

MARINA VEZÚ MACEDO DE OLIVEIRA

A Teoria do Domínio do Fato e os Crimes e Infrações
Penais Previstos no Decreto-lei nº 201 de 27 de Fevereiro
de 1967

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2016

MARINA VEZÚ MACEDO DE OLIVEIRA

A Teoria do Domínio do Fato e os Crimes e Infrações
Penais Previstos no Decreto-lei nº 201 de 27 de Fevereiro
de 1967

Trabalho de Conclusão de Curso de
Pós-graduação *latu sensu*
apresentado à Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo,
como exigência parcial para
obtenção do grau de Especialista em
Direito Penal e Processual Penal, sob
orientação do Professor Doutor
Antônio Carlos da Ponte.

SÃO PAULO

2016

Aos meus amores: Sílvia, Zélio, André, Laura e Guilherme.

AGRADECIMENTOS

Ao professor orientador, Doutor Antônio Carlos Da Ponte, pelo incentivo e auxílio que me foi concedido. Em especial, pelas aulas que ministrou durante o curso de pós-graduação e conversas que teve com a nossa turma que muito contribuíram para o meu engrandecimento pessoal e profissional.

Aos professores de Direito Penal e Direito Processual Penal do curso de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e aos Professores convidados que, ao longo destes dois anos e meio, compartilharam tamanha experiência jurídica.

Aos meus caros amigos e colegas de classe e profissão.

“O poder só é efetivado enquanto a palavra e o ato não se divorciam, quando as palavras não são vazias e os atos não são brutais. Quando as palavras não são empregadas para velar intenções, mas para revelar realidades. E os atos não são usados para violar e destruir, mas para criar novas realidades. ”

Hannah Arendt

RESUMO

O presente trabalho destina-se à análise da Teoria do Domínio do Fato, incerta no estudo do “conceito de autor” no direito penal e os crimes previstos no Decreto-lei nº 201/67.

No ordenamento jurídico como um todo, não é incomum que se puna quem sabe ou deveria saber do fato ilícito.

A omissão, em muitos casos, é também punível, nesse sentido podemos citar como exemplo o dever de zelo dos pais, a responsabilização do empregador pela conduta do empregado, hierarquicamente superior, previsão do novo Código de Processo Civil de ação regressiva contra o servidor público, magistratura, membro do Ministério Público e as Defensoria Pública.

De forma simplista pode-se dizer que a teoria do domínio do fato, de origem alemã, defendia que o autor mediato poderia responder pelo delito cometido pelo sujeito que praticou a ação (autoria imediata), caso detivesse o domínio final da ação.

Nesse sentido, o presente trabalho buscará melhor compreender a mencionada teoria a fim de formar opinião acerca da possibilidade (ou não) da aplicação desta nos delitos praticados por prefeitos municipais.

Palavras-Chave: Domínio do Fato; Crimes; Administração Pública; Prefeitos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1 – Noções Históricas.....	3
1.1 – Teoria do Domínio do Fato na Alemanha	4
1.1.1 Hans Welzel.	6
1.1.2 Claus Roxin	8
1.2 – Teoria do Domínio do Fato no Brasil	13
1.2.1 Projeto de Novo Código Penal	18
CAPÍTULO 2 – A Teoria do Domínio do Fato e a Presunção de Inocência	23
CAPÍTULO 3 – Relação do Direito Penal com o Direito Administrativo.....	26
CAPÍTULO 4 – Decreto-lei nº 201 de 27 de Fevereiro de 1967	32
4.1 – Dos crimes em espécie.....	38
4.1.1 Crime do artigo 1º, inciso I.....	38
4.1.1.1 Similaridade com artigo 312 do Código Penal.....	41
4.1.2 Crime do artigo 1º, inciso II.....	44
CAPÍTULO 5 – Aplicação da Teoria do Domínio do Fato nos Crimes Previstos no artigo 1º, incisos I e II do Decreto-lei nº 201/67.....	50
CONCLUSÕES	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

INTRODUÇÃO

Apesar de ser uma construção jurídica antiga, proposta e aperfeiçoada por estudiosos do direito na Alemanha, a teoria do domínio do fato ganhou notoriedade no Brasil, especialmente, após sua aplicação, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação penal 470, a qual tratou do intitulado “caso mensalão”. Inúmeras foram as críticas jurídicas e não jurídicas acerca da forma de aplicação dessa teoria.

O escopo deste trabalho não é analisar a decisão que popularizou a teoria nas mídias brasileiras, mas sim estudar a teoria do domínio do fato, à luz das conclusões a que chegaram os autores Hanz Welzel e Klaus Roxin - aos quais se atribui a melhor interpretação do tema e maior contribuição para seu aperfeiçoamento – e a sua aplicação nos crimes praticados por prefeitos, previstos na Lei 201 de 27 de fevereiro de 1967.

Para tanto, é necessário esclarecer de onde partiu a teoria e para qual finalidade se prestava, ademais, quais eram os critérios trazidos por seus idealizadores como indispensáveis a sua aplicação e quais desses encontram correspondência com o nosso Código Penal, a fim de compreendermos se e como a teoria do domínio do fato poderá ser aplicada no ordenamento jurídico-penal brasileiro, em especial nos crimes praticados por prefeitos.

Não se pretende defender que a forma estudada é a única correta para a aplicação da teoria do domínio do fato nesses casos, o objetivo é proporcionar

ao leitor um panorama que facilite a identificação dos elementos presentes no caso concreto, autorizadores da utilização tecnicamente correta da teoria, ao atuar na acusação ou defesa desses crimes.

A fim de cumprir a proposta, traremos uma breve digressão histórica acerca do tema, em seguida as concepções welziana e roxiniana sobre o que seria a chamada “teoria do domínio do fato”.

Feito isso, passaremos à construção conceitual do domínio do fato e sua inserção no ordenamento jurídico-penal brasileiro e breve análise entre a teoria e o princípio da presunção de inocência, para então adentrarmos à relação entre direito penal e administrativo.

No penúltimo capítulo, além de prever e estudar os tipos penais insertos na Lei 201 de 1967, artigo 1º, incisos I e II, trataremos do cerne deste trabalho, buscando identificar se os elementos presentes no caso concreto se subsumem ao tipo penal, e se configuram as três situações (trazidas por Roxin) que permitam que ao caso se aplique a teoria do domínio do fato, no momento em que se motive a autoria delitiva.

Por fim, serão expostas as conclusões de todo o trabalho, em especial a que se propôs: sobre a possibilidade de processar e julgar prefeitos por crimes praticados no artigo 1º, incisos I e II, da Lei 201 de 1967, justificando a autoria delitiva com supedâneo na teoria do domínio do fato.

1- NOÇÕES HISTÓRICAS

De acordo com grande parte da doutrina, a Teoria do Domínio do Fato foi criada por Hans Welzel em 1939, na Alemanha, e, em seguida, desenvolvida e aperfeiçoada por Claus Roxin, em 1963.

Trata-se de critério estudado na parte geral do Código Penal que, na prática, busca distinguir as figuras de autor e partícipe, sendo, portanto, tema contido no estudo do “concurso de pessoas”.

Não obstante os dois nomes de destaque, previamente ao desenvolvimento da teoria, a expressão “domínio do fato” foi utilizada por Hegler, em 1915, contudo possuía sentido mais afeito à culpabilidade que à autoria.

Então, em 1933, o domínio do fato atrelado ao estudo da autoria, como hoje se vê, foi abordado por Adolf Lobe; porém repercutiu somente com a menção feita por Welzel, em 1939, ao se referir a um *domínio final do fato* como critério determinante da autoria, razão pela qual se atribui a ele sua criação (GRECO E LEITE, 2014).

Não obstante abordagens anteriores, a teoria do domínio do fato foi desenvolvida em todos os seus detalhes por Claus Roxin em 1963 quando, em sua monografia, delineou pontos identificadores desta construção teórica, viabilizando a sua aplicação prática. Nessa ocasião, a teoria foi adotada por grande parte da doutrina alemã.

1.1- TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA ALEMANHA

Doutrina e jurisprudência alemãs, a fim de escapar da cominação inflexível do Código Penal Alemão para o crime de homicídio qualificado, passaram a interpretar subjetivamente autoria e participação, já que não poderiam ser diferenciadas objetivamente¹.

Isso ocorrera porque a pena do homicídio qualificado no direito alemão, à época (1940), era bastante severa, e não dava margem para que o juiz a individualizasse ou abrandasse.

Nesse sentido, os delitos praticados no contexto do Nacional Socialismo eram interpretados, pela jurisprudência alemã, de forma a ampliar os limites típicos da norma penal a fim de buscar o *animus* do agente (subjetividade da conduta).

A solução adotada pelos julgadores, na Alemanha nazista foi a de desqualificar a conduta de autor para tratá-la como conduta de mero partícipe, evitando-se, assim, cominação de pena *injusta* e inflexível².

¹ JESCHECK, Hans Heinrich, Tratado de Derecho Penal: Parte General, p. 591.

² Raciocínio usado no *caso da banheira (Badewannen-fall)*, em que uma mulher, ao acabar de dar à luz, induz sua irmã a matar o recém-nascido. A irmã atende ao pedido da parturiente e afoga o sobrinho recém-nascido em uma banheira (delito de mão própria). Nesse caso, de acordo com o direito penal alemão, a irmã, autora do delito não teria direito à redução da pena (que era de morte). Para suavizar a pena é que se aplicou a teoria subjetiva da autoria, que contrapõe o fato objetivo de afogar a criança, já que ao fazê-lo a autora mediata do delito não agiu por vontade própria, mas para realizar o anseio de sua irmã. O fato foi julgado sob esse raciocínio e considerou a mulher que afogou a criança, não como autora, mas como partícipe, atenuando significativamente a sua pena.

Assim, caso o Tribunal Alemão tivesse em pauta o julgamento de um sujeito que matara alguém por suas próprias mãos (delito de mão própria), analisaria a autoria associada às circunstâncias em que fora praticado o crime. Isto é, caso o julgador entendesse que o autor mediato do crime não teria agido – exclusivamente - por vontade própria (mas visando o interesse de outrem), o tomaria como mero partícipe.

Portanto, autor seria aquele que, independente do grau efetivo de contribuição para a consumação do delito, atuaria com *animus auctoris*, ou melhor, desejando o fato criminoso como próprio ou possuindo neste interesse pessoal, ao passo que o partícipe era verificado como aquele que atuaria com *animus socii*, ou, concebendo o delito como fato alheio ou do interesse de outrem³.

No presente capítulo traremos uma breve noção histórica acerca da teoria do domínio do fato, concebida na Alemanha por Hans Welzel e, posteriormente encampada por Claus Roxin.

Antes de adentrar nas concepções de cada um, ressalte-se que ambos os autores defendiam um critério objetivo de aferição de autoria, em detrimento tanto do sistema unitário de autoria como do critério subjetivo. Nas palavras de Luís Greco isso significa que a teoria do domínio do fato é uma tentativa de

³ OLIVARES, Gonzalo Quintero. Manual de Derecho Penal: parte general. ed. Aranzadi Espanha, 2002, p.610.

fundamentar um conceito diferenciador (e não unitário) e restritivo (e não extensivo de autor)⁴.

1.1.1 Hans Welzel

Em importante estudo, realizado em 1939, Hans Welzel apresentou a teoria do domínio do fato como critério de determinação da autoria.

Welzel inaugurou o estudo da autoria distinguindo os crimes dolosos dos culposos, ocasião em que conceituou o autor deste último como sendo somente aquele que estivesse consciente do fim (do crime), chamado por ele de *senhor sobre a realização do tipo*⁵. Ele diz que o *autor* não se assemelha ao mero *partícipe* ao passo que esse somente auxilia no fato dominado (finalmente) por aquele, que é detentor do domínio final sobre o que acontecerá⁶.

Segue definição de autor nos delitos dolosos, segundo o estudioso:

Em los delitos dolosos es autor solamente aquel que mediante una conducción, consciente del fin, del acontecer causal em dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo. Mediante el dominio final sobre el acontecer el autor se destaca del mero partícipe, el que, o bien, solo auxilia el acto dominado finalmente por el autor o bien incito a la decisión. Unicamente em los tipos dolosos existe la diferencia entre autoría e articipación, y sólo aquí esta diferencia es exigida por la matéria misma⁷.

Na obra “Derecho Penal Aleman”, ao estudar a teoria do autor, Hans Welzel afirmou que a matéria objetivava estabelecer o *centro pessoal de ação*

⁴ GRECO, Luís. Autoria como domínio do fato, p. 22, nota de rodapé n.15.

⁵ Welzel, Hans. Derecho Penal Aleman. 12ª ed. 3ª ed castellana. Chile, 1987, p. 143

⁶ Idem.

⁷ Welzel, Hans. Derecho Penal Aleman. 12ª ed. 3ª ed castellana. Chile, 1987, p. 143

do injusto⁸. No mesmo contexto, apresentou a diferença típica entre os crimes dolosos e culposos, afirmando que, neste último, não havia diferença entre autoria e participação, isso porque a produção de um resultado não doloso adviria sempre do autor⁹.

A concepção de Welzel, criador do finalismo, distingue-se de todas as anteriores em dois importantes aspectos¹⁰: (i) o injusto não se confunde com a culpabilidade, e o dolo constitui o tipo, não a culpabilidade; e (ii) a distinção entre crimes dolosos e culposos dá-se já no tipo, o que acarreta investigações de autoria distintas para cada modalidade de injusto. O domínio do fato só se verifica nos crimes dolosos.

Nesse sentido, a concepção Welziana, o domínio final do fato caracteriza o pressuposto geral da autoria. Nas palavras do Professor Pablo Rodrigo Alflen:

Welzel entende que a autoria depende de dois pressupostos, a saber: 1) pressupostos pessoais, os quais decorrem da estrutura do tipo e se subdividem em 1.1) objetivos, tais como a posição especial de dever do autor (funcionário público, militar, comerciante, mãe, médico, advogado, etc.), e 1.2) subjetivos, tais como intenções especiais, tendências ou tipos de sentimentos (os chamados elementos subjetivos do injusto); e 2) pressuposto fático: o domínio final do fato (o autor é o senhor sobre a decisão e sobre a execução da sua vontade final). Logo, para o penalista alemão, o “domínio final do fato” (“finale Tatherrschaft”) não é o único critério para determinar a autoria, mas tão só o seu pressuposto material¹¹.

⁸ Tradução livre de “*el centro personal de acción del injusto*” em Welzel, Hans. Derecho Penal Aleman. 12ª ed. 3ª ed castellana. Chile, 1987, p. 142.

⁹ Welzel, Hans. Derecho Penal Aleman. 12ª ed. 3ª ed castellana. Chile, 1987, p. 143.

¹⁰ ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato, p. 86 a 88.

¹¹ ALFLEN. Pablo Rodrigo. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB Ano 2 Vol 2 Nº2 Dezembro 2014, p. 141.

Welzel enfatizou, sobretudo, a importância de se analisar a autoria de forma vinculada ao injusto e não como “mera forma de acontecimento do delito”¹².

O conceito welziano de autor para os crimes dolosos está totalmente vinculado ao finalismo. Percebe-se, em Welzel, que o domínio do fato é uma característica geral da autoria (nos crimes dolosos).

Em suma, Hans Welzel entendia por autor de crimes dolosos o sujeito que detivesse o domínio final do fato, que fosse o *senhor* do resultado delituoso, porquanto desejava e controlava a trajetória (ou parte dela) para que esta pudesse produzir o fim desejado.

1.1.2 Claus Roxin

Pretendendo superar a concepção de Welzel, Claus Roxin desenvolveu, em sua monografia, no ano de 1963, a teoria do domínio do fato sob o seguinte aspecto: manifestação de autoria mediata.

Roxin desenvolveu a tese de que em uma organização criminosa os sujeitos “dos bastidores”¹³, responsáveis por ordenar os fatos puníveis com poder de comando e autoridade, poderiam responder como autores mediatos de um delito se os executores também respondessem pela autoria delitiva (autoria

¹² Welzel, Hans. Derecho Penal Aleman. 12ª ed. 3ª ed castellana. Chile, 1987, p. 143.

¹³ “de trás” como ele chamou no texto que escreveu para o LAW E-Jornal. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata.

imediate), posto que o comando anterior não os faria menos responsáveis pela prática do ato de forma livre e consciente.

Roxin defendia, e ainda defende, que o cumprimento de uma ordem não se comparava com a tomada de uma decisão, isolada ou em conjunto; razão pela qual acreditava que não era possível confundir autoria com coautoria, o que desembocou em sua proposição de que a autoria mediata não pressupõe a coautoria, mas a autoria imediata.

A autoria mediata através do emprego de aparato organizado de poder, que também se denominava “domínio da organização”, constitui na atualidade um tema básico de discussão da teoria da autoria.

Roxin propôs a ideia de autoria no direito penal partindo do princípio de que autor era aquele que atuava com o domínio do fato.

Para ele o domínio do fato se realizava através de critérios objetivos fixados na lei. Abandonou a ideia de domínio do fato como domínio final, para adotar a ideia de que se trata de requisito no caso concreto. Nesse sentido, o domínio do fato manifestava-se em três formas concretas, a saber: (1) domínio da ação; (2) domínio da vontade e (3) domínio funcional do fato.

Dada essa classificação, acerca da primeira forma concreta de manifestação do domínio do fato, nas palavras de Luis Greco:

“quem aperta o gatilho tem o domínio da ação e nunca poderá ser mero partícipe, ao contrário do que (...) muitas vezes decidira a jurisprudência alemã, partindo de uma teoria subjetiva extrema. Aquele

que domina a ação permanece autor ainda que aja a pedido ou a mando de outrem ...”¹⁴.

A abordagem de domínio do fato aqui refuta a visão anterior, de Welzel, de que se trata de domínio final do fato.

A segunda maneira de se dominar o fato, é pelo domínio da vontade de um terceiro, que se prestaria a instrumento do autor mediato.

Aqui está o raciocínio do domínio exercido pelo homem de trás sobre aquele que está à frente, insinuado anteriormente.

Segundo os mesmos autores, as razões desse domínio são três: o domínio da vontade de terceiro poderá ser exercido por meio de (i) *coação*, conforme artigo 22 do código penal brasileiro¹⁵, caso em que Roxin entende incidir o *princípio da responsabilidade*¹⁶; (ii) por meio de *erro* (de tipo até erro de proibição evitável)¹⁷, nesse caso haverá autoria mediata e imediata, ou seja, tanto o “homem da frente” quanto o “homem de trás” serão responsabilizados; (iii) por fim, Roxin propôs que, além das anteriormente mencionadas, se reconhecesse a possibilidade de domínio da vontade de um terceiro por meio de um *aparato organizado de poder*.

¹⁴ GRECO, Luís e LEITE, Alaor. A Autoria como Domínio do Fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. Marcial Pons. São Paulo, 2014. p, 25.

¹⁵ Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

¹⁶ Segundo GRECO, Luís e LEITE, Alaor, em A Autoria como Domínio do Fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro: 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 (p, 26).

¹⁷ Aqui, os autores GRECO e LEITE ilustram o exemplo de A oferecer arma supostamente desmuniada para B e convencê-lo de assustar C apertando o gatilho. O “susto” seria mortal.

No que tange a este último, Luís Greco e Alaor Leite explicam:

...aquele que, servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica emite uma ordem, cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é o verdadeiro autor mediato dos fatos realizados. Isso significa que pessoas em posições de comando em governos totalitários ou em organizações criminosas ou terroristas são autores mediatos, o que está em conformidade não apenas com os parâmetros de imputação existentes na história, como com o inegável fato de que, em estruturas verticalizadas dissociadas do direito, a responsabilidade tende não a diminuir e sim a aumentar em função da distância que se encontra um agente em relação ao acontecimento final¹⁸.

Oportunamente, colacionamos a lição de ROXIN:

(...) quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de un manera tal que puede impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles. Que lo haga por propia iniciativa o en interés de instancias superiores y a órdenes suyas es irrelevante, pues para su autoría lo único decisivo es la circunstancia de que puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito. Con buen criterio puntualiza JÄGER que precisamente en estos casos queda claro 'que una acción consistente simplemente en firmar un documento o en llamar por teléfono puede constituir asesinato (y ello también, según el Derecho alemán vigente con carácter absoluto y sin limitaciones)¹⁹

Desse raciocínio é possível concluir que a forma de autoria mediata por meio de domínio de aparato de poder surgirá a partir de uma ordem proveniente de uma posição de poder dentro de uma organização verticalmente estruturada e dissociada do direito, em que os executores poderão ser substituídos (fungíveis).

A fim de compreender a possibilidade de se apenar os prefeitos

¹⁸ ROXIN, *Taterschaft*, p, 247 *apud* GRECO, Luís e LEITE, Alaor. A Autoria como Domínio do Fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. Marcial Pons. São Paulo, 2014. p, 28.

¹⁹ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho, § 24, p. 275

municipais com base na teoria do domínio do fato, surge, aqui, o seguinte questionamento: seria possível aplicar a figura do domínio da organização também às organizações não dissociadas do direito? Buscaremos respondê-lo ao longo do trabalho.

Voltemo-nos, então, ao presente foco da discussão, aclarando que domínio da organização não se confunde com domínio do fato, sendo aquele apenas uma dentre outras formas de concretização do domínio do fato, partindo da ideia de Roxin de que o autor do delito é a figura central do acontecer típico. Segundo ele *dominar a organização é uma forma de aparição de domínio mediato do fato ao lado do domínio por erro ou por coação*²⁰.

Por fim, a última forma concreta de manifestação do domínio do fato, segundo Claus Roxin é o *domínio funcional do fato*, que seria, em sua visão, a coautoria, que compreende a atuação coordenada de tarefa com pelo mais de uma pessoa. A coautoria pressupõe a decisão conjunta de praticar o fato delituoso e a contribuição conjunta para executá-lo.

²⁰ ROXIN, *Taterschaft*, p, 247 *apud* GRECO, Luís e LEITE, Alaor. A Autoria como Domínio do Fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. Marcial Pons. São Paulo, 2014. p, 30

1.2- TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO BRASIL

Conforme mencionado anteriormente, a teoria do domínio do fato está contida no estudo da autoria delitiva, mais especificamente no tema concurso de pessoas, razão pela qual, faremos uma breve análise das teorias quanto ao conceito de autor no direito penal brasileiro.

O nosso Código Penal tem como dispositivo básico para o assunto o artigo 29 e, a priori, a doutrina dominante defende que quem concorre para o fato é autor.

Para Fernando Capez autor é *aquele que realiza a conduta principal descrita no tipo incriminador* (CAPEZ, Fernando, p, 367).

Com efeito, o artigo 29 do Código Penal, ao dispor que *quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade*, criou a possibilidade de discutir a regulamentação da própria autoria e suas formas de realização, já que não há como estudar a coautoria e/ou participação, sem antes fechar o conceito de autor.

André Estefam e Victor Gonçalves trazem em sua doutrina quatro teorias quanto ao conceito de autor, abaixo colacionadas:

- a) Teoria unitária: todos os que tomarem parte em um delito devem ser tratados como autores e estarão incursos nas mesmas penas, inexistindo a figura da participação.
- b) Teoria extensiva: igualmente entende não existir distinção entre autores e partícipes, sendo todos os envolvidos autores do crime. Essa teoria, entretanto, ao contrário da anterior, admite a aplicação de penas menores àqueles cuja colaboração para o delito tenha sido de menor relevância.

c) Teoria restritiva: distingue autores de partícipes. Autores são os que realizam a conduta descrita no tipo penal. São os executores do crime pelo fato de seu comportamento se enquadrar no verbo descrito no tipo. Autor de homicídio é quem mata (desfere tiros, facadas etc). Autor de furto é quem subtrai o bem (coloca a mão dentro da bolsa da vítima e tira o dinheiro; esconde a mercadoria na blusa e sai sem pagar no mercado etc). Partícipes, por exclusão, são aqueles que não realizam o ato executório descritos no tipo penal, mas de alguma outra forma contribuem para a eclosão do delito. Para esta corrente, o mandante e o mentor intelectual, que não realizarem atos de execução no caso concreto, não serão autores e sim partícipes da infração penal.

d) Teoria do domínio do fato: também distingue autores e partícipes, porém, para os adeptos desta corrente, o conceito de autoria é mais amplo, abrangendo não só aqueles que realizam a conduta descrita no tipo como também os que têm controle pleno do desenrolar do fato criminoso, com poder de decidir sobre sua prática ou interrupção, bem como acerca das circunstâncias de sua execução. Por essa corrente, criada por Hans Welzel, o mandante e o mentor intelectual, por controlarem os comparsas, são também autores do crime, ainda que não realizem pessoalmente os atos executórios (grifo nosso)²¹.

Por outro lado, Fernando Capez classifica a teoria do domínio do fato como uma das três vertentes em que se divide a teoria restritiva do conceito de autor, as outras duas seriam (a) teoria objetivo-formal e (b) teoria objetivo-material. Segundo ele:

(...)partindo da teoria restritiva, (a teoria do domínio do fato) adota um critério objetivo-subjetivo, segundo o qual autor é aquele que detém o controle final do fato, dominando toda a realização delituosa, com plenos poderes para decidir sobre sua prática, interrupção e circunstâncias. Não importa se o agente pratica ou não do verbo descrito no tipo legal, pois o que a lei exige é o controle de todos os atos, desde o início da execução até a produção do resultado. Por essa razão, o mandante, embora não realize o núcleo da ação típica, deve ser considerado autor, uma vez que detém o controle final do fato até a sua consumação, determinando a prática delitiva²².

Alberto da Silva Franco, partidário dessa corrente entende que a teoria restritiva (formal-objetiva) não conduz a resultados satisfatórios em relação ao

²¹ ESTEFAM, André e EDUARDO RIOS GONÇALVES, Victor. Direito Penal parte geral Esquematizado. Saraiva. São Paulo, 2015. p, 445.

²² CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal parte geral. Saraiva. São Paulo, 2013. p,363.

chefe de quadrilha e ao autor mediato “porque prescinde por completo de elementos subjetivos”²³.

Nesse sentido, o conceito restritivo considera como mero partícipe o chefe da quadrilha que não participa diretamente dos roubos, ainda que este detenha o controle das ações delitivas.

Álvaro Mayrink da Costa leciona que a teoria formal–objetiva peca ao defender que o autor é aquele que realiza a conduta descrita no tipo penal, porque em algumas ocasiões um único indivíduo dirige e controla toda a operação criminosa, embora não execute qualquer parte da ação típica e, por isso, de acordo com a teoria restritiva (formal-objetiva) será apenado como mero partícipe²⁴.

O ilustre professor e doutrinador Damásio Evangelista de Jesus reconhece a teoria do domínio do fato como complementação à restritiva, sustenta serem teorias conciliáveis:

Apresentando finalidade como fundamento, é amplamente adotada pela doutrina: Welzel, Stratenwerth, Maurach, Wessels, Roxin, Shroder, Jescheck, Gallas, Blei, Zaffaroni, Muñz Conde, Córdoba Roda, Rodriguez Devesa, MirPuig, Bacigalupo, Enrique Cury e Bockelman. No Brasil: Manoel Pedro Pimentel, Alberto Silva Franco, Nilo Batista, Luis Regis Prado, Cezar Bitencourt, Pierangeli e Luiz Flávio Gomes. É a teoria que passamos a adotar. De notar-se que a teoria do domínio do fato não exclui a restritiva. É um complemento²⁵.

²³ PIERANGELI, José Henrique, Escritos jurídico-penais. São Paulo: Ed. RT, 1992, p. 49. No mesmo sentido: FRANCO, Alberto Silva et al, Código penal e sua interpretação jurisprudencial. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1990,p. 164.

²⁴ COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito penal. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2009, p. 338

²⁵ JESUS, Damásio E. de, Teoria do Domínio do fato no concurso de pessoas. 3.ed. São Paulo, Saraiva, 1999, p.27, *apud* CAPEZ, Fernando. op. cit. p,364.

Doutra banda, Fernando Galvão defende que a teoria do domínio do fato é:

(...) a opção teórica que melhor identifica a contribuição penalmente relevante e, por consequência, aquela que justifica a qualidade do autor. Não está adstrita às formalidades da descrição típica, mas observa a potencialidade lesiva ao bem jurídico. Embora estabeleça um critério restritivo de autor, na medida em que não reconhece a qualidade naquele participante que não domina o fato, não é mero complemento às teorias formal-objetiva e material-objetiva, mas sim verdadeira alternativa a estas²⁶.

Afora parte da doutrina que não reconhece a aplicação da teoria do domínio do fato no direito penal brasileiro, pode-se dizer que o Código Penal com a reforma de 1984 adotou-a, ou que, pelo menos, deixou, em aberto, a possibilidade de sua aplicação?

A exposição de motivos da nova parte geral do código penal (Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984) no item 25, que trata do concurso de pessoas assim prevê:

Ao reformular o Título IV, adotou-se a denominação “Do Concurso de Pessoas” decerto mais abrangente, já que a coautoria não esgota as hipóteses do *concursum delinquentium*. O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monástica do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). Sem completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos críticos dessa teoria, ao optar, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas.

²⁶ ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da, Direito penal: parte geral. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 430.

José Henrique Pierangeli²⁷ sustenta que a nova Parte Geral pendeu-se, decisivamente, pela teoria do domínio do fato, de concepção finalista.

De igual forma, Alberto Silva Franco enfatizou que, muito embora o legislador de 1984 não tivesse optado, explicitamente, por uma das posições dogmáticas...

(...) abandonou o rigorismo da teoria monística em relação ao concurso de pessoas, reconhecendo que o agente responde pelo concurso na medida de sua culpabilidade, deixou entrever sua acolhida às mais relevantes teses finalistas, o que leva à conclusão de que abraçou também a teoria do domínio do fato. ²⁸

Entende-se que a teoria do domínio do fato foi adotada pela Reforma de 1984 ao permitir a gradação de punição do agente, conforme a culpabilidade. O juiz poderá proceder à *individualização da pena diante da situação típica, observando o sujeito que ao arquitetar (o crime) tinha o domínio do fato em suas múltiplas variantes, o que o diferencia dos demais personagens no planejamento e execução delitiva (autoria e participação)*²⁹.

Feita breve análise da interpretação da teoria do domínio do fato por estudiosos do direito penal brasileiro, daremos prosseguimento à discussão a fim de chegarmos ao escopo deste trabalho que é a possibilidade de aplicação desta teoria nos crimes praticados por prefeitos municipais.

²⁷ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 53-54

²⁸ FRANCO, Alberto Silva et al, Código penal e sua interpretação jurisprudencial. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1990,p. 164-165.

²⁹ COSTA, Álvaro Mayrink da. Op. cit, p. 342.

Não é nossa pretensão, exaurirmos, aqui, as inúmeras posições a favor e contra a aplicação da teoria do domínio do fato no direito penal brasileiro, bem como as críticas às interpretações dadas a ela por nossos Tribunais.

1.2.1 Projeto de Novo Código Penal

O Código Penal brasileiro entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942³⁰ e vige até hoje. Passou por modificações específicas e pela reforma de toda sua parte geral, em 1984. A necessidade de adequação da legislação que reclamava a sociedade, o aumento do índice de criminalidade e a evolução/mutação dos tipos penais – decorrentes inclusive da era digital, dentre outras - fez com que ao longo do tempo fossem incorporadas ao ordenamento jurídico-penal, diversas leis penais esparsas (leis penais especiais ou extravagantes), fora do texto do Código Penal. Podemos citar como exemplo, dentre tantas outras, a Lei de Drogas, o Estatuto do Desarmamento, o Código de Trânsito, a Lei dos Crimes Hediondos, a Lei de Proteção ao Meio Ambiente e a Lei de Lavagem de Dinheiro.

Em 2012 criou-se uma comissão de juristas pelo Senado Federal a fim de modernizar o Código Penal, unificar as leis esparsas e compatibilizá-los com a Constituição Federal de 1988, além de solucionar alterações que vinham sendo reclamadas pela doutrina.

³⁰ Artigo 361 do Código Penal

Os juristas que compunham a comissão trabalharam para apresentar o anteprojeto ao Senado Federal com 543 artigos, no lugar dos atuais 361, em 18 de junho de 2012.

De todos os dispositivos do Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012, o que interessa ao nosso estudo é o artigo 38, incerto no capítulo “do concurso de pessoas”, abaixo colacionado:

Concurso de pessoas

Art. 38. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º Concorrem para o crime:

I – os **autores** ou coautores, **assim considerados aqueles que:**

- a) executam o fato realizando os elementos do tipo;
- b) **mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a realização dos elementos do tipo;**
- c) dominam a vontade de pessoa que age sem dolo, atipicamente, de forma justificada ou não culpável e a utilizam como instrumento para a execução do crime; ou
- d) **aqueles que dominam o fato utilizando aparatos organizados de poder.**

II – partícipes, assim considerados:

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

Concorrência dolosamente distinta

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

Concorrência de menor importância

§ 3º Se a concorrência for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

Causas de aumento

§ 4º A pena será aumentada de um sexto a dois terços, ressalvada a hipótese do parágrafo único do artigo 34 deste Código, em relação ao agente que:

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

Diante da leitura do dispositivo nota-se, a princípio, a manutenção da regra geral de que responde pelo crime todo aquele que para ele concorre (artigo 29, caput do Código Penal e artigo 38, caput, do Projeto).

Entendemos que aqui o projeto poderia ter sanado o impasse do dispositivo ora vigente, especificando a regra ao optar de forma expressa por uma teoria do conceito de autor. Contudo, não é intuito do nosso trabalho criticar o Projeto de Lei.

Retomando, o Projeto inovou ao trazer várias definições de autor e neste ponto pudemos perceber o anseio de proximidade com a teoria do domínio do fato, artigo 38, §1º, I, “c” e “d” do PLS 236/2012. Tais alíneas tratam da autoria mediata, manifestadas pelo “domínio da vontade” e pelo “domínio do fato”, o que demonstra a expressa possibilidade de aplicação da teoria do domínio do fato para imputação de um crime a alguém.

O reformador, a nosso sentir, andou bem ao incluir na letra da lei a teoria do domínio do fato na definição de autoria delitiva, ocorre que para a sua aplicação, entendemos ser necessário que se estabeleça alguns requisitos, como fez, pioneiramente, Roxin, em sua obra magna ao tratar do tema.

Como era de se esperar, a primeira versão do dispositivo supramencionado foi alvo de inúmeras críticas por juristas brasileiros, razão pela qual a comissão revisou aquele e apresentou texto substitutivo (Substitutivo ao PLS 236/2012) com a seguinte redação:

Concurso de pessoas

Art. 35. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º Consideram-se:

I – coautores aqueles que:

a) ofendem ou expõem a risco o bem jurídico mediante acordo de condutas;

b) mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a **ofensa ao bem jurídico;**

c) usam, como instrumento para a execução do crime; pessoa que age de forma atípica, justificada ou não culpável; ou

d) usam os aparatos organizados de poder para a ofensa ao bem jurídico.

II – partícipes aqueles que:

a) não figurando como autores, contribuem, de qualquer outro modo, para o crime; ou

b) deviam e podiam agir para evitar o crime cometido por outrem, mas se omitem.

Concorrência de menor importância

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

Causas de aumento

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

I – promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II – coage outrem à execução material do crime;

III – instiga, induz, determina, coage ou utiliza para cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou é, por qualquer causa, não culpável ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; ou

IV – executa o crime ou nele participa mediante paga ou promessa de recompensa. (grifo nosso).

A comissão temporária de estudo da reforma do Código Penal, por meio de seu relator Pedro Taques apresentou relatório justificando as alterações e substituição do primeiro texto apresentado do PLS 236/2012. No que tange a alteração do artigo que trata do concurso de pessoas, ponderou:

Na alínea c, suprimimos a expressão “dominam a vontade”. Aqueles que agem de forma justificada ou não culpável nem sempre permitirão o domínio da vontade. Na doutrina tradicional, de Roxin, o domínio da vontade se dá por erro, coação ou aparatos de poder. Todavia, nem sempre a atipicidade ocorrerá por erro, pois poderá ocorrer também, por exemplo, pela insignificância da ofensa ao bem jurídico ou por certos estados de inconsciência. Logo, nem sempre é possível dominar a vontade daquele que atua de forma atípica. Ademais, aquele que atua de forma justificada não possui a sua vontade dominada, uma vez que, nesse caso, pode estar sendo utilizado como fator casual cego. O

domínio em casos de autoria mediada com instrumento impunível ocorre muito mais pelo domínio social, ou seja, pelo controle sobre as relações fático-sociais nas quais o instrumento se encontra.³¹

E mais:

Em relação à alínea *d*, o fato que é dominado é o fato delitivo, porém, como já assentado doutrinaria e jurisprudencialmente, o aparato de poder é mecanismo utilizado para a prática do crime, mas o domínio do fato não se dá *unicamente* por meio do controle de aparatos de poder. Fica melhor a redação focando tais aparatos como *meios* para o crime. Redação mais simples e direta.³²

É nítido que o projeto de Novo Código Penal almeja privilegiar e aproximar, ainda mais, a aplicação da teoria do domínio do fato na análise da autoria delitiva no Brasil; resta aguardarmos a entrada em vigor da Lei para que possamos, então, avaliar, com propriedade, se o novo dispositivo possibilitou melhor interpretação e aplicação da construção doutrinária alemã nos casos práticos em nosso país.

³¹ <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143751&tp=1>

³² *Idem*.

2- A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Constituição Federal estabeleceu, em seu artigo 5º e LXXVIII incisos, dentre outros direitos fundamentais, importantes direitos e garantias individuais aplicáveis ao direito processual penal.

Deste modo, valores como a garantia do juiz competente, a presunção do estado de inocência, a vedação dos tribunais de exceção, a explicitação da cláusula do devido processo legal, a motivação das decisões, a explicitação dos direitos do preso, constituem parâmetros para legítima atuação do legislador e do próprio intérprete da jurídica.

Assim reza o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

A cláusula da presunção do estado de inocência consiste garantia, ao acusado do direito de não ser considerado culpado até que a sentença penal condenatória venha a transitar em julgado.

Não nos olvidamos aqui do indigitado Habeas Corpus (HC) 126292, em que, em decisão proferida em fevereiro de 2016, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a possibilidade de início da

execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofendia o princípio constitucional da presunção de inocência, indicando mudança radical no entendimento da Corte que, desde 2009, pautava-se no julgamento do HC 84078³³.

O recente julgado não alterou o ônus da prova, decorrente do princípio constitucional da presunção de inocência; doutrina e jurisprudência seguem o raciocínio de que a culpa deverá ser demonstrada pelo titular da ação penal, seja ela pública, ou de iniciativa privada.

Nesse sentido, a premissa fundamental, no processo penal brasileiro, é de que a imputação de um crime à alguém deverá vir acompanhada de provas do fato criminoso e da autoria delitiva. Não deve haver presunções em desfavor do acusado, porquanto todo fato alegado contra o réu deverá ser devidamente provado.

No nosso sentir, a aplicação dos critérios de imputação decorrentes da teoria do domínio do fato não pressupõe a faculdade de afastar a necessária prova da participação do autor mediato no processo de elaboração e condução do plano criminoso.

³³ Que condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva.
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>

O reconhecimento desta teoria, por parte dos tribunais brasileiros, não poderá ser interpretado como uma espécie de responsabilização objetiva dos dirigentes de determinadas estruturas de poder.

3- RELAÇÃO DO DIREITO PENAL COM O DIREITO ADMINISTRATIVO

Direito Administrativo e Direito Penal extraem seus princípios basilares da Constituição Federal. É da supremacia das normas e valores da Constituição que o Direito Penal (e Administrativo) retira o seu fundamento (ESTEFAM e GONÇALVES, 2015).

O artigo 37 da Constituição Federal cuida, em termos gerais, da disciplina de Direito Administrativo, senão vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada

revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

XII - os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo;

XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público;

XIV - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores;

XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

XVIII - a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei;

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

§ 2º A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

§ 7º A lei disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas.

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal.

§ 9º O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.

§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

§ 11. Não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei.

§ 12. Para os fins do disposto no inciso XI do caput deste artigo, fica facultado aos Estados e ao Distrito Federal fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não se aplicando o disposto neste parágrafo aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores.

Pela leitura do dispositivo e comparação (*latu sensu*) das matérias, podemos depreender que, assim como o Direito Penal pune o sujeito que desempenhar as condutas positivas tipificadas no Decreto-lei nº 2.848 de 1940, a atuação do administrador público é igualmente limitada, ao passo que o interesse público deve pairar sobre todas as suas ações (e omissões), caso não seja e venha a violar os princípios que regem a matéria, o responsável será apenado de acordo com o poder administrativo sancionador (parágrafos 2º, 4º, 5º e 6º do citado dispositivo).

Conforme lecionam os professores André Estefam e Victor Gonçalves:

O Direito Administrativo possui pontos de contato com o Penal. Pode-se citar, por exemplo, a tutela penal da Administração Pública (Título XI da Parte Especial do CP), os efeitos extrapenais da condenação, dentre os quais há a perda do cargo, função ou mandato eletivo (art. 92, I, CP) e a pena restritiva de direitos, consistente na proibição do exercício de atividade, cargo ou função públicos, bem como de mandato eletivo (art. 47, II, do CP).³⁴

E lembram que:

As leis penais em branco, cujo complemento se localiza em atos administrativos, como o tipo penal definidor do tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006), o qual não cita quais são as substâncias psicoativas capazes de constituir seu objeto material, tendo o legislador

³⁴ ESTEFAM, André e GONÇALVES, Victor. Direito Penal, Parte Geral Esquematizado. 4ª ed., p. 49.

transferido esta tarefa (art. 66 da mesma lei) à Administração (*vide* Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998)³⁵.

No que tange à responsabilidade do servidor público, Maria Sylvia entende que o servidor está sujeito à responsabilidade civil, penal e administrativa decorrente do exercício do cargo, emprego ou função. Por outras palavras ele pode praticar atos ilícitos no âmbito civil penal e administrativo (DI PIETRO, p. 611).

Ao analisarmos o tema, surge a seguinte indagação: e se houver comunicabilidade de instâncias? Nesse caso, a mesma autora separa o estudo em duas hipóteses, quais sejam: (1) a infração praticada pelo funcionário (público) é, ao mesmo tempo, definida em lei como ilícito penal e ilícito administrativo e (2) a infração praticada constitui apenas ilícito penal (DI PIETRO, p. 615).

Acrescenta que:

na primeira hipótese, instauram-se o processo administrativo disciplinar e o processo criminal, prevalecendo a regra da independência entre as duas instâncias, ressalvadas algumas exceções, em que a decisão proferida no juízo penal deve prevalecer, fazendo coisa julgada na área cível e administrativa³⁶.

A regra que norteia a matéria esta contida no artigo 935 do Código Civil, segundo o qual não se poderá mais questionar mais sobre *a existência do fato*

³⁵ Idem, p. 50

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia. op. cit. P. 616.

*ou quem seja o autor, quando estas questões se acharem decididas no júízo criminal*³⁷, ponto que esbarra no escopo do presente trabalho.

Além dos pontos de intersecção entre o direito penal e direito administrativo suscitados, o que se busca é estudar a possibilidade de aplicação de teorias genuinamente afetas ao Direito Penal, também nos crimes cometidos na atividade Administrativa.

Se o júízo criminal é competente para identificar e decidir acerca da autoria, então as teorias quanto ao conceito de autor, são também aplicáveis no momento do julgamento de delitos cometidos na esfera administrativa? É o que pretendemos concluir nesse trabalho.

³⁷ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no júízo criminal.

4- DECRETO-LEI Nº 201 DE 27 DE FEVEREIRO DE 1967

Com o julgamento do *Mensalão*, Operação Lava Jato e demais casos envolvendo escândalos de corrupção, o tema Responsabilidade Penal dos Prefeitos Municipais nos parece mais uma forma de conduta criminosa desempenhada em razão do cargo que se ocupa e do poder conferido a este, que temos visto no Brasil.

O primeiro diploma legal que abordou, especificamente, a responsabilidade dos Prefeitos Municipais no Brasil, foi a Lei nº 3.528/1959. Ocorre que a indigitada lei previu apenas responsabilização política do administrador municipal. É tanto que sugeria a observância da Lei Federal nº 1.079/1950³⁸, nos casos em que os legisladores locais não providenciassem regras específicas de processo nos crimes de responsabilidade.

Acerca do tema, André Medeiros do Paço anotou que *contendo crimes tipicamente funcionais, a Lei 3.528 dificultava em muito a responsabilização dos agentes públicos a que se destinava*³⁹.

Não foram previstas, nesse diploma, penas privativas de liberdade, somente as restritivas de direito.

Em 21 de fevereiro de 1967, sobreveio o Decreto-lei nº 201, que teve seu projeto redigido por *Hely Lopes Meirelles*. Dessa vez a responsabilidade de prefeitos e vereadores, sob as óticas política e ordinária, foi completamente separada. Denominou-se de *crimes de responsabilidade* os crimes comuns

³⁸ define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.

³⁹ PAÇO, André Medeiros do. Foro por Prerrogativa de Função Prefeitos Municipais, p.47.

cometidos por Prefeitos Municipais no exercício da função, o que significa tratá-los como crimes funcionais, próprios, a serem julgados pelo Poder Judiciário⁴⁰.

Doutra banda, as infrações político-administrativas foram compreendidas como aquelas condutas atreladas à gestão política, submetidas ao julgamento da Câmara Municipal.

O autor do projeto pontuou que pretendeu

Separar claramente a responsabilidade criminal da responsabilidade político-administrativa, reunindo e definindo todos os crimes de responsabilidade de prefeito na relação exaustiva do art. 1º, e as infrações político-administrativas no elenco do art. 4º⁴¹.

O doutrinador Waldo Fazzio Junior pontua a diferenciação entre a responsabilidade criminal e a político-administrativa:

(...) amparados à fidelidade de nossa tradição constitucional, aderimos ao posicionamento que contempla nos crimes previstos no art. 1º do Decreto-lei nº 201/67, delitos funcionais ou comuns próprios de Prefeitos, não crimes de responsabilidade, evidenciada a etiologia político-administrativa destes.

Pela prática de tais ilícitos penais, independentemente de autorização da Câmara Municipal, o Prefeito será processado e julgado perante o Poder Judiciário, nos termos do art. 29, inciso X, da CF⁴².

⁴⁰ Entendimento evidenciado pela decisão do STF – HC 70.671-PI – J. 14-4-1994, de relatoria do Min. Carlos Veloso: “Os crimes denominados de responsabilidade, tipificados no art. 1º do Dec.-lei 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1º); são de ação pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1º, § 1º) e o processo é o comum, do CPP, com pequenas modificações (art. 2º). No art. 4º, o Dec.-lei 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos Prefeitos, sujeiras ao julgamento pela Câmara dos Vereadores, e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações é que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas de crime de responsabilidade.”

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p, 560.

⁴² FAZZIO JUNIOR, Waldo. Responsabilidade Penal e Político Administrativa de Prefeitos. São Paulo, 2007. p, 23-24.

Acerca do fenômeno da recepção, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 74675/PA, firmou posicionamento aclarando que o referido decreto foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988:

"DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL CONTRA PREFEITO MUNICIPAL: DECRETO-LEI Nº 201/67: RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO TRIBUNAL DE CONTAS. PROVAS." HABEAS CORPUS ". 1. A competência para o julgamento criminal de ex-Prefeito, por fatos ocorridos durante o exercício do mandato, é do Tribunal de Justiça do Estado, como prescreve o inciso X do art. 29 da Constituição Federal, revogado, assim, nesse ponto, o art. 2 do Decreto-Lei nº 201/67, que atribuía competência ao Juízo singular. (...). 3. Embora a Constituição de 1988 não inclua o "Decreto-Lei" como forma de processo legislativo, nem por isso revogou o Decreto- Lei nº 201, de 27.02.1967, que regula a responsabilidade penal dos Prefeitos e Vereadores. (...) 6."H.C" indeferido. Decisão unânime⁴³.

Ademais, o entendimento encontra-se consolidado através da Súmula 496 do STF:

São válidos, porque salvaguardados pelas disposições constitucionais transitórias da constituição federal de 1967, os decretos-leis expedidos entre 24 de janeiro e 15 de março de 1967.

E o entendimento sumulado é reiterado em julgados mais recentes da Suprema Corte, como ocorreu no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n.107.675 do Distrito Federal:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PEDIDO DE LIMINAR PARA SUSPENDER A AÇÃO PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. UTILIZAÇÃO DE BENS PÚBLICOS EM PROVEITO PRÓPRIO OU ALHEIO (ART. 1º, INC. II DO DL 201/67). ATIPICIDADE. REEXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO NA VIA DO WRIT. ALEGADA NÃO RECEPÇÃO DO DECRETO - LEI 201/67 PELA CONSTITUCIONAL FEDERAL DE 1988. MATÉRIA SUMULADA NO STF - SÚM.496: SÃO VÁLIDOS, PORQUE SALVAGUARDADOS PELAS 'DISPOSIÇÕES

⁴³ STF - HC: 74675 PA , Relator: Min. SYDNEY SANCHES, Data de Julgamento: 04/02/1997, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 04/04/1997.

CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS' DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967, OS DECRETOS-LEIS EXPEDIDOS ENTRE 24 DE JANEIRO E 15 DE MARÇO DE 1967. PRECEDENTES. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL: INCONSISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA, PRIMA FACIE, DE VIOLAÇÃO.

(...) 2. O DL 201/67 não padece do vício de inconstitucionalidade. é que o supremo tribunal federal decidiu que: 'PENAL. PROCESSUAL PENAL. 'HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. D.L. 201/67: CONSTITUCIONALIDADE. PREFEITO. D.L. 201/67, ART. 1: CRIMES COMUNS. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DAS DENÚNCIAS. PROVA: EXAME. I. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL REJEITOU A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO D.L. 201, DE 1967. HC 70.671- PI, VELLOSO, PLENÁRIO, 13.04.94; HC 69.850-RS, REZEK, PLENÁRIO, 'DJ' DE 27.05.94.

(...) RELATÓRIO

5. O DL 201/67 tem sido constantemente aplicado tanto por esta Corte como pelo STF sem se cogitar de qualquer inconstitucionalidade. 6. Ordem denegada.

(...) A propósito, a Súmula 496-STF dispõe expressamente a respeito da validade do referido Diploma Legal. Eis o enunciado da Súmula 496-STF, com a pertinente anotação de Roberto Rosas, in Direito Sumular, 13ª ed. rev. e atual. ed. Malheiros, p. 236:496. São válidos, porque salvaguardados pelas Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1967, os decretos-leis expedidos entre 24 de janeiro e 15 de março de 1967. "Tanto o art. 173, I, da Constituição de 1967 quanto o art. 181 da Emenda de 1969 resguardaram os decretos-leis baixados entre a promulgação da Constituição de 1967 e sua entrada em vigor (...)."⁴⁴

No que tange à competência para processar e julgar os crimes previstos no Decreto-lei nº 201/67, oportuno reproduzir o entendimento do Ministro Marco Aurélio:

Julgando recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que declarara, em sede de ação direta, a inconstitucionalidade da Emenda 7/92 à Lei Orgânica do Município de Antonina-PR - que dispõe sobre a competência para processar e julgar o prefeito e o vice-prefeito nos crimes de responsabilidade e nas infrações político-administrativas por eles praticadas -, o Tribunal, com base no princípio da simetria (CF, art. 86, § 1º), entendeu constitucionais o dispositivo que conferia à Câmara Municipal competência para julgar o prefeito nas práticas de infrações político-administrativas definidas no DL 201/67 (afastados os crimes comuns previstos no art. 1º do referido Decreto-Lei, cuja competência é do Tribunal de Justiça) e a norma que prevê o afastamento, por até 90 dias, do prefeito quando recebida denúncia por crime político-administrativo pela Câmara Municipal. O Tribunal decidiu ser

⁴⁴ STF - RHC: 107675 DF, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 29/03/2011, Data de Publicação: 06/04/2011.

inconstitucional a norma que previa o afastamento do prefeito quando recebida a denúncia por crime comum pelo Tribunal de Justiça por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito processual⁴⁵.

Deste modo, temos que as condutas descritas no artigo 1º do diploma em estudo serão processadas e julgadas perante o Tribunal de Justiça do Estado a que pertencer o município.

Cezar Roberto Bitencourt asseverou que:

O artigo 2º do Decreto-Lei 201/67 estabelecia que a competência para processar e julgar os crimes praticados pelos prefeitos Municipais era do juiz singular. No entanto, a Constituição Federal de 1988 alterou essa competência, assegurando aos Prefeitos Municipais a chamada prerrogativa de função. Com efeito, a Carta Magna determina que o Prefeito Municipal deve ser julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Federação a que pertença o município respectivo⁴⁶.

Nesse sentido, o artigo 29, X da Constituição Federal preconiza:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

(...)

X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça.

Vale ressaltar, entretanto, que o Prefeito será julgado pelo Tribunal de Justiça se o crime for de competência da Justiça Estadual, devendo observar-se, noutros casos, a inteligência da súmula 702 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula 702-STF: A competência do Tribunal de Justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau.

⁴⁵ RE 192.527-PR, rel. Min. Marco Aurélio, 25.4.2001.(RE-192527)

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p, 84.

Superada a questão da competência para julgamento dos crimes praticados por Prefeitos Municipais, passamos a estudar o sujeito ativo alcançado pelos crimes previstos no artigo 1º, incisos I e II do Decreto-lei nº 201/67. Imperioso ressaltar o que prevê Fazzio Júnior em sua obra:

A despeito de a ementa do DL 201 anunciar que seu objeto são os crimes de Prefeitos e Vereadores, os Vereadores não são alcançados pelos tipos do artigo 1º do predito diploma, uma vez que este só contempla, em relação aos edis, a cassação e a extinção de mandato por infrações político administrativas (crimes de responsabilidade)⁴⁷.

Note-se que os crimes previstos no Decreto-lei em estudo são praticados por prefeitos municipais e que somente as infrações político-administrativas é que serão praticadas por vereadores, ou seja, a redação da ementa padece de um erro formal capaz de induzir o leitor a erro. Nos ateremos apenas ao delitos, praticados por prefeitos.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt:

Todas as infrações tipificadas no art. 1º do Decreto-Lei 201/67 têm como destinatário somente Prefeito Municipal, estando excluídos os vereadores (...) Os vereadores podem responder pelos crimes definidos no Decreto-Lei n. 201/67 somente quando forem alcançados pelo disposto no art. 29 do Código Penal (concurso de pessoas)⁴⁸.

Tendo em vista a ausência de previsão destes delitos de mão própria no Código Penal, a opção legislativa para contemplá-los foi o Decreto-lei nº 201/1967.

⁴⁷ JUNIOR, Fazzio. Responsabilidade penal e político-administrativa de prefeitos. p, 30.

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Crimes contra as finanças públicas e crimes de responsabilidade de prefeitos. Ed. Saraiva. São Paulo, 2002. p, 81.

4.1- Dos Crimes em Espécie

Conforme anteriormente mencionado, os tipos penais estão previstos no artigo 1º do Decreto-lei nº 201/67. Para o presente estudo, cumpre-nos analisar, especialmente, os incisos I e II do indigitado dispositivo, que são *as figuras delituosas, severas, apenadas com reclusão, em que pode o Prefeito Municipal incidir* (CASTRO, José Nilo de, 2002, p, 147).

4.1.1 Crime do artigo 1º, inciso I

Iniciamos a análise colacionando a inteligência da norma, qual seja:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:
I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

Segundo entendimento doutrinário, o elemento objetivo do tipo é *duplo*, porquanto se forma de dois verbos: “apropriar-se” e “desviar”⁴⁹. Ousamos ficar com classificação doutrinária mais recente que, nesse caso, classificaria o tipo como crime de ação múltipla⁵⁰.

Ademais, pode-se dizer que se trata de tipo misto alternativo (ver definição de NUCCI), já que as condutas nele descritas vulneram o mesmo objeto jurídico, qual seja: *bem ou renda públicos*.

Apropriar-se significa tornar próprio, acomodar, tornar sua, coisa alheia; invertendo-se-lhe a posse.

⁴⁹ RAMOS, João Gualberto Garcez. Crimes funcionais de prefeitos. p, 16.

Desviar, por sua vez, implica a ação de mudar o destino natural (quicá lícito) dos bens ou rendas públicas, dissuadi-los.

É o que ensina J. Magalhães Drumond: *Na apropriação o criminoso incorpora a coisa ao seu patrimônio econômico. Na distração ou desvio, ele se utiliza dela, porém, necessariamente com a intenção de não a possuir* (MAGALHÃES DRUMOND, J. *Comentários ao Código Penal*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v IX, p.270 CITADO POR DE CASTRO, José Nilo. *A defesa dos prefeitos e vereadores em face do Decreto-lei nº 201/67*).

Nesse caso, João Gualberto Garcez Ramos ao analisar os verbos do tipo, afirma que tais condutas

(...) pressupõe a composição desse tipo penal a legítima e anterior posse do bem ou renda por parte do agente, a qual compreende não apenas a detenção como a **posse indireta**, caracterizada pela “disponibilidade jurídica sem detenção material, ou poder **de disposição exercível mediante ordens, requisições ou mandados**” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v.9, n. 135, p. 339) ⁵¹. (Grifo nosso).

Imperioso destacar que, segundo o mesmo autor: *a apropriação não afeta a propriedade do bem, mas apenas a sua posse*⁵². Podemos notar essa ressalva se analisarmos o patrimônio público municipal, tombado nos livros próprios. Nesse caso Ramos exemplifica:

Se um certo bem móvel de propriedade de um município, o qual estava na posse do prefeito a título provisório, sai definitivamente da posse desse mesmo ente e passa à do seu admonistrador, o crime se perfaz sem que a propriedade tenha sido transferida. Nos livros de controle patrimonial do município, se ele os tiver, constará aquele bem como de propriedade pública, ainda que o Prefeito dele esteja usufruindo. Da mesma maneira, obviamente com relação às rendas públicas⁵³.

⁵¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. Crimes funcionais de prefeitos. p, 16.

⁵² Idem.

⁵³ Ramos. p 16 a 17.

Note-se que o comportamento do agente muda. Ao inverter a posse, ele passa a agir como se proprietário fosse. A doutrina entende que a mera mudança do estado mental do agente (que passa a se portar com *animus domini*) não basta para considerar a configuração do delito, é preciso que o agente se comporte como se dono fosse e, se assim o fizer, pouco importa que tenha a intenção de devolver o bem depois⁵⁴.

Alguns comportamentos imbuídos de *animus domini* evidenciam o delito de apropriação indébita do DL 201, tais como, a recusa em devolver o bem, quando solicitado; sua disposição a título gratuito ou oneroso, dentre outras.

No caso das rendas públicas, a conduta pode ser evidenciada com a transferência destes valores à conta de titularidade do Prefeito, pouco importando, neste caso, a destinação que lhe seja dada. O crime pode se configurar, inclusive, por meio de licitação fraudulenta⁵⁵.

Doutra banda, quando se tratar do núcleo do tipo “desviar”, o importante não é a inversão da posse, mas sim, a destinação dada ao bem⁵⁶. O uso público a que se destinava o bem é invertido para uso não-público, em proveito próprio (do prefeito) ou alheio. Aqui, a posse ou propriedade do bem (público) não é

⁵⁴ Apelação Criminal 313/90 – Caborê – TJRJ – 1ª Câmara Criminal – Relator Des. Paulo Gomes – j. 29.09.1992 – parcialmente provida – votação majoritária – RT n. 699 (jan. 94): “em nenhuma hipótese podem se distraídos os bens públicos, e o apossamento deles por Prefeito Municipal, que passa a usá-los como se próprios fossem, implica em apropriação indébita tipificada no art. 1º, inciso I, do Decreto-lei n. 201/67, pouco impostando que haja o propósito de futura reposição ou ausência do *animus rem sibi habendi*”.

⁵⁵ HC 72.298 SP – STF – 1ª Turma- Rel. Min Sydney Sanches – julgado em 21.05.1996 – ordem indeferida – votação unânime – DJU, Seção 1, de 06.09.1996, p. 31.850: “não é atípica a conduta pela qual este restou condenado, consistente em se apropriar ilícitamente de verbas públicas, mediante licitação fraudulenta”.

⁵⁶ RAMOS, João Gualberto Garcez. op. cit. p, 18.

afetada, o que se desvirtua é a finalidade a que este se propunha, esta passa a ter uso deturpado.

Garcez Ramos diz que, geralmente, o crime, quando praticado na modalidade “desviar” é mais sutil que na modalidade “apropriar-se”.

Ademais, na modalidade de “desvio”, são também elementos do tipo o proveito próprio ou alheio. Portanto, não se configura o tipo penal se o Prefeito Municipal der ao bem ou renda públicos uma utilização diversa da original, mas ainda pública, e favorável à coletividade (ou a parcela desta). Poder-se-ia cogitar, neste caso, a subsunção do inciso III do artigo 1º do DL 201/67⁵⁷, que se trata de desvio de verba feito em favor da própria administração.

Não se pode confundir, tampouco, o desvio com o peculato de uso, previsto no inciso II do mesmo dispositivo legal que adiante analisaremos.

4.1.1.1 Similaridade com artigo 312 do Código Penal

O artigo 312 do Código Penal assim dispõe:

Peculato

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Peculato culposo

§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

Colacionamos novamente a inteligência do artigo 1º, inciso I do DL 201/67, a fim de compararmos ambas as redações.

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

Observa-se que há enorme proximidade entre as normas, tanto é que o Supremo Tribunal Federal em dois casos em que o Ministério Público acusou ex-Prefeito Municipal pela prática de peculato cometido durante o exercício do mandato, entendeu (o tribunal de apelação) que poderia condenar o réu como incurso no artigo 1º, inciso I do DL 201/67.

Sobre o tema José Nilo de Castro trouxe, em sua obra, comentário de Wolgran Junqueira Ferreira de que embora o crime previsto no Código Penal (art. 312) tenha o mesmo conteúdo previsto no inciso I, do art. 1º, do Decreto-lei nº 201/67, difere deste...

(...) pois, nesta a simples mora em restituir ou a simples desídia no omitir não é a apropriação, enquanto que, na figura em exame, o crime é instantâneo. O simples fato de apropriar-se de bens ou rendas públicas, fazendo sua a coisa pública, caracteriza o crime. O elemento subjetivo é o dolo. A intenção de restituir não conta⁵⁸.

⁵⁸ FERREIRA, Wolgran Junqueira. Responsabilidade dos prefeitos e vereadores. São Paulo: José Bushatsky, 1978, p. 30 apud CASTRO, José Nilo de. A defesa dos prefeitos e vereadores em face do Decreto-Lei n. 201/67. Belo Horizonte, 2002, p, 132.

Ambos são crimes funcionais impróprios. Possuem como objeto material *bem* ou *renda* públicos.

O código civil de 2002 trata dos bens públicos no Capítulo III e assim define:

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

De acordo com Wolgran Junqueira Ferreira, ao prever não só *bens* mas também *rendas públicas*, o legislador pretendeu enfatizar a apropriação de dinheiro/valor, tomando como conceito que dinheiro é moeda corrente, metálica ou papel, numerário ou pecúnia (FERREIRA, Wolgran Junqueira. p, 19). Lembrando que o tipo penal trata não de qualquer renda, mas das *rendas públicas* (que, neste caso, pertencem ao município).

O objeto material no artigo 312 do Código Penal difere daquele previsto no artigo 1º, inciso I do Decreto-lei nº 201/67, porquanto o legislador não contemplou a apropriação de *bens públicos* em sentido *latu*, mas a apropriação de *dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular*. Razão

pela qual, não se pode atribuir a este tipo penal a apropriação de bens públicos imóveis⁵⁹.

A *objetividade jurídica* do artigo 1º, inciso I, conforme João Gualberto Garces, é múltipla, ou seja, entende-se que além do interesse dos munícipes na probidade administrativa do gestor municipal, o patrimônio público municipal é também atingido pela conduta desviante⁶⁰.

Segundo NUCCI, o *objeto jurídico* do tipo jurídico previsto no artigo 312 do Código Penal é a *administração pública, levando-se em conta seu interesse patrimonial e moral* (NUCCI, Guilherme de Souza, 2009, p,939).

Traçadas algumas divergências entre os dispositivos, pudemos perceber que não se pode dizer que são normas penais com o mesmo conteúdo, apesar da similitude entre elas, tampouco que uma é mais elucidativa do que a outra. Trata-se de dois tipos penais distintos.

4.1.2 Crime do artigo 1º, inciso II

O inciso II do artigo 1º do Decreto-lei nº 201/67 prevê:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

(...)

II- utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens rendas ou serviços públicos.

⁵⁹ Guilherme de Souza Nucci também prevê que para a configuração do artigo 312 do Código Penal, o objeto material poderá ser dinheiro, valor, ou qualquer outro bem móvel.

⁶⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. op.cit. p, 22.

A doutrina defende tratar-se de *tipo penal simples*, com um único núcleo, *utilizar-se*, que significa usar em proveito próprio, valer-se de, fazer uso⁶¹.

João Gualberto, critica, ainda, o uso da expressão “em proveito próprio ou alheio”, já que quem se utiliza, o faz em proveito próprio; quem o faz em proveito alheio não se *utiliza*, apenas *utiliza*. Contudo, o autor conclui que, apesar da redação não obedecer à norma culta da língua portuguesa, transmite a intenção do legislador de forma clara⁶².

O ilustre administrativista Hely Lopes Meirelles entende que: “se o *procedimento do acusado, embora irregular, foi inspirado no interesse público, não há crime a punir*” (MEIRELLES, Hely Lopes, 1996, p,564).

Segundo este raciocínio, o uso indevido de bens, rendas ou serviços públicos **em proveito público** não caracterizará o crime.

Trata-se de *crime funcional próprio*, sendo a condição de prefeito municipal elemento essencial do injusto.

O objeto material do tipo pode ser *bens, rendas ou serviços públicos*. Valemo-nos aqui dos conceitos de *bens* e de *rendas públicas* supramencionados.

⁶¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. Crimes Funcionais de Prefeitos. Ed. Del Rey. Belo Horizonte, 2002, p, 32.

⁶² Idem.

Acerca do conceito de serviços públicos colacionamos a definição de Maria Sylvia:

(...) nossa definição de serviço público como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente político⁶³.

O artigo 6º, inciso II, da Lei nº 8.666/93 (lei de licitações), considera:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

A utilização do serviço público municipal pelo prefeito deve visar o proveito próprio ou alheio; como já dito anteriormente, caso se dê em proveito da coletividade, não caracterizará a conduta descrita no tipo (RAMOS, João Gualberto Garcez, 2002, p,33).

Utilizar-se, por sua vez, implica em “servir-se de”, “empregar utilmente”, “aproveitar”, “ganhar”, “lucrar”, “tirar proveito”⁶⁴.

O verbo “utilizar”, pressupõe a devolução (posterior) da “coisa usada”, quando ela já não mais servir a quem tirou proveito, o que é possível concluir com o mero significado da palavra.

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia. op.cit. p, 102.

⁶⁴ Definição encontrada em <https://www.priberam.pt/dlpo/utilizar>.

Tendo sido este verbo empregado como núcleo do tipo penal, chamou-nos a atenção a severidade da tipificação do delito do artigo 1º, inciso II do Decreto-lei nº 201/67 que, em desconformidade com o Código Penal e entendimento majoritário da doutrina, criminalizou a conduta do “uso” – peculato de uso. O referido dispositivo destoa do Código Penal ao passo que não exige a intenção do agente de ter a “coisa” para si (*animus rem sibi habendi*).

Nas palavras de Paulo Lúcio Nogueira:

Com referência aos Prefeitos existem no Código Penal vigente delitos que lhes podem ser atribuídos, previstos no Título XI dos Crimes contra a Administração Pública, tais como peculato, emprego irregular de verbas, concussão, corrupção, prevaricação e outros mais. Contudo, o Decreto-Lei n. 201/67 procurou disciplinar a matéria de maneira mais ampla, não só enfeixando figuras típicas existentes no nosso Código Penal, como também ampliando as infrações criminais (...). É de se salientar, portanto, que essa lei especial e extravagante prevê muitas infrações criminais que o Código Penal não contempla, tendo como exemplo o *peculato de uso*⁶⁵.

Doutra banda, segundo as lições de Guilherme de Souza Nucci ao estudar o peculato de uso e o crime previsto no artigo 312 do Código Penal: *inexiste crime quando o agente utiliza um veículo que lhe foi confiado para o serviço público em seu próprio benefício, isto é, para assuntos particulares. Configura-se, nessa hipótese, mero ilícito administrativo* (NUCCI, Guilherme de Souza, 2009, p, 942).

O crime previsto no artigo 1º, II do Decreto-lei nº 201/67 é *doloso*. Nesse diapasão, Hely Lopes Meirelles entende que *só se tornam puníveis quando o*

⁶⁵ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Administração e responsabilidade dos prefeitos e vereadores. 1. Ed. São Paulo. Ed. Sugestões Literárias, 1974, p. 39.

Prefeito busca intencionalmente o resultado, ou assume o risco de produzi-lo (MEIRELLES, Hely Lopes, 1996, p, 599).

A demonstração do dolo do agente neste e no inciso I é imprescindível para a configuração do crime, nesse sentido já se posicionou o Pleno do Supremo Tribunal Federal⁶⁶. Em contrapartida, há a figura do peculato culposo no Código Penal (art.312, §2º do Código Penal).

A doutrina entende, ainda, que não constitui o delito em análise a conduta de o Prefeito pagar honorários advocatícios com recursos públicos, senão vejamos:

Outrossim, não constitui, em princípio, crime de responsabilidade, capitulado no art. 1º, II, o fato de o Prefeito, para defesa de seu mandato, quer nas hipóteses do art. 1º, quer nas hipóteses dos arts.4º e 7º, do Decreto-Lei n. 201/67, contratar advogado e pagar-lhe os honorários por meio de recursos públicos. É que, agindo assim, não está o Prefeito utilizando, a rigor e indevidamente, em proveito próprio, verba pública, destinada, *v.g.*, a seu Gabinete, a qual, embora inespecífica, é prevista, não podendo ser considerada como *desautorizada*. Assim, não age com intenção de lesar o erário público, porque não desvia verba para fins ilícitos ou incrimináveis. Agredido no exercício de seu mandato, que é de natureza pública, embora *seu*, cumpre-lhe defende-lo da agressão ilegal⁶⁷.

Por fim, ressalte-se que para todos os incisos do artigo 1º do Decreto-lei nº 201/67 incide a súmula 164 do Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcrita:

O prefeito municipal, após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1º do Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967.

⁶⁶ Inq. Nº 2.646/RN, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 7/5/10

⁶⁷ CASTRO, José Nilo de. A defesa dos Prefeitos e Vereadores. 5 ed. Del Rey. Belo Horizonte, 2002. p, 141.

Portanto, ex-prefeitos podem responder pelos delitos praticados no mencionado dispositivo enquanto se encontravam no exercício do cargo, isto é, há a possibilidade de serem processados e julgados, inclusive, após o fim de seu mandato.

5- APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NOS CRIMES PREVISTOS NO ARTIGO 1º, INCISOS I e II DO DECRETO-LEI Nº 201/67

Finalmente, chegamos ao capítulo que abordará o tema central deste trabalho: a possibilidade ou não de aplicação da teoria do domínio do fato nos delitos previstos nos incisos I e II do artigo 1º do Decreto-lei nº 201/67.

Vimos que a teoria do domínio do fato presta-se a apenar determinado sujeito ativo como autor mediato de um crime, que tenha premeditado e conduzido a sua execução por meio do autor imediato, detendo o domínio final do fato delituoso.

Roxin, autor basilar da versão mais difundida dessa teoria, aplicada não só na Alemanha, seu berço original, mas também na latino-américa, identificara a necessidade da fundamentação teórica do domínio da organização por meio de aparatos organizados de poder.

Segundo ele, *a distância percebida entre o fato criminoso e o agente é compensada na medida em que o gerenciamento da organização se mostra crescente na escala hierárquica de determinado aparato de poder* (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, 2012, p, 121).

Segundo explanou o professor Flavio Turessi, em aula ministrada no dia 21 de setembro de 2015, no curso de Pós Graduação em Direito Penal e Processual Penal da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, a

Constituição Federal brasileira é apontada por muitos como o maior texto jurídico voltado para a moralidade administrativa.

Miguel Reale defende que a moral e o direito são instrumentos de controle social, apesar de distingui-los:

(...)Como se vê, não obstante sua historicidade, há valores que, uma vez atingidos, não mais desaparecem do cenário cultural, a começar pelo valor da *pessoa humana*, que eu qualifico como *valor-fonte* dos demais valores.

Não é demais salientar que a ética pode ser entendida como expressão de idéias dominantes, como a de pessoa ou a de liberdade, ou então ser vista como o resultado de motivos os mais diversos, como seriam o desejo do prazer ou do útil. Muito embora possa ela ser compreendida sob vários ângulos, o certo é que se põe sempre como uma instância superior, à qual se subsumem a moral, como teoria das normas de conduta que emergem dos usos e costumes; o direito, como ciência das relações sociais de natureza bilateral-atributiva; e a política como ciência e arte do governo dos povos à luz do princípio de cidadania.

Nem se deve esquecer que a experiência moral tem como conseqüência o *dever de moralidade*, que não se confunde com o de *legalidade*, a qual se contenta com a adequação da conduta à norma legal, quando é indispensável, para que haja *justiça concreta*, que se leve em conta, tanto na política quanto no direito, o que emerge de normas morais como exigência de boa fé, lealdade, correção ou integridade⁶⁸.

⁶⁸ <http://www.miguelreale.com.br/artigos/veticam.htm>

Quando trabalhamos com a ideia de moral, trabalhamos com uma ideia de vida, quase instintiva, ao passo que quando tratamos de direito, tratamos de normas, regras, coercibilidade.

O que difere essas duas é, exatamente, a noção de coercibilidade. A partir do momento que o legislador constituinte originário inseriu a moralidade como princípio da administração pública, ele extraiu da moralidade o princípio de não coerção e passou a atribuí-la um grau de coercibilidade.

Os servidores públicos, especificamente Prefeitos Municipais, são responsáveis pelo funcionamento da máquina estatal e, segundo o que prevê o artigo 37 da Constituição Federal deverá fazê-lo com observância dos princípios que regem a Administração Pública.

Os prefeitos municipais, por meio do poder conferido pelo povo que o elegeu, gerem o município tomando as mais diversas decisões atinentes a este. É deles o poder de ratificar homologação de licitações, de contratações diretas mediante dispensa de licitação, de demissão de servidores públicos, respeitado o devido procedimento administrativo disciplinar, de escolha de secretariado responsável por ordenar as despesas do município, conforme competente dotação orçamentária, dentre outros.

Diante do poder infindável do chefe do executivo municipal é crível que haja controle legal que exija e fiscalize o cumprimento de sua moralidade ao operar as verbas e os bens públicos, como é o caso do Decreto-lei nº 201/67; da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92); dos crimes contra a

administração pública previstos no Código Penal e demais normas de controle aplicáveis a este caso.

Ocorre que normas penais e extrapenais destinadas a tutelar a moralidade administrativa, o município, o interesse público patrimonial e moral não são suficientes para inibir a conduta criminosa e imoral dos chefes de poder. A complexidade dos crimes perpetrados no âmbito da administração pública e a organização a que recorrem os agentes para a prática de desvio de verba pública (de toda ordem) e corrupção reclama meios mais eficientes e abrangentes para a apuração e, especialmente, apenação dos sujeitos ativos.

Queremos dizer que o Prefeito Municipal, no caso do presente estudo, nem sempre é alcançado pela investigação criminal, especialmente quando lança mão dos inúmeros servidores públicos, de cargos hierarquicamente inferiores, para atingir o fato criminoso final de desvio de bens ou valores públicos, uso indevido dos serviços públicos e demais crimes aplicáveis ao funcionalismo público.

Thomas Rotsch, citado por Renato de Mello Jorge Silveira em seu texto “Domínio do Fato e os Crimes de Poder”, chega a afirmar que *castigar quem toma decisões políticas como autor, e não somente como partícipe em crime alheio, é evidentemente uma necessidade mundo afora. Não seria, pois, uma baliza germânica, mas obrigação do mundo civilizado* (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, 2012, p, 121).

Deste modo, entende-se que, presentes os três requisitos apresentados

e detalhados no estudo de Claus Roxin, na atuação do Prefeito Municipal, quais sejam: (1) domínio da ação; (2) domínio da vontade e (3) domínio funcional do fato; o servidor público (substituível) que atue como autor imediato, executando diretamente o núcleo do tipo penal previsto no título XI do Código Penal “Dos Crimes contra a Administração Pública”, capítulo I – “Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral”, responderá pela autoria de um ou mais crimes previstos nos artigos 312 a 325 do Código Penal, enquanto do Prefeito responderá, não como mero partícipe desses crimes, mas como autor (autoria mediata) de um dos delitos previstos no artigo 1º, I e II do Decreto-lei nº 201/67, em concurso de agentes, em razão da aplicação da teoria do domínio do fato na interpretação do caso concreto.

Contudo, a aplicação dessa teoria em nossos tribunais ainda parece ser problemática. Em artigo sobre o tema, publicado na Revista Eletrônica de Direito Penal, Alflen esclareceu:

(...) na diferenciação entre as modalidades clássicas de autoria (imediata, mediata e coautoria), verifica-se a utilização, por parte dos tribunais nacionais, de ideias de domínio do fato, mas não necessariamente de uma teoria uníssona e coerente como fundamento de suas decisões, que possibilite caracterizar a autoria de forma legítima. Com isso, quer se dizer que, algumas vezes, é apenas mencionada a expressão domínio do fato sem ser apresentada uma fundamentação da autoria com base em critérios que informem quando o indivíduo detém tal domínio e, outras vezes, assim como ocorre na doutrina, conjugam-se critérios das teorias de Roxin e Welzel.⁶⁹

Uma vantagem da teoria do domínio do fato está na capacidade de conciliar importâncias de ordem subjetiva (vontade e os conhecimentos do

⁶⁹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria Do Domínio Do Fato Na Doutrina E Na Jurisprudência Brasileira: Considerações sobre a AP 470 do STF. Revista Eletrônica de Direito Penal - AIDP-GB. Ano 2. Vol 2. Nº2 Dezembro 2014.

interveniente), e objetiva, que permite diferenciar entre interferência principal e acessória.

CONCLUSÕES

1. A teoria do domínio do fato é uma teoria em constante evolução, apesar de toda a sua evolução dogmática;

2. Na concepção de Claus Roxin, a teoria do domínio do fato é aplicável somente aos delitos comuns, comissivos e dolosos;

3. Apesar de maior parte da Doutrina brasileira entender que o nosso legislador adotou a teoria restritiva para o conceito de autor e que a Teoria do Domínio do Fato se trata de desdobramento diferente daquela, estabelecendo conceito mais *amplo* de autor⁷⁰, conclui-se de forma contrária, para defender que a teoria do domínio do fato está contida naquela adotada pelo ordenamento jurídico penal brasileiro (restritiva), não deixando de distinguir autor e partícipe, contudo alargando o conceito de autor do crime para considera-lo não só como aquele que realiza a conduta descrita no tipo, mas também como o sujeito que tem pleno controle do desenrolar do fato criminoso⁷¹.

4. Conclui-se que os crimes elencados no Decreto-lei nº 201/67, apesar de se dizer que são praticados por prefeitos e *vereadores*, o são apenas por prefeitos municipais, reservadas aos vereadores apenas as infrações político-administrativas;

5. De acordo com a conclusão nº 2, os delitos praticados por prefeitos municipais classificam-se como *comissivos* e *dolosos* e, apesar de não serem delitos comuns, conclui-se que não se deve restringir a interpretação da Teoria do Domínio do Fato, quando se pretender utilizá-la para apenação dos sujeitos

⁷⁰ Segundo ESTEFAM, André. Op. cit, p. 445.

⁷¹ Idem.

responsáveis pela prática do crime, sob pena de se aplicar o princípio da proporcionalidade somente em sua expressão de proibição do excesso, olvidando-se que dele também se extrai a vedação à proteção deficiente⁷² (da vítima e do bem jurídico tutelado);

6. Destarte, embora não se tenha a pretensão de esgotar a discussão, entendemos ser possível a apenação dos prefeitos municipais nos crimes praticados nos termos do Decreto-lei nº 201/67, com respaldo da Teoria do Domínio do Fato, especialmente por tratar-se de tutela da moralidade e legalidade administrativas, bem como do interesse público.

⁷² Segundo ESTEFAM, André. Op. cit, p. 62.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB Ano 2 Vol 2 Nº2 Dezembro 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Crimes contra as finanças públicas e crimes de responsabilidade de prefeitos. Ed. Saraiva. São Paulo, 2002. p, 81.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal parte geral. Saraiva. São Paulo, 2013.

CASTRO, José Nilo de. A defesa dos prefeitos e vereadores em face do Decreto-Lei n. 201/67. Belo Horizonte, 2002.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito penal. 8. ed. Forense, v. 1, Rio de Janeiro, 2009.

ESTEFAM, André e EDUARDO RIOS GONÇALVES, Victor. Direito Penal parte geral esquematizado. Saraiva. São Paulo, 2015.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. Responsabilidade Penal e Político Administrativa de Prefeitos. São Paulo, 2007.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. Responsabilidade dos prefeitos e vereadores. 3ª ed. Edipro, São Paulo, 1978 e 1999.

FRANCO, Alberto Silva et al, Código penal e sua interpretação jurisprudencial. 3. ed. RT, São Paulo, 1990.

GRECO, Luís. LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. ASSIS, Augusto. Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. Marcial Pons. São Paulo, 2014.

JESCHECK, Hans Heinrich, Tratado de Derecho Penal: Parte General. 5ª ed. Comares. Espanha, 1981.

JESUS, Damásio E. de, Teoria do Domínio do fato no concurso de pessoas. 3.ed. Saraiva, São Paulo, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 9. ed. Malheiros. São Paulo, 1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Administração e responsabilidade dos prefeitos e vereadores. 1. ed. Sugestões Literárias, São Paulo, 1974.

OLIVARES, Gonzalo Quintero. Manual de Derecho Penal: parte general. ed. Aranzadi. Espanha, 2002.

PAÇO, André Medeiros do. Foro por Prerrogativa de Função Prefeitos Municipais, Del Rey, Belo Horizonte, 2000.

PIERANGELI, José Henrique, Escritos jurídico-penais. ed. RT, São Paulo, 1992.

RAMOS, João Gualberto Garcez. Crimes funcionais de prefeitos. Del Rey, Belo Horizonte, 2002.

ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da, Direito penal: parte geral. 2 ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2007.

ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. 7ª ed. Marcial Pons. Espanha, 2000.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. Crônicas Franciscanas do Mensalão. Quartier Latin. São Paulo, 2014.

WELZEL, Hans. Derecho Penal Aleman. 12ª ed. Castellana. Chile, 1987.

Sítios eletrônicos:

<http://www.miguelreale.com.br/artigos/veticam.htm>

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143751&tp=>

1

<http://www.stf.jus.br/porta/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310>

153

<https://www.priberam.pt/dlpo/utilizar>