

Revista da

CGU

ANO VI
Julho/2011
ISSN 1981-674X

Edição Especial - Direito Disciplinar

**CONTROLADORIA - GERAL
DA UNIÃO / PR**

The cover image shows a modern building facade with a grid pattern. Overlaid on the image is a circular graphic with a globe in the center and a map of Brazil. The text 'CONTROLADORIA - GERAL DA UNIÃO / PR' is printed on the building's facade.

Controladoria-Geral da União

Revista da CGU
Edição Especial - Correição

Brasília, DF
Julho /2011

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU
SAS, Quadra 01, Bloco A, Edifício Darcy Ribeiro
70070-905 - Brasília /DF
cgu@cgu.gov.br

Jorge Hage Sobrinho
Ministro-Chefe da Controladoria-Geral da União

Luiz Navarro de Britto Filho
Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União

Valdir Agapito Teixeira
Secretário Federal de Controle Interno

José Eduardo Elias Romão
Ouvidor-Geral da União

Marcelo Neves da Rocha
Corregedor-Geral da União

Mário Vinícius Claussen Spinelli
Secretário de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas

A Revista da CGU é editada pela Controladoria-Geral da União.

Tiragem: 1.500 exemplares

Diagramação e arte: Assessoria de Comunicação Social da CGU

Distribuição gratuita da versão impressa

Disponível também no site www.cgu.gov.br

É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte.
O conteúdo e as opiniões dos artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores e não expressam, necessariamente, as opiniões da Controladoria-Geral da União.

Revista da CGU Edição Especial - Correição / Presidência da República, Controladoria-Geral da União. - Ano VI, Julho/2011. Brasília: CGU, 2011.

376 p. Coletânea de artigos.

1.Prevenção e Combate da corrupção. I. Controladoria-Geral da União.

ISSN 1981- 674X
CDD 352.17

umário

O princípio da insignificância como requisito para formação do juízo de admissibilidade no processo administrativo disciplinar 14

Alessandra Lopes de Pinho

A formação do Estado patrimonialista português e a gênese da corrupção no Brasil 27

Alan Lacerda de Souza

Uma (re)leitura do poder correicional no Estado Democrático de Direito: prevenção versus repressão 37

Ana Cláudia de Moraes

Limites do controle judicial de proporcionalidade das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos federais regidos pela Lei nº 8112/92.... 50

André Luís Schulz

Publicação dos vencimentos dos servidores públicos na rede mundial de computadores: violação à privacidade ou um instrumento de controle social?..... 62

Darcy de Souza Branco Neto

Possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade em processos administrativos disciplinares cuja penalidade prevista seja a demissão..... 72

Débora Queiroz Afonso

Responsabilização disciplinar de diretores de empresas públicas e sociedades de economia mista à luz do sistema de correição do Poder Executivo Federal

Eduardo Athayde de Souza Moreira..... 88

Prescrição no processo administrativo disciplinar.....	107
<i>Emília Cássia de Sousa</i>	
O uso do sistema de videoconferência no processo administrativo disciplinar.....	129
<i>Érika Lemância Santos Lôbo</i>	
Processo administrativo disciplinar europeu: procedimento e formação de comissões.....	140
<i>Fernando Toledo Carneiro</i>	
O controle social e a transparência pública na democracia brasileira.....	150
<i>Ivo de Souza Borges</i>	
Demissão de servidor pela Administração Pública por prática de ato de improbidade sem a necessidade de atuação antecipada do judiciário.....	160
<i>José Olímpio Barbacena Filho</i>	
Improbidade administrativa: aplicação da lei, tendências e controvérsias.....	171
<i>Laurent Nancym Carvalho Pimentel</i>	
A inserção das empresas estatais no Sistema de Correição do Poder Executivo Federal.....	185
<i>Marcelo Pontes Vianna</i>	
O Devido Processo Legal como direito fundamental em processos administrativos disciplinares implica necessariamente na obrigatoriedade de defesa técnica proferida por advogado?.....	199
<i>Maria do Rosário Ferreira</i>	
O monitoramento das reintegrações judiciais de servidores públicos como forma de verificar a efetividade do exercício da função disciplinar da Administração Pública Federal.....	212
<i>Marta Maria Vilela de Carvalho Gomes</i>	
A natureza jurídica da sindicância e seu papel no direito administrativo disciplinar.....	224
<i>Maxwell Novais Oliveira</i>	

Controle social nos procedimentos administrativos disciplinares instaurados no âmbito do poder executivo federal.....	236
<i>Mileni Fonseca Krubniki Teodoro</i>	
Aplicação da teleaudiência em procedimentos disciplinares.....	248
<i>Oswaldo Fernandes de Araújo</i>	
O exame de constitucionalidade da norma de vedação definitiva de retorno do servidor ao serviço público federal por infringência do artigo 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.....	269
<i>Patrícia Ramos e Silva Santos</i>	
Responsabilidade disciplinar de empregado público celetista quando do exercício de cargo em comissão na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.....	282
<i>Rafael Oliveira Prado</i>	
Recuperação de recursos públicos malversados – uma alternativa para a ineficácia das tomadas de contas especiais.....	292
<i>Ricardo Cravo Midlej Silva</i>	
A Sindicância Patrimonial como instrumento de apuração no Direito Administrativo Disciplinar brasileiro.....	305
<i>Roberto Vieira Medeiros</i>	
Enriquecimento ilícito como modalidade de crime.....	315
<i>Rodrigo Vieira Medeiros</i>	
A aplicação da teoria do domínio do fato nos procedimentos administrativos disciplinares.....	323
<i>Sabrina Pitacci Simões</i>	
Estudo de caso: a perspectiva preventiva no controle das infrações administrativas.....	341
<i>Tatiana Spinelli</i>	
Enriquecimento ilícito: presunção absoluta, relativa ou necessidade de fato antecedente para a responsabilização administrativa.....	354
<i>Waldir João Ferreira da Silva Júnior</i>	

A aplicação da teoria do domínio do fato nos procedimentos administrativos disciplinares

Sabrina Pitacci Simões, Bacharel em Direito, Analista de Finanças e Controle da CGU, lotada na Corregedoria Adjunta da Área Social da Controladoria-Geral da União.

Introdução

O presente artigo visa discutir a pertinência da aplicação da teoria do domínio do fato para determinar a autoria em infrações disciplinares. A teoria do domínio do fato está relacionada ao concurso de pessoas, que vem disciplinado nos artigos 29 a 31 do Código Penal.

A teoria em referência define como autor da ação típica aquele que tem o controle final do fato e de suas circunstâncias. É uma teoria que se baseia em princípios relacionados à conduta, e não ao resultado, diferenciando as figuras do autor e do executor, além de admitir a figura do autor mediato e proporcionar melhor compreensão da coautoria. O autor, segundo essa teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato delituoso, ou seja, não é apenas quem executa a ação típica, mas também aquele que se utiliza

de outrem, como mero instrumento, para a execução do crime.

A teoria do domínio do fato foi construída por Welzel, em 1939, juntamente com o finalismo. Por meio dessa teoria, Welzel sustentou que, no concurso de pessoas, o autor seria aquele que tem o controle final do fato. É importante salientar que a teoria em referência foi aprimorada por Roxin, que definiu como autor aquele que tem o domínio da própria ação típica, aquele que domina a vontade de outra pessoa e aquele que tem o domínio funcional do fato.

Ao analisar a teoria em comento e o modelo atual para determinação da autoria de infrações, tanto penais quanto disciplinares, constata-se que a teoria restritiva não atende, de forma eficaz, os casos em que se discute a autoria mediata. Para a teoria restritiva, o mandante é partícipe, e não autor da ação típica, e pode ter até uma pena maior,

por incidir uma agravante. Já para a teoria do domínio do fato, o mandante é o autor, haja vista que ele possui o domínio da situação. Assim, almeja-se, com o presente estudo, partindo da ideia de que a teoria do domínio do fato é plenamente compatível com o Código Penal brasileiro – que distingue claramente a autoria da participação –, construir um cenário que demonstre igualmente a pertinência da aplicação da teoria do domínio do fato aos procedimentos disciplinares, a fim de definir, com a maior justeza possível, os verdadeiros autores das infrações disciplinares que se pretende punir.

1. A teoria do crime

Inicialmente, é importante discorrer sobre as teorias do crime, a fim de criar a fundamentação teórica suficiente para a construção da hipótese trazida pelo presente trabalho.

A teoria do crime, também denominada de teoria geral do crime, teoria do delito, teoria do injusto penal ou teoria do fato punível, visa ao estudo dos requisitos necessários para a configuração do crime. Neste sentido são os ensinamentos do Professor Luiz Flávio Gomes, *in verbis*:

“Esses requisitos constituem, ao mesmo tempo, pressupostos para a aplicação de uma pena ou medida de segurança a quem realizou um crime que, entendido como fato punível, nada mais é que um fato contrário ao Direito (antijuricidade), descrito (previamente) numa lei penal (tipicidade) e ameaçado abstratamente com pena (punibilidade abstrata). Em outras palavras: fato adequado a

uma lei penal (tipicidade material), ameaçado com pena (punibilidade abstrata) e contrário ao Direito (antijuricidade).”¹

As teorias do crime cumprem importantes funções, dentre as quais se destacam: a função instrumental, sendo a teoria do crime o instrumento de que se vale o operador do direito para interpretar e sistematizar os delitos específicos, constantes da Parte Especial do Código Penal; a função prática e garantista, que almeja resolver os problemas decorrentes da aplicação do Direito Penal, bem como dotá-lo de segurança; e a função crítica, em que são reinterpretados, teleologicamente, os requisitos do crime, a fim de que sejam alterados, para obter certas exigências éticas de liberdade e dignidade da pessoa humana.

1.1. Teoria Causalista ou Clássica

No final do século XIX, o delito passou a ser considerado um fato natural, ou seja, fundado na causalidade e no resultado. A ação era concebida como movimento corporal voluntário que acarreta alteração no mundo exterior. O crime, desse modo, é uma ação causal com um resultado externo.

A teoria causalista, cujos fundamentos teóricos remontam aos ensinamentos de Liszt-Beling, defende que o crime é um fato típico, antijurídico e culpável, sendo que o fato típico seria uma ação ou omissão ocorrida no mundo natural, despojada de qualquer carga valorativa. A ilicitude seria atribuída ao fato típico, não possibilitado uma causa que o justificasse, tal como a legítima defesa e o estado de neces-

1 GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 13.

sidade. Já a culpabilidade teria como espécies o dolo e a culpa e a imputabilidade, qual seja, a probabilidade de responsabilizar o autor pela conduta típica, como pressuposto.

Segundo essa concepção naturalista, o crime era subdividido em duas partes: objetiva e subjetiva, sendo a primeira referente à valoração do ato (ato humano e antijurídico) e a segunda referente à valoração da conduta do agente (dolo ou culpa). Em 1906, após o advento da doutrina de Beling, a parte objetiva passou a ser composta de tipicidade e antijuricidade e a parte subjetiva, da culpabilidade, a qual, por sua vez, era composta por dois requisitos: imputabilidade e dolo ou culpa.

Para a teoria causalista, o conceito de ação refere-se ao “movimento corpóreo capaz de produzir alguma alteração no mundo exterior. Dela não faz parte nem o dolo nem a culpa”². A conduta é um ato voluntário, ou seja, vontade de fazer ou não fazer. Para a ação, o fator vontade é fundamental; já na culpabilidade, residia o conteúdo da vontade qual seja, o dolo ou a culpa. A tipicidade foi criada como descrição neutra do crime, não possuindo qualquer juízo de valor. Já a antijuricidade foi elaborada como mera violação da norma (formal). Quanto à culpabilidade, adotava-se a teoria psicológica, sendo a culpabilidade o vínculo psicológico entre o agente e seu fato. Seus requisitos – imputabilidade, dolo e culpa – são puramente psicológicos. Com o neokantismo de Frank, em 1907, foi agregada a exigibilidade de conduta diversa, referente à teoria psicológico-normativa da cul-

pabilidade. Ressalte-se que o conceito de dolo, nesse período, era o de *dolus malus*, abarcando a consciência do fato e a consciência da ilicitude. É importante destacar ainda que, na teoria clássica, predominou a tripartição do delito, sendo o crime considerado um fato típico, antijurídico e culpável.

Segundo a teoria causalista, fato típico é a mera subsunção do fato à lei. O fato típico possui como requisitos a conduta voluntária (neutra), ou seja, sem dolo ou culpa; resultado naturalístico, isso considerado nos crimes materiais; nexo de causalidade; e tipicidade formal. Para essa teoria, dolo é a consciência e a vontade livre dirigidas a um resultado naturalístico e antijurídico, sendo seus requisitos a consciência da ação e do resultado, a consciência do nexo de causalidade, a consciência da ilicitude e a vontade de realizar a ação e produzir o resultado antijurídico.

O dolo, nessa teoria, é normativo (*dolus malus*), porque exige a consciência da ilicitude do fato. Já o conceito de culpa, para essa teoria, é a realização voluntária de uma conduta sem a devida atenção ou cuidado da qual deriva um resultado naturalístico, não desejado nem previsto, embora fosse previsível. Tanto o dolo quanto a culpa pertencem à culpabilidade. A inexistência do dolo ou da culpa conduz à falta de culpabilidade. A consciência da ilicitude, que é real e efetiva, faz parte do dolo (*dolus malus*). Como o dolo faz parte da culpabilidade, a consciência da ilicitude também pertence à culpabilidade. É preciso que o agente saiba da ilicitude do fato.

2 GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit. p. 53.

1.2. Teoria Finalista

Segundo a teoria finalista, o crime também seria um fato típico, antijurídico e culpável; entretanto cada um desses requisitos é objeto de reestruturação, visto que o importante não seria o desvalor do resultado, consoante afirma a teoria clássica, mas sim o desvalor da ação. O criador da teoria finalista do crime foi Hans Welzel, tendo seu apogeu ocorrido entre os anos de 1945 e 1960.

Uma das diferenças fundamentais entre a teoria finalista e a teoria causalista diz respeito à posição do dolo e da culpa. Para a teoria finalista, estes passam a compor a conduta e, consequentemente, o fato típico, não mais pertencendo à culpabilidade. Na mesma esteira, o conceito de dolo também sofre modificações. Para a teoria clássica, o dolo era visto como consciência e vontade de realizar a conduta, assim como consciência da ilicitude dessa conduta (*dolus malus*, dolo normativo ou jurídico). Verifica-se, desse modo, que o dolo era composto de duplo conteúdo. Com a teoria finalista, os dois núcleos do dolo foram divididos. O primeiro núcleo, qual seja consciência e vontade de realizar a conduta, passou a compor a tipicidade, enquanto o segundo, consciência da ilicitude, permaneceu na culpabilidade, mas não mais como requisito subjetivo, e sim como requisito normativo. A consciência da ilicitude potencial é suficiente para o juízo de culpabilidade.

Neste sentido são os ensinamentos do mestre Luiz Flávio Gomes:

“Se dolo é só a consciência e a vontade de querer realizar a conduta des-

crita no tipo (dolo natural), dele não faz parte a consciência da ilicitude da conduta, que é uma questão valorativa integrante da culpabilidade. O finalismo, como se vê, acolhe o conceito de dolo natural (consciência e vontade de realizar a conduta descrita no tipo) e, desse modo, abandona o conceito de dolo jurídico (ou *dolus malus* = consciência e vontade de realizar a conduta mais consciência da ilicitude dessa conduta).”³

Ainda segundo o referido autor, a antijuricidade “é a contrariedade do fato relacionado com um determinado autor, cuja vontade contraria a norma imperativa a ele dirigida (concepção do crime como injusto pessoal)”⁴. A culpabilidade, por sua vez, “é puro juízo de valor (juízo de reprovação pessoal)”⁵, dela sendo excluídos todos os aspectos subjetivos. Essa é a concepção normativa pura da culpabilidade, a qual possui como requisitos a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude. Por meio da teoria normativa pura da culpabilidade, Welzel retirou o dolo e a culpa da culpabilidade, colocando-os na tipicidade e substituindo-os pela potencial consciência da ilicitude. A consciência da ilicitude faz, exclusivamente, parte da culpabilidade, e não do dolo, o qual foi desmembrado, sendo redistribuído parte para a tipicidade, e outra parte permanecendo na culpabilidade. Ressalte-se que a imputabilidade, que antes era considerada um requisito subjetivo, passa a ser considerada como um requisito normativo, ou seja, a capacidade de entendimento do agente deve ser valorada pelo magistrado de forma concreta.

3 GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit. p. 26.

4 GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit. p. 27.

5 Idem.

Para a teoria finalista, ação é o comportamento humano consciente, doloso ou culposo, dirigido a uma finalidade. Ainda segundo essa teoria, fato típico é o fato que preenche todos os requisitos objetivos descritos na lei penal. Como requisitos, o fato típico possui a conduta dolosa ou culposa, o resultado naturalístico nos crimes materiais, nexos de causalidade e tipicidade formal.

O dolo, nessa teoria, é conceituado como a consciência e a vontade de concretizar os requisitos objetivos do tipo, ou seja, dolo direito ou eventual. Como requisitos, o dolo possui a consciência da conduta e do resultado; consciência do nexos causal; vontade de realizar a conduta e produzir o resultado naturalístico, nos crimes materiais. O finalismo dividiu o dolo em duas partes: a consciência da ação foi para a tipicidade, enquanto a consciência da ilicitude se manteve na culpabilidade, mas como consciência potencial, não real. Isso é o que se denomina de dolo natural, porque não exige a consciência da ilicitude do fato. Já o conceito de culpa, para a teoria finalista, é a “inobservância do cuidado objetivo necessário que se exterioriza numa conduta que produz um resultado naturalístico previsível (objetiva e subjetivamente)”.⁶ Para os finalistas, o dolo e a culpa pertencem à conduta e, conseqüentemente, ao fato típico, sendo um requisito subjetivo ou normativo do tipo. A inexistência do dolo ou da culpa conduz à atipicidade da conduta, sendo o fato considerado atípico.

Para os adeptos da teoria finalista majoritária, das quais se destaca Welzel, crime é o fato típico, antijurídico e cul-

pável. Já para a corrente finalista minoritária, o crime deve possuir dois requisitos: ser um fato típico e antijurídico. A corrente minoritária elimina a culpabilidade do conceito de crime e adota o sistema bipartido.

2. O autor de crimes no ordenamento jurídico pátrio

O conceito de autor no Direito Penal é vislumbrado a partir de três teorias, a saber, a teoria subjetiva causal ou extensiva, a teoria formal objetiva ou restritiva e a teoria objetiva-subjetiva ou do domínio do fato. Segundo a teoria extensiva, todos os agentes que provocam o evento são considerados autores, independentemente de terem ou não praticado a ação tipificada. De acordo com a teoria restritiva, os autores são aqueles que praticam os atos executórios previstos no tipo penal, enquanto os partícipes convergem para o resultado do delito sem cometer, no todo ou em parte, a ação descrita no tipo penal. Por outro lado, a teoria do domínio do fato sustenta que autor é o agente que detém o controle da ação, ainda que não pratique os atos de execução constantes do tipo penal.

Havia um grande debate entre os doutrinadores acerca de qual das teorias sobre o conceito de autor seria adotada pela legislação pátria. Com a entrada em vigor da nova Parte Geral do Código Penal, tal discussão recebeu um novo viés. O debate acerca do tema é importante, pois visa a identificar qual teoria é capaz de alcançar os preceitos constitucionais da individualização da pena, de acordo com a culpabilidade de cada agente do delito.

6 GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit. p. 59.

2.1. Teoria Subjetiva Causal ou Extensiva

A teoria subjetiva causal ou extensiva defende que os autores da ação delitiva são todos aqueles que convergem para a produção de um resultado, realizando ou não atos executórios, descritos no tipo penal, ficando a diferenciação entre autor e partícipe apenas no plano doutrinário. Era a teoria adotada pelo art. 25 do Código Penal de 1940, que estabelecia, verbis: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”.

O Professor Damásio Evangelista de Jesus, ao discorrer sobre a teoria extensiva, sustentou, *litteris*:

“Com fundamento na doutrina causal da equivalência das condições, conceitua autor como todo aquele que, de qualquer forma, produz o resultado. É uma doutrina causal. Adotando um critério objetivo, não distingue autor de partícipe. Assim, no homicídio, são autores mandante e executor. Autor não é só quem concretiza o comportamento típico, como também aquele que, mediante as formas de participação, realiza conduta sem a qual o resultado não teria ocorrido. Reconhece, entretanto, haver diferença, no plano subjetivo, entre quem concretiza o núcleo do tipo e quem contribui para o delito por induzimento, instigação ou auxílio, preconizando, neste caso, tratamento punitivo mais suave. A pena abstrata, do ponto de vista objetivo, é a mesma para todos. Subjetivamente, contudo, quem não realiza a conduta típica deve receber pena menor. Daí socorrer-se esta doutrina da ‘teoria subjetiva da participação’, para a qual autor é quem age com dolo

de autor (*animus auctoris*) e deseja o fato como próprio; partícipe, quem realiza o comportamento com dolo de partícipe (*animus socci*) e quer o fato como alheio. Assim, tendo contribuído para o resultado mediante qualquer conduta, a consideração do sujeito como autor ou partícipe depende da direção e conteúdo de sua vontade. Daí também denominar-se de ‘teoria subjetiva causal’.

A teoria extensiva de autor, com seu complemento subjetivo de participação, foi refutada pela doutrina, uma vez que permitiria, segundo a vontade do sujeito, ser considerado autor quando, não tendo realizado a conduta típica, quisesse o fato como próprio, e partícipe se, efetivando o comportamento do núcleo do tipo, desejasse o crime como alheio.”⁷

Entretanto, a teoria extensiva também recebeu inúmeras críticas, dentre as quais se destaca a de José Henrique Pierangeli, o qual afirma ser o conceito extensivo de autor uma criação normativa, em descompasso com a realidade, fazendo que o conceito de autor e de partícipe dependa, com exclusividade, de um componente subjetivo. Referido autor sustenta ainda que essa teoria considera autor aquele que tem interesse no resultado do crime, enquanto o partícipe atua no interesse alheio⁸.

Nessa linha, é importante destacar que o Código Penal de 1940 não diferenciava a autoria e a participação, con-

7 JESUS, Damásio E. de. Teoria do Domínio do Fato. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 14-15.

8 PIERANGELI, José Henrique. O Concurso de Pessoas e o Novo Código Penal. In Revista dos Tribunais. Vol. 680. p. 294.

soante o *animus* do agente de exercer o fato como próprio ou auxiliar na ação alheia. O Código nivelava, para os efeitos legais, todas as hipóteses de concurso, com base na teoria da *conditio sine qua non*. Ressalte-se que a grande contribuição da teoria extensiva se refere à ausência de diferenciação entre a autoria e a participação, para fins de responsabilização penal, ficando a individualização da pena para momento posterior. Além disso, saliente-se que, no plano concreto, seria extremamente difícil verificar quem teria pretensão de autor e quem teria vontade de concorrer para evento de outrem, razão pela qual teria total cabimento a referida teoria.

Por todo o exposto, conclui-se que, segundo a teoria extensiva, a simples vontade de cada agente de convergir para a consecução do delito basta para que este seja considerado autor, não importando se ele queria o evento como próprio ou alheio. A distinção entre autoria e participação fica apenas no plano doutrinário.

2.2. Teoria Formal Objetiva ou Restritiva

A teoria formal objetiva ou restritiva considera como autor apenas aquele agente que pratica, direta ou indiretamente, o fato típico previsto na norma penal, ou, pelo menos, parte dele. Consoante os adeptos dessa teoria, o partícipe converge para a consecução do delito com uma contribuição causal diferente da ação contida no núcleo do tipo penal. Neste sentido é a lição de Heleno Cláudio Fragoso, *in litteris*:

“Autor é quem realiza diretamente a ação típica ou quem realiza através de outrem, nos casos da chamada *autoria*

mediata (...). *Partícipe*, em sentido amplo, é todo aquele que, de qualquer forma, concorre para a ação delituosa; em sentido estrito, é todo aquele que, *sem realizar a conduta típica*, contribui para a ação típica de outrem.”⁹

Na mesma esteira, Aníbal Bruno sustenta, *verbis*:

“Autor diz-se, em princípio, aquele que realiza a ação típica – aquele do qual se pode dizer que *matou* alguém, que subtraiu para si ou para outrem coisa alheia móvel etc. É o agente do fato principal, em volta do qual se podem desenvolver todas as formas de concurso. A sua posição subsiste, com todas as suas conseqüências jurídico-penais, mesmo se com ele se colabora ou cessa de colaborar a atividade de outrem. Essa é uma compreensão restritiva e bem definida no conceito de autor, que se afasta do ponto de vista em se colocou o Código.”¹⁰

Segundo a teoria restritiva, a participação não estaria contemplada no âmbito penal, a não ser que existisse uma norma penal expressa lhe aplicando a responsabilidade. Tal norma consta do art. 31 do atual Código Penal, *verbis*: “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”.

Ressalte-se, ainda, que a teoria restritiva, assim como a já estudada teoria extensiva, não ficou imune às críticas da doutrina. Nesse sentido, é importante

9 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. A Nova Parte Geral. p. 252.

10 BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Parte Geral. Tomo 2º. p. 265.

destacar as considerações de Alberto Silva Franco, segundo o qual:

“(...) a teoria não dá resposta satisfatória a certas situações concretas que não se acomodam ao rigor e ao formalismo do esquema conceitual. Por acaso, seria admissível considerar meros participantes, porque não realizaram nenhuma fração de condutas típicas, o chefe de uma quadrilha de traficantes de tóxicos que tem o comando e o controle de todos os que atuam na operação criminosa, ou o líder de uma organização mafiosa que atribui a seus comandados a tarefa de eliminar o dirigente de uma gangue rival?”¹¹

Quanto a esse aspecto, é importante salientar que, ainda que o Código Penal atual não tivesse adotado a teoria restritiva, não existiria impedimento para punir com maior gravidade o partícipe do que o autor do crime, segundo estabelece o art. 62, I do Código Penal, *verbis*: “A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; (...)”.

O nosso Código Penal adotou a teoria restritiva, haja vista que os artigos 29 e 62 distinguem autor e partícipe. Nesse sentido, o artigo 62, inciso IV agrava a pena em relação ao agente que “executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa”. Assim, quem executa o crime é autor; quem auxilia, induz ou instiga, é considerado partícipe. Entretanto, essa teoria não resolve a situação da autoria mediata, quando o agente se utiliza de outrem para cometer o crime. Por esse

motivo, a doutrina moderna se vale da teoria do domínio do fato, que, reunida à teoria restritiva, consegue dar uma resposta adequada aos casos concretos.

A terceira teoria acerca do conceito de autor, qual seja a teoria do domínio do fato, será estudada em tópico próprio, tendo em vista sua importância central para as conclusões do presente trabalho.

3. A teoria do domínio do fato

A teoria do domínio do fato, também denominada de objetivo-subjetiva, está vinculada ao tema “concurso de pessoas”, previsto no Código Penal nos artigos 29 a 31. O Código Penal, em seu artigo 29, prevê que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.” A teoria em referência diferencia com maestria as figuras do autor e executor, dando resposta à hipótese da autoria mediata e possibilitando uma melhor compreensão da coautoria. O autor, segundo tal teoria, é quem possui o poder de decisão sobre a realização do fato típico. Autor não é somente aquele que executa a conduta típica, mas também aquele que se utiliza de outrem para a concretização do crime, o qual age como mero instrumento. Para que se configure o concurso de pessoas, são necessários a pluralidade de agentes e de condutas, a relevância causal de cada conduta, o liame subjetivo entre os agentes e a identidade da infração penal.

O domínio do fato surge nas formas do domínio de ação (ou seja, domínio de quem comete diretamente), do do-

11 FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. p. 445.

O domínio do fato surge nas formas do domínio de ação (ou seja, domínio de quem comete diretamente), do domínio de vontade (isto é, como domínio do autor mediato) e do domínio funcional (ou seja, como domínio do coautor).

mínio de vontade (isto é, como domínio do autor mediato) e do domínio funcional (ou seja, como domínio do coautor). Roxin é o autor do trabalho mais importante acerca do conceito do domínio do fato, tendo como precursores três importantes penalistas, a saber, Hans Welzel, o qual sustenta que “o senhor da ação é aquele que a configura por meio de sua vontade de realização que dirige o curso de modo planejado, o que significa que executa pessoalmente a ação ou atua como co-titular da decisão comum de executar a ação, oferecendo suas contribuições às ações dos demais”¹²; Gallas, o qual aduziu que “o senhor da ação é quem tem (...) a obra em sua mão”¹³; e Maurach, para qual “domínio do fato é o ‘ter entre mãos, abarcado pelo dolo, o curso típico dos acontecimentos’, e este domínio há de corresponder a qualquer um ‘que possa, ao arbítrio de sua vontade, deter, deixar continuar ou interromper a realização do resultado global’”¹⁴.

12 JAKOBS, Günther. Crítica à Teoria do Domínio do Fato. Vol. 9. p. 2.

13 Idem.

14 JAKOBS, Günther. Op. Cit. p. 3-4.

Em 1939, Welzel, na mesma época em que difundiu o finalismo, inseriu, no concurso de pessoas, a teoria do domínio do fato, que tem início com a teoria restritiva, utilizando um critério objetivo-subjetivo, qual seja, “autor é quem tem o controle final do fato, domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstâncias”¹⁵. Ressalte-se que a teoria do domínio do fato é uma teoria mista, razão pela qual é denominada de “objetivo-subjetiva”.

De inquestionável inspiração finalista e criada principalmente pela doutrina alemã, a teoria do domínio do fato conceitua autor como “aquele que domina finalmente a realização do fato, isto é, quem decide, em linhas gerais, o ‘se’ e o ‘como’ de sua ‘realização’”¹⁶. Segundo conceitua Wessels, autor:

“(...) é quem, como ‘figura central’ (= figura chave) do acontecimento, possui o domínio do fato (dirigido planejadamente ou de forma co-configurada) e pode assim deter ou deixar decorrer segundo a sua vontade a realização do tipo. Partícipe é quem, sem um domínio próprio do fato, ocasiona ou de qualquer forma promove, como ‘figura lateral’ do acontecimento real, o seu cometimento.”¹⁷

Não obstante a teoria em comento esteja partindo de um conceito restritivo de autor, o qual sopesa que a autoria deve estar fundamentalmente atrelada

15 Damásio E. de Jesus. Op. Cit. p. 17.

16 CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 196.

17 WESSELS, Johannes. Direito Penal. Parte Geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1976. p. 119.

ao tipo penal, não basta a simples efetivação objetiva da conduta típica prevista na norma penal, mas sim que essa conduta típica apareça como expressão da vontade que conduz o curso do evento delituoso, que é seu aspecto subjetivo. Desse modo, autor é quem tem o controle subjetivo do fato, atuando no exercício desse controle; ele tem o domínio final da ação e, assim, pode deliberar sobre a consumação do delito, mesmo que não participe de sua execução material.

Quanto ao tema, é importante colacionar a lição de Zaffaroni, *in litteris*:

“A tese do domínio do fato tem antecedentes muito claros na doutrina não germana, mas que não foram suficientemente explorados nas respectivas doutrinas latinas. Sem maior esforço, pode remontar-se a tese do domínio do fato a Pellegrino Rossi, quem afirmava que ‘a resolução e o fato material são os dois elementos constitutivos do delito’. Concluía em que ‘todo outro aporte que facilite, mas que não configure os elementos constitutivos do delito, corresponde aos cúmplices, que secundam a execução, mas não criam o crime’. Entre nós, foi Adán Quiroga quem difundiu esta opinião em termos ainda mais claros. Referindo-se a um exemplo de rapto, escrevia Adán Quiroga que ‘os que executam o delito por seu feito e os que tomam e conduzem a vítima, os que cometeram violência na pessoa dos donos da casa; enfim, até os criados que abrem as portas, sempre que esse ato houvesse sido indispensável para o delito, são autores do rapto’. ‘Não sucede o mes-

mo – acrescentava com os que vigiam a casa, os que emprestam os instrumentos que podem facilmente suprir-se, os que apagam os rastros do delito etc., porque sua participação é indireta e acessória’. Por certo não é simples achar uma melhor síntese da tese do domínio do fato.”¹⁸

Assim, verifica-se que autor é aquele que se utiliza de outrem, não imputável, para a concretização do delito, hipótese essa de autoria mediata, uma vez que mantém o domínio da vontade do fato típico. É também considerado autor quem tem o denominado “domínio funcional do fato”, que se constata nos casos de coautoria em que ocorre a divisão de tarefas entre os diferentes agentes.

A teoria do domínio do fato tem como fundamentos princípios relacionados à conduta, e não ao resultado. O autor, segundo essa teoria, é quem tem o controle final do fato, enquanto o participe não possui o domínio do fato, mas apenas coopera, induz ou incita a prática do delito. Essa teoria, assim como a teoria finalista, também apresenta a finalidade com fundamento. Ressalte-se, ainda, que a teoria do domínio do fato é a teoria majoritária na Alemanha, sendo também adotada por muitos autores europeus. Os adeptos dessa teoria são Welzel, Stratenwerth, Maurach, Wessels, Roxin, Schröder, Jescheck, Gallas, Blei, Zaffaroni, Muñoz, Conde, Córdoba Roda, Rodríguez Devesa, Mir Puig, Bacigalupo, Enrique Cury e Bockelman. No Brasil, como representantes dessa teoria, podem-se

18 ZAFFARONI, Eugenio Raul. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo IV. Buenos Aires: Ediar, 1987. p. 306.

A teoria do domínio do fato tem como fundamentos princípios relacionados à conduta, e não ao resultado.

destacar os estudiosos Manoel Pedro Pimentel, Alberto Silva Franco, Nilo Batista, Luiz Régis Prado, Cezar Bitencourt, Pirangelli e Luiz Flávio Gomes.

É importante destacar, inicialmente, que a teoria do domínio do fato é uma tese que complementa a teoria restritiva, aplicando um critério misto, qual seja, objetivo-subjetivo. As duas teorias são aplicadas de forma conjunta, para solucionar os casos concretos que envolvem autores materiais e intelectuais de crimes. Ela visa a complementar a teoria restritiva por designar como autor aquele que possui o controle da conduta típica, mesmo não realizando atos executórios descritos no tipo penal. Em consequência, a teoria do domínio do fato designa como partícipes todos os agentes que não executem as ações previstas no tipo penal, desde que não tenham o controle final da ação apontada para o resultado típico.

Ressalte-se que o domínio do fato não é um conceito indeterminado ou fixo, mas sim um conceito aberto, acolhendo como elementos o método descritivo e a integração do indicador de direção.

3.1. Espécies de autoria na teoria do domínio do fato

Na teoria do domínio do fato verificam-se as seguintes espécies de autoria: autoria direta individual e imediata ou autoria propriamente dita; autoria intelectual; autoria mediata e coautoria.

Na autoria propriamente dita, o autor do delito realiza materialmente a conduta típica, agindo como executor material individual, não existindo qualquer indução, instigação ou auxílio de outrem. O autor possui o domínio total da conduta.

Por outro lado, ressalte-se que, 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. A Constituição da República refere-se ao autor intelectual quando, determinando a inafiançabilidade dos crimes hediondos e assemelhados, emprega a expressão ‘mandante’. O Código Penal agrava a pena do autor intelectual, referindo-se ao sujeito que ‘promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes’ (art. 62, I)”¹⁹.

Já na autoria mediata, o agente se utiliza de outrem para cometer o delito, sendo a ele atribuída a autoria do crime. Ele tem o domínio da vontade do executor, o qual é mero instrumento de sua vontade.

Quanto à coautoria, Damásio E. de Jesus afirma, *in litteris*:

“Na co-autoria (reunião de autorias), que constitui forma de autoria, o co-autor realiza o verbo típico ou concreti-

19 JESUS, Damásio E. de. Op. Cit. p. 19.

za parte da descrição do crime, ainda que, no último caso, não seja típica a conduta perante o verbo, desde que esteja abarcada pela vontade comum de cometimento do fato. É a prática comunitária do crime, segundo Johannes Wessels. Cada um dos integrantes possui o domínio da realização do fato conjuntamente com outro ou outros autores, com os quais tem plano comum de distribuição de atividades, e quer realizar como próprio o fato comum com a cooperação dos outros. Há divisão de tarefas, de maneira que o crime constitui conseqüência das condutas repartidas, produto final da vontade comum. E nenhum deles é simplesmente instrumento dos outros. Não é necessário, portanto, que haja hierarquia ou subordinação de uma vontade a outra.”²⁰

Quanto às suas formas, a coautoria pode ser direta e parcial ou funcional. Na coautoria direta, todos os agentes realizam a conduta descrita no tipo. Já na coautoria parcial, há divisão de tarefas para a execução do crime. É o denominado “domínio funcional do fato”, haja vista que se refere à divisão de funções entre os indivíduos.

Quanto à participação, é importante destacar que, na teoria do domínio do fato, partícipe “é quem efetiva um comportamento que não se ajusta ao verbo do tipo e não tem poder de decisão sobre a execução ou consumação do crime”²¹.

Segundo o magistério de Damásio E. de Jesus, são características da participação “1ª) a conduta não se amolda ao núcleo da figura típica (o verbo); 2ª) o

partícipe não tem nenhum poder diretivo sobre o crime, isto é, não possui o domínio finalista do fato”²². O partícipe, mediante conduta acessória, colabora para a realização da ação típica, por meio de induzimento, instigação ou auxílio material.

Ademais, destaque que essa teoria se aplica apenas aos crimes dolosos, sejam eles materiais, formais, sejam de mera conduta. Nos crimes culposos não há distinção entre autoria e participação, sendo considerado autor todo aquele que, mediante certa conduta, acarreta um resultado típico, deixando de observar o cuidado objetivo necessário.

Por todo o exposto, constata-se que, ao adotar a teoria do domínio do fato, podem ser considerados autores do delito, a saber, quem realiza pessoal, no todo ou em parte, direta e imediatamente, a ação típica prevista na norma penal, possuindo o domínio da ação; quem pratica o crime valendo-se de outrem como instrumento, isto é, hipótese de autoria mediata, haja vista que ele possui o domínio da vontade; aquele que, sem executar diretamente a ação típica, possui o seu domínio, uma vez que planejou e organizou sua execução, podendo, em consequência, determinar sua consumação, modificação ou interrupção, hipótese de autoria intelectual; o coautor que efetiva uma parte necessária do planejamento global, haja vista que possui o domínio funcional do fato. Por fim, é considerado partícipe aquele que, sem domínio próprio do evento, contribui ou de qualquer modo gera a sua realização.

20 JESUS, Damásio E. de. Op. Cit. p. 21-22.

21 JESUS, Damásio E. de. Op. Cit. p. 25.

22 JESUS, Damásio E. de. Op. Cit. p. 26.

3.2. Teoria adotada pela legislação vigente

Com a adoção pelo Código Penal de 1984 da teoria finalista, tiveram início as discussões acerca de qual teoria teria sido adotada pelo Código em relação ao conceito de autor. Grande parte dos estudiosos defendeu que, diante da aceitação do finalismo, o Código teria adotado a teoria do domínio do fato. Outros autores, dentre os quais se destaca Mirabete, sustentaram que a nova Parte Geral do Código Penal adotou a teoria restritiva, pois o *caput* e os §§ 1º e 2º do art. 29 diferenciam, de forma nítida, o autor do partícipe. Contudo, mesmo com base nessa concepção, referidos autores aduziram que autor, além de ser o executor material da conduta típica proclamada na norma penal, é também aquele que pratica o delito por meio de ação de terceiro.

Alguns estudiosos, dentre os quais se destacam José Henrique Pierangeli e Alberto Silva Franco, defendem que a nova Parte Geral do Código Penal de 1984 abrigou a teoria do domínio do fato. Segundo Pierangeli, “esta teoria, formulada por Welzel e exposta, posteriormente, com maestria por Maurach, é de concepção finalística e ‘com finalismo se identifica’, não se ligando, em momento algum à culpabilidade, mas sim à ação (...)”²³. Na mesma esteira segue o magistério de Silva Franco, que sustenta que o legislador de 1984, “(...) na medida em que introduziu o dolo na ação típica final, como se pode depreender da conceituação de erro sobre o tipo, na medida em que aceitou o erro de proibição e, finalmente, na medida em que abandonou o rigorismo da teo-

*ria monística em relação ao concurso de pessoas, reconhecendo que o agente responde pelo concurso na medida de sua culpabilidade, deixou entrever sua acolhida às mais relevantes teses finalistas, o que leva à conclusão de que também abraçou a teoria do domínio do fato”*²⁴.

Ao analisar o artigo 62, inciso I, do Código Penal, constata-se que foi adotada a teoria do domínio do fato, tendo em vista que é punido de forma mais severa aquele que promove ou organiza o crime, bem como aquele que dirige a atividade dos demais agentes. Nesse diapasão, o Código Penal pune de forma mais severa aquele agente que possui o domínio do fato.

Entretanto, ressalta-se, por oportuno, que a teoria do domínio do fato não exclui a visão restritiva de autor, mas sim a integra, oferecendo uma alternativa para situações em que, embora não execute pessoal e materialmente o verbo núcleo do tipo penal, o agente deve ser considerado seu autor, e não mero partícipe.

4. A aplicação da teoria do domínio do fato nos procedimentos administrativos disciplinares

A realização de um estudo que demonstre a importância da aplicação da teoria do domínio do fato para determinar a autoria de infrações disciplinares cometidas por servidores públicos em concurso de pessoas se justifica e encontra sua relevância no que diz respeito a identificar o verdadeiro autor da conduta típica disciplinar, ou seja, aque-

23 PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 24.

24 FRANCO, Alberto Silva. Op. Cit. p. 446.

le que possui o domínio final do ato, a fim de possibilitar a aplicação de penalidades de forma correta e eficaz.

O Código Penal de 1984 adotou a teoria restritiva para a autoria, sendo considerado autor aquele que pratica o núcleo do tipo penal. O Código Penal, em seus artigos 29 e 62, distingue autor e partícipe, aumentando a pena do agente que executa o crime, ou nele participa, mediante pagamento ou promessa de recompensa. Contudo, a teoria restritiva não consegue resolver, por exemplo, a hipótese da autoria mediata, em que o agente se utiliza de outrem para a concretização do crime, razão pela qual se torna cogente a utilização da teoria do domínio do fato. Como dito alhures, tal teoria nasceu não para substituir a teoria restritiva, mas sim para completá-la, a fim de que possam responder todas as hipóteses envolvendo a caracterização da autoria e da participação. Atualmente, é conferida grande importância à pessoa do mandante do crime, uma vez que se trata do verdadeiro responsável direto pela conduta típica realizada pelo executor do delito.

No Brasil, hoje, existem algumas legislações que tratam expressamente da pessoa do mandante do crime, dentre as quais se destaca a Lei do Crime Organizado. Nesse aspecto, é importante destacar que as investigações, de um modo geral, conseguem atingir somente os agentes com participação secundária nos crimes cometidos pela organização criminosa. Os verdadeiros chefes da organização, ou seja, aqueles que possuem o verdadeiro controle da ação delituosa, dificilmente são revelados, não respondendo pelas infrações que cometem.

Nessas organizações criminosas, a figura do mandante tem papel singular, de relevância central, sendo muito diferente da figura do executor dos crimes. Caso não seja adotada a teoria do domínio do fato nessa hipótese, os verdadeiros organizadores e mandantes dos crimes não poderiam ser punidos, a não ser como meros partícipes, haja vista que, de um modo geral, não realizam a conduta típica. Desse modo, aqueles que realmente deveriam ser punidos de forma mais severa, por figurarem como os verdadeiros mentores do crime, acabam não sendo punidos, ou são apenados de forma mais branda do que o executor do fato, o qual apenas recebeu a ordem do chefe da organização criminosa para a prática do delito.

Na questão do mandante, é importante destacar que, para a teoria restritiva, o mandante é partícipe e pode ter até uma pena maior, por incidir uma agravante; para a teoria extensiva, o mandante é autor intelectual; para a teoria do domínio do fato, o mandante é o autor, uma vez que ele tem o domínio da ação delitiva. É ele quem pode, em tese, interromper a execução do delito.

Tal é o raciocínio nos procedimentos administrativos disciplinares. Nas infrações cometidas na seara disciplinar, também deverá ser aplicada a teoria do domínio do fato, a fim de alcançar os verdadeiros “cabeças” do esquema delituoso, os arquitetos do iter criminis, os quais possuem o domínio, o verdadeiro controle da ação delitiva.

Quanto ao processo administrativo disciplinar lato sensu, é importante trazer à baila, inicialmente, o seu conceito e objetivo, a fim de que possa ser deba-

tida com maior clareza a aplicação da teoria objeto do presente estudo.

Colaciona-se o conceito e o objetivo do processo administrativo disciplinar *lato sensu*:

“O processo administrativo é o instrumento legal necessário para responsabilizar administrativamente o servidor infrator por ato associado diretamente ao exercício das atribuições do seu cargo ou, indiretamente, a pretexto de exercê-las. Assim, o processo administrativo disciplinar é a sucessão formal de atos realizados pela administração pública, por determinação legal e em atendimento a princípios de Direito, com o objetivo único de apurar os fatos relacionados com a disciplina de seus servidores (ou seja, os ilícitos administrativos). O processo administrativo disciplinar tem como objetivo específico esclarecer a verdade dos fatos constantes da representação ou denúncia associadas, direta ou indiretamente, a exercício do cargo, sem a preocupação de incriminar ou exculpar indevidamente o servidor.”²⁵

Ressalte-se que o processo administrativo disciplinar, no que tange a sua abrangência objetiva, contempla somente os ilícitos associados ao exercício do cargo, e, quanto à sua abrangência subjetiva, atua apenas contra os servidores estatutários, regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, detentores de cargo efetivo ou de car-

go em comissão na Administração Pública Federal.

Por outro lado, saliente-se que são fontes originárias do processo administrativo disciplinar *lato sensu* a Constituição Federal, os estatutos dos servidores públicos, com destaque para a Lei nº 8.112/90 na seara federal, e as normas de organização de entidades como empresas públicas e sociedades de economia mista. As lacunas de tais normas são supridas pela Lei do Processo Administrativo, com destaque para a Lei nº 9.784/99 na área federal, pela analogia e pelos princípios gerais que fundamentam o processo administrativo disciplinar e o Direito Administrativo, pelas normas e princípios do Direito Penal e Processual Penal, pelas normas e princípios do Código de Processo Civil e pelos princípios gerais do direito.

Além disso, ressalte-se que processo administrativo disciplinar possui estreito vínculo com o Direito Penal e o Direito Processual Penal, dos quais retira a normatização supletiva indispensável à sua efetiva condução. Do Direito Penal, são retirados, mormente, os subsídios para exame das teses de defesa. Já do Direito Processual Penal, são extraídas as orientações acerca da realização e a valoração da prova e os requisitos que dirigem o ato de julgar.

O Tribunal de Contas da União, em Sessão Reservada, de 10.06.98, Ata nº 22/98 - Decisão nº 358/98, referindo-se a matéria disciplinar submetida à Corregedoria da Corte de Contas, deliberou, *verbis*:

“No caso de omissão da Lei nº 8.112/90 e de suas alterações, aplicam-

25 Controladoria-Geral da União. Manual de Treinamento em Processo Administrativo Disciplinar (PAD) – Formação de Membros de Comissões. Apostila de Texto. Abril de 2009.

se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições contidas nas normas do Poder Judiciário, em especial os Código Penal e de Processo Penal.”²⁶

Pois bem, como visto acima, a teoria restritiva, atualmente aceita e prevista no Código Penal brasileiro para determinação da autoria de infrações penais, não é suficiente para explicar diversas questões que surgem no momento de identificar e apenar servidores públicos que cometem infrações disciplinares, tais como a da autoria mediata, dos esquemas ilícitos, das organizações criminosas etc. A aplicação da teoria do domínio do fato visa a identificar a verdadeira participação de cada agente na ação delitiva, a fim de possibilitar a apenação de maneira correta e eficaz.

Com o intuito de retificar as eventuais falhas da teoria restritiva, surge a teoria do domínio do fato, que também diferencia as figuras de autor e partícipe; contudo, o critério distintivo não é a concretização ou não de elementos do tipo penal, mas sim possuir ou não o domínio do fato. Nesse sentido, ressalte-se que o processo administrativo disciplinar, tendo em vista sua identificação com o Direito Penal, deve se socorrer de tal teoria, a fim de atingir com maior justeza os verdadeiros agentes da infração disciplinar.

Atualmente, na seara disciplinar, na maior parte dos procedimentos administrativos instaurados, somente o servidor responsável pela execução direta da irregularidade é responsabilizado,

sendo atingido pelas penalidades previstas na Lei nº 8.112/90. Desse modo, os verdadeiros responsáveis pelo cometimento da infração, os quais arquitetam, planejam e organizam sua realização, com controle sobre a sua consumação, modificação ou interrupção, não são atingidos, visto que se encontram afastados da execução direta da infração disciplinar.

Desse modo, verifica-se que os reais detentores do poder nos diversos órgãos e entidades da Administração Pública, os quais, com base nessa influência que exercem, acabam por planejar e organizar a infração disciplinar tipificada na norma, repassando apenas sua execução a servidores de hierarquia inferior, em muitos casos, não são atingidos pela repressão disciplinar, ficando isentos de pena e aptos a cometer novas infrações e irregularidades.

Tais servidores, que possuem o comando da ação delituosa, acabam ficando afastados das apurações disciplinares, por não terem executado diretamente a conduta típica. Entretanto, verifica-se de forma clara que sua atuação é muito mais perigosa e prejudicial à Administração Pública, acarretando um sentimento de impunidade, que macula toda a sociedade.

A aplicação da teoria do domínio do fato nos processos administrativos disciplinares se faz cogente, a fim de que os autores mediatos ou intelectuais, os “chefes” do esquema delituoso, os quais possuem o verdadeiro controle da infração praticada – e não apenas os agentes que executaram as condutas típicas finais que causaram o prejuízo à

26 Tribunal de Contas da União, Sessão Reservada, de 10.06.98, Ata nº 22/98, Decisão nº 358/98.

administração –, possam sofrer as sanções previstas em lei.

Nessa esteira, verifica-se que as penas a serem aplicadas aos agentes que participaram da ação delitativa, em concurso de pessoas, não podem ser aplicadas de forma unívoca. Devem sim ser baseadas na qualidade de sua participação no evento delituoso, quais sejam, se os agentes participaram como autores (diretos, mediatos ou intelectuais) ou como partícipes, apenas colaborando para a concretização do delito, ou mesmo agindo como meros instrumentos na consecução do objetivo delituoso almejado pelo autor do crime.

Desse modo, a aplicação da teoria do domínio do fato sanaria as deficiências do modelo atual, que não possui resposta adequada para todas as hipóteses apresentadas pela complexa sociedade atual.

Conclusão

A teoria do domínio do fato, elaborada por Welzel, é defendida por inúmeros doutrinadores, em sua maioria europeus. Segundo essa teoria, autor é quem possui o domínio final da situação, ou seja, aquele que decide quando, como ou onde realizar a conduta típica. Quem pratica a conduta criminosa descrita no tipo tem o poder de decidir se irá prosseguir ou interromper a ação delituosa. De acordo com essa teoria, todos aqueles que detêm o domínio do fato seriam coautores, sendo que todos aqueles que contribuíram para a ação delituosa, sem possuir domínio sobre o fato criminoso, seriam considerados partícipes.

A ideia de domínio do fato sugere uma convação de momentos objetivos e subjetivos. Nesse passo, ressalte-se que nem as concepções de natureza objetiva, tampouco as concepções de cunho subjetivo, conceituam de forma adequada a autoria, a fim de diferenciá-la da participação.

A teoria restritiva, adotada pelo Código Penal brasileiro, não explica, por exemplo, a autoria mediata, na qual o autor do crime não pratica o núcleo do tipo, nem concretiza, de forma material, o fato típico, haja vista que se utiliza de terceira pessoa para tanto. Essa lacuna deixada pela teoria restritiva encontra solução na teoria do domínio do fato, a qual é plenamente compatível com o Código Penal pátrio.

Visando corrigir as lacunas deixadas pela teoria restritiva, deverá ser aplicada a teoria do domínio do fato, a qual pune, de forma adequada, o autor mediato e o autor intelectual, o mentor do esquema delituoso. Nessa esteira, saliente-se que o processo administrativo disciplinar, tendo em vista sua aproximação com o Direito Penal, deve se servir dessa teoria, a fim de apenar de forma eficaz os verdadeiros responsáveis pela infração disciplinar.

Atualmente, caso não seja aplicada a teoria do domínio do fato, não será possível, em muitos casos, apenar o verdadeiro agente do delito, qual seja, o mandante do crime, haja vista que nem sempre ele realiza o núcleo do tipo penal. Nesse caso, ele seria considerado mero partícipe, mesmo sua conduta sendo mais reprovável do que a do executor do delito.

Ademais, é importante destacar que o domínio do fato é um conceito aberto, não admitindo um conceito exato em sentido técnico, mas sim remetendo a uma construção descritiva, aplicada ao caso concreto. Desse modo, não oferece uma solução generalizadora, competindo ao intérprete, como conceito aberto, a função de conferir princípios balizadores que o orientem nas hipóteses a ele apresentadas.

É salutar a aplicação da teoria do domínio do fato para determinação da autoria de infrações disciplinares, com vistas a possibilitar a punição não só dos servidores executores da ação típica, mas também dos servidores responsáveis pela arquitetura, organização e direção do esquema delituoso.

Referências Bibliográficas

(1) GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

(2) JESUS, Damásio de. Teoria do Domínio do Fato. São Paulo: Saraiva, 2000.

(3) PIERANGELI, José Henrique. O Concurso de Pessoas e o Novo Código Penal. In Revista dos Tribunais. Vol. 680.

(4) FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: a nova parte geral. Rio de Janeiro. Forense, 1985.

(5) BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Parte Geral. Tomo 2º.

(6) FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial.

(7) JAKOBS, Günther. Crítica à Teoria do Domínio do Fato. 1ª ed. São Paulo: Manole, 2003.

(8) CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 196.

(9) WESSELS, Johannes. Direito Penal. Parte Geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.

(10) ZAFFARONI, Eugenio Raul. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo IV. Buenos Aires: Ediar, 1987.

(11) Controladoria-Geral da União. Manual de Treinamento em Processo Administrativo Disciplinar (PAD) – Formação de Membros de Comissões. Apostila de Texto. Abril de 2009.