entre os agentes, o que legitima a *responsabilidade subsidiária*, em analogia ao Direito Civil, prevista no artigo 29 do Código Penal, onde todos responderão pelo mesmo crime (teoria monista) e a culpabilidade regulará a quantidade de pena.

Entretanto, insta ressaltar que a distribuição dos deveres, conforme o que foi designado pelo grupo, não é o bastante para se falar em coautoria, visto que, além disso, cada um dos agentes também deve apresentar individualmente os requisitos exigidos pelo tipo penal em que incorrem.

Ante a divisão de tarefas e desde que preenchidos os requisitos mencionados no tipo, conclui-se que o resultado final é fruto da finalidade comum, a qual impulsionou a união e a posterior execução conjunta do delito. Damásio Evangelista de Jesus, em obra específica sobre a teoria do domínio do fato (2002, p. 21), dispõe que:

Na co-autoria (reunião de autorias), que constitui forma de autoria, o co-autor realiza o verbo típico ou concretiza parte da descrição do crime, ainda que, no último caso, não seja típica a conduta perante o verbo, desde que esteja abarcada pela vontade comum de cometimento do fato.

Doutrinariamente, existe uma divisão entre *coautoria direta* e *coautoria parcial*. A coautoria direta, também chamada de coautoria simples, é a situação onde os delinquentes praticam a ação nuclear do tipo penal de forma concomitante. Um exemplo a ser usado é o crime de rixa, onde todos os contendores, embora uns contra os outros, incidem na conduta típica.

Já a coautoria parcial, denominada também como coautoria complexa, é o famoso *domínio funcional do fato*, consistente em distribuição de tarefas. Dentro da cadeia de acontecimentos causais, cada um tem sua respectiva função. Assim, cada coautor é parcialmente responsável pela ofensa ao bem jurídico. Para Luiz Regis Prado (2011, p. 571):

Coautor é aquele que, de acordo com um plano delitivo, presta contribuição independente, essencial à prática do delito doloso – não obrigatoriamente em sua execução. Na coautoria, o domínio do fato é comum a várias pessoas. Assim, todo coautor (que é também autor) deve possuir o condomínio do fato – princípio da divisão de trabalho.

Neste sentido, ressalte-se a adotada *teoria da equivalência dos antecedentes causais*, considerando causa toda ação ou omissão que, se mentalmente suprimida, não dá ensejo ao resultado final. Em outras palavras, as ações dos coautores são dependentes entre si.

Num roubo a banco, por exemplo, verifica-se a coautoria funcional quando os agentes, em conjunto, invadem o lugar, mas dividem as tarefas, de modo que um é responsável por subjugar as vítimas, outro pelo recolhimento do dinheiro, outro pela vigilância do local, outro pelo transporte dos agentes para o local e depois na fuga, etc.

Insta ressaltar, em que pese a existência de opiniões em contrário, que a caracterização da coautoria ou da participação não depende da aferição do nexo de causalidade, mas da existência ou não de domínio funcional dos respectivos atos.

Destarte, caso se suprima mentalmente a conduta do responsável pela vigilância no momento do roubo e o resultado persista, este será considerado partícipe. Porém, se sua ação foi causal, ou seja, verificando-se no processo de eliminação hipotética que o crime não teria se consumado sem a sua contribuição, este será considerado coautor do roubo.

#### 6.4 Participação e Teoria do Domínio do Fato

Embora a teoria em comento esteja invariavelmente relacionada à ampliação do conceito de autoria, se este muda, lógica e obviamente que o conceito das demais figuras presentes no concurso de agentes também se compromete. Assim, faz-se necessário tecer breves comentários a respeito também da participação. De antemão, observa-se que inexistente autor *sem* domínio do fato, tampouco partícipe *com* tal domínio.

Através do último exemplo dado, quando se falava da coautoria no crime de roubo, é possível obter também um conceito do que vem a ser o partícipe sob a ótica da teoria do domínio do fato. A primeira conclusão a que se chegou é de que não há exigibilidade de nexos causal na participação.

Ademais, o partícipe, para que assim seja considerado, não pode ter praticado a ação nuclear do tipo, sob pena de se tornar coautor. Por fim, não pode ser vislumbrado qualquer domínio funcional do fato, pois este pressupõe divisão de tarefas e, caso o sujeito tenha sido previamente incluído no sistema, também fará parte da coautoria complexa.

Por ser uma contribuição dolosa ao dolo de outrem é que se fala em participação, haja vista que, se não houvesse dolo por parte do executor do fato principal, seria caso de autoria. Em razão da teoria da acessoriedade limitada, exige-se que o autor ou que os coautores tenham iniciado a execução (artigo 31 do Código Penal) somente de um injusto penal, ou seja, um fato típico e antijurídico, dispensando-se a culpabilidade, visto que se o partícipe induzisse, v.g., um doente mental a furtar, ninguém responderia por crime algum, em face da inimputabilidade do autor imediato.

Em síntese, o partícipe é aquele que, carecendo de domínio, colabora de qualquer modo não causal e acessório ao fato principal praticado pelo autor com domínio do fato ou, então, pelos coautores, cada qual com domínio funcional do fato.

## 7 INADMISSIBILIDADE DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO EM FACE DE CRIMES MULTIDINÁRIOS

O jurista italiano Scipio Sighele foi o primeiro a estudar esta espécie de crime cometido por um aglomerado de seres humanos que, reunidos em torno de um fato, praticam a conduta criminosa. Segundo Magalhães Noronha (2001, p. 223):

É a multidão um agregado, uma reunião de indivíduos, informe e inorgânico, surgindo espontaneamente e também espontaneamente desaparecendo. Levada a multidão pelo paroxismo do ódio, vingança, amor etc., chega a excessos inauditos, atemorizando seus próprios componentes ou integrantes. Possui ela uma como que alma, que não resulta da soma das que a compõem, mas, na realidade, da adição das qualidades negativas, dos defeitos, dos sentimentos primitivos que residem em todo homem.

A sociedade considera o Direito Penal o grande mantenedor da paz e da ordem social, solucionando todos os seus problemas e conflitos através da punição daqueles que os geraram. No psiquismo coletivo, isso se torna concreto quando da imposição de severas penas, de medidas exemplares que atuariam, também, como freio inibitório de futuras transgressões do ordenamento jurídico, afastando-se as mazelas que poderiam afligir o senso comum.

Certa vez disse o consagrado jurista uruguaio Juan Eduardo Couture Etcheverry que o dever de todos os operadores do Direito é, pois, lutar pelo Direito. No entanto, caso o Direito entre em conflito com a justiça, deve se lutar pela Justiça.

Ocorre que nem todos seguem essa máxima, principalmente aqueles que são mais legalistas e optam em atuar amparados, apesar de todas as consequências, tão somente pela lei, afastando-se, assim, a discricionariedade e o livre convencimento dos julgadores conforme o caso concreto.

De qualquer forma, as decisões irão sempre desagradar, no mínimo, uma das partes e seus respectivos afetos, seja pelo legalismo extremado; seja pelo subjetivismo do magistrado que entende estar tomando justa decisão, mas indo contra a expectativa da coletividade que é, em sua maioria esmagadora, leiga, além de estar, no mais das vezes, influenciada pela mídia sensacionalista; seja, ainda, por julgadores que agem movidos por interesses escusos próprios ou alheios.

A questão é que, diante do sentimento de frustração da sociedade, surge a errônea visão de que a justiça poderá ser feita com as próprias mãos.

Assim, as pessoas exercem em conjunto e arbitrariamente uma suposta razão coletiva, através de um acordo mudo, calado e repentino.

No entanto, os crimes multidinários não ocorrem somente diante da revolta de um número considerável de pessoas descontentes com determinada decisão do Poder Judiciário. Muitas vezes, sequer há decisão, mas a retaliação e a delinquência já são imediatas, quando, por exemplo, o causador do acidente de trânsito com vítima sofre linchamento. Ou, ainda, a multidão delinquente abusa de situações de sinistro para agir, nos casos de, v.g., saque coletivo da mercadoria do caminhão tombado em via pública, caracterizando o crime de furto, preconizado no artigo 155 do Código Penal.

Quando agrupados, homens e mulheres sentem aflorar suas características mais primitivas, seu psiquismo inferior e anterior à razão. Cometem somente excessos, atitudes desmedidas e impensadas. Desaparece a individualidade e surge a influência de uma mesma alma comum a todos, um sentimento que se propaga como se através de um ser inanimado, inexistente, que move a multidão delinquente, encoraja-a.

As pessoas quebram o vínculo interno com a própria personalidade, deixam de observar critérios que levariam em consideração se agissem do modo originário. A propósito, surge o que os doutrinadores chamam de *moral da agressão*, uma querela inopinada para que um não fique por baixo, ou seja, alguém do outro na finalidade delituosa, e tentam se superar por meio da prática de condutas cada vez mais ofensivas a bens jurídicos.

O legislador, acatando a idéia de que os membros de um grupo transgressor da lei, com capacidade de autocrítica anulada ou reduzida e faculdade de ponderação enfraquecida, que agem influenciados por comportamentos alheios, geradores da mencionada espécie de uma só alma, um só líder inanimado, decidiu, então, atenuar a pena dos mesmos, conforme o artigo 65, inciso III, alínea “e”, do Código Penal, dispondo que:

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

[...]

III - ter o agente:

[...]

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Vê-se, portanto, que existem requisitos para a aplicação da atenuante da pena no corpo do texto legal, como a necessidade de que o agente não tenha sido o provocador do tumulto, dentre outras exigências, como aduz Magalhães Noronha (2001, p. 224):

Compreende-se, então, por que a lei vê razão de atenuar a pena. Leva-se em consideração que a faculdade de pensar, examinar e ponderar fica debilitada. O indivíduo, a bem dizer, não age *por si*, é impelido e sugestionado pelos outros. Daí considerar nossa lei atenuante o haver cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, desde que o agente não haja provocado esse tumulto, seja lícita a reunião e não se trate de reincidente, requisitos facilmente compreensíveis.

É pacífico que tal qualidade de crime exige um número considerável de pessoas. Porém, com relação à punição, parte da doutrina, tendo como argumento a atenuante supracitada, entende que cada indivíduo deve responder pelo ato isolado que cometeu, sendo que o resultado final não pode ser imputado a todos.

Segundo esta corrente doutrinária, não há concurso de agentes e não se poderia aplicar o artigo 29 do Código Penal, fazendo com que todos respondessem pelo mesmo crime, pois não há um requisito essencial na espécie multidinária, qual seja, o liame subjetivo entre os agentes, pois o delito ocorre de forma fortuita.

Ademais, para aqueles que consideram a unidade de infração penal também um requisito do concurso de agentes, haveria, portanto, a ausência de dois dos requisitos, vez que cada agente responde somente pelo próprio crime praticado.

Se fosse aplicado o supracitado artigo, considerando que há o vínculo psicológico entre os autores no exemplo narrado do tombamento do caminhão, àquele que subtraísse uma quantidade ínfima dos produtos, com valor irrisório, não poderia ser aplicado o *princípio da insignificância ou bagatela*, que o absolveria por ausência de tipicidade material, visto que se deveria imputar o resultado final a todos, ou seja, o furto de todo o conteúdo.

Entretanto, outros doutrinadores aduzem que pode, sim, haver concurso de agentes nos crimes multidinários. Segundo estes, embora a capacidade de seguimento de padrões sociais e morais e de comportamentos lícitos fique reduzida, ainda é possível existir o liame subjetivo entre os membros do grupo, caracterizando, assim, o concurso de agentes.

Ante o exposto, conclui-se que a primeira vertente, por óbvio, não poderia adotar a teoria do domínio do fato na solução de crimes multidinários, visto que não vislumbram a ocorrência de concurso de agentes. Já a segunda corrente, embora defensora do concurso de pessoas na espécie multidinária por entender que existe, sim, vínculo psicológico entre os membros do agrupamento, do mesmo modo não poderia fazer uso da tese do domínio.

Parece inadequado dizer que há a figura de um líder com autoridade sobre todos os demais integrantes da obra criminosa, que planeja todas as ações e comportamentos isoladamente. Não há dever de obediência a ninguém, cada qual atua por si só.

A vontade e a determinação para delinquir não nascem de pessoa(s) específica(s), mas da ocasião em que se encontram. Como dito anteriormente, este sentimento que move a multidão delinquente parece mesmo se propagar através de um ser, mas um ser inanimado, inexistente, que é a reunião do aglomerado em uma única alma.

No mundo real, visível, concreto, não existe um controlador com domínio do fato, determinando todas as circunstâncias do cometimento de todos os crimes. Recente exemplo apto a ser usado é o caso das manifestações que ocorreram nas principais cidades do país, tendo como fundamento causas das mais diversas naturezas, situações essas em que alguns dos grupos se aproveitavam para praticar infrações.

Nesses casos, não havia um ser humano com poder sobre todos aqueles grupos de pessoas, não pacíficos, que se reuniam e comumente praticavam delitos, mas, sim, tinham o sentimento de impunidade, de revolta, de cansaço, de injustiça e insatisfação que, de forma inadvertida, formavam o fator determinante dos crimes.

Alguns, em sentido contrário, até entendem que havia, sim, membros de partidos políticos da oposição contratando pessoas para delinquirem e destruírem o patrimônio público em troca do fomento à crise enfrentada pelo atual governo ou, então, para apenas desmerecerem as manifestações pacíficas.

Nessas circunstâncias, desde que existissem as provas necessárias, a teoria do domínio do fato seria o único meio apto a solucionar a questão. Do contrário, com base em meras suposições, não há permissão para que se atribua a autoria de qualquer crime a alguém, visto que o poder de domínio deve ser

comprovado. Por fim, conclui-se pela inadmissibilidade de seu uso em face de crimes multidinários.

## 8 O JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL 470 À LUZ DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Sem dúvidas, a grande polêmica a respeito da aplicação da teoria do domínio do fato no Brasil gira em torno do julgamento da Ação Penal 470, chamada popularmente de *Mensalão*, sendo este um grande e elaborado esquema de corrupção envolvendo políticos, bancários, empresários de vários ramos, funcionários públicos e autoridades das mais diversas.

Porém, estes não se restringiam somente aos delitos preconizados no artigo 316 e 333 do Código Penal, haja vista também a ocorrência de gestão fraudulenta, peculato, lavagem de dinheiro e, por óbvio, a formação de quadrilha, com fulcro no artigo 288 do mesmo Código.

Em breve síntese, entre 2003 e 2005 se iniciou o desvio de recursos públicos em troca de favorecimento político-partidário, bem como o atendimento a interesses de particulares que pagavam pelo recebimento de benefícios indevidos. Os mencionados benefícios consistiam na obtenção de cargos públicos da mais larga escala e, como moeda de troca, membros do Congresso Nacional recebiam mensalmente as quantias de dinheiro mais exorbitantes. Por isso a denominação *mensalão*.

Destarte, quando descoberto o esquema, a ação penal 470 foi movida pelo Ministério Público da União e, por prerrogativa de foro de função dos envolvidos, julgada pelo Supremo Tribunal Federal. No que tange à teoria do domínio do fato, esta foi usada pela Suprema Corte para embasar a condenação por corrupção ativa e formação de quadrilha de um dos quatro réus formadores do núcleo político-partidário central da quadrilha: o ex-ministro chefe da Casa Civil, José Dirceu.

Como já mencionado em momento oportuno, a aplicação da teoria do domínio do fato não pressupõe mera posição hierárquica superior, mas, sim, a existência de prova cabal, inconteste e lícita do cometimento de crime. Destarte, indícios, se não corroborados por outros meios, não legitimariam qualquer decisão condenatória.

Entretanto, o brilhante jurista Ives Gandra da Silva Martins, em entrevista ao site *ConJur – Consultor Jurídico* (Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2013-set-22/dominio-fato-nao-convive-in-dubio-pro-reo-ives-gandra>), disse o seguinte:

Com ela, eu passo a trabalhar com indícios e presunções. Eu não busco a verdade material. Você tem pessoas que trabalham com você. Uma delas comete um crime e o atribui a você. E você não sabe de nada. Não há nenhuma prova senão o depoimento dela — e basta um só depoimento. Como você é a chefe dela, pela teoria do domínio do fato, está condenada, você deveria saber. Todos os executivos brasileiros correm agora esse risco. É uma insegurança jurídica monumental. Como um velho advogado, com 56 anos de advocacia, isso me preocupa. A teoria que sempre prevaleceu no Supremo foi a do "in dubio pro reo" [a dúvida favorece o réu].

O posicionamento do renomado jurista de que não é possível a convivência harmônica entre teoria do domínio do fato e o princípio do *in dubio pro reo* se explica no sentido de que, se houver prova material do delito, não há necessidade de aplicação da tese do domínio do fato. Em outras palavras, a ausência de provas materiais não justifica a condenação, mas provas menos substanciais não justificam o uso da teoria do domínio do fato em razão do *in dubio pro reo*.

Os ministros Ricardo Lewandowski e Antonio Dias Toffoli, do Supremo Tribunal, perfilhavam do mesmo entendimento no momento do julgamento, dizendo que a condenação de José Dirceu se baseava apenas no alto cargo ocupado pelo mesmo, vez que sua participação no esquema era corroborada apenas por depoimentos e pela sequência temporal de fatos.

Lewandowski disse ainda que, no esquema do *Mensalão*, faltava o requisito de *fungibilidade dos membros*, já tratado no capítulo anterior quando se falava em *autoria de escritório*, pois cada envolvido era pessoa determinada e conhecida por todos os outros.

Insta ressaltar que o ônus de provar as acusações feitas incumbe ao órgão de acusação que, no caso em tela, como já dito, era o Ministério Público Federal, representado pelo Procurador-Geral da República, sendo que o *devido processo legal*, norteado pelo *contraditório* e pela *ampla defesa*, é o meio do qual o réu dispõe para a sua defesa.

Pois bem. A essência de tal crítica é de haveria uma quebra da tradição da Suprema Corte de, em caso de dúvida, julgar a favor do réu, direito garantido inclusive constitucionalmente a todo e qualquer cidadão, fato que colocaria em sérios riscos a segurança jurídica no país, pois os críticos dizem que a teoria do

domínio do fato, além de não ser utilizada nacionalmente, abriria precedentes para que outros juízes, em outras instâncias, passassem também a utilizá-la como álibi teórico em condenações sem provas.

Em contraposição ao entendimento de Ives Gandra Martins e dos ministros Lewandowski e Toffoli, o também ministro da Suprema Corte, Celso de Mello, defende a teoria e refuta as críticas, aduzindo que é, ao contrário, amplamente utilizada no Brasil e, ademais, os crimes de poder são marcados, no mais das vezes, somente pelo domínio, fato que se compatibiliza com o uso da teoria em comento (Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-10-10/ministros-do-stf-defendem-teoria-do-dominio-do-fato-usada-para-condenar-jose-dirceu>).

Já o ministro Ayres Britto, embora não mais componha hoje o Supremo Tribunal Federal, à época dos fatos foi além e disse que a discussão não era necessária, haja vista que existiam nos autos provas suficientes contra cada um dos réus, inclusive contra José Dirceu, sendo sequer necessário o uso da tese do domínio do fato (Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-10-10/ministros-do-stf-defendem-teoria-do-dominio-do-fato-usada-para-condenar-jose-dirceu>).

De fato, nos casos de *máquina de poder* e de seu aparato hierarquicamente constituído, as ordens emanam de dentro dos “escritórios” dos senhores do crime organizado, que dificilmente deixam vestígios, já que são delitos de domínio. Porém, isso não implica em dizer que a presunção relativa de autoria é suficiente para embasar qualquer condenação. Ressalte-se, mais uma vez, que o uso da aludida tese pressupõe a existência de provas idôneas. Em suma, a teoria do domínio do fato não é meio hábil a se condenar alguém que seria absolvido sem ela.

## 9 CONCLUSÃO

A teoria do domínio do fato, fruto dos estudos finalísticos de Hans Welzel e posteriormente desenvolvida por Claus Roxin, é o instrumento apto a viabilizar uma resposta estatal que se coadune com ditames de equidade e justiça, posto que a teoria restritiva, adotada pelo ordenamento jurídico, ante a carência de subjetivismo, não é capaz de solucionar os recorrentes casos de autoria mediata, tampouco tem força suficiente no combate ao crime organizado.

Para que o Direito Penal cumpra com seu dever de proteção, deve andar em compasso com a dinamicidade da ciência jurídica adequando-se à realidade presente, onde a conduta potencialmente lesiva de bens jurídicos nem sempre é aquela que parte do executor material do delito, mas, sim, do *sujeito de trás*.

A título de exemplo, em casos de autoria mediata, o perigo real e concreto está por trás da conduta finalisticamente dirigida daquele que se vale de outrem como instrumento para a prática do crime, vez que este age atipicamente, justificadamente ou inculpavelmente.

A aplicação do domínio do fato deve também se pautar no conceito de culpabilidade obtido sob a égide da teoria finalista, de modo que, com a transferência do dolo e da culpa para a conduta, dentro do fato típico, cuida ser agora o juízo de reprovabilidade que recai sobre o sujeito.

Destarte, a censura feita sobre o indivíduo que detém todo o controle da ação criminosa, que emite ordens, determina todas as circunstâncias de cometimento do delito, com amplos poderes sobre o início da execução, bem como da interrupção ou suspensão, deverá ser muito maior. Prova disso é a existência do artigo 62, inciso I, do Código Penal, que agrava a pena de quem promove, organiza a cooperação ou dirige a atividade criminosa dos demais agentes.

Assim, os conceitos de autoria, coautoria e participação serão modificados em face da teoria do domínio do fato. Autor será aquele que, podendo intervir de forma determinante em todas as fases da ação delituosa, detém o domínio do fato, ao passo que o coautor detém o domínio funcional somente do ato

por ele praticado, conforme a divisão de tarefas estabelecida pela parelha ou grupo criminoso, e, por fim, o partícipe será aquele que colabora de forma acessória e não causal, contribuindo para a ocorrência do delito sem praticar qualquer ato previsto no núcleo do tipo penal e não exercendo qualquer forma de domínio.

O uso da teoria do domínio do fato no julgamento da Ação Penal 470, considerada por muitos um álibi teórico da Suprema Corte para embasar a suposta condenação sem provas de José Dirceu, num julgamento com características muito mais políticas do que jurídicas, apresenta-se, ao contrário, como uma jurisprudência tendente a se consolidar no Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a grande contribuição em relação à teoria restritiva, que não mais se adequa à realidade social e delitiva atualmente vivida no país, onde o crime organizado possui núcleos centrais que emitem ordens criminosas de alcance nacional.

Por fim, não obstante a escassez de referencial bibliográfico específico a respeito da teoria em tela, concluiu-se que seu reconhecimento e aplicação trarão insofismáveis conquistas na busca de um Estado Democrático de Direito cada vez mais pleno, visto que a possibilidade de se punir como autor de um crime aquele que, embora distante da execução material do crime, encontre-se no comando das decisões, representará, sem dúvidas, o alcance do verdadeiro ideal contido na palavra *justiça*, de que a sociedade faz jus e tanto carece.

## BIBLIOGRAFIA

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1979.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 02 de Agosto de 2013.

BRASILEIRO, Código Penal. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940**. Vade Mecum. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CRUZ, José. **Teoria importada: 'domínio do fato não convive com in dubio pro reo'**. ConJur – Consultor Jurídico - 22/09/2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-22/dominio-fato-nao-convive-in-dubio-pro-reo-ives-gandra> Acesso em: 19 de Setembro de 2013.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

ESTEFAM, André. **Direito penal 1: parte geral**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FAZZIO JR, Waldo. **Corrupção no poder público**. São Paulo: Atlas, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 11ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. vol. I. tomo. I. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. vol. 1. 10ª ed. rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal: parte geral**. 15ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. vol. I. tomo 2º. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

JAKOBS, Günther. **Crítica à teoria do domínio do fato**. vol. 9. Barueri, SP: Manole, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Imputação objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

JUSTIÇA, Supremo Tribunal de. **HC n. 94.505/RS, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, j. em 16-9-2008**. Disponível em:

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19099228/habeas-corpus-hc-132207-mg-2009-0055487-6/inteiro-teor-19099229> Acesso em: 22 de Agosto de 2013.

LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. vol. II. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. vol. 1. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.

MELGAREJO, Rodrigo. **Teoria do domínio do fato no concurso de agentes**. Presidente Prudente, 2004. 81 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2004.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 36ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 11ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 5ª ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. 11ª ed. Santiago del Chile: Jurídica del Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAMPIER, Débora. **Ministros do STF defendem teoria do domínio do fato, usada para condenar José Dirceu**. Agência Brasil - 10/10/2012. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-10-10/ministros-do-stf-defendem-teoria-do-dominio-do-fato-usada-para-condenar-jose-dirceu> Acesso em: 17 de Setembro de 2013.