

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO

WALLACE RENATO CLAUDINO DA SILVA

**AUTORIA NOS CRIMES DE COLARINHO-BRANCO**

RECIFE  
2016

WALLACE RENATO CLAUDINO DA SILVA

**AUTORIA NOS CRIMES DE COLARINHO-BRANCO**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Siqueira

RECIFE  
2016

**Silva, Wallace Renato Claudino da**

**Autoria nos crimes de colarinho-branco. / Wallace Renato Claudino da Silva. – Recife: O Autor, 2016.**

**43 f.**

**Orientador(a): Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira.**

**Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã.**

**Trabalho de conclusão de curso, 2016.**

**Inclui bibliografia.**

**1. Direito penal. 2. Crimes. 3. Colarinho-branco. 4. Teoria do domínio do fato. I. Título.**

**34 CDU (2.ed.)  
340 CDD (22.ed.)**

**Faculdade Damas  
TCC 2016-493**

## DEDICATÓRIA

O curso de Direito me forneceu um conhecimento imprescindível na minha carreira profissional e na minha vida. Foi graças a este curso que Deus me apresentou **HUMBERTO PINTO SILVA**, meu amigo **BETÃO**.

Como descrever Humberto? Tarefa essa não das mais fáceis, para uma pessoa que requer tantos atributos. Sua humildade é visível ao ponto de contagiar até aqueles que não o conhece. Com ele aprendi que a vida pode ser vista de uma ótica diferente. Sem dúvida, um dos homens mais inteligentes que conheci, capaz de compreender o extremo das ciências exatas até chegar ao ardo mundo das ciências humanas. Reconhecemos seus nobres adjetivos através do seu simples e singelo olhar.

Pois muito bem, aprendi com você, meu nobre amigo, assim como tantas outras palavras, que: “a vida não é para amadores, é para profissional”. Por isso dediquei-me tanto para que esse projeto superasse suas expectativas. Assim, dedico este documento a você, na qual foi incansavelmente persistente em minha trajetória, onde muitas vezes confiou mais em mim do que eu mesmo.

Dedico também a meu pai: **MIRACI VIEIRA DA SILVA**, na qual me ensinou a viver com dignidade. Neste documento deve ser citado, também, o nome da mulher que eu mais admiro e amo nesse mundo: **GISÉLIA CLAUDINO DA SILVA**, minha mãe. Por último, mas muito importante, dedico a **WILMAH DA SILVA**. Essa foi responsável por toda minha vocação na área jurídica. Sem você não teria conseguido.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a **DEUS** por ter dado força e sabedoria para a conclusão desta pesquisa.

Em seguida, agradeço a: **LUANA FERREIRA**, Gabriela Tenório, Eduarda Claudino, Jackson Quirino, Creusélia Sousa, Marcelo Moura, Bruno Gomes, Ana Raquel Jardim, Bruno Moreira, Eduardo Peixoto, Wilson Lima, Denayde Rodrigues, Taiana Oliveira, Maria Tereza e a Carlos André, esses foram os precursores imediatos para o sucesso deste curso.

Não poderia deixar de homenagear o professor Ricardo Silva, titular desta disciplina, onde teve muita paciência com minhas dúvidas. Agradeço também ao meu professor, coordenador e orientador Leonardo Siqueira, na qual serei um eterno admirador do seu conhecimento jurídico.

Em especial ao Padre Roberto, percussor do início dessa trajetória. Além desses, com muito carinho dou meu muito obrigado ao professor André Carneiro leão, este começou como meu orientador e deu início a este estudo, sem o mesmo, não teria realizado tamanha descoberta.

Ao meu **GRANDE AMIGO RIVALDO CÉSAR** deixo eternizado meu muito obrigado. Você, César, foi o quem estive ao meu lado durante todo esse tempo. Sem você não teria conseguido realizar este curso. **MUITO OBRIGADO POR SER MEU AMIGO.**

E a todos os professores, na qual foram responsáveis por essa jornada. Esses nomes representam tantos outros, pois tão grandes foram aqueles que me auxiliaram nessa nova etapa. A vocês, meu grande obrigado e minha eterna gratidão.

**“A doutrina é parte geral da jurisdição, o prólogo silencioso de qualquer veredicto”. (Ronald Dworkin)**

**“O bom mesmo é ir à luta com determinação, abraçar a vida com paixão, perder com classe e vencer com ousadia, pois o triunfo pertence a quem se atreve.”  
(Charles Chaplin)**

**O maior bem do homem pensante é ter explorado o explorável e serenamente venerar o inexplorável.**

## RESUMO

O tema tratado faz referência à autoria nos crimes de colarinho-branco na dogmática penal. A pesquisa apresentada busca verificar na doutrina e na prática judicial como são solucionados os casos práticos para conceituar e punir o autor dos crimes do colarinho-branco, no qual definimos como problema de pesquisa: as teorias criadas são capazes de solucionar os problemas práticos a respeito do concurso de pessoas, sob tudo numa visão dos crimes do colarinho-branco? Para resolver a problemática abordamos no primeiro capítulo, o conceito de autor de crime para o direito penal, onde rotulamos as teorias criada na doutrina para conceituar autor de crime. No segundo capítulo, trabalhamos com a criminalização nas infrações dos crimes do colarinho-branco, passamos pelo conceito, origem e sua perspectiva. Por último, aplicamos uma das teorias encontra no primeiro capítulo, qual seja: Teoria do domínio do fato, nos crimes do colarinho-branco na órbita dos tribunais. Neste ponto, analisamos dois precedentes jurídicos na ótica na aplicação de tal teoria. Utilizamos neste trabalho o método hipotético-dedutivo, onde submeteremos a testes, às críticas intersubjetivas e ao confronto dos fatos, recorrendo à lei, à doutrina e à jurisprudência, para uma compreensão ampla de como definir a autoria nos crimes do colarinho-branco. Concluímos que a teoria do domínio fato seria a mais significativa, pois abarca um conceito analítico no tocante ao concurso de pessoas na prática desses crimes, embora sua aplicação não esteja sendo utilizada como reza seus criadores, assim gerando uma insegurança jurídica.

.

Palavras-chaves: Direito Penal; Crime; Colarinho-branco; Teoria do Domínio do Fato;

## RESUMEN

El tema tratado se refiere a la autoría de los delitos de cuello blanco en la dogmática penal. La investigación presentada tiene por objeto comprobar la doctrina y la práctica judicial como estudios de caso para conocer y sancionar a los autores de los delitos de cuello blanco están resueltos, que definimos como problema de investigación: las teorías creadas son capaces de resolver problemas prácticos relativos el concurso de gente en todo en vista de la delincuencia de cuello blanco? Para resolver el problema que abordamos en el primer capítulo, el concepto de autor del crimen con la ley penal, que etiquetar las teorías creadas la doctrina de conceptualizar autor del crimen. En el segundo capítulo, trabajamos con la tipificación de delitos en los delitos de cuello blanco, aprobada por el concepto, origen y su perspectiva. Por último, aplicar una de las teorías que se encuentran en el primer capítulo, a saber: el hecho de que el dominio de la teoría, en los delitos de cuello blanco en la órbita de los tribunales. En este punto, se analizan dos precedentes legales en la óptica de la aplicación de esa teoría. Utilizamos este trabajo el método hipotético-deductivo, que presentará las pruebas a la crítica intersubjetiva y la confrontación de los hechos, el uso de la ley, la doctrina y la jurisprudencia, para una amplia comprensión de cómo definir la autoría de los crímenes de cuello blanco. Llegamos a la conclusión de que la teoría del dominio de hecho sería el más significativo, ya que cubre un concepto analítico en relación con el pueblo de adquisición en la práctica de estos crímenes, aunque no se esté utilizando su aplicación como se indica en sus creadores, lo que genera inseguridad jurídica.

Palabras clave: Derecho Penal; la delincuencia; De cuello blanco; La teoría de dominio hecho

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 CONCEITO DE AUTOR NO DIREITO PENAL.....</b>	<b>12</b>
2.1 teorias do conceito de autor.....	14
2.1.1 Teoria subjetiva ou unitária.....	15
2.1.2 Teoria extensiva de autor.....	15
2.1.3 Teoria objetiva, restritiva de autor.....	16
2.1.4 Teoria do domínio do fato.....	17
<b>3 CRIMINALIZAÇÃO NAS INFRAÇÕES DOS CRIMES DO COLARINHO BRANCO.....</b>	<b>21</b>
<b>4 A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NOS CRIMES DE COLARINHO-BRANCO SOB ÓTICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....</b>	<b>33</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>40</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>42</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O referido trabalho de conclusão de curso tem como problemática a autoria nos crimes de colarinho-branco. Este estudo propõe-se a estudar: Qual teoria sobre o conceito de autor seria a mais explicativa para a resolução dos crimes do colarinho branco. Desta forma indagamos: as teorias criadas são capazes de solucionar os problemas práticos a respeito do concurso de pessoas, sob tudo numa visão dos crimes do colarinho branco?

Tal problema justificasse pela grande quantidade de teorias criada pela doutrina de modo que não existe uma teoria capaz de satisfazer o desejo de conceituar autor por parte do legislador. Além disso, ao aferir quem verdadeiramente é autor de crime, se faz de grande importância, pois ao atribuir erroneamente à autoria do delito a determinado agente, estará aplicando o direito penal de forma abominável, visto que, esse é regido pelo princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*, não obstante, a valorização da pena aplicada está intrinsecamente ligada aos atos executórios percorrido pelo agente.

Dessa maneira, ao interpretar de forma equivocada quem é o autor da transgressão, está influenciado não apenas na dogmática penal mais na trajetória da vida do réu.

O objetivo deste trabalho é verificar na doutrina e na prática judicial como são solucionados os casos práticos para conceituar e punir o autor dos crimes do colarinho-branco.

A problemática que envolve este estudo, que se encontra na seara do Direito penal, consiste no fato de explicitar as mais variantes soluções criadas na doutrina para conceituar autoria criminosa.

Utilizamos neste trabalho o hipotético-dedutivo, onde submeteremos a testes, às críticas intersubjetivas e ao confronto dos fatos, recorrendo à lei, à doutrina e à jurisprudência, para uma compreensão ampla de como definir a autoria nos crimes do colarinho-branco na dogmática Penal.

Devemos encontrar como futura resposta a teoria do domínio do fato, pois o Superior Tribunal Federal tem se utilizado deste para resolver a autoria nos crimes de maior repercussão financeira do país.

Inicialmente, o referido documento estrutura-se em três capítulos, apresentando-se no primeiro as teorias sobre a autoria no direito penal, onde

rotulamos os mais diversos conceitos de autor do crime. No segundo capítulo, é abordada a criminalização nas infrações do crime de colarinho-branco. Além disso, abordamos a origem e o conceito dos delitos de colarinho-branco e a sua difícil aplicação no direito penal. O terceiro capítulo caracteriza a aplicação das teorias encontradas, com foco na teoria do domínio do fato. Para isto, analisaremos a resolução de dois precedentes jurídicos na qual fora utilizada a referida teoria para solucionar o conceito de autor no crime praticado.

## 2. CONCEITO DE AUTOR NO DIREITO PENAL

A inércia em conceituar quem é autor e partícipe nos crimes por parte dos legisladores, em sentido global, deu início a uma série de teorias por parte da doutrina, principalmente a alemã e a espanhola, para sua resolução. O legislador penal brasileiro no tema -concurso de pessoas- não conceitua quem comete ou quem apenas participa de alguma forma para o cometimento do crime, apenas leva em consideração as normas de aplicação da pena. Aferir quem verdadeiramente é autor de crime, se faz de grande importância, pois ao atribuir erroneamente a autoria de um delito a um agente, estará aplicando o direito penal de forma abominável, visto que, esse é regido pelo princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*. O doutrinador Argentino, Zaffaroni, faz referência, e não sem razão a tal tema. Explana Zaffaroni<sup>1</sup> que “Por elementares razões sistemáticas, não se pode afirmar como pretende a simplista teoria do “autor único”, que todo causador é autor, porque não ficaria em pé nenhum dos princípios básicos do direito penal”.

A doutrina se utiliza de uma classificação objetiva quanto ao número de agentes para o cometimento dos crimes. Os crimes podem ser unissubjetivos ou plurissubjetivos. Aquele é a regra no nosso código penal; podendo ser praticado por uma única pessoa, por exemplo, artigo 121 do código penal brasileiro (CPB) “Matar alguém”. Esse núcleo pode ser praticado indubitavelmente por uma única pessoa, sem a necessidade de qualquer meio de ajuda ou colaboração por parte de terceiros. Nos crimes plurissubjetivos, a pluralidade de agentes é descrita no próprio tipo penal, como bem afirma Bettiol<sup>2</sup>; como condição necessária para o preenchimento dos requisitos do tipo, como positiva a parte geral do CPB em seu artigo 14, ao tratar da consumação dos crimes. Ademais, podemos ter como exemplo no atual CPB de crime plurissubjetivo, o artigo 288, com nova definição legal introduzida pela lei 12.850/2013, Lei do Crime Organizado. Este tipo penal (artigo 288, CPB) é caracterizado pela associação de três ou mais pessoas, sendo assim requisito imprescindível para a sua realização.

Kantorowicz (1949 *apud* GRECO, 2012) defende a ideia do tema -concurso de pessoas- é “o mais obscuro e confuso capítulo do direito penal”. Não

---

<sup>1</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. Tratado de derecho penal: parte geral. Buenos Aires: Editar, 1988, p. 571.

<sup>2</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Derecho penal parte general** 4. ed. Palermo: editora Priulla, 1958. p. 567

satisfeito com a problemática, Kantorowicz (1949 *apud* GRECO, 2012) “desesperançoso capítulo da ciência jurídica-penal”.<sup>3</sup>

No estudo do concurso de pessoas, concluímos que se faz interesse apenas aos crimes unissubjetivos, pois nos plurissubjetivos, a reunião de agentes colaboradores é descrita do próprio tipo legal.

Em relação a concorrência nas infrações penais, a doutrina discute se a conduta criminosa praticada por vários agentes para a realização do tipo legal caracteriza um ou vários crimes. Para essa resolução podemos citar três teorias.

A primeira é a teoria monista; para essa teoria, mesmo que o crime tenha sido praticado por vários agentes, a valorização se dar de forma única, ou seja, todos são responsáveis pela produção do resultado lesivo. Todos os agentes respondem pela prática do mesmo crime, sem distinção, em razão de política criminal. O código penal brasileiro adotou tal teoria para diferenciar se os agentes respondem por um ou vários crimes, conforme disciplina o artigo 29 CPB<sup>4</sup>. A citar, “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Ao final da redação do artigo, fica evidente a preocupação do legislador com o nível de participação do autor ao concorrer para a conduta criminosa. Vale ressaltar que, cabe ao magistrado aferir o nível de atos praticados pelo agente aplicando assim o sistema diferenciador.

A segunda teoria é a pluralística; Segundo essa, a quantidade de agentes corresponde à própria quantidade de crimes, ou seja, cada participante tem sua conduta valorada individualmente. A cada agente concorrente se atribui uma vontade e consciência própria, razão pela qual há delitos autônomos impostos individualmente.

E por derradeiro, teoria dualística. Nessa concepção, autor responde por um crime aparte do partícipe. Tem-se o crime para aqueles que realizam o núcleo do tipo e outro para aquele que concorre de forma acessória.

---

<sup>3</sup> GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **A Distinção entre Autor e Partícipe como Problema do Legislador. Autoria e Participação no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012)**. Revista Brasileira de Ciências Criminas: RBCCrim, v. 22, n. 107, p. 13-46, mar./abr. 2014. p. 3

<sup>4</sup> BRASIL. Código (1941). **Código Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

## 2.1. Teorias do conceito de autor

Com base nas informações que alude a doutrina em diferenciar se a conduta delituosa praticada em concurso de pessoas constitui um ou mais crimes e percebendo que tal distinção é ontologicamente relevante para o direito penal; adentramos em ponto ainda mais discutível na evolução do direito penal, qual seja, a conceituação do autor do delito.

Sem embargo, a valorização da pena aplicada está intrinsecamente ligada aos atos executórios percorridos pelo agente. A quantidade de meios e atos realizados no *iter criminis* estará presente na subjetividade da pena imposta pelo magistrado. Assim, percebemos que os cometimentos de crimes em geral e em especial aos do colarinho-branco, não são obras de apenas uma pessoa. Por essa razão se faz necessário um estudo da dogmática penal em autoria de crimes. Portanto, sempre que exista uma pluralidade de pessoas para um acontecimento penal, cabe analisarmos quem entre as quais são autores e as quais são partícipes do crime, logo quando, num crime intervêm vários agentes fala-se em concurso de pessoais.<sup>5</sup>

Nos primeiros pontos de partida da obra, *Autoria y Dominio del Hecho en derecho penal*, Roxin explana que autoria é diferente de participação, para isso, o renomado penalista alemão faz alusão a autoria em três prismas.

Em uma vertente Causalista, autor do crime era visto como aquele que realiza uma ação e não um comportamento, voluntário causador de modificação no mundo Exterior.<sup>6</sup>

Em uma segunda visão, sendo esta Teleológica. Autoria é vista como um comportamento humano voluntário psiquicamente dirigido para prática de um crime.

Por último, Roxin explica a autoria na perspectiva ontológica, no qual é caracterizado pelo comportamento humano voluntário causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Nesta obra, não nos cabe trazer todas as teorias criadas na história dogmática do direito penal, aja vista o limitado espaço de tempo a que nos convém.

---

<sup>5</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Tratado de derecho penal: parte geral**. Buenos Aires: Editar, 1988. p. 569.

<sup>6</sup> ROXIN, Claus. **Autoria y Dominio del Hecho en derecho penal**. Tradução da 7. edição alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luiz Serrano Gonzáles de Murilho, Madri, Marcial Pons, 2000. p. 33.

Esclarecemos as principais teorias criadas pelo direito, principalmente o direito alemão, e a posição adotada pelo legislador, em face dos dogmas ontológicos a respeito do conceito de autor.

Posto isto, adentramos nas teorias dominantes referentes ao conceito de autoria adotada pela corrente brasileira.

### **2.1.1. Teoria subjetiva ou unitária**

Para essa teoria, autor é todo aquele que participa, contribui ou colabora para realização de um crime. Fica evidente que essa teoria não faz distinção entre autor e partícipe do crime. Autor é todo aquele que contribui de modo causal para a realização do fato (não se faz distinção entre autor e partícipes). Então, define-se como todo aquele que intervém causalmente em um fato é condição ou causa de seu resultado, e em igual medida.

É bem verdade que, a aplicação dessa corrente dificultaria a resolução dos casos na órbita criminal, visto que, aquele que colaborou de forma mínima para o delito, receberia a mesma pena do autor propriamente dito; tendo em vista, muitas vezes a aplicação do direito penal de forma objetiva. Forma esta, radicalizada pela evolução epistemológica do direito penal.

### **2.1.2. Teoria extensiva de autor**

Para essa teoria, todo aquele que concorre para o cometimento do crime é rotulado, autor, ficando a participação valorada na pena aplicada. O que se pretende é aplicar a corrente causalística. Bitencourt<sup>7</sup> defende que provavelmente tal teoria foi criada por Leopold Zimmerl, a quem foi imputada as primeiras pesquisas do conceito extensivo de autoria. Para Welzel (1997 apud Prado 2002, p. 401) “é um fruto tardio da doutrina Causalística”. Não obstante, observamos que a regência desta teoria, assim como a anterior, não é bem aceita na visão dos estudiosos, por não fazer distinção entre autor e partícipe.

---

<sup>7</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 554

O conceito extensivo de autor é baseado na teoria *conditio sine qua non* (teoria da equivalência das condições). Todo aquele que concorre para a prática do delito, até mesmo indiretamente e de forma não subjetiva, será considerado autor do delito.

A valoração da pena imposta nesta teoria é definida nos atos de contribuição dos integrantes do crime.

### **2.1.3. Teoria objetiva, restritiva de autor**

Através da teoria restritiva de autor, o conceito subjetivo foi sendo desprezado. A teoria objetiva ganha respaldo metodológico em conceituar restritamente todo aquele que concorre para a realização da conduta típica descrita no tipo incriminador, ou seja, autor é todo aquele que realiza o núcleo do dispositivo penal. Neste sentido, Brandão<sup>8</sup> conceitua autor como aquele que materializa o verbo no dispositivo penal incriminador, afirma ainda que se alguém participar de um delito sem realizar o núcleo do tipo, não pode ser rotulado como autor, mas sim como partícipe.

A principal característica desta teoria é a evolução dogmática do direito penal, em diferenciar ator, coautores e partícipes. Como autor é quem realiza o núcleo do tipo, ficando a participação de fora da realização típica objetiva do dispositivo incriminador. Assim, a participação será valorada na pena aplicada, levada em consideração a quantidade de atos percorridos pelo participante do crime.

Como demonstrado, é oportuno notar que a teoria restritiva deixa a cargo das normas de extensão a tipificação da conduta da participação, ou seja, não traz positivado no dispositivo incriminador a conduta do colaborador para a ação principal, o que leva a doutrina a fazer uma distinção entre conceito objetivo-formal e objetivo-material.

No conceito objetivo-formal, autor é quem realiza a ação verbal do tipo incriminador e o partícipe é quem de qualquer forma concorre para o tipo penal. Tal teoria foi bem quista até meados do século XX. Com a evolução dos dogmas penais e as lacunas trazidas pelos dispositivos incriminadores, se fez pensar se o conceito objetivo-formal resolveria à problemática do autor mediato.

---

<sup>8</sup> BRANDÃO, Claudio. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 271.

A doutrina nos ensina que, autor mediato é o instrumento do crime, na qual comete diretamente a violação ao bem jurídico, todavia, regrado pelo autor imediato. Malgrado, o nosso Código penal não traz o conceito de autor mediato, podemos citar algumas hipótese onde esse instituto prepondera. Na obediência hierárquica (artigo 22), no erro de tipo escusável provocado por terceiro (artigo 20, § 2º), e no erro de proibição escusável provocado por terceiro (artigo 21, caput).

Assim, enquanto que nos dogmas iniciais a respeito de autoria, sendo estes de desempenho unitário: teoria subjetiva e teoria extensiva (adotadas nas correntes Causalística e teológicas, respectivamente), se faz presente uma visão de cunho duvidoso a respeito do autor do crime; as teorias diferenciadoras em especial a objetiva-formal, nos dar uma remota estabilidade quanto a autoria, bem lembra Roxin<sup>9</sup> “pero mientras lo que por ejemplo em la teoria subjetiva de la autoria representa un cuerpo extraño, aqui ocupa, fundadamente, el centro de la delimitación”.

Dessa maneira, explanamos a ideia que existe o sentido amplo e o restrito de autor. O sentido amplo equipa-se a teoria subjetiva, onde quem participa de qualquer forma para a ocorrência do evento penal, será considerado agente ativo do delito. A concepção restrita está ligado a ideia da teoria restritiva, dessa forma, existe diferença entre autor e partícipe. A autoria não decorre da mera ocorrência do resultado, pois não é qualquer valoração para a coroação típica que se pode enquadrar nesse conceito, assim Puig<sup>10</sup>.

#### 2.1.4. Teoria do domínio do fato

Roxin deixa claro o ensinamento da doutrina finalista de Welzel, sendo este um dos primeiros a notar a dificuldade de conceituar autoria, dando o ponto de partida na dogmática da teoria do domínio do fato. Afirma Roxin<sup>11</sup> que em apenas em 1939, Welzel desenvolveu, pela primeira vez, em seus estudos sobre o

<sup>9</sup> ROXIN, Claus. **Autoria y Dominio del Hecho en derecho penal**. Tradução da 7. edição alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luiz Serrano Gonzáles de Murilho, Madri, Marcial Pons, 2000. p. 55.

<sup>10</sup> PUIG, Santiago Mir. **Derecho penal parte general** 6. ed. Barcelona: Reppertor, 2002 p. 358.

<sup>11</sup> (ROXIN, 2000, p. 35 ROXIN, Claus. **Autoria y Dominio del Hecho en derecho penal**. Tradução da 7. edição alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luiz Serrano Gonzáles de Murilho, Madri, Marcial Pons, 2000.

sistema do direito penal, a sua tão influente "teoria do domínio final do fato", com base em sua doutrina da ação e que se conecta com os resultados.

Essa teoria constitui uma evolução doutrinária em comparação as teorias desenvolvidas anteriormente, deixando clara a figura distinta do autor e do partícipe, além de melhor explicar a figura do autor mediato.

Tal teoria comentada primordialmente por Hans Welzel<sup>12</sup> ao final da década de 1930, com passagens cordialmente finalistas, o mesmo defendia que o autor do delito é quem controla finalisticamente o fato, ou seja, quem decide a sua forma de executar, seu início, cessação e demais condições. Por outro lado, partícipe, será aquele, que, contudo colabora dolosamente para o objetivo do resultado, não exercendo o domínio a ação. Segundo os ensinamentos de Fragoso<sup>13</sup>, o autor não se confunde obrigatoriamente com o executor material, o chefe de uma quadrilha de roubos a estabelecimentos bancários, que planeja a ação delituosa, escolhe as pessoas que devam realiza-la, distribuindo as respectivas tarefas, e ordena a concretização do crime, contando com a fidelidade de seus comandados, não é um mero participante, mas, sim, autor, porque possui "o domínio final da ação", ainda que não tome parte na execução material do fato criminoso. Do mesmo modo, não deixa de ser autor quem se serve de outrem, não imputável, para a prática de fato criminoso, porque é ele quem conserva em suas mãos o comando da ação criminosa.

Malgrado, ser atribuída ao finalismo Welziano, Luiz Greco<sup>14</sup> em: "O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal". Defende a ideia de ser atribuída a Hegler em 1915 a expressão "domínio do fato" e só em 1933 por - Lobe - foi empregada no tema concurso de pessoas.

A expressão domínio do fato foi usada, pela primeira vez, por Hegler no ano de 1915, mas ainda não possuía a conotação que se lhe empresta atualmente, estando mais atrelada aos fundamentos da culpabilidade. A primeira formulação da ideia central da teoria do domínio do fato no plano da autoria, em termos assemelhados aos contornos que lhe confere Roxin,

---

<sup>12</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman** 4. Ed. Santiago: Editora jurídica de Chile, 1997. p. 230

<sup>13</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**; parte geral. 4 ed. Rio de Janeiro Forense, 1995, p. 345.

<sup>14</sup> GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O Que é e o que não é a Teoria do Domínio do Fato sobre a Distinção entre Autor e Partícipe no Direito Penal. **Revista dos Tribunais**: vol. 933/2013, p. 61, Jul / 2013. p. 5.

deu-se efetivamente em 1933, por Lobe, mas produziu eco apenas quando Welzel a mencionou - sem referir-se, no entanto, ao seu antecessor - em famoso estudo de 1939, referindo-se a um *domínio final do fato* como critério determinante da autoria. Em razão dessa sucessão de referências esparsas e pouco lineares à ideia de domínio do fato é que se pode dizer, sem exagero, que apenas em 1963, com o estudo monográfico de Roxin, a ideia teve os seus contornos concretamente desenhados, o que lhe permitiu, paulatinamente, conquistar a adesão de quase toda a doutrina (GRECO, 2013, p. 2, grifo do autor).

Com já exposto, em 1963, Claus Roxin<sup>15</sup> na obra (*täterschaft und tatherrschaft*) retratou que a teoria do domínio do fato ganhou destaque e repercussão global. Com uma vertente diferente da trazida por Welzel, Roxin dar a teoria um ganho funcionalista de conduta. Nas palavras de Greco<sup>16</sup>: “A ideia de domínio do fato desenvolvida por Roxin é, nesse sentido, uma descoberta, uma inovação dogmática”.

O conceito de autor é *primário* e possui significado central no injusto, no sentido de que as formas de participação (a instigação e a cumplicidade) são causas de extensão da punibilidade, que só entram em cena quando o agente não é autor. O partícipe na perspectiva do tipo penal, é quem contribui para um fato típico em caráter meramente secundário, é a figura marginal, lateral do acontecer típico, o que se extrai secundariamente, ante a ausência de algum dos elementos que determinam positivamente a autoria do fato. Assim entende Grego.

A teoria tratada, agora num plano funcionalista, divide três formas de autoria para o controle do fato (1º autor propriamente dito, 2º autor mediato, 3º autor intelectual). No prisma de autor propriamente dito conceitua-se como todo aquele com consciência e vontade realiza o núcleo do dispositivo penal, ou seja, aquele que realiza a ação legalmente proibitiva. Como autor mediato é aquele que se vale de um terceiro não culpável como seu instrumento para violar um dispositivo material incriminador. Nesse sentido Roxin<sup>17</sup> dá o nome de princípio da responsabilidade. A coação exercida sobre o homem da frente. Ao exculpar o homem da frente em certos casos de coação, o legislador dá a entender que quer responsabilizar o homem de trás que provoca o que se pretendia.

<sup>15</sup> ROXIN, Claus. **Autoria y Dominio del Hecho en derecho penal**. Tradução da 7. edição alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luiz Serrano Gonzáles de Murilho, Madri, Marcial Pons, 2000.

<sup>16</sup> GRECO, Luís; LEITE, Almor. O Que é e o que não é a Teoria do Domínio do Fato sobre a Distinção entre Autor e Partícipe no Direito Penal. **Revista dos Tribunais**: vol. 933/2013, p. 61, Jul / 2013.

<sup>17</sup> ROXIN, Claus. **Autoria y Dominio del Hecho en derecho penal**. Tradução da 7. edição alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luiz Serrano Gonzáles de Murilho, Madri, Marcial Pons, 2000.

Sobre tal tema, o princípio da responsabilidade é, para Roxin, o único parâmetro viável nos casos de coação, uma vez que dominar alguém que sabe o que faz é algo, em princípio, excepcional, que só pode ser admitido com base nos parâmetros fixados pelo legislador.

Hans Welzel cita, como exemplo clássico de autoria mediata: A) o médico que, dolosamente e insidiosamente, entrega uma injeção de morfina, em dose demasiadamente forte para a enfermeira, que, sem desconfiar de nada, a aplica em um paciente, chegando esse a óbito. O médico é autor mediato de homicídio doloso, aja vista que usou sua assistente como instrumento do crime, ao passo que a enfermeira não será cúmplice, respondendo por crime culposos, desde que tenha atuado com imprudência ou negligência. Na terceira vertente, e mais importante, encontramos a figura do autor intelectual, onde autor é aquele que organiza e planeja a empreitada criminosa para ser realizada por outras pessoas. Autor nessa concepção é aquele que domina o “COMO” “QUANDO” “ONDE” e o “SE” na empreitada criminosa.

Esta tese se relaciona mais com a conduta do que o resultado. Nesse sentido Damásio de Jesus<sup>18</sup>: “Na autoria intelectual o sujeito planeja a ação delituosa, constituindo o crime produto de sua criatividade. É o caso do chefe de quadrilha que, sem efetuar comportamento típico, planeja e decide a ação conjunta”. Apesar da grande importância da teoria do domínio funcional do fato, esta recebe uma grande crítica por não explica a autoria dos crimes culposos, já que esses delitos se caracterizam pela causa de um resultado involuntário, e impreterivelmente impossível de ser dominado pelo agente.

Assim, com base nos ensinamentos doutrinários expostos, o conceito de autoria e participação demonstra ser de um grande problema para as resoluções dos casos práticos, não apenas nos crimes do colarinho-branco, mas para uma grande quantidade de delitos, aja vista a sua difícil tarefa de conceituação. Por isso, a doutrina vem de uma grande evolução desde o século passado e ainda hoje não esta resolvida.

---

<sup>18</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

### **3. CRIMINALIZAÇÃO NAS INFRAÇÕES DOS CRIMES DO COLARINHO-BRANCO**

Várias normas pátrias brasileiras trazem concepções de crimes relacionados a um grupo de pessoas que quase sempre necessitam de um “certo poder” para poder infringi-las. Tal qual o tema concurso de pessoas, tratado com ênfase no primeiro capítulo desta obra, em relação ao conceito de crimes do colarinho-branco, não os encontramos nas normas, ou seja, não encontramos lei, ato normativo, ou até mesmo na jurisprudência no tocante ao seu conceito.

O problema fica a cargo da doutrina, que até mesmo à brasileira, não é pacífica em ostentar um atributo conceitual para tais delitos.

A expressão “Crime do Colarinho-Branco” surge nos Estados Unidos da América, mais especificamente na cidade de Chicago, por volta da década de 30 com a expressão: “White Collar Crime”. Tal expressão, criada por Edwin Sutherland no século XX foi usada para qualificar crimes cometidos por executivos e políticos contra a ordem financeira. O crime do colarinho-branco é definido pelo autor como um crime cometido por uma pessoa respeitável, e de alta posição (status) social, no exercício de suas ocupações. Portanto, Sutherland passa a identificar os autores de crimes diferenciados que apresentavam pontos acentuados de distinção com os criminosos chamados de comuns. Apesar de sua grande contribuição para as ciências criminais, Sutherland, não era criminalista, mas sim médico e sociológico.

Para o autor, a explicação fornecida pelas diversas teorias criminológicas até então não seriam capazes de responder de forma adequada à questão dos crimes praticados por certa parcela da sociedade, já que muitas viam nas enfermidades sociais um rol de desorganização e pobreza, a essência do crime, de forma que as distanciavam da realidade dos crimes por ele investigado.

Para o autor americano, ninguém nasce criminoso, mas aprende a se torna um. O crime é mero resultado de um processo inadequado ou falho de socialização do ser humano. O ser se tornaria criminoso ao observar outras condutas criminosas e interagir com outras pessoas, notadamente aquelas que se dedicam ao crime.

Assim, a pessoa se tornaria delinquente por estar mais submetida a modelos de comportamento delitivo do que a modelos de comportamento não

delitivos. A cultura criminoso existe e, a depender no nível de atuação do estado em determinado grupos sociais, ela predomina em relação à cultura normativa.

Esses crimes de "colarinho-branco" geralmente não foram considerados pelos criminologistas como análogos aos de outros criminosos e foram incluídos no campo das teorias do comportamento criminoso porque os procedimentos administrativos e judiciais têm sido diferentes para as violações da lei penal. Além disso, essa implementação diferencial do direito penal, como se aplica a comerciantes, é explicável pelo status mercante, a tendência para não usar métodos punitivos e o ressentimento relativamente desorganizado do público em relação a esse tipo de crime, Sutherland<sup>19</sup>.

Com essa denominação, fazendo referência aos trajes usados pelos funcionários de alto escalão das empresas, o autor deu substancial contribuição para a criminologia moderna, trazendo novas perspectivas de criminosos, que desde o antigo agito, se tem notícias que os sacerdotes cometiam fraudes e ficavam impunes devido a grande dificuldade em atribuir o rótulo de criminoso aos que, em tese, ara responsáveis por administrar os interesses de determinado povo.

Rodrigo Sánchez Rios<sup>20</sup> ensina com grande entusiasmo os estudos de Sutherland, para o autor, o sociólogo americano foi o principal contribuidor em diagnosticar esse tipo de criminoso.

Sutherland reage contra as explicações deterministas da impostação socioeconômica e psicopatológica: sustenta que estas orientações foram construídas graças à utilização de um "falso padrão de criminalidade" que incluía apenas os criminosos de baixa renda, deixando de lado os criminosos de colarinho branco. A ideia geral do crime para nosso autor (do colarinho branco) se origina não de fatores individuais, de animosidade interna, mas de um contato social num constante processo de aprendizagem. Tanto é assim, que o elemento comum do crime situa-se na direta relação com outras pessoas que tenham uma predisposição maior ao delito. Ele denominou esta relação de "Associação Diferencial". Aqui incluía os delitos de colarinho branco. Esta categoria de delitos consistia nos crimes cometidos por pessoas respeitáveis dentro da sua profissão (empresários, profissionais liberais, políticos etc.). Ao estudar as infrações cometidas pelos homens de negócios ou empresários no exercício de suas atividades, "a expressão criminalidade de colarinho branco ficou associada à ideia de criminalidade econômica". As contribuições científicas de Sutherland auxiliaram na identificação sob o aspecto criminológico desta

---

<sup>19</sup> SUTHERLAND, Edwin Hardin. **El delito de cuello blanco**. Madrid: La piqueta, 1999. p 106

<sup>20</sup> RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. **Revista dos Tribunais**: vol. 775/2000, p. 432 - 448, Mai / 2000. Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, vol. 2, p. 261 - 282, Jul / 2011.

categoria de delitos. De acordo com isto constata-se que tanto o *modus operandi* como o sujeito ativo do delito econômico reúnem características próprias inerentes a este tipo de delito. Estes dados apoiam-se na amplitude do enfoque criminológico frente ao normativo (RIOS, 2000, p. 6).

Sutherland<sup>21</sup> concluiu que: a delinquência nas grandes corporações, assim como nos negócios dos assaltantes profissionais, é reiterável e sua grande proporção dos que cometem são reincidentes. O comportamento ilegal dos empresários é muito mais extenso do que os que constam nos procedimentos, nos registros e nas denúncias formalizadas. Não obstante, os empresários que violam as normas editadas para regular seus negócios não costumam perder seu *status* junto aos seus sócios e amigos comerciais.

Ademais, segundo ele, outra diferença entre ladrões e os criminosos de colarinho-branco é que estes, diferentemente daqueles, não se consideravam como criminosos, mesmo violando as leis penais.

Lombroso, fundador da escola positivista Biológica e patrono da criminologia, partiu da ideia básica da existência de um criminoso nato, na qual, para ele, o delinquente trazia na sua morfologia aparências e tendências criminosas. Segundo o positivista citado, muitos estupradores têm os lábios grossos, cabelos abundantes e negros, olhos brilhantes, voz rouca, crânio anômalo, adotados muitas vezes de cretinice e de raquitismo. Os ladrões, que como as meretrizes, são apaixonados por cores berrantes: amarelo, vermelho, azul por berloques, correntes, e até brincos, são ignorantes da espécie delinquente. Assim discorre Lombroso<sup>22</sup>.

Dessa maneira, a partir de estudos baseados no método dedutivo e nas ciências biológicas, o positivismo criminal, na qual a criminologia clássica ganha maior respaldo, atribui características físicas e morfológicas e rotula pessoas e condutas como tida como delinquentes. Por conseguinte, Bitencourt, trazendo as ideias de Lombroso, ressalva que:

O criminoso nato de Lombroso seria reconhecido por uma série de estigmas físicos: assimetria do rosto, dentição anormal, orelhas grandes, olhos defeituosos, características sexuais invertidas, tatuagens, irregularidades nos dedos e nos mamilos etc. Lombroso chegou a acreditar que o criminoso nato era um tipo de subespécie do homem, com características físicas e

---

<sup>21</sup> SUTHERLAND, Edwin Hardin. **El delito de cuello blanco**. Madrid: La piqueta, 1999. p. 227-229.

<sup>22</sup> LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. São Paulo: Icone, 2007. p. 141.

mentais, crendo, inclusive, que fosse possível estabelecer as características pessoais das diferentes espécies de delinquentes: ladrões, assassinos, tarados sexuais etc. Experimentalmente, contudo, não conseguiu comprovar. Os estudos de Lombroso sobre as causas biopsíquicas do crime contribuíram decisivamente no desenvolvimento da sociologia criminal, destacando os fatores antropológicos. Com isso iniciaram-se estudos diferentes sobre a pena privativa de liberdade. Uma das contribuições mais importantes dos estudos de Lombroso – além da teoria do criminoso nato - foi trazer para as ciências criminais a observação do delinquente através do estudo indutivo-experimental. (BITENCOURT, 2013, p. 104.).

Com a evolução da sociedade e da própria criminologia, a dogmática criminal passou a dar uma atenção maior aos indivíduos que não chegam a tal conceito, inicialmente sugerido por Lombroso. Esses indivíduos estão localizados na cúpula da sociedade, na qual poucos têm acesso.

De tal modo lembrando as ideias de Sutherland, em contra posição as referências trazidas por Lombroso: ninguém nasce criminoso, mas o delito (e a delinquência) é o resultado da socialização incorreta. Não há, pois, “herança biológica”, mas sim um processo de aprendizagem que conduz o homem à prática dos atos socialmente reprováveis.

Como exposto, o conceito de crime do colarinho-branco está associado aos crimes de ordem política e econômica praticados em sua maioria por pessoas da classe social rica e com um grande poder de decisões.

O constituinte originário da Constituição Brasileira de 1988, não sem razão, deixa clara a proteção do sistema financeiro nacional, no título VII, Da ordem econômica e financeira, em seu capítulo IV, art. 192 ressalta que:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporem, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

No Brasil a expressão “crimes do colarinho-branco” começou a ganhar destaque com a Lei nº 7.492/1986, todavia, por esta lei ser anterior à constituição atual, muitos dos seus dispositivos foram recepcionados. Aquela define os tipos de crime contra o sistema financeiro. Ao analisar a lei, é preciso ter cautela, uma vez que, em determinadas situações, pode-se ter ação na qual ocorra perda de recursos ou patrimônio de uma instituição financeira e que não necessariamente seja crime

contra o sistema financeiro nacional, por não ocorrer risco de se atingir o bem jurídico do sistema financeiro nacional. Neste exemplo, a lesão é tão somente sobre o patrimônio da instituição financeira e não sobre o sistema financeiro, logo, ocorre, no caso citado, delito contra o patrimônio da instituição financeira, mas que não se enquadra a qualquer conduta descrita na Lei nº 7.492/1986<sup>23</sup>.

Diante do exposto, existe uma real mudança de preocupação nas ciências criminais, acrescentando não apenas o delinquente do mestre Lombroso, como também os novos autores e novos personagens. Como adiante, se faz necessário novas reformas legislativas e novas abordagens no meio acadêmico sobre o tema atual.

No ordenamento jurídico brasileiro a expressão se expandiu a outras leis, podemos enumerar, por exemplo: 1º crimes de Sonegação de impostos, 2º Câmbio negro, 3º Lavagem de dinheiro, 4º Evasão de divisas, 5º Fraudes contratuais, 6º Fraude no mercado de ações, 7º Uso indevido de informações privilegiadas, 8º Falsificação de documento, 9º Monopólio, 10º Organização criminosa, 11º Corrupção de agentes públicos, 12º Crimes previdenciários, 13º, Descaminho, 14º Contrabando, entre outros. Segundo Sutherland,<sup>24</sup> o abuso desses preceitos penais é caracterizado pela discreta violação de regulamentos técnicos. Logo, são ações delituosas e deliberadas na qual possuem relativa unidade e consistência.

Assim, Serrano Gomes<sup>25</sup> afirma que os “meios são insuficientes, diante da complexidade da delinquência econômica. Com mais frequência que o desejável, os juízes de instrução tendem ao arquivamento das diligências iniciais”. Portanto, tais criminosos tem uma facilidade para não serem descobertos. Pensamos que se existisse um prêmio para aqueles que deram sua contribuição para as ciências penais, o pódio, certamente, seria dado a Sutherland, pelo seu trabalho nas pesquisas dos crimes do colarinho-branco.

---

<sup>23</sup> BRASIL. **LEI nº 7.492, de 16 de junho de 1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 jun. 1986. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm)> Acesso em: 22 nov. 2016.

<sup>24</sup> SUTHERLAND, Edwin Hardin. **El delito de cuello blanco**. Madrid: La piqueta, 1999. p. 227.

<sup>25</sup> SERRANO GOMEZ, Alfonso. **Derecho Penal. Parte geral**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 267.

Além de autores conhecidos na sociologia, por exemplo: Durkheim, destaca-se ainda, Robert Merton<sup>26</sup>. Para este autor, o crime também seria um fenômeno natural. Contudo, seria decorrência da existência de um desafino entre o que a sociedade exige do indivíduo e das ferramentas que ela oferecida.

Isso posto, como o sujeito não alcança os objetivos utilizando-se dos meios legais colocados a sua disposição, tende, inviavelmente, a se valer de meios ilegais para atingi-los. Podemos citar, por exemplo, a exigência social oculta de que as pessoas sejam bem sucedidas financeiramente, e que este sucesso é pressuposto para sua aceitação como parte integrante da sociedade. Como sabemos, nem todos poderão alcançar este fim por meios dos instrumentos não ilícitos, o que conduziria aos comportamentos desviantes, cuja finalidade é alcançar o objetivo socialmente estabelecido.

Merton<sup>27</sup> não explica, todavia, os chamados “crimes do colarinho-branco”, eis que estes indivíduos, em regra, já dispõem dos mecanismos necessários ao alcance dos fins sociais estabelecidos, e muitas vezes até já os atingiram. Em razão disso, autores como Sutherland e Baratta questionaram a validade dos ensinamentos de Merton. O primeiro defendia que a criminalidade é um fenômeno que, à semelhança de todas as condutas humanas, se baseia na “imitação”, ou seja, o indivíduo tende a repetir aquilo que ele observa, no que chamou de Teoria da associação diferenciadora.

Por outro lado, Baratta<sup>28</sup>, adepto da teoria do conflito, entende o delito como a imposição de uma classe sobre a outra. Para o autor, o crime não seria um fenômeno natural, mas normativo. Naturais seriam as condutas, e o “crime” seria um rótulo atribuído pelas classes dominantes às condutas eminentemente praticadas pelas classes menos favoráveis, com pequenas exceções na qual a finalidade é confirmar a regra.

O Direito criminal econômico sustenta sua legitimidade na lesividade ou colocação em perigo de bens jurídicos, que motiva sua criminalização com independência do seu aspecto econômico e de outras considerações não

---

<sup>26</sup> MERTON, Robert. K., & Mailliet, M. **Sociologia: teoria e estrutura**. São Paulo: Mestre Jou, 1970.p. 148

<sup>27</sup> Ibid. p. 153.

<sup>28</sup> BARATA, alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3 ed. Rio de janeiro: Revan. 2002. p.90

necessárias. Logo, na visão de Rodrigo Rios<sup>29</sup>, tal disciplina, em sentido amplo, participa sob todos os aspectos da legitimidade de um direito penal que abarca também comportamentos que não afetam a economia. Sua legitimidade depende do cumprimento dos critérios gerais que sustentam desde qualquer ponto de vista a pretensão da validade do Direito Penal e não necessita nenhuma justificação especial.

Percebe-se que desde os primeiros estudos realizados por Sutherland no século passado, o tema ganha cada vez mais destaque, ao ponto da imprensa tratar o suposto suspeito do crime como um verdadeiro “ator” capaz de atrair os olhos da população. Essa que muitas vezes não sabe o que é, e o que esta acontecendo e tão pouco a gravidade do tema, fazendo inserir um juízo de valor antecipado de evidencia sobre o suposto autor do fato que não fora levado a juízo.

Os crimes de colarinho-branco não necessariamente estão concentrados na política, estes, são vislumbrados numa extensão de grandes proporções, cometidos por aqueles que atenham grande influencia na economia de seu país ou na economia local, neste sentido Edwin Sutherland<sup>30</sup>: “Os crimes de “colarinho branco” fere não apenas os indivíduos, mas também toda sociedade. Em contraste com crimes comuns, produzem mudanças fundamentais em nossas instituições”.

Há um debate doutrinário sobre a aplicação do direito penal como função de *ultima legis* estatal. Assim, nos faz pensar se tal braço do direito deveria adentrar na economia do país. Com base na nossa Constituição Federal de 1988, artigo 170, onde disciplina os princípios da base econômica, nos fica claro que o direito penal não só deve repercutir na economia como também acompanhar os avanços em prol de uma proteção de bens jurídicos que atinge toda a sociedade.

É pacífico o entendimento da necessidade da intervenção do Estado na atividade econômica, há controvérsias na doutrina penal quanto ao uso do Direito Penal neste setor. O tratamento oferecido pela dogmática penal em relação a temas como o bem jurídico, o injusto penal, o concurso de agentes e a responsabilidade da pessoa jurídica, não deixa de questionar a própria legitimidade da intervenção do Direito Penal, pois estaria descaracterizando a sua condição de autêntica *ultima ratio legis*. (RODRIGO SÁNCHEZ RIOS, 2000, p. 2)

---

<sup>29</sup>RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. **Revista dos Tribunais**: vol. 775/2000, p. 432 - 448, Mai / 2000. Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, vol. 2, p. 261 - 282, Jul / 201.p. 3.

<sup>30</sup> SUTHERLAND, Edwin Hardin. **El delito de cuello blanco**. Madrid: La piqueta, 1999.p. 36.

O direito penal não deve ser visto apenas como um mal necessário imputado pelo estado, mas sim em uma visão prospectiva de caráter protetor da Constituição Federal.

Ao se espriar pelas mais diversas áreas e interesses novos que surgem na sociedade (como, por exemplo, aqueles atinentes à ordem econômica), o Direito Penal cumpre uma função de efetivação de todos os valores da CF/88 (LGL\1988\3)17e imprime as condições de possibilidade para que o sistema repressivo seja igual para todos (atingindo o ideal do princípio isonômico do art. 5.º, *caput*) (RODRIGO SÁNCHEZ RIOS, 2000, p. 3).

O criminoso de colarinho-branco se vale de sua presença na sociedade, de sua concisão que raramente não esta sob qualquer suspeita. São características desse crime segundo David Matza e Gresham Sykes<sup>31</sup>: algo aceitável e até recomendável para a “sobrevivência dos negócios” no mundo contemporâneo. O sujeito ativo do crime, não se vê como criminoso, nem a sociedade o vê como criminoso. O autor, geralmente nega os fatos e a culpabilidade e o dano causado.

Em um outro prisma, tais crimes não podem ser explicados pela ausência dos direitos sociais dos criminosos, por exemplo: ausência de moradia, saúde, educação, lazer. Critérios tradicionais trazidos e explicados pela criminologia clássica, pois, esses agentes tiverem todos esses direitos fornecidos. Dessa maneira, concluímos que a função da pena é a socialização e retribuição, destarte, poderemos indagar: como socializar uma pessoa que já é socializada? Pois, em sua grande parte, o criminoso já é muito superior cognitivamente que os próprios operadores do direito.

O motivo que um sujeito ativo dos crimes do colarinho-branco tem a cometer delitos são diversos, tais como: o primórdio de sustentabilidade da própria corporação, dessa maneira o giro do capital constituído pela sua empresa é uma forma de contribuir com o estado, gerando e mantendo novos emprego. Por conseguinte, o autor dos delitos do colarinho-branco não se vê como criminoso e muitas vezes, as pessoas também não os veem como delinquente.

---

<sup>31</sup> SYKES, Gresham M., e MATZA, David, **Techniques of neutralization: A theory of delinquency**. American sociological review. Vol. 22, p. 664 - 670, 1957.

Manoel López Rey, criminalista Espanhol<sup>32</sup>, explana de maneira, a nosso ver - duvidosa - que são fatores contributivos para a corrupção dos agentes públicos: regimes antidemocráticos, burocracia, influência política, concessão de serviço a políticos à iniciativa privada, desorganização dos órgãos públicos, instabilidade econômica e a herança histórica de pobreza e exploração. Não obstante, devemos ter uma ponderação de direitos, e em prol da sociedade livre e segura pensando sempre na garantia do interesse da sociedade sem prejuízo da liberdade pessoal do indivíduo.

Na busca da verdade real, princípio que rege o direito processual penal, a uma grande dificuldade dogmática de aplicação das penalidades para esses crimes. Fica evidente que a dificuldade em punir os agentes a qual cometem esse tipo de delito (crimes contra a economia do país), não está na omissão legislativa, bem como na omissão de conceitos doutrinários, mas sim, na dificuldade de atribuir quem é o autor do injusto e nas obtenções de provas.

Identificar o criminoso que comete o delito de roubo ou homicídio as vezes não é tarefa fácil para o estado, o problema é maior quando estamos defronte com os crimes de colarinho-branco, aja vista a grande quantidade de recursos que os suspeitos têm a sua disposição. O direito penal econômico tem o condão de tutelar os bens jurídicos de interesse coletivo, reprimindo condutas que lesem ou que coloquem em risco o regular funcionamento do sistema econômico-financeiro, podendo estabelecer como crime a relação de consumo, por exemplo. Assim sendo, se faz de grande importância o estudo da dogmática sobre a tutela do bem jurídico.

Ao trabalhar na proteção dos bens jurídicos difuso, de sorte que o juízo de tipicidade penal está atrelado à existência efetiva de um bem jurídico submetida à lesão ou a perigo de lesão concreto. Dessa maneira, o bem tutelado na ceara penal constitui, no estado de direito, o marco inicial para o estudo da criminalização exercida em relação às motivadas condutas, na medida em que só se pode compreender o campo efetivo de intervenção penal se conseguir provar a conduta na qual a ofensa possibilita atuação punitiva estatal.

Pensamos que o ponto principal da teoria em análise é tirar esses infratores das cifras ocultas da criminalidade hodierna. Além disso, muito se discute

---

<sup>32</sup> LOPEZ-REY, Manuel. **Criminologia – Teoria, Delincuencia Juvenil, Preveccion y Tratamiento**. Madrid: Tolle, Lege, Aguilar S A de Ediciones, 1973. p. 34.

a tal teoria e sua credibilidade quando se faz referência, não há ausência dos tipos penais, mas sim a característica de quem o comete. Logo, pensamos na ideia de que o direito penal do fato não estaria sendo substituído pelo direito penal do autor, aja vista a grande descrição de riqueza de detalhes sobre as características dos que realizam esses delitos. Posto isto, o criminoso trazido por Barata, hoje, estaria sendo substituído pelo delinquente do terno e gravata, erroneamente a figura criminosa de quem se veste com roupas ditas sociais. Barata<sup>33</sup> afirma, expressamente, que:

As estatísticas criminais, em que a criminalidade de colarinho branco é representada de modo muito inferior a sua calculável "cifra negra", desviaram até agora as teorias da criminalidade, sugerindo um esquema falso da distribuição da criminalidade nos grupos sociais (...) a criminalidade não é um comportamento de uma minoria restrita (..), mas ao contrário é o comportamento de várias classes sociais ou até da maioria dos membros de nossas sociedades.

Os delitos de colarinho-branco, apesar dos sérios efeitos que traz a sociedade e os cidadãos, tendem a não ser detectados e a não aparecer nas estatísticas oficiais. A vítima necessita ser consciente de que sofreu um delito, infelizmente, as vítimas dos criminosos do colarinho-branco apresentam uma mancha indelegável: na grande maioria dos casos permanecem desconhecedoras de sua qualidade de vítima, ou percebem depois de muito tempo o seu direito violado. Estas são as que menos denunciam os autores, corroborando com as cifras ocultas.

Em sentido idêntico, o sujeito lesado também contribui para a impunidade e para suas cifras negras, ao não proceder à comunicação da ocorrência do delito. A polícia, por sua vez, contribui para a impunidade ao não proceder à abertura de investigação (por falta de estrutura e conhecimentos técnicos), bem como ao proceder a uma investigação defeituosa.

O Ministério público quando não procede à abertura dos processos, seja porque oferece denúncia inepta, seja porque requer o arquivamento do inquérito policial, etc.

---

<sup>33</sup> BARATA, alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2002. p. 78.

O judiciário também seria um fator determinante, quando: a) apresenta falhas na comprovação do delito; B) quando não se obtém prova idônea para a condenação, devendo ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo*; C) quando a morosidade do judiciário conduz à prescrição do crime e na falha da efetiva execução penal.

Nesse contexto, também encontramos as chamadas “cifra dourada”, é um subtipo da cifra negra. Contudo, está atrelada aos crimes praticados pelas consideradas “elites”, como os crimes contra a ordem tributária, sonegação fiscal, crimes contra o sistema financeiro, são chamadas de “criminalidade dos poderosos”. Trata-se, aqui, de uma impunidade proposital, ou seja, o estado, muitas vezes, é conivente com tais práticas.

Defendemos que a polícia, em sede de investigação preliminar, também deve contar com meios de comunicação sofisticados, por exemplo, escutas ambientais e infiltração de agentes, uma vez que, os suspeitos da prática deste tipo de crime, na sua maioria, usam o próprio corpo estatal para seu cometimento. Assim, tanto em sede de investigação quanto de ação, os meios para a obtenção de provas devem acompanhar a tecnologia na busca da elucidação da autoria dos supostos criminosos.

São efeitos desse tipo de delito: danos à economia (ameaça o desenvolvimento econômico e social), corrupção na administração pública (via camuflar os sinais de infração e alcançar a impunidade), corrupção de particulares e ameaça a democracia.

O estado está cada vez mais envolvido neste tipo de crime. Sua credibilidade e objetivo de promover paz e ordem social estão desacreditados.

Segundo López Rey<sup>34</sup>, uma hora o estado não vai aguentar, a corrupção será algo difundido, o estado se tornará ineficaz, e veremos o avanço de todas as demais formas de criminalidades.

Dessa maneira, muito se discute sobre relativização do princípio da legalidade, na qual é um começo que sempre se discute a sua concreta aplicação. Nos crimes que estamos tratando, também não se mostram diferentes, pois com a

---

<sup>34</sup> LOPEZ-REY, Manuel. **Criminologia – Teoria, Delincuencia Juvenil, Preveccion y Tratamiento**. Madrid: Tolle, Lege, Aguilar S A de Ediciones, 1973. p. 57.

falta de justa causa para as proposituras das ações penais, tais delitos continuam com suas cifras ocultas.

Um dos objetivos do direito penal contemporâneo é conceituar com precisão as condutas proibidas sob a ameaça da pena, ou seja, almejar um patamar aceitável de segurança jurídica, como disciplina o constituinte brasileiro de 1988. Portanto, é consequência direta do primórdio da legalidade dos crimes e representa a missão mais decisiva da conhecida e chamada “ciência penal”.

No seio da criminologia crítica, surge a teoria do *Labelling Approach*, também conhecida como teoria do etiquetamento. Essa teoria vem afirmar, que o crime não é um dado ontológico, ou seja, não existem condutas que são por suas próprias naturezas tidas como “criminosas”. O que existem são condutas, simplesmente, condutas.

A qualidade de “criminoso” a uma conduta é o que revela o caráter de etiquetamento do Direito Penal. As condutas em seu estado naturalístico, não são delituosas, até surgir dados novos, de qualidade normativas.

Pelo aqui exposto, podemos afirmar: ao atribuir qualidades aos “personagens” que cometem determinados delitos, será que também não estamos aplicando uma rotulação individual, não da diferente do mestre Lombroso? Assim, indagamos também: será que Sutherland, também rotula criminosos, quando atribui *modos operandi* e até mesmo vestimentas a certos indivíduos? Pensamos que a tese de Sutherland está à luz da teoria do *labeling approach*, ou seja, etiquetamento de inimigos do direito penal. Dessa maneira, concluímos que tanto Lombroso quando Sutherland, mesmo com pensamento diferentes, deram contribuições à criminologia.

#### 4. A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NOS CRIMES DE COLARINHO-BRANCO SOB ÓTICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Embora o Código Penal Brasileiro (CPB) tenha adotado a teoria restritiva de cunho finalista no tema autoria, as decisões do poder judicial não vêm na mesma toada, em diversas sentenças, acórdãos e julgamentos de recursos, têm sido aplicado à teoria do domínio do fato.

Analisaremos dois precedentes jurídicos que se utilizaram da teoria do domínio final do fato proposta por Welzel e pela teoria funcional do fato trazida por Roxin.

Iremos perceber que os magistrados fazem certa “confusão” conceitual ao proferir suas decisões nos conceitos de autores de crimes, gerando uma insatisfatória lacuna nas suas decisões, pois como debatido no primeiro capítulo, a escolha do autor do delito implica necessariamente na pena do sujeito.

A jurisprudência brasileira ao exportar as teorias alemãs, erra ao realizar a interpretação de cada uma delas. Em uma análise crítica, o CPB tem suas premissas preconizadas em bases finalistas, onde é analítico em afirmar os pilares da teoria da ação. Por outro lado, a disciplina do concurso de pessoas adota uma outra posição, corroborando com a incongruência do sistema penal normativo.

É louvável realizar a diferença entre autor e partícipe, como tenta, assim, fazer o Código Penal em seu artigo 29.

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<sup>35</sup>.

Embora a falta de maiores esclarecimentos sobre o tema, esse dispositivo, em nossa opinião, está em consonância com a CF/1988 em seu artigo 5º, XLVI<sup>36</sup>, onde esclarece a propositura reguladora da individualização da pena.

---

<sup>35</sup> Brasil. Código Penal. (1941). **Código Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>36</sup> XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;

Tratado com grande ênfase no primeiro capítulo desse documento e reconhecido com grande antipatia pelo que já exposto, o legislador pátrio dá início a uma discursão dogmática em não definir totalmente autores dos partícipes. A doutrina tenta resolver a lacuna da lei penal, e a *posteriori* também da repercussão a outro problema, qual seja: a grande quantidade de teorias no tocante ao concurso de pessoas. A jurisprudência brasileira, não satisfeita com a repercussão da lacuna da lei, também contribui para agravar o problema, confundindo a teoria finalista do domínio do fato, de Welzel, com a teoria funcionalista do domínio do fato de Roxin. Nesse contexto, o nível de insegurança jurídica, tende a aumentar.

O erro dos tribunais ao fazer uma interpretação errônea das teorias alemãs termina enfatizando um problema legalista e doutrinário, colocando em risco o nível de constitucionalidade das decisões.

Pensamos que quem “trabalha” com a aplicação do direito penal não pode errar, ao contrário dos outros ramos do direito que ao “errar” permite a possibilidade de restituir ou indenizar o que foi lesado ou perdido pelo ofendido. No direito penal, o erro é inconcebível, onde o réu perde sua dignidade perante a sociedade.

Analisaremos trechos de apelação criminal onde o desembargador ao proferir sua decisão cita a referida teoria. Porém, antes se faz de grande importância, o esclarecimento de alguns aspectos sobre o elemento subjetivo do agente.

Nos crimes contra a economia popular, é preciso que o agente tenha agido com dolo ou em alguns casos com culpa, não bastando, para responsabilização criminal, tão somente a posição ou cargo assumido na sociedade. Tal posição ou cargo não podem ser a única justificativa para responsabilização.

Essa é a posição clássica assumida pela jurisprudência brasileira, até a discussão ter sido trazida à baila na votação da Ação Penal nº 470, conhecida como “Caso Mensalão”, que logo adiante, também será analisada nessa obra. Nesta ação os ministros julgaram membros da administração pública, partidos políticos e particulares por crimes econômicos.

Nesta ação penal, o Supremo Tribunal Federal introduziu grande polêmica no ambiente jurídico-penal brasileiro em torno da correta aplicação da Teoria do Domínio do Fato. Pois, foi utilizada em desfavor de José Dirceu, ex-Ministro da Casa Civil do

Governo do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. A mencionada teoria também fora utilizada como fundamento para a condenação dos antigos gestores do Banco Rural, Kátia Rabello, José Roberto Salgado e Vinícius Samarane – pertencentes ao núcleo financeiro do caso “Mensalão” - que restaram condenados pelos delitos de gestão fraudulenta e lavagem de dinheiro.

A denúncia que iniciou esta ação foi baseada na delação de um esquema de compra de votos de parlamentares, durante o primeiro mandato do governo do então presidente Luís Inácio Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores.

Após investigação da Polícia Federal, o procurador-geral da República da época do fato, Rodrigo Janot, denunciou quarenta réus, dentre eles, o ex-ministro da Casa Civil, José Dirceu, tido como o chefe e mentor de todo o grupo, o presidente do Partido dos Trabalhadores, os quais, segundo aquele, constituíam o núcleo político do esquema de corrupção. Estes réus seriam os responsáveis pela abordagem dos parlamentares e pagamento das propinas. Assim, verificou-se que o esquema ilícito funcionava com três núcleos: político, operacional e financeiro, gerando uma organização criminosa.

Por ocasião do julgamento da ação Penal 470, a responsabilidade criminal imputada a empresários julgados no caso foi possível abrangendo-se a aplicação do conceito de autor, tendo como substrato doutrinário a teoria do domínio do fato.

Em linhas gerais, a teoria do domínio do fato não tem como objeto central a discussão da existência ou não do elemento subjetivo: dolo ou culpa, na aplicação da lei penal diante do fato imputável (apesar de muitos precedentes da jurisprudência brasileira considerar o elemento subjetivo como fundamental na responsabilização), mas sim se concentra na posição do agente enquanto mandatário da pessoa jurídica ou administrador.

Logo, se o administrador de empresa é agente de crime previsto, por exemplo, na Lei nº 8.137/90<sup>37</sup>, para a teoria do domínio do fato, caso seja configurado que o administrador tem poder de mandato dentro da estrutura hierárquica da empresa e valeu-se dessa condição para provocar o cometimento de crime por outrem, ele é passível de responsabilidade criminal.

---

<sup>37</sup> Lei nº 8.137/90. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.

Esse foi o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no julgamento da apelação criminal nº 5000765-67.2011.404.7204/SC, de relatoria do desembargador João Pedro Gebran Neto.

No caso concreto apresentado, o administrador da sociedade foi condenado pelo crime de sonegação fiscal em razão de declaração fiscal falsa emitida pela sociedade e apresentada ao Fisco seu contador. Nesse ocasião, a turma julgadora entendeu que:

(...) Em se tratando de crimes contra a ordem tributária, aplica-se a teoria do domínio do fato: é autor do delito aquele que detém o domínio da conduta, ou seja, o domínio final da ação, aquele que decide se o fato delituoso vai acontecer ou não, independentemente dessa pessoa ter ou não realizado a conduta material de inserir elemento inexato em documento exigido pela lei fiscal, por exemplo<sup>38</sup>.

Em poucas linhas observam-se alguns equívocos sobre a decisão do desembargador. Primeiramente, o legislador brasileiro não menciona em lugar algum na lei nº 8.137/90 que se aplica a teoria do domínio do fato. Assim caberia a aplicação padrão da teoria restritiva de autor. Para a teoria restritiva é autor aquele que realiza a conduta do núcleo do tipo penal. Logo, não seria melhor utilizado a aplicação dessa teoria para a solução do caso? Caso assim, o fosse, o juiz estaria aplicando a lei vigente e não distorcendo o que o legislador propôs.

Continuamos nossa indagação, caso fosse oportuno a aplicação da teoria do domínio do fato, como salienta o desembargador, qual seria a vertente utilizada: Finalista de Welzel ou Funcionalista de Roxin? Essa resposta fica em branco analisando a decisão citada.

Não obstante a tamanha insegurança, a referida decisão erra em citar “domínio da conduta” pensamos que melhor seria a expressão: “controle geral do resultado”. Desse modo, abarcaria todo contexto do fato narrado. Continua errando o desembargador, ao se posicionar sobre a inserção de informações em documentos na qual a lei penal não permite, já que, se teve algum agente realizando tal conduta, ela por se só configura algum delito da lei fiscal. Além disso, se a

---

<sup>38</sup> **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Apelação Criminal nº 5000765-67.2011.404.7204/SC. Rel. Des João Pedro Gebran Neto. J. Em 15.04.2015.

pessoa da “frente” assim o fez sem a permissão do homem de “traz” este não tinha o controle final ou funcional da empreitada criminosa.

Portanto, a ordem constitucional pauta-se nos postulados do Direito Penal da culpa e veda a responsabilidade objetiva, não sendo permitido responsabilizar os diretores, gerentes ou administradores das pessoas jurídicas, pelo simples fato de serem pessoas que possuem esses cargos ou exerçam essas funções. Trata-se do princípio da culpabilidade como fundamento de pena, que veda a possibilidade da responsabilidade penal objetiva. Predomina, sob este aspecto, o princípio da responsabilidade penal subjetiva, que exige uma ligação direta entre o agente e o fato praticado, não podendo o diretor, gerente ou administrador ser responsabilizado pela circunstância única de exercer cargo na pessoa jurídica.

Em relação a ação penal 470, caso “Mensalão” a teoria do domínio do fato ganha maior força no ordenamento jurídico brasileiro. Ela foi a grande responsável pela criminalização dos réus envolvidos. Embora, desde já, a mesma foi aplicada de forma equivocada pelos Mister Ministros.

Analisando o voto da ministra Rosa Weber, onde é citada a teoria do domínio do fato, como forma de fundamentar o enquadramento dos acusados nos crimes por eles praticados.

Quando há vários concorrentes, tem-se de esclarecer qual a carga de aporte de cada um deles para a cadeia causal do crime imputado. Caso contrário, será impossível aplicar a teoria monista contida no artigo 29 do Código Penal. Entretanto, diversa a situação quando se apontam comportamentos típicos praticados por uma pessoa jurídica. Aí, necessário apenas verificar pelo contrato social ou, na falta deste, pela realidade factual, quem detinha o poder de mando no sentido de direcionar as atividades da empresa. Mal comparando, nos crimes de guerra punem-se, em geral, os generais estrategistas que, desde seus gabinetes, planejam os ataques, e não os simples soldados que os executam, sempre dominados pela subserviência da inerente subordinação. Do mesmo modo nos crimes empresariais a imputação, em regra, deve recair sobre os dirigentes, o órgão de controle, que traça os limites e a qualidade da ação que há de ser desenvolvida pelos demais. Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que pode evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final. Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria. (AP 470, fls. 52776)

Além disso, citando a dinâmica do domínio do fato, a referida ministra assevera que, sendo a vontade do homem de trás a própria ação final da ação delituosa, o que se há de descrever na denúncia é justamente como a referida empresa desenvolveu suas ações. Desse modo, a autoria presumida do ato é de seus dirigentes (AP 470, fls. 52777).

Alguns pontos se fazem de grande importância no referido voto. A teoria do domínio do fato não é uma decorrência do finalismo de Welzel, este, deu grande sequência a estudos já existentes. Quando a ministra cita que o propósito da conduta é de quem exerce o controle do fato, pesamos que esse, particular paradigma se aproxima mais da teoria funcionalista do que do finalismo. Continua de forma equivocada, ao afirmar “domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota na ação criminosa” a nosso ver, a ministra tenta explicar de forma truncada as condutas do homem que controla o “como” e o “se”. Depois da errônea interpretação doutrinária, a doutora cita que a autoria do crime envolvendo empresas é presumida por parte de seus dirigentes. Ressaltamos que no direito penal, nada é presumido, tudo deve ser provado. Assim, percebe-se que a nomenclatura e a fundamentação utilizada pela ministra são frágeis, possuindo uma grande valoração de desconstrução das teorias.

Como estudado no primeiro capítulo, o autor deve estar identificado através de provas, comprovando seu controle da empreitada criminosa. Também deve estar comprovada a posição hierárquica do autor em relação aos demais sujeitos que colaboraram com o crime, sendo o autor o determinante da conduta dos demais.

O Ministro Luiz Fux, aos estabelecer as premissas teóricas referentes aos crimes contra o sistema financeiro nacional, também cita a teoria do domínio do fato ao acentuar que a moderna dogmática jurídico-penal apregoa que “os coautores seriam aqueles que, possuindo domínio funcional do fato, desempenham uma participação importante e necessária ao cometimento do ilícito penal” (AP 470, fls. 54309). Neste breve trecho, da mesma ação penal, percebe-se a insegurança jurídica onde o referido ministro aborda a teoria de Roxin. Pesamos ser mais oportuna a junção na mesma ação, a abordagem de apenas uma das vertentes da

teoria do domínio do fato cuja aplicação deveria ser aprimorada pela jurisprudência brasileira.

Desse modo, no julgamento da ação penal 470<sup>39</sup>, o Supremo Tribunal Federal, embora desconsiderando os pressupostos e requisitos necessários para a caracterização da teoria do domínio do fato, aplicou de forma genérica, presumida e indistinta aos acusados pertencentes ao núcleo financeiro do citado esquema, o que, certamente, aumentou o enfraquecimento da segurança jurídica.

No funcionalismo, o autor não apenas deve querer o resultado ele tem que contribuir para o fato, logo, não adianta apenas a posição hierárquica sob seus subordinados.

Dessa maneira, vale a pena destacar algumas críticas na aplicação da teoria em análise na ação penal 470: 1º) ausência de comprovação das condutas do homem de trás; 2º) Deturpação da teoria de Welzel e Roxin; 3º) utilização de uma ordem jurídica não prevista no ordenamento jurídico brasileiro como meio de resposta ao clamor social.

A aplicação da teoria do domínio do fato no caso tratado deveria ter respeitado a ordem de evolução de seus estudos, aplicando-se na ótica finalista ou funcionalista. Em divergência do que foi julgado pelos ministros, Roxin adverte que a participação no comando de esquema deve ser provada, exigindo-se para tanto a efetiva ação de controle dos agentes nos fatos. Para o autor alemão: tudo depende de prova (prova de quem planejou, prova de quem comandou, prova de quem mandou executar). Não basta ter o comando do grupo, ter posição de chefe da organização. Quem ocupa posição de comando tem que ter, de fato, emitido a ordem. E isso deve ser provado. Autor, no âmbito funcionalista é “quem tem o poder de decidir sua realização e faz o planejamento estratégico para que ele aconteça”<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Penal n. 470/MG**. Relator, Ministro Joaquim Barbosa. Publicado no DJ de 22.04.2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 20/11/2016.

<sup>40</sup> ROXIN, Claus. **Autoria y Dominio del Hecho en derecho penal**. Tradução da 7. edição alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luiz Serrano Gonzáles de Murilho, Madri, Marcial Pons, 2000.p. 276

## 5. CONCLUSÃO

Não é fácil a solução do conflito que pode decorrer da aplicabilidade de teorias criadas pelos estudiosos do direito, com preocupação tão só na causalidade, na qual existe conflito entre a responsabilidade objetiva e subjetiva que se faz indispensável à responsabilização dos agentes em matéria penal.

Percebemos também a tentativa da jurisprudência brasileira na aplicação da teoria do domínio do fato colocando em dúvida os preceitos constitucionais da segurança jurídica no tocante ao conceito de autor

Os precedentes brasileiros, seguindo a doutrina alemã, e ignorando a proposta trazida pelo legislador penal brasileiro, adotou a teoria do domínio do fato na conceituação dos delitos do colarinho-branco como observado. Não consistente com a ideia do contexto finalista Welziano ou em um prisma funcionalista proposto por Roxin.

A teoria do domínio do fato, seja ela de roupagem finalista ou funcionalista, ostenta uma grande importância para os dogmas penais, ela traz uma discussão no tocante ao ordenamento jurídico brasileiro por evidente ausência de previsão legal para sua aplicação, afetando o princípio da legalidade, pois como exposto, o legislador não disciplina conceitos ou terminologias nos artigos 29 a 31 do Código Penal. Assim, ao impor conceitos das teorias alemãs, na resolução dos casos práticos, sem observar o direito positivo, traz repercussões duvidosas no tocante a constitucionalidade das decisões.

Ora, para alguns crimes se adota a regra da teoria restritiva, para outros, a teoria do domínio do fato. Como fica a constitucionalidade das decisões? Concluimos que boa seria a adoção de apenas uma teoria, cujo conceito fosse amplo, analítico e objetivo e positivado no Código Penal e na legislação extravagante. Os magistrados precisam ter cautelas na aplicação dessa teoria para não incorrem em erro e assim contribuir na aplicação do direito penal de forma objetiva. No Direito Penal não se admite interpretações em prejuízo dos acusados, dessa maneira, não cabe aos juízes a aplicação de teorias de forma discricionária não disciplinada na legislação com a finalidade de ampliar o conceito de autor, sem, contudo provar o fato.

É possível utilizar a teoria do domínio do fato para fundamentar a condenação de um acusado supondo sua contribuição apenas por sua posição

hierárquica? Concluimos que não. O sujeito que ocupa a posição no topo de uma organização seja ela pública ou privada tem também que ter o controle desse fato, emitindo ordens e estratégias para o fim desejado. Caso assim não o fosse, seria um mau uso da teoria.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Roque de Brito. **Programa de Direito Penal: Parte Gera.** 1. ed. Recife: Nossa Livraria, 1995.

BARATA, alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal.** 3 ed. Rio de janeiro: Revan. 2002

BETTIOL, Giuseppe. **Derecho penal parte general** 4. ed. Palermo: editora Priulla, 1958.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** Vol. 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

\_\_\_\_\_. **LEI nº 7.492, de 16 de junho de 1986.** Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 jun. 1986. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm)> Acesso em: 22 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.137, 27 de dezembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8137.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm) Acesso em: 21 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Código (1941). **Código Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANDÃO, Claudio. **Curso de direito penal.** Rio de janeiro: Forense, 2008.

CALLEGARI, André Luís. Participação (punível?) de Agentes Financeiros no Delito de Lavagem de Dinheiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais:** vol. 44/2003, p. 198-211, Jul-Set / 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal;** parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro Forense, 1995.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **A Distinção entre Autor e Partícipe como Problema do Legislador. Autoria e Participação no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012).** Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 22, n. 107, p. 13-46, mar./abr. 2014.

\_\_\_\_\_, Luís; LEITE, Alaor. O Que é e o que não é a Teoria do Domínio do Fato sobre a Distinção entre Autor e Partícipe no Direito Penal. **Revista dos Tribunais:** vol. 933/2013, p. 61, Jul / 2013.

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

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. São Paulo: Icone, 2007.

LOPEZ-REY, Manuel. **Criminologia – Teoria, Delincuencia Juvenil, Preveccion y Tratamiento**. Madrid: Tolle, Lege, Aguilar S A de Ediciones, 1973.

MASSON, Cléber. **Direito Penal Esquematzado – Parte Gera. 2. ed.** São Paulo: Método, 2009.

MERTON, Robert. K., & Mailliet, M. **Sociologia: teoria e estrutura**. São Paulo: Mestre Jou, 1970

PRADO, L. R. **Curso de Direito Penal Brasileiro** vol. 1 Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PUIG, Santiago Mir. **Derecho penal parte general** 6. ed. Barcelona: Reppertor, 2002

RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. **Revista dos Tribunais**: vol. 775/2000, p. 432 - 448, Mai / 2000. Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, vol. 2, p. 261 - 282, Jul / 2011

ROXIN, Claus. **Autoria y Dominio del Hecho en derecho penal**. Tradução da 7. edição alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luiz Serrano Gonzáles de Murilho, Madri, Marcial Pons, 2000.

SERRANO GOMEZ, Alfonso. **Derecho Penal. Parte geral**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. **El delito de cuello blanco**. Madrid: La piqueta, 1999

SYKES, Gresham M., e MATZA, David, **Techniques of neutralization: A theory of delinquency**. American sociological review. Vol. 22, p. 664 - 670, 1957.

**Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Apelação Criminal nº 5000765-67.2011.404.7204/SC. Rel. Des João Pedro Gebran Neto. J. Em 15.04.2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Tratado de derecho penal: parte geral**. Buenos Aires: Editar, 1988.

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman** 4. ed. Santiago: Editora jurídica de Chile, 1997.