

TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NOS CRIMES DE CORRUPÇÃO E DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Carolina Souza Malta

Juíza Federal da 36ª Vara Federal de Pernambuco (Vara Criminal comum e privativa da execução penal e do Júri Federal). Mestre em Direito Público (UFPE).

RESUMO: Este artigo tem por objetivo analisar a possibilidade de aplicação da teoria do domínio do fato no ordenamento jurídico brasileiro e, especificamente, a forma de sua incidência para a definição de autor e partícipe nos crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro. Parte-se de uma análise geral da teoria, esclarecendo a sua origem e os critérios previstos por seu maior sistematizador, Claus Roxin, para, em seguida, tratar da problemática da autoria nos crimes praticados por entidades ou órgãos públicos ou por organizações empresariais. Os crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro, sobretudo pela complexidade que norteia a sua prática e pelo silêncio dos envolvidos, possui apuração complexa, não prescindindo da necessária adaptação legislativa.

PALAVRAS-CHAVE: Autoria. Participação. Teoria do domínio do fato. Teoria do domínio da organização. Corrupção. Lavagem de dinheiro.

ABSTRACT: This article aims to analyze the possibility of applying the control theory in Brazilian legal system and, specifically, its incidence for the definition of author and participant in crimes of corruption and money laundering. It is based on a general analysis of the theory, clarifying its origin and the criteria foreseen by its major systematizer, Claus Roxin, to, then, analyze the issue of authorship in crimes committed by public entities or organizations or by business organizations. Corruption and money laundering, especially due to the complexity that guides their practice and the silence of those involved, are crimes of complex investigation, imposing legislative adaptation.

KEYWORDS: Authority. Participation. Control Theory. The control over the organization theory. Corruption. Money laundering.

Sumário: 1. Introdução; 2. Sistemas unitário e diferenciador de autor; 3. Domínio do Fato; 3.1. Surgimento do termo; 3.2. A sistematização de Claus Roxin; 4. O sistema de autoria adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro e a possibilidade de aplicação da Teoria do Domínio do Fato; 5. Autoria nos crimes praticados por meio de órgãos ou entidades públicas ou empresas no Brasil; 6. Domínio do fato nos crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro; 7. Conclusão; 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho consiste em analisar a possibilidade de aplicação da teoria do domínio do fato como critério de definição da autoria nos crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro no ordenamento jurídico brasileiro.

Sobretudo após o julgamento da Ação Penal nº 470, pelo Supremo Tribunal Federal, caso que se tornou conhecido como “julgamento do Mensalão”, uma análise doutrinária mais aprofundada da teoria do domínio do fato tornou-se imperiosa, em razão das críticas que nortearam a sua aplicação no referido julgamento.

Em breve resumo, a tese que prevaleceu no julgamento da Ação Penal nº 470, no ponto referente à teoria do domínio do fato, promoveu uma aplicação da teoria sem respeitar os contornos que haviam sido delineados pelo seu maior sistematizador, o autor e professor alemão Claus Roxin¹, adotando-a como um mecanismo artificial para suprir uma deficiência probatória, para cobrir uma lacuna de punibilidade decorrente do fato de que não se conseguia construir a teia causal entre a cúpula do Governo Federal e atos concretos de corrupção para compra de apoio político junto aos parlamentares envolvidos.

Apesar de a expressão “domínio do fato” ter surgido no início do século XX², a referida utilização da teoria pelo Supremo Tribunal Federal deu a aparência de que se tratava de uma construção doutrinária recente, mas consiste, na verdade, no produto de um processo de discussão científica e jurisprudencial muito longo, sem

¹ Cf. ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000.

² Cf. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do Domínio do Fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 82.

tradição de aplicação no Brasil, cuja finalidade reside em definir quem é “autor” de um delito, diferenciando-o da figura do “partícipe”.

Impõe-se, portanto, fazer a distinção entre os sistemas unitário e diferenciador de autor, verificando-se, em seguida, que a teoria do domínio do fato veio a constituir um critério de definição de autor dentro de um sistema diferenciador, não se tratando de uma teoria para dizer sobre a punibilidade ou não de um agente.

É relevante, neste aspecto, fazer referência às teorias de Hans Welzel e, em seguida, à sistematização feita por Claus Roxin, de forma breve e compatível com os objetivos deste trabalho, analisando-se, em relação a este último, as formas de manifestação do domínio do fato para a configuração da autoria: o domínio sobre a própria ação; o domínio funcional do fato; o domínio da vontade de um terceiro, incluindo-se, neste último, o domínio por meio de aparato organizado de poder.

Em seguida, releva analisar o sistema de autoria adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro e perquirir sobre a possibilidade de adequação da teoria do domínio do fato com o sistema adotado. Tal análise constitui pressuposto fundamental para o exame posterior da autoria nos crimes praticados por meio de entidades ou órgãos públicos ou organizações empresariais no Brasil e, finalmente, sobre a aplicação da teoria do domínio do fato nos crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro e em que limites ocorre.

2. SISTEMAS UNITÁRIO E DIFERENCIADOR DE AUTOR

Quando a conduta descrita no tipo penal é cometida por uma única pessoa, não há problemas na identificação do autor do delito. No entanto, quando o fato punível é obra de vários agentes, com formas de atuação diversas, torna-se relevante questionar como deve ser valorada a conduta individual de cada um.

O sistema unitário de autor não faz qualquer diferença entre autor e partícipe ou faz tal distinção apenas no plano conceitual, fixando o mesmo marco penal (máximo e mínimo) para todos os que concorrem casualmente para o fato, ou, ainda, mantém os mesmos marcos punitivos³, mas pode estabelecer valoração

³ Cf. GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 51.

diferente conforme se trate de autoria por contribuição ou de autorias direta e por determinação⁴.

De tal forma, a partir das distintas gradações de sistemas unitários, a doutrina estabelece uma classificação, para fins meramente didáticos, entre os sistemas *unitário formal*, *unitário funcional* e *reduzido*.

De acordo com o *sistema unitário formal*, todas as contribuições causais para o delito constituem autoria delitiva, não havendo qualquer distinção no plano conceitual ou quanto ao critério de valoração para fins de aplicação da pena. Consiste, decerto, na vertente mais radical do sistema unitário, uma vez que parte de um conceito amplo e indiferenciado de autor, de modo que não distingue nem conceitualmente nem valorativamente os diferentes tipos de contribuição para o fato⁵.

O *sistema unitário funcional* admite a existência de formas diversas de autoria, mas se trata de uma diferenciação meramente conceitual, tendo em vista que todos os que concorrem para a perpetração do delito se sujeitam às mesmas penas.

No caso do *sistema unitário reduzido* ou *mitigado*, há distinção conceitual entre os participantes do delito e também se reconhece a acessoriedade dos autores por determinação e por contribuição, de forma que a punição destes está condicionada à atuação dolosa e antijurídica do autor imediato⁶.

O sistema diferenciador de autor, por sua vez, distingue as várias formas de intervenção no delito, promovendo a distinção entre autor e partícipe, além de definir os tipos vários de autoria, e prevendo marcos penais distintos para as diferentes formas de intervenção⁷.

É a partir de um sistema diferenciador que interessa perquirir sobre a definição de autor e partícipe. Primeiramente, sob um aspecto subjetivo, autor seria aquele que age com vontade de autor (*animus auctoris*), produzindo uma contribuição objetiva para a realização do tipo e querendo o fato como próprio, ao

⁴ Cf. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do Domínio do Fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 59.

⁵ Cf. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do Domínio do Fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 58.

⁶ Cf. ALFLEN, Pablo Rodrigo. op. Cit. p. 59.

⁷ Cf. GRECO, Luís; LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 13.

passo que o partícipe é aquele que age com a vontade de participar de fato de terceiro (*animus socii*), querendo o fato como resultado alheio⁸.

Sob um aspecto estritamente formal e objetivo, a vontade ou o interesse do agente não teria papel relevante, impondo-se identificar quem realiza por si mesmo, total ou parcialmente, a conduta típica (autor) e quem apenas contribui para a sua realização por terceiro por meio de atos preparatórios e de apoio (partícipe).

Neste sentido, a teoria do domínio do fato advém como um critério que integra um elemento objetivo, sem desconsiderar o aspecto da vontade, dentro de um sistema diferenciador de aferição de autoria, para concluir que, para ser autor, não basta querer o fato como seu ou simplesmente realizar a conduta que constitui o núcleo do tipo, impondo-se que se tenha o fato em suas mãos, decidindo sobre a sua existência, a sua forma e o seu momento de realização.

3. DOMÍNIO DO FATO

3.1. Surgimento do termo

A origem do termo *domínio do fato* é atribuída a Hegler, em 1915, que o utilizou, inicialmente, como pressuposto material da culpabilidade e, posteriormente, transferindo-o para a teoria da autoria, para definir o autor imputável e não coagido, considerado “senhor do fato na sua manifestação concreta”, e também o autor imprudente (autoria culposa), pois este teria agido com falta de vontade para impedir o que aconteceu quando assim se esperava dele⁹. Suas conceituações, porém, não estruturaram a teoria do domínio do fato nos moldes que existe hoje.

Posteriormente, houve outras formas de utilização da expressão domínio do fato, por Bruns (1932), Adolf Lobe (1933), Hellmut von Weber (1935) e Eberhard Schmidt (1936), cujo detalhamento não se impõe para não estender desnecessariamente este trabalho, seguindo-se, posteriormente, a construção feita por Hans Welzel.

Hans Welzel foi o primeiro a tentar elaborar uma teoria propriamente dita do domínio do fato, que fosse orientada por critérios bem definidos e que servisse de

⁸ Cf. ALFLEN, Pablo Rodrigo. op. Cit. p. 74.

⁹ Cf. ROXIN, Claus. **Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000. p. 82.

diretriz para o desenvolvimento posterior da teoria da autoria e da participação. Assim, em 1939, apresentou sua concepção de domínio do fato, vinculando-a ao seu conceito de ação final.

Welzel rechaça o conceito causalista de ação de todas as suas consequências, inclusive quanto ao conceito de autoria, inserindo em seu lugar a ideia de ação como relação final da vontade com o resultado¹⁰. A partir dele, não a vaga vontade de autor, e sim o efetivo domínio final do fato é que constitui o critério essencial de domínio do fato. Autor é quem executa sua resolução com vistas a um fim e os indutores e cúmplices têm meramente domínio sobre sua participação, não sobre o fato integral¹¹.

Não haveria, assim, possibilidade de aferição de domínio do fato para configurar autoria nos crimes culposos, ressaltando Welzel que o autor de um delito culposos é todo aquele que, através de uma ação que lesiona o grau de cuidado exigido no âmbito da relação, produz um resultado típico. Por outro lado, nos delitos dolosos o autor é somente aquele que, através de uma condução consciente do fim, do acontecimento causal ao resultado típico, é senhor sobre a realização do tipo. Através do domínio final sobre o acontecimento, o autor se destaca do mero partícipe, vez que este só auxilia o ato dominado finalmente pelo autor ou o que incita tal decisão¹².

Welzel definiu autoria direta como a realização direta, voluntária e conscientemente final do fato por quem, tendo preenchido os pressupostos pessoais objetivos e subjetivos exigidos pelo tipo, possui o domínio pleno sobre a sua decisão e execução¹³.

Quanto à autoria mediata, identificou três formas de ocorrência: 1) quando o *intrañeus* atua sem dolo (o dolo estaria exclusivamente no “homem de trás”); 2) quando atua sem liberdade (sob coação, sem vontade ou em cumprimento de ordem militar antijurídica e obrigatória); ou 3) quando atua sem qualificação objetiva ou subjetiva (para o autor, na hipótese dos crimes próprios, o qualificado que está atrás

¹⁰ Cf. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do Domínio do Fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 87.

¹¹ Cf. ROXIN, Claus. op. Cit. p. 85-88.

¹² Cf. WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán: parte general**. 11. ed. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1997. p. 118-119.

¹³ Cf. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do Domínio do Fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 91.

e que induz é que dá ao não qualificado a possibilidade de tomar parte na realização típica do delito especial)¹⁴.

Por fim, no que tange à coautoria, Welzel considera que, para ser coautor, é necessário ter as qualidades pessoais necessárias, tomar a decisão comum sobre a realização do fato e participar da execução comum do fato. A divisão de trabalho seria a base da coautoria e a complementação da atividade de cada coautor pelas dos demais seria o fundamento para que cada um responda pelo todo¹⁵.

3.2.A sistematização de Claus Roxin

Roxin propôs abertamente um rompimento com a linha de pensamento de Welzel quanto ao domínio do fato. Para ele, os tipos penais não constituem meras abstrações e, sim, apresentam a tentativa de circunscrever a figura central do acontecimento de uma conduta típica com todas as suas relações pessoais¹⁶. O autor do delito, portanto, é um componente da descrição do fato.

Para Roxin, a ideia de domínio do fato é fundada, inicialmente, no autor como figura central, a figura-chave do acontecimento mediado pela conduta. Posteriormente, Roxin se refere ao autor como a figura central da conduta executória, aquele que domina o acontecimento dirigido à realização do delito¹⁷.

A partir da figura central, Claus Roxin desenvolve um modelo tripartido de domínio do fato, distinguindo entre os critérios de domínio da ação (autoria direta), domínio funcional (coautoria) e domínio da vontade (autoria mediata)¹⁸.

O *domínio sobre a própria ação* (autoria) é o domínio de quem realiza, por si, todos os elementos de um tipo e, neste sentido, quem domina a ação permanece autor ainda que atue a pedido ou a mando de outrem, ou mesmo em erro de proibição inevitável determinado por um terceiro¹⁹.

¹⁴ Cf. WELZEL, Hans. op. Cit. p. 122-124.

¹⁵ Cf. Ibid., p. 132-133..

¹⁶ Cf. ALFLEN, Pablo Rodrigo. op. Cit. p. 109.

¹⁷ Cf. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do Domínio do Fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 110.

¹⁸ Cf. GRECO, Luís; LEITE, Alaor. *O que é e o que não é a teoria sobre o domínio do fato sobre a distinção entre o autor e o partícipe no direito penal*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, ano 102, vol. 933, julho. 2013. p. 67.

¹⁹ Cf. GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 25-26.

O *domínio funcional do fato* (coautoria) ocorre em uma atuação coordenada, em divisão de tarefas, com pelo menos mais de uma pessoa, que, partindo de uma decisão conjunta, de praticar o fato, contribuem para a sua realização com um ato relevante de um delito²⁰. O domínio do fato pelo coautor resulta de sua função na execução, na medida em que ele assume uma tarefa, que é essencial para a realização do fato planejado e que lhe possibilita, por meio de sua parte no fato, o domínio do acontecimento integral²¹.

Cada coautor do fato é considerado parte necessária do todo, ocorrendo, como consequência, o que se chama “imputação recíproca”²². É a cooperação baseada na divisão do trabalho através da participação ajustada ao fato²³.

Em síntese, cada um tem uma função insubstituível, que lhes confere o domínio conjunto, de tal modo que cada um tem a possibilidade de, por meio da recusa em realizar a sua parte, fazer fracassar todo o planejamento. Neste sentido, são três os pressupostos da coautoria: a) a existência de um planejamento conjunto do fato; b) a execução conjunta do fato, não sendo suficiente uma participação na preparação; e c) a prática de uma contribuição essencial à etapa da execução²⁴.

O *domínio da vontade* (autoria mediata) consiste na utilização de um indivíduo por outro para atingir os seus fins, de modo que, por meio da instrumentalização deste, aquele domina o acontecimento de forma mediata (como “homem de trás”)²⁵. Não há, assim, uma conduta executória por parte do homem de trás, razão por que o domínio do fato está baseado no domínio da vontade de alguém que não atua livremente.

Para Claus Roxin, a hipótese de domínio da vontade pode se verificar em três casos: a) através de coação sobre o executor imediato; b) em virtude de indução do executor a erro; ou c) em virtude de aparatos organizados de poder.

No primeiro caso, a coação aplicada sobre o executor coloca este último na condição de instrumento nas mãos do homem de trás, de forma que a última e definitiva decisão sobre o que deve ocorrer, ou seja, o domínio, está com o homem

²⁰ Cf. ROXIN, Claus. **Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000. p. 305.

²¹ Cf. ALFLEN, Pablo Rodrigo. op. Cit. p. 119-120.

²² Cf. GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. op. Cit. p. 30-31.

²³ Cf. ROXIN, Claus. **O domínio da organização como forma independente de autoria mediata**. Disponível em: http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94. Acesso em: 09 set. 2017.

²⁴ Cf. ROXIN, Claus. **Strafrecht**. p. 78 *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. op. Cit. p. 120.

²⁵ Cf. ROXIN, Claus. **Strafrecht**. p. 22 *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do Domínio do Fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 125.

de trás. Quanto ao domínio da vontade em virtude de erro, Roxin estabelece quatro níveis possíveis: a) o executor age sem dolo; b) o executor age em erro de proibição; c) o executor erra sobre os pressupostos do estado de necessidade exculpante, fundamentando-se no fato de que a estrutura psíquica do domínio do fato não se distingue nas situações de necessidade real e putativa; ou d) o executor atua de forma plenamente criminosa, hipótese em que a ilusão não se refere ao crime e sim aos motivos do seu cometimento²⁶.

Por fim, o domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder baseia-se na possibilidade de responsabilização dos homens de trás, como autores mediatos, os chamados “autores de escritório”, que ocupam posições hierárquicas superiores em uma organização delitiva e possuem poder de comando, ordenando fatos puníveis aos executores diretos, os quais, por sua vez, também são considerados como autores plenamente responsáveis²⁷.

A caracterização da autoria no domínio por organização possui quatro pressupostos fundamentais: a) o poder de comando do homem de trás; b) tratar-se de uma organização desvinculada do direito, operando de forma ilícita, tais como Estados totalitários ou organizações clandestinas e criminosas organizadas; c) fungibilidade do executor direto, ou seja, a possibilidade de substituição do executor por qualquer outro, tratando-se de uma engrenagem substituível no mecanismo do aparato de poder²⁸; e d) disposição essencialmente elevada dos executores ao fato, a partir de influências específicas da organização, tornando-o, pois, mais predisposto à prática do ilícito.

4. O SISTEMA DE AUTORIA ADOTADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Com o advento do Código Penal de 1940, foi adotado, sob a influência do Direito Italiano, o sistema unitário de autoria, ou seja, não se estabeleceu distinção entre autor e partícipe. O então art. 25 previa, exclusivamente, a seguinte previsão:

²⁶ Cf. ROXIN, Claus. *Strafrecht*. p. 29-45 e ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. p. 170 apud ALFLEN, Pablo Rodrigo. op. Cit. p. 125.

²⁷ Cf. ROXIN, Claus. *O domínio da organização como forma independente de autoria mediata*. Disponível em: http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94. Acesso em: 09 set. 2017.

²⁸ Cf. ROXIN, Claus. *O domínio da organização como forma independente de autoria mediata*. Disponível em: http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94. Acesso em: 09 set. 2017.

“quem de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”. Em complemento ao art. 25 havia, tão somente, o art. 26, prevendo que as circunstâncias de caráter pessoal são incomunicáveis, salvo quando elementares do crime.

Cumpra transcrever a exposição de motivos:

22. O projeto aboliu a distinção entre autores e cúmplices: todos os que tomam parte no crime são autores. Já não haverá mais diferença entre participação principal e participação acessória, entre auxílio necessário e auxílio secundário, entre a *societas criminis* e a *societas in crimine*. Quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele, no pressuposto de que também as outras forças concorrentes entraram no âmbito da sua consciência e vontade. Não há nesse critério de decisão do projeto senão um corolário da teoria da equivalência das causas, adotada no artigo 11. O evento, por sua natureza, é indivisível, e todas as condições que cooperam para a sua produção se equivalem. Tudo quanto foi praticado para que o evento se produzisse é causa indivisível dele. Há, na participação criminosa, uma associação de causas conscientes, uma convergência de atividades que são, no seu incidível conjunto, a causa única do evento e, portanto, a cada uma das forças concorrentes deve ser atribuída, solidariamente, a responsabilidade pelo todo. Ficou, assim, repudiada a ilógica e insuficiente ficção segundo a qual, no sistema tradicional, o cúmplice “accede” à criminalidade do autor principal.

A reforma de 1984 manteve a previsão anterior, agora no art. 29, incluindo, porém, a fórmula “na medida de sua culpabilidade”, tratando-se de um critério quantitativo, para o momento de aplicação da pena, e não de qualidade. A reforma também incluiu dois parágrafos no art. 29, manteve a antiga previsão do art. 26 no art. 30 e também inseriu a previsão do art. 31²⁹.

²⁹ Redação original do Código Penal de 1940:

Pena da co-autoria

Art. 25. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.

Circunstâncias incomunicáveis

Art. 26. Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

Redação posterior com a reforma de 1984:

TÍTULO IV

DO CONCURSO DE PESSOAS

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

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

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

Circunstâncias incomunicáveis

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

Percebe-se que não há necessidade de distinção qualitativa entre autor e partícipe, tratando-se, na verdade, de um sistema conveniente de responsabilização criminal, pois possibilita a punição a partir de qualquer contribuição causal, cabendo ao juiz apenas dosar a quantidade de pena aplicável a cada um.

A tradição brasileira, até o advento do Código Penal de 1940, era de distinção entre autores e partícipes³⁰, devendo-se destacar que havia contribuição doutrinária neste mesmo sentido, em momento anterior à reforma de 1984, com realce para a obra “Concurso de Agentes” de Nilo Batista³¹, de 1979, a qual, no entanto, não foi levada em consideração.

No nosso ordenamento jurídico, portanto, a distinção entre autores e partícipes constitui assunto de aplicação da pena, e não critério de atribuição da responsabilidade, mantendo-se o enquadramento, assim, no sistema unitário.

Ainda que seja possível afirmar que a reforma de 1984 trouxe temperamentos ao sistema unitário do texto original de 1940, não se caminhou no sentido de um sistema diferenciador de autor e partícipe, havendo, conforme abalizada doutrina, certo menoscabo ao princípio da legalidade, por haver uma extensão indevida dos verbos dos tipos penais. É dizer: se aquele que mata e o que meramente dirige o veículo para que outrem mate incorrem no mesmo tipo penal do art. 121, “*matar alguém*”, o verbo *matar* perde o seu conteúdo semântico.

Transpor a aplicação dos conceitos de autor e partícipe para o momento de medição da pena faz com que a distinção perca seus contornos e fique em boa parte entregue à discricionariedade do juiz; significa dissolver uma distinção que, em última análise, diz respeito aos limites entre uma conduta que realiza o tipo e outra

Casos de impunibilidade

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

³⁰ Nos termos do Código Penal de 1830:

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

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

Art. 6º Serão também considerados complices:

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

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

³¹ Cf. BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

que não o faz sem uma norma de extensão, nos controvertidos e heterogêneos critérios de aplicação da pena concreta³².

Diante da conclusão exposta nos itens anteriores no sentido de que a teoria do domínio do fato é um critério de distinção entre autor e partícipe e, portanto, adequada a um sistema diferenciador de autor, poder-se-ia sustentar, em princípio, a sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, deve-se reconhecer que a dinâmica de alguns crimes, especialmente aqueles cometidos em coautoria ou através de autoria mediata, impõe a realização da distinção pelo julgador entre autores e partícipes, com análise do domínio do fato, como critério imprescindível de compreensão da atuação de cada agente na perpetração do delito³³, decidindo-se, de forma segura, sobre a inclusão, ou não, de determinado comportamento nonexo causal, nos termos da teoria da equivalência das condições (art. 13 do CP³⁴).

A teoria do domínio do fato, neste sentido, é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, sendo salutar e recomendável que os julgadores, na análise dos casos concretos, procedam à distinção entre autor e partícipe, analisando, especificamente, a contribuição dada por cada agente para a obtenção do resultado - esmiuçando *in concreto* a autoria direta, coautoria, a autoria mediata ou a participação -, a fim de não apenas dosar a pena de cada um posteriormente, mas, principalmente, com o escopo de afastar o risco de imputação de uma responsabilidade penal de forma objetiva.

5. AUTORIA NOS CRIMES PRATICADOS POR MEIO DE ÓRGÃOS OU ENTIDADES PÚBLICAS OU EMPRESAS NO BRASIL

A questão da definição da autoria ou da participação nos casos de crimes praticados por meio de órgãos ou entidades públicas, ou através de empresas

³² Cf. GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato:** estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 72.

³³ Ainda na vigência do Código Penal de 1940, antes da reforma de 1984, advertiu Esther de Figueiredo Ferraz: “a parificação legal dos agentes do crime não tem o condão de fazer desaparecer as diferenças reais que distinguem as várias formas de participação, pois são, todas essas, diferenças reais que a lei pode ignorar sem, contudo, ter forças para eliminar” (FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A codelinquência no Direito Penal brasileiro.** São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 4).

³⁴ Relação de causalidade

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

privadas, ganha especial relevância nos dias atuais, em face da complexidade inerente à criminalidade contemporânea. É cada vez mais comum a perpetração de crimes através de estruturas de Governo ou empresas regulares, com funcionamento conforme o Direito, impondo-se a indicação de parâmetros consentâneos com o nosso ordenamento jurídico para a imputação da responsabilidade penal.

Neste contexto, a aplicação da teoria do domínio do fato é relevante, como foi defendido acima, como critério necessário para compreensão da atuação de cada agente na perpetração do delito, decidindo-se, de forma segura, sobre a inclusão, ou não, de determinado comportamento nonexo causal, nos termos da teoria da equivalência das condições, não se tratando, em absoluto, como ocorreu no julgamento da Ação Penal nº 470 pelo Supremo Tribunal Federal, de um meio artificial de suprir uma lacuna probatória.

No âmbito da criminalidade perpetrada através de estruturas hierarquizadas, aqui propositadamente restritas aos órgãos ou entidades públicas, ou empresas privadas, cogita-se, de plano, a possibilidade de adaptação da teoria do domínio por organização, nos termos formulados por Claus Roxin, de modo a fundamentar a responsabilização do superior hierárquico por ações ou omissões típicas praticadas pelos subordinados.

O próprio Claus Roxin rechaça a ideia de aplicação da teoria do domínio por organização aos crimes praticados por meio de empresas, em razão de seus pressupostos existirem apenas no injusto do sistema estatal, no “Estado criminoso dentro do Estado”, na Máfia e em formas semelhantes de manifestação da criminalidade organizada, não sendo possível transferir esta figura jurídica aos fatos puníveis em empresas econômicas³⁵.

Para Claus Roxin, os quatro pressupostos já apresentados para a aplicação da teoria do domínio por organização são imprescindíveis, se não se quiser, com o seu auxílio, chegar a uma ampliação sem limites da autoria mediata³⁶.

Roxin destaca que as empresas econômicas, contanto que não estejam envolvidas desde o princípio em atividades criminosas, como regra, não trabalham desvinculadas do direito, não se podendo falar em domínio por organização, cujo

³⁵ Cf. ROXIN, Claus. **O domínio da organização como forma independente de autoria mediata**. Disponível em: http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94. Acesso em: 09 set. 2017.

³⁶ Cf. Ibid.

pressuposto fundamental constitui a desvinculação do direito por parte do aparato. Assim, se o aparato integral se move no caminho do direito, ele funciona somente com o uso dos meios indicados pela ordem jurídica e, conseqüentemente, a prática de um ilícito pode interromper a organização. Não se considera, portanto, que houve uma ação do aparato de poder, mas sim em seu detrimento³⁷.

Ademais, falta a possibilidade de substituição daquele que prepara as condutas criminosas e também não se pode falar de uma disposição essencialmente elevada ao fato pelos integrantes da empresa, porque, como destaca Claus Roxin, o cometimento de delitos econômicos e ambientais, ou até mesmo de delitos de homicídio em hospitais, traz consigo o grave risco de punibilidade e também o risco de perda do lugar na empresa³⁸.

Para o doutrinador alemão, mais preciso seria recorrer à figura jurídica dos delitos de dever, fundamentando com seu auxílio a autoria dos membros da direção, na medida em que se lhes atribui a posição de garantidores em defesa da legalidade dos atos da empresa.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, uma solução aceitável de imputação de responsabilidade ao dirigente estatal ou de determinada empresa privada consiste, em primeiro lugar, na aferição da autoria direta ou, caso não ocorra, na identificação de coautoria, através do crime omissivo impróprio, previsto no art. 13, § 2º, do CP³⁹. A solução não afasta, porém, a necessidade de demonstração de que o superior hierárquico tinha conhecimento e anuiu com a prática de determinado delito.

É certo que o tipo omissivo impróprio é formado pelo tipo ativo mais a posição de garantidor definida no CP, art. 13, §2º⁴⁰. Ou seja, ao tipo ativo doloso se adiciona a posição de garantidor, permanecendo todos os elementos do tipo original.

³⁷ Cf. ROXIN, Claus. **O domínio da organização como forma independente de autoria mediata**. Disponível em: http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94. Acesso em: 09 set. 2017.

³⁸ Cf. Ibid.

³⁹ Art. 13 – (...)

Relevância da omissão

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

⁴⁰ Cf. REALE JR., Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo: RT, 1998. p. 183

Logo, o dolo no tipo omissivo impróprio é da mesma natureza jurídica (finalismo) do tipo ativo equivalente⁴¹.

Portanto, para a realização do tipo subjetivo nos crimes omissivos impróprios, além da vontade consciente de abstenção da atividade devida, informada pela posição de garantidor e conhecimento da possibilidade de impedir o resultado, também é necessário o dolo (direto ou eventual), isto é: "o desejo de atingir o resultado através da omissão"⁴².

6. DOMÍNIO DO FATO NOS CRIMES DE CORRUPÇÃO E DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Estabelecidos os marcos teóricos, passa-se ao ponto central deste trabalho, analisando-se, nos limites já traçados, a aplicação da teoria do domínio do fato nos crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro.

Com relação à corrupção, o Código Penal prevê duas modalidades: passiva e ativa.

A corrupção passiva, nos termos do art. 317 do CP, ocorre quando o funcionário público solicita ou recebe, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceita promessa de tal vantagem. O § 1º do referido preceito traz uma causa de aumento para o crime previsto no *caput*, prevendo o aumento da pena de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. O § 2º prevê uma modalidade privilegiada de corrupção passiva, sendo menor a pena prevista se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, não a pretexto de receber vantagem indevida, mas cedendo a pedido ou influência de outrem.

A corrupção ativa consiste em crime praticado pelo particular contra a Administração Pública, estando prevista no art. 333 do Código Penal. Pune-se aquele que oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. Consta do parágrafo único do

⁴¹ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 517-518.

⁴² Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 246

referido artigo uma causa de aumento de pena de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Como já ressaltado acima, a teoria do domínio do fato é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, para todo e qualquer crime, sendo necessária a sua utilização no caso concreto para distinção entre autor e partícipe, analisando a contribuição dada por cada agente para a obtenção do resultado, afastando o risco de imputação de uma responsabilidade penal de forma objetiva.

Neste sentido, nos crimes de corrupção ativa ou passiva, não pairam controvérsias quanto à identificação do autor direto como detentor do domínio sobre a própria ação, realizando todos os elementos do tipo. O funcionário público que, diretamente, solicita vantagem a um particular em razão das suas funções domina a ação, sendo, portanto, o autor do delito. De igual modo, o particular que oferece ou promete diretamente vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício, tem o domínio sobre a própria ação, não havendo controvérsias quanto à imputação da autoria direta.

A corrupção passiva, por se tratar de crime próprio, admite a coautoria na hipótese em que a execução ou omissão de determinado ato de ofício depende da atuação conjunta de mais de um funcionário público e estes, através de atuação coordenada, em divisão de tarefas, contribuem com um ato relevante para a realização do delito. É o caso, por exemplo, do recebimento de vantagem por parlamentares para a aprovação de um determinado projeto de lei ou, genericamente, para a obtenção de apoio em projetos diversos de determinado partido político.

Pode-se falar, em tal caso, em domínio funcional do fato, através da atuação coordenada de vários agentes públicos, em divisão de tarefas, cada qual relevante e necessária para a realização do ato.

Se cada agente público aceita a vantagem indevida de forma individual, sem contato ou coordenação de tarefas com qualquer outro, não há que se falar em coautoria, mas, sim, domínio sobre a própria ação, ou seja, cometimento de um crime distinto por cada um deles em autoria direta.

De igual modo, é possível imaginar a hipótese de um grande esquema de corrupção, em que cada servidor recebe vantagem indevida por sua função, mas há

consciência da atuação dos demais e conivência entre todos. Não há, porém, hierarquia entre eles. Também neste caso, apesar de serem todos réus numa mesma ação penal, é possível individualizar cada crime em relação ao seu autor, apesar de ser também possível que um seja partícipe do crime do outro, como colaborador ou instigador.

O particular que, ciente da qualificação, auxilia funcionário público na obtenção da vantagem, mas que não se confunde com o autor do crime de corrupção ativa, poderá incorrer no crime de corrupção passiva como partícipe⁴³, mas não como coautor, por se tratar de crime próprio.

A grande celeuma diz respeito à hipótese em que há hierarquia entre os agentes públicos. Se o dirigente está em conluio com o subordinado e ambos aceitam vantagem indevida em razão das suas funções e, proporcionalmente, repartem a vantagem entre eles, há coautoria no crime de corrupção passiva, ainda que, no caso, apenas o subordinado tenha contato com o particular que entrega a vantagem, a pedido do dirigente.

Se o dirigente induz o subordinado a erro e lhe determina que receba a vantagem indevida de um particular, mentindo sobre a origem e a sua finalidade, a hipótese é de autoria mediata com o executor impune, em face do erro de tipo. Há domínio sobre a vontade e a responsabilidade recai exclusivamente sobre o homem de trás.

Há a hipótese, também, em que o subordinado recebe vantagem indevida sem conhecimento do dirigente. Se não há dolo do dirigente, o crime de corrupção passiva deve ser imputado apenas ao subordinado, ainda que o ato/omissão, a pretexto do(a) qual há o pagamento da vantagem, seja de responsabilidade direta do subordinado ou mesmo na hipótese em que o ato/omissão é realizado(a) pelo dirigente e este o realiza por ser sua convicção ou por erro, sem qualquer interesse escuso, direcionamento ou conhecimento do recebimento de vantagem pelo subordinado.

Em dadas situações, a atuação ilícita dos executores se revela de forma tão evidente que se mostra improvável o desconhecimento por parte do dirigente, máxime quando demonstrado que a conduta ilícita se realiza no interesse direto do

⁴³ Cf. QUEIROZ, Paulo; BARBOSA, Aldeleine Melhor. **Por que adotar a teoria da acessoriedade extremada da participação**. Disponível em: <http://www.pauloqueiroz.net/por-que-adotar-a-teoria-da-acessoriedade-extremada-da-participacao/>. Acesso em: 24 set. 2017.

dirigente. A solução, como visto acima, pode se dar através do crime omissivo impróprio, previsto no art. 13, § 2º, do CP, demonstrando-se, no mínimo, o dolo eventual.

No caso da corrupção ativa, a coautoria é admitida de forma mais ampla quando feita a comparação com o crime de corrupção passiva, por se tratar de crime comum. Há coautoria, por exemplo, quando duas ou mais pessoas se cotizam para pagar a vantagem indevida a funcionário público, ainda que o ato a ser praticado não beneficie diretamente todas elas e ainda que uma apenas faça a entrega. Há coautoria, ainda, quando um particular procura funcionário público com o intuito de oferecer ou prometer vantagem ilícita em nome de outrem, entre outras hipóteses.

Em se tratando de cometimento de corrupção ativa através de organizações empresariais, a solução é aquela apresentada no item anterior.

Uma solução aceitável de imputação de responsabilidade ao dirigente estatal ou de determinada empresa privada consiste, em primeiro lugar, na aferição da autoria direta ou, caso não ocorra, na identificação de coautoria, através do crime omissivo impróprio, previsto no art. 13, § 2º, do CP, o que não afasta a necessidade de demonstração do dolo direto ou eventual.

A teoria do domínio do fato é um parâmetro de fundamental importância para compreender a atividade desempenhada por cada agente na realização do fato delituoso, apesar de a distinção não ser o pressuposto da responsabilidade criminal no nosso sistema unitário. Evita-se, assim, a inclusão de qualquer agente de forma objetiva, com fundamento exclusivo na função⁴⁴ exercida em determinada estrutura hierárquica.

Com relação ao crime de lavagem de dinheiro, a opção feita pelo legislador na redação original da Lei nº 9.613/98 foi no sentido da tipificação do crime de ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores, com especificação dos crimes que seriam os seus antecedentes, direta ou indiretamente.

Posteriormente, com o advento da Lei nº 12.683/2012, o ordenamento jurídico brasileiro aliou-se ao que o Direito Comparado intitula legislação de terceira

⁴⁴ “(...) para que se configure o domínio do fato é necessário que o *autor* tenha controle sobre o *executor* do fato, e não apenas ostente uma posição de superioridade ou de representatividade institucional, como se chegou a interpretar na jurisprudência brasileira” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral. v. 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 561).

geração⁴⁵, eliminando o rol de crimes antecedentes, o que significa que qualquer atividade criminosa pode ser antecedente ao crime de lavagem⁴⁶.

O art. 1º da Lei nº 9.613/98, com a redação dada pela Lei nº 12.683/2012, tipifica, assim, a conduta de ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Nos termos do § 1º, incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I - os converte em ativos lícitos; II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; ou III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

O § 2º, por sua vez, prevê que incorre na mesma pena quem: I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

Há, como visto, um tipo penal de ocultação, um tipo penal de intenção e um tipo penal de aquisição ou posse⁴⁷.

Na esteira do que já foi exposto em relação aos crimes de corrupção, não há dificuldades quanto à identificação do autor direto como detentor do domínio sobre a própria ação, realizando todos os elementos do tipo.

Note-se que o autor do crime de lavagem não é necessariamente o mesmo do crime antecedente⁴⁸, impondo-se apenas a consciência de que a lavagem tem

⁴⁵ “Na chamada primeira geração das legislações, a maioria dos países criou um rol de crimes antecedentes taxativo-vinculativo de forma a restringir os delitos apenas a casos graves que se relacionem com obtenção de valores, como, por exemplo, o tráfico de entorpecentes (primeira criação dos países que subscreveram a Convenção de Viena), a extorsão mediante sequestro, e outros. Em um segundo momento, ou em reformulação legislativa de segunda geração, em muitos países esse rol foi remodelado para abranger, de forma genérica, ‘todos’ dos crimes que se encaixavam em determinados critérios de punição, como, por exemplo, ‘com pena mínima acima de 1 (um) ano de reclusão’; e, na mais atual, ou terceira geração legislativa, acabou por se ampliar, ou na verdade extinguir, qualquer relação figurativa e restritiva de ‘crime anterior’, ampliando-se a configuração do crime de lavagem de dinheiro para ‘qualquer que seja’ o crime antecedente – entenda-se, desde que configurada a circunstância central e nevrálgica da tipificação, a ocultação ou dissimulação dos valores obtidos” (MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 67).

⁴⁶ Cf. MORO, Sérgio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 35.

⁴⁷ Cf. AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2007. p. 17.

⁴⁸ “Esta passa a ser cada vez mais um segmento terceirizado do mercado de serviços ilegais, proporcionada por especialistas, indivíduos e empresas, não só hábeis em elaborar complexas técnicas de escamoteação da origem ilícita de ativos mas habilitados a fornecer sofisticada assessoria na análise e gerenciamento de riscos e no estabelecimento de retaguarda jurídica para implementação de tais operações” (MAIA, Rodrigo Tigre. **Lavagem**

por objeto produto de infração penal. A tipificação autônoma do crime de lavagem é especialmente importante para possibilitar a persecução específica daqueles que se profissionalizaram na lavagem do produto de atividade criminosa⁴⁹.

Tratando-se de organização criminosa, contrária ao direito, hierarquizada, especializada da prática de crimes, especialmente em lavagem de dinheiro, é possível a aplicação direta da teoria do domínio por organização, nos mesmos moldes delineados por Claus Roxin⁵⁰, como visto acima, com responsabilização do autor de escritório (homem de trás), sem prejuízo da responsabilização dos executores. Ressalte-se que o § 4º do art. 1º da Lei nº 9.613/98 prevê causa de aumento de pena, de um a dois terços, se os crimes definidos na referida lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa.

Não há como dissociar a identificação da autoria da análise do elemento subjetivo, pois o domínio do fato só pode ser apurado em relação ao agente que realiza a conduta – omissiva ou comissiva – de forma dolosa⁵¹.

Nos crimes de lavagem, exige-se o dolo do agente, consistente na vontade livre e consciente de realizar a ocultação ou dissimulação da origem de bens, direitos ou valores, de que se sabe a origem ilícita, não havendo necessidade alguma, a partir da Lei nº 12.683/2012, de que o agente saiba especificamente qual foi o crime antecedente praticado. É da própria característica do crime de lavagem o distanciamento entre o seu agente e o agente do crime antecedente⁵².

Se determinada empresa é a responsável por converter valores provenientes de infração penal em ativos lícitos, a imputação da autoria do crime de lavagem a seus funcionários ou ao dirigente também não prescinde de comprovação do dolo.

Sobre as hipóteses de coautoria e autoria mediata, critérios do domínio funcional do fato e do domínio da vontade, não há divergências em relação aos exemplos e à análise já feita acima para os crimes de corrupção.

A maior discussão nesse tema, em relação aos crimes de lavagem de dinheiro, diz respeito à possibilidade de seu cometimento por dolo eventual e de que

de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime): Anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 13.

⁴⁹ Cf. MORO, Sérgio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 58-59.

⁵⁰ Cf. ROXIN, Claus. **O domínio da organização como forma independente de autoria mediata**. Disponível em: http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94. Acesso em: 09 set. 2017.

⁵¹ Roxin não admite o uso do critério do domínio do fato para aferir autoria nos delitos de violação de dever (concepção que abrange os crimes culposos) e nos delitos de mão própria. Cf. ROXIN, Claus. **Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000. p. 151.

⁵² Cf. MORO, Sérgio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60.

forma se daria esta aferição, sendo tal exame relevante na hipótese de prática do delito por um agente, isoladamente, ou por mais de um, em coautoria ou autoria mediata, ou, ainda, através de uma organização empresarial.

No Direito norte-americano, por construção jurisprudencial, passou a ser admitida a figura da *willful blindness* ou *conscious avoidance doctrine*, traduzida como a doutrina da “cegueira deliberada”, que tem origem na *common law* e não está restrita ao crime de lavagem de dinheiro⁵³.

De acordo com a referida teoria, a mera alegação do agente de que desconhecia a origem do bem ou dos valores não tem o condão de eliminar a sua responsabilidade criminal, quando demonstrado que ele agia com o propósito consciente de evitar conhecer esta informação.

A “ignorância deliberada” não se confunde com negligência. A sua aceitação pelas Cortes norte-americanas depende das seguintes demonstrações: a) prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime; e b) que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento⁵⁴. Demonstra-se, neste sentido, que o agente deliberadamente escolheu permanecer ignorante a respeito de todos os fatos quando era possível a alternativa.

No ordenamento jurídico brasileiro, há a possibilidade de adaptação e aplicação da teoria mediante aferição do dolo eventual⁵⁵. Como é de praxe neste tipo de crime, aquele que habitualmente se dedica à lavagem de dinheiro de forma autônoma é, em regra e propositadamente, indiferente à origem e natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos. O conhecimento pleno da origem e natureza criminosas é até mesmo indesejável, pois pode prejudicar a alegação de desconhecimento em eventual ação penal⁵⁶.

A prova do elemento subjetivo – e conseqüentemente do domínio do fato -, para fins de identificação e responsabilização do agente, é uma atividade complexa nos crimes de lavagem, uma vez que a ocultação ou a dissimulação de produto do

⁵³ Cf. VALLÉS, Ramon Ragués y. **La ignorância deliberada en Derecho Penal**. Barcelona: Atelier, 2007. p. 26.

⁵⁴ Cf. MORO, Sérgio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66.

⁵⁵ Cf. BONFIM, Marcia Monassi Mougén; BONFIM, Edilson Mougén. **Lavagem de Dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 46.

⁵⁶ Cf. MORO, Sérgio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69.

crime são atividades desenvolvidas deliberadamente com o escopo de evitar a sua detecção pelas autoridades públicas⁵⁷.

Com o objetivo de transpor a dificuldade probatória e de adaptar a interpretação para a complexidade inerente ao tipo de crime investigado, o art. 6º, item 2, *f*, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.015/2004, estabelece que “o conhecimento, a intenção ou a motivação, enquanto elementos constitutivos de uma infração enunciada no § 1º do presente artigo [lavagem de dinheiro], poderão inferir-se de circunstâncias factuais objetivas”. No mesmo sentido é a previsão do art. 28 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.687/2006.

Não se trata, em absoluto, de imputação de responsabilidade penal objetiva, mas de aferição objetiva de que, dadas as circunstâncias em que ocorreram o fato, era impossível ou absolutamente improvável o desconhecimento por parte do agente⁵⁸.

Como é possível observar, a teoria do domínio do fato não supre, em absoluto, o necessário esforço probatório do órgão de persecução penal para inserir a conduta do agente no nexo de causalidade quando verificada a prática do crime. Apenas a partir da apuração do seu comportamento e da identificação do elemento subjetivo, por dolo direto ou eventual, torna-se possível concluir se havia, ou não, domínio do fato, apurando-se, então, se era autor ou partícipe.

Havendo a prática do crime de lavagem de dinheiro por organizações empresariais de constituição lícita - como é o caso de determinados bancos privados ou empresas regulares voltadas, por exemplo, à venda de imóveis ou de veículos -, é cabível a imputação da responsabilidade, inclusive ao dirigente, mas desde que seja demonstrada a sua conduta ou omissão relevante no âmbito de causalidade e identificado o dolo, direto ou eventual.

⁵⁷ “Não raramente envolvem a prática de transações financeiras complexas, com o emprego dos subterfúgios possíveis para evitar seu desvelamento, como, por exemplo, a utilização de pessoas interpostas, *off-shores* ou ainda remessa do numerário ao exterior a fim de dificultar seu rastreamento devido às dificuldades inerentes à cooperação jurídica internacional” (MORO, Sérgio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70).

⁵⁸ Para que haja correlação entre a teoria da cegueira deliberada e o dolo eventual, é necessária consciência voluntária de criar obstáculos que impeçam o conhecimento sobre a origem ilícita da atividade (Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. São Paulo: RT, 2012. p. 94).

A teoria do domínio do fato é um importante instrumento para que cada agente seja posicionado corretamente nonexo causal, mas, como visto, não afasta a necessidade urgente de adaptação da nossa legislação para a complexidade atual dos crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro, prevendo maiores formas de vinculação dos dirigentes aos atos ilícitos praticados através de empresas ou de estruturas hierárquicas em entidades ou órgãos públicos, posicionando-os como garantes e tipificando, de forma mais clara e específica, a prática dos crimes por omissão imprópria.

7. CONCLUSÕES

Por todo o exposto, a despeito de o sistema de autoria do ordenamento jurídico brasileiro ainda ser o unitário, em que a distinção entre autor e partícipe só possui relevância no momento posterior de aplicação da pena pelo juiz, a análise do crime *in concreto* não prescinde da aplicação da teoria do domínio do fato para fins de identificação precisa da atuação de cada agente, nos crimes praticados mediante concurso de pessoas.

Não há, como visto, a possibilidade de utilização da teoria do domínio do fato como se se tratasse de uma palavra mágica, para suprir a deficiência probatória em determinado caso concreto. Não é possível, a partir da função ocupada pelo agente, concluir objetivamente que havia domínio do fato, mas, sim, identificar no seu comportamento concreto e através do exame do elemento subjetivo se a prática delituosa estava sob o seu domínio (domínio sobre a própria ação, domínio funcional do fato ou domínio da vontade), se atuou como partícipe ou se não realizou qualquer contribuição para a ocorrência do crime.

É relevante, assim, afastar a possibilidade de aplicação da teoria do domínio por organização nas hipóteses de crimes cometidos através de organizações empresariais lícitas, uma vez que não estão satisfeitos os pressupostos que fundamentam a teoria, como reconhecido pelo próprio Claus Roxin e visto acima. Com efeito, deve-se reconhecer que os requisitos da ilicitude da organização e da fungibilidade dos executores tornam desnecessária ou de menor importância a tarefa de construir, através de provas, o nexocausal até o detentor do poder de

comando, sendo o contrário do que se exige em organizações constituídas em conformidade com o ordenamento.

Portanto, como visto, a despeito da admissibilidade da teoria do domínio do fato no ordenamento jurídico brasileiro, para esse fim específico de identificação da atuação dos agentes, não supre a necessidade de comprovação do comportamento praticado – omissivo ou comissivo – e do elemento subjetivo.

Os crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro, sobretudo pela complexidade que norteia a sua prática e pelo silêncio dos envolvidos, possui apuração complexa, não prescindindo da necessária adaptação legislativa. Há, decerto, saídas normativas no ordenamento jurídico brasileiro, como a imputação pela via do crime omissivo impróprio previsto no art. 13, § 2º, do Código Penal ou pela admissibilidade do dolo eventual, mas se mantém a necessidade de demonstração do comportamento e do elemento subjetivo através de elementos objetivos, o que se apresenta, no caso concreto, como atividade difícilíssima a ser realizada.

8. REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do Domínio do Fato**. São Paulo: Saraiva, 2014.

AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. São Paulo: RT, 2012.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral. v. 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONFIM, Marcia Monassi Mougénot; BONFIM, Edilson Mougénot. **Lavagem de Dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A codelinquência no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

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

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. *O que é e o que não é a teoria sobre o domínio do fato sobre a distinção entre o autor e o partícipe no direito penal*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, ano 102, vol. 933, julho. 2013.

MAIA, Rodrigo Tigre. **Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)**: Anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

QUEIROZ, Paulo; BARBOSA, Aldeleine Melhor. **Por que adotar a teoria da acessoriedade extremada da participação**. Disponível em: <http://www.pauloqueiroz.net/por-que-adotar-a-teoria-da-acessoriedade-extremada-da-participacao/>. Acesso em: 24 set. 2017.

REALE JR., Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo: RT, 1998.

ROXIN, Claus. **Autoría y domínio del hecho en Derecho Penal**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. **O domínio da organização como forma independente de autoria mediata**. Disponível em: http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94. Acesso em: 09 set. 2017.

VALLÉS, Ramon Ragués y. **La ignorância deliberada en Derecho Penal**. Barcelona: Atelier, 2007.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal aleman: parte general**. 11. ed. Santiago de Chile: Juridica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.