

Volumen 5 - Número Especial - Octubre/Diciembre 2018

REVISTA
INCLUSIONES

REVISTA DE HUMANIDADES
Y CIENCIAS SOCIALES

ISSN 0719-4706

*As vantagens estratégicas do século
XXI e os problemas com o ensino*

EDITOR

MAICON HERVERTON LINO FERREIRA DA SILVA

Alpha Faculdade e Faculdade São Miguel, Brasil

Portada: Felipe Maximiliano Estay Guerrero

CUADERNOS DE SOFÍA
EDITORIAL

CUERPO DIRECTIVO

Directora

Mg. © Carolina Cabezas Cáceres
Universidad de Los Andes, Chile

Subdirector

Dr. Andrea Mutolo
Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México

Dr. Juan Guillermo Mansilla Sepúlveda
Universidad Católica de Temuco, Chile

Editor

Drdo. Juan Guillermo Estay Sepúlveda
Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

Editor Científico

Dr. Luiz Alberto David Araujo
Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo, Brasil

Cuerpo Asistente

Traductora Inglés

Lic. Pauline Corthorn Escudero
Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

Traductora: Portugués

Lic. Elaine Cristina Pereira Menegón
Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

Portada

Sr. Felipe Maximiliano Estay Guerrero
Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Carolina Aroca Toloza
Universidad de Chile, Chile

Dr. Jaime Bassa Mercado
Universidad de Valparaíso, Chile

Dra. Heloísa Bellotto
Universidad de Sao Paulo, Brasil

Dra. Nidia Burgos
Universidad Nacional del Sur, Argentina

Mg. María Eugenia Campos
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Lancelot Cowie
Universidad West Indies, Trinidad y Tobago

Dr. Francisco José Francisco Carrera
Universidad de Valladolid, España

Mg. Keri González
Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México

Dr. Pablo Guadarrama González
Universidad Central de Las Villas, Cuba

Mg. Amelia Herrera Lavanchy
Universidad de La Serena, Chile

Dr. Aleksandar Ivanov Katrandzhiev
Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Mg. Cecilia Jofré Muñoz
Universidad San Sebastián, Chile

Mg. Mario Lagomarsino Montoya
Universidad de Valparaíso, Chile

Dr. Claudio Llanos Reyes

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Dr. Werner Mackenbach

*Universidad de Potsdam, Alemania
Universidad de Costa Rica, Costa Rica*

Mg. Rocío del Pilar Martínez Marín

Universidad de Santander, Colombia

Ph. D. Natalia Milanesio

Universidad de Houston, Estados Unidos

Dra. Patricia Virginia Moggia Münchmeyer

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Ph. D. Maritza Montero

Universidad Central de Venezuela, Venezuela

Mg. Liliana Patiño

Archiveros Red Social, Argentina

Dra. Eleonora Pencheva

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Dra. Rosa María Regueiro Ferreira

Universidad de La Coruña, España

Mg. David Ruete Zúñiga

Universidad Nacional Andrés Bello, Chile

Dr. Andrés Saavedra Barahona

Universidad San Clemente de Ojrid de Sofía, Bulgaria

Dr. Efraín Sánchez Cabra

Academia Colombiana de Historia, Colombia

Dra. Mirka Seitz

Universidad del Salvador, Argentina

Dra. Leticia Celina Velasco Jáuregui

*Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores
de Occidente ITESO, México*

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Comité Científico Internacional de Honor

Dr. Adolfo A. Abadía

Universidad ICESI, Colombia

Dr. Carlos Antonio Aguirre Rojas

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Martino Contu

Universidad de Sassari, Italia

Dr. Luiz Alberto David Araujo

Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo, Brasil

Dra. Patricia Brogna

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Horacio Capel Sáez

Universidad de Barcelona, España

Dr. Javier Carreón Guillén

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dra. Isabel Cruz Ovalle de Amenabar

Universidad de Los Andes, Chile

Dr. Rodolfo Cruz Vadillo

*Universidad Popular Autónoma del Estado de
Puebla, México*

Dr. Adolfo Omar Cueto

Universidad Nacional de Cuyo, Argentina

Dr. Miguel Ángel de Marco

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Emma de Ramón Acevedo

Universidad de Chile, Chile

Dr. Gerardo Echeita Sarrionandia

Universidad Autónoma de Madrid, España

Dra. Patricia Galeana

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dra. Manuela Garau

Centro Studi Sea, Italia

Dr. Carlo Ginzburg Ginzburg

*Scuola Normale Superiore de Pisa, Italia
Universidad de California Los Ángeles,
Estados Unidos*

Dr. José Manuel González Freire

Universidad de Colima, México

Dra. Antonia Heredia Herrera

Universidad Internacional de Andalucía, España

Dr. Eduardo Gomes Onofre

Universidade Estadual da Paraíba, Brasil

Dra. Blanca Estela Zardel Jacobo

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Miguel León-Portilla

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Miguel Ángel Mateo Saura

*Instituto de Estudios Albacetenses “don Juan
Manuel”, España*

Dr. Carlos Tulio da Silva Medeiros

Diálogos en MERCOSUR, Brasil

Dr. Álvaro Márquez-Fernández

Universidad del Zulia, Venezuela

Dr. Oscar Ortega Arango

Universidad Autónoma de Yucatán, México

Dr. Antonio-Carlos Pereira Menaut

Universidad Santiago de Compostela, España

Dr. José Sergio Puig Espinosa

Dilemas Contemporáneos, México

Dra. Francesca Randazzo

*Universidad Nacional Autónoma de Honduras,
Honduras*

Dra. Yolanda Ricardo

Universidad de La Habana, Cuba

Dr. Manuel Alves da Rocha

Universidade Católica de Angola Angola

Mg. Arnaldo Rodríguez Espinoza

Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica

Dr. Miguel Rojas Mix

*Coordinador la Cumbre de Rectores Universidades
Estatales América Latina y el Caribe*

Dr. Luis Alberto Romero

CONICET / Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Maura de la Caridad Salabarría Roig

Dilemas Contemporáneos, México

Dr. Adalberto Santana Hernández

*Universidad Nacional Autónoma de México,
México*

Dr. Juan Antonio Seda

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Saulo Cesar Paulino e Silva

Universidad de Sao Paulo, Brasil

Dr. Miguel Ángel Verdugo Alonso

Universidad de Salamanca, España

Dr. Josep Vives Rego

Universidad de Barcelona, España

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Comité Científico Internacional

Mg. Paola Aceituno

Universidad Tecnológica Metropolitana, Chile

Ph. D. María José Aguilar Idañez

Universidad Castilla-La Mancha, España

Mg. Elian Araujo

Universidad de Mackenzie, Brasil

Mg. Romyana Atanasova Popova

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Dra. Ana Bénard da Costa

*Instituto Universitario de Lisboa, Portugal
Centro de Estudios Africanos, Portugal*

Dra. Alina Bestard Revilla

*Universidad de Ciencias de la Cultura Física y
el Deporte, Cuba*

Dra. Noemí Brenta

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Ph. D. Juan R. Coca

Universidad de Valladolid, España

Dr. Antonio Colomer Vialdel

Universidad Politécnica de Valencia, España

Dr. Christian Daniel Cwik

Universidad de Colonia, Alemania

Dr. Eric de Léséulec

INS HEA, Francia

Dr. Andrés Di Masso Tarditti

Universidad de Barcelona, España

Ph. D. Mauricio Dimant

Universidad Hebrea de Jerusalén, Israel

Dr. Jorge Enrique Elías Caro

Universidad de Magdalena, Colombia

Dra. Claudia Lorena Fonseca

Universidad Federal de Pelotas, Brasil

Dra. Ada Gallegos Ruiz Conejo

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

Dr. Francisco Luis Giraldo Gutiérrez

*Instituto Tecnológico Metropolitano,
Colombia*

Dra. Carmen González y González de Mesa

Universidad de Oviedo, España

Mg. Luis Oporto Ordóñez

Universidad Mayor San Andrés, Bolivia

Dr. Patricio Quiroga

Universidad de Valparaíso, Chile

Dr. Gino Ríos Patio

Universidad de San Martín de Porres, Per

Dr. Carlos Manuel Rodríguez Arrechavaleta

*Universidad Iberoamericana Ciudad de
México, México*

Dra. Vivian Romeu

*Universidad Iberoamericana Ciudad de
México, México*

Dra. María Laura Salinas

Universidad Nacional del Nordeste, Argentina

Dr. Stefano Santasilia

Universidad della Calabria, Italia

Mg. Silvia Laura Vargas López

*Universidad Autónoma del Estado de
Morelos, México*

Dra. Jaqueline Vassallo

Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

Dr. Evandro Viera Ouriques

Universidad Federal de Río de Janeiro, Brasil

Dra. María Luisa Zagalaz Sánchez

Universidad de Jaén, España

Dra. Maja Zawierzeniec

Universidad Wszechnica Polska, Polonia

Editorial Cuadernos de Sofía / Revista
Inclusiones / Santiago – Chile
Representante Legal
Juan Guillermo Estay Sepúlveda Editorial

Indización y Bases de Datos Académicas

Revista Inclusiones, se encuentra indizada en:





WZB

Berlin Social Science Center



uOttawa

Bibliothèque
Library



REX

BIBLIOTECA ELECTRÓNICA
DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA



Ministerio de
Ciencia, Tecnología
e Innovación Productiva



Uniwersytet
Wrocławski



Stanford University
LIBRARIES



PRINCETON UNIVERSITY
LIBRARY

WESTERN
THEOLOGICAL SEMINARY



ROAD

DIRECTORY
OF OPEN ACCESS
SCHOLARLY
RESOURCES

**A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO COMO INSTRUMENTO DE IDENTIFICAÇÃO
DE RESPONSABILIDADE PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO COMO INSTRUMENTO DE IDENTIFICACIÓN
DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO**

Esp. Débora França a Silva
Alpha Faculdade, Brasil
deborafranca.adv@outlook.com
Drda. Allyne Evellyn Freitas Gomes
Alpha Faculdade, Brasil
allynealphadissertacao@gmail.com

Fecha de Recepción: 20 de octubre de 2018 – **Fecha de Aceptación:** 26 de noviembre de 2018

Resumo

O presente artigo científico cuida de uma pesquisa qualitativa de análise bibliográfica cujo objeto investigado é a teoria do domínio do fato, como instrumento de identificação de responsabilidade penal dentro da perspectiva jurídico - penal brasileira. No que tange à busca de pertinência do saber e da compreensão do contexto identitário e epistemológico é feita uma abordagem dos fundamentos axiológicos da teoria na concepção de seus percussores Hans Welzel e Claus Roxin. Na sequência para situar o tema, adentra-se na teoria do crime onde é revisado concurso de pessoas e autoria penal, uma vez que o domínio do fato é o critério determinante da autoria *no iter criminis*. Assim sendo, pretendeu o artigo analisar a imputação penal pelo domínio do fato e sua aplicabilidade, mediante amostra de fato posicionamento doutrinário convergente e divergente, bem como a construção jurisprudencial da teoria no Brasil, dando ênfase na utilidade e instrumentalidade da aplicação da teoria na persecução penal, também sob o ponto de vista constitucional do princípio da culpabilidade e presunção de inocência como garantia penal do fato. O artigo é enriquecido com citações, e posicionamentos do STF (Supremo Tribunal Federal) que revolucionou a teoria no Brasil na Ação penal 470.

Palavras-Chave

Teoria do domínio do fato – Concurso de pessoas – Autoria – Participação – Direito penal brasileiro

Resumen

El presente artículo científico se ocupa de una investigación cualitativa de análisis bibliográfico cuyo objeto investigado es la teoría del dominio del hecho, como instrumento de identificación de responsabilidad penal dentro de la perspectiva jurídico-penal brasileña. En lo que se refiere a la búsqueda de la pertinencia del saber y de la comprensión del contexto identitario y epistemológico se hace un abordaje de los fundamentos axiológicos de la teoría en la concepción de sus percusionistas Hans Welzel y Claus Roxin. En la secuencia para situar el tema, se adentra en la teoría del crimen donde es revisado concurso de personas y autoría penal, una vez que el dominio del hecho es el criterio determinante de la autoría en el *iter criminis*. Por lo tanto, pretendió el artículo analizar la imputación penal por el dominio del hecho y su aplicabilidad, mediante muestra de harto posicionamiento doctrinario convergente y divergente, así como la construcción jurisprudencial de la teoría en Brasil, dando énfasis en la utilidad e instrumentalidad de la aplicación de la teoría en la persecución penal, también desde el punto de vista constitucional del principio de la culpabilidad y presunción de inocencia como garantía penal del hecho. El artículo es enriquecido con citas, y posicionamientos del STF (Supremo Tribunal Federal) que revolucionó la teoría en Brasil en la Acción penal 470.

Keywords

Teoría del dominio del hecho – Concurso de personas – Autoría – Participación – Derecho penal brasileño

Introdução

O legislador brasileiro ao fazer o verbo do tipo penal descreve a conduta proibida, como regra base de identificação prática de autoria penal pelo domínio e realização do feito descrito na norma. Um crime pode ser cometido por uma pessoa ou por um grupo de pessoas, regrado o artigo 29 do Código penal que a culpabilidade de cada agente no processo deve ser individualizada, logo, quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

A pesquisa epistemológica aponta que teoria do domínio do fato ergue-se como arrimo penal na adequação da conduta típica do infrator à norma. Em diversos casos concretos, a autoria delitiva é de difícil identificação, por revelar-se complexa, sobretudo nos delitos onde existe o homem de trás que pratica o fato típico por meio de outrem em primeiro plano, ficando muitas vezes fora da execução penal, fazendo reinar a impunidade.

Assim, no interstício de aferição de autoria processual, a teoria do domínio do fato, cuja gênese teórico dogmática é vinculada ao século passado, observa e investiga o sujeito ativo do crime ou a pluralidade deles, e nessa perspectiva estabelece o seguinte parâmetro: autor é o que detém o domínio do fato típico.

A teoria surgiu como forma de explicar a autoria delitiva, na colaboração criminosa quando do concurso de agentes, onde o domínio de tal realização delitiva não é analisado meramente pelo domínio de controle da causalidade, mas também pelo domínio em sentido normativo, o domínio de decisão do agente sobre o resultado finalístico que modifica o mundo exterior pela conduta criminosa, que coincide com elementos tipificados na lei penal.

No Brasil, a Suprema Corte revolucionou a teoria do domínio do fato, após notório destaque nas explanações jurisprudenciais travadas no julgamento paradigmático da Ação Penal nº 470, também chamada de “Ação do mensalão”. O ponto culminante foi a construção jurisprudencial e acadêmica inusitada e muito polêmica, no momento da identificação e responsabilização penal dos agentes envolvidos do esquema criminoso de corrupção instalado nas mais altas instituições do poder, com espeque na teoria do domínio do fato, onde a dogmática penal e a interpretação, sistematização e aplicação lógico-racional do Direito Penal do fato por parte dos Ministros do STF afastou-se um pouco da teoria originária alemã.

O artigo se propõe a uma análise crítica e meta-jurídica da teoria, por meio de abordagem prática, para entendimento do desenvolvimento da teoria e sua utilidade e viabilidade na efetividade penal desde que aplicada de forma coesa e correta, enquanto teoria instrumental aplicada na delimitação e alcance da responsabilidade criminal à luz do conjunto normativo penal brasileiro, sobretudo a norma fundamental maior.

O tema teoria do domínio do fato faz parte da teoria do crime ao tratar do título concurso de pessoas. Conforme é de se observar, o tema é relevante principalmente pela forte influência na conjuntura sócio-política e jurídica da atualidade brasileira.

A presente pesquisa científica foi realizada com lastro em consulta bibliográfica especializada e atualizada. Logo, o procedimento metodológico utilizado, primeiramente, foi a revisão bibliográfica abordando aspectos sobre a aplicação da teoria do domínio do

fato à luz do ordenamento jurídico-penal brasileiro. Em seguida, para entender melhor a relevância do estudo, foram analisados a aplicabilidade da dogmática constitucional e a construção doutrinária e jurisprudencial da teoria em estudo.

A Teoria do domínio do fato: Conceito e concepções de Welzel e Roxin

Em 1915 foi Hegler, quem primeiro se utilizou da expressão “domínio do fato”¹. A linha mestra da teoria do domínio do fato foi criada em 1939 pelo jurista e filósofo alemão Welzel², considerado o pai da Teoria Finalista da Ação, entretanto, foi desenvolvida e sistematizada –com projeção internacional, pelo jurista alemão Claus Roxin através de sua obra “Autoria e domínio do fato” (Täterschaft und Tatherrschaft)³ que foi originalmente publicada em 1963.

O finalismo de Welzer, em linhas gerais, se estruturou na premissa que todo homem é movido finalisticamente, sendo a finalidade a espinha dorsal da conduta humana. Já Roxin adepto do funcionalismo, em busca de soluções justas, desde o início trabalhou a função político-criminal do direito penal, como proteção subsidiária de bens jurídicos.

No dia 11/11/2012, Roxin foi entrevistado pelas jornalistas Denise Menche e Cristina Grillo, da Folha de São Paulo, e ao ser indagado sobre as razões de ter escrito a teoria do domínio do fato afirmou:

“O que me perturbava eram os crimes do nacional socialismo. Achava que quem ocupa posição dentro de um chamado aparato organizado de poder e dá o comando para que se execute um delito tem de responder como autor e não só como partícipe, como queria a doutrina da época. Na época, a jurisprudência alemã ignorou minha teoria. Mas conseguimos alguns êxitos. Na Argentina, o processo contra a junta militar de Videla [*Jorge Rafael Videla, presidente da Junta Militar que governou o país de 1976 a 1981*] aplicou a teoria, considerando culpados os comandantes da junta pelo desaparecimento de pessoas. Está no estatuto do Tribunal Penal Internacional e no equivalente ao STJ alemão, que a adotou para julgar crimes na Alemanha Oriental. A Corte Suprema do Peru também usou a teoria para julgar Fujimori [*presidente entre 1990 e 2000*].”⁴

Roxin em sua obra monumental, na verdade buscou formas de imputar o “homem de trás”, nas estruturas das organizações criminosas, considerando a relação intimidativa de hierarquia de poder que este detém que se execute os delitos, ou seja, Roxin

¹ Luís Greco e Alaor Leite, *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro*. 1. ed. (São Paulo: Marcial Pons, 2014), 14.

² Paulo Quezado e Alex Santiago (12 de março de 2013). “A teoria do domínio do fato à luz da nova jurisprudência do STF”. <http://www.pauloquezado.com.br/detalhes-artigos.cfm?artigo=artigo&wartigo=37&wart=A-Teoria-do-dominio-do-Fato-luz-da-nova-jurisprudncia-do-Stj-e-do-TRF5-Regio>

³ <https://www.conjur.com.br/2012-nov-19/mensalao-esclarecimento-claus-roxin-publico-brasileiro>. Acesso em 3 de março de 2018

⁴ Cristina Grillo e Denise Menchen, “Participação no comando de esquema tem de ser provada, diz jurista”. 2012. XX, <https://www1.folha.uol.com.br/paywall/signup.shtml?https://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/77459-participacao-no-comando-de-esquema-tem-de-ser-provada.shtml>

visualizou em plano abstrato o agente de trás, que detém esse domínio e poder, dentro de determinada estrutura organizacional completamente desvinculada da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo este agente de trás o verdadeiro dominador do fato criminoso que se utiliza de subalternos para prática do verbo do tipo, muitas vezes escapando da persecução penal.

Na proposta de Welzel, sistematizada por Roxin, ficou estabelecido três hipóteses para determinação de autor num crime. A primeira hipótese foi: é autor quem detém o domínio finalístico da ação penal. A Segunda hipótese foi a autoria de mão própria, onde é autor quem possui domínio cognitivo - Autoria mediata. A terceira hipótese foi a autoria intelectual onde é autor quem possui domínio funcional – Coautoria, com isso os juristas alemães estabeleceram regra matriz de medição da autoria no *iter criminis*:

“A Teoria do Domínio do Fato é um critério material de aferição da autoria delitiva criada por Welzel e desenvolvida posteriormente por Roxin, que surge em contraponto às teorias objetivas da autoria na tentativa de melhor explicar alguns pontos relativos ao concurso de pessoas, como a autoria mediata (na qual o autor mediato não realiza o verbo núcleo do tipo nem concretiza materialmente a realização do fato, porque se serve de terceira pessoa para isso). Em síntese, domínio do fato é o domínio que o agente tem sobre o resultado típico.”⁵

Com efeito, Welzel, considerou autor quem, consciente do fim, tem o domínio sobre o fato, negando quem seja o autor quem simplesmente deu causa ao resultado”.⁶ Já Roxin, empreendeu a teoria, considerando que o domínio do fato manifesta-se no domínio da própria conduta típica.⁷ Propôs a construção de um sistema da autoria no direito penal, levando adiante a ideia, até então meramente insinuada, como já foi dito, de que autor é quem atua com domínio do fato. Essa ideia não pode ser entendida como uma natural continuação de argumentos lançados por teorias antigas ou como uma mera combinação, por exemplo, entre uma teoria objetivo-formal, para o qual o autor é quem realiza o núcleo do tipo.⁸

Ora, é possível compreender que a função dogmática da teoria do domínio do fato, empreendida por Roxin e Welzel, teve ideia reitora de responder a problemática de quem seria autor num injusto típico, não delimitando se o autor ou participe seria ou não responsabilizado criminalmente. O foco foi dirigido à auxiliar na individualização de conduta ilícita e na subsunção de autoria delitiva, e essa contribuição da teoria do domínio do fato por seus percussores foi de grande relevo para o direito penal.

Teorias do Concurso de pessoas

Para o Direito Penal é necessário intersubjetividade nas relações penalmente relevantes, sendo exclusividade da lei a criação de delitos e cominação de penas. Um fato criminoso pode ser empreendido por uma única pessoa ou com a colaboração de mais de uma pessoa. Se na empreitada criminosa houver colaboração de mais de uma agente, a

⁵ Carlo Velho Mais, “Análise de caso judicial à luz da teoria do domínio do fato”, Revista Jus Navigandi, num 6 (2011): 1.

⁶ Aníbal Bruno, Direito penal. Tomo I e II, 3. ed. (Rio de Janeiro: Forense, 1957), 266.

⁷ Enrique Bacigalupo, Direito penal. Parte geral (São Paulo: Malheiros, 2005), 451.

⁸ Luís Greco e Alair Leite, Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios... 24.

lei penal diz que ocorrerá a empreitada por concurso de pessoa, sendo necessário a conduta plural proibida apresentando estas relevância jurídico-penal.

Uma vez caracterizado o concurso de agentes, mandante e executor respondem pela mesma infração penal. Em que pese ambos concorrerem para pratica do ilícito penal respondem penalmente na medida de sua culpabilidade. Quadra salientar que no concurso de agentes é necessário o empoderamento de nexos psicológico, ou seja, o vínculo subjetivo na empreitada criminosa, também chamado de concurso de vontades, caso contrário, não haverá concurso de pessoas e sim a realização de vários crimes simultâneos. Essas regras inerentes ao concurso de pessoas, ressalte-se, encontram-se disciplinadas nos arts. 29 a 31 do CPB (Código Penal Brasileiro).

Por corolário legal, a teoria do domínio do fato amplia o conceito de autor, e o define como aquele que tem o domínio final do fato, embora não realizando, necessariamente, o verbo do tipo penal. Logo, a teoria do domínio do fato integra a teoria do crime, justamente no título concurso de pessoas e a respeito desse assunto, há três teorias que trata concurso de pessoas: a teoria monista (unitária), a teoria dualista e a teoria pluralística.

Defende a teoria monista que todo aquele que incorre para consumação do crime deve ser responsabilizado pelas penas previstas na norma penal dentro dos limites de sua culpabilidade. Assim sendo, a teoria monista atribui um só crime a todos os envolvidos no concurso, afeto a culpabilidade de cada um. “Havendo pluralidade de agentes, com diversidade de condutas, mas provocando-se apenas um resultado, há somente um delito.”⁹

A Teoria dualista defende que num eventual concurso de agentes com condutas diversas e com um único resultado típico, deverá haver separação de condutas, onde o autor praticará um delito e os partícipes outro. Entende a teoria dualista que “deve haver dois crimes diferentes a serem imputados: um delito se imputará aos autores e outro, aos partícipes”¹⁰

Por seu turno a teoria pluralística, entende que numa escalada criminosa com pluralidade de agentes e com diversidade de condutas, ainda que obtendo apenas um só resultado, cada um dos concorrentes respondeu por infrações penais distintas. “Deve-se atribuir para cada agente um delito diferente”.¹¹

A teoria monista foi a teoria adotada como regra pela legislação penal brasileira ao tratar do tema autoria e participação penal. É o que diz o item 25 da exposição de motivos do código penal, *in verbis*:

“CÓDIGO PENAL
EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL
LEI Nº 7209, DE 11 DE JULHO DE 1984
[...]
DO CONCURSO DE PESSOAS

⁹ Guilherme de Souza Nucci, Manual de direito penal: parte geral: parte especial/Guilherme de Souza Nucci. 9.ed. rev., atual. E ampl. (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013), 383.

¹⁰ André Estefam, Direito penal. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 306.

¹¹ André Estefam, Direito penal... 306.

25. Ao reformular o Título IV, adotou-se a denominação "Do Concurso de Pessoas", decreto mais abrangentes, já que a co-autoria 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 monística do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). Em completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos critérios dessa teoria, ao optar, na parte final do artigo 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria de participação. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas." (referência? p.01)

Para Brandão "Tal teoria apregoa a unicidade de crime em face da pluralidade de agentes, logo, tanto os autores quanto os partícipes responderão por um único crime, afastando-se tanto a ideia de fracionamento da conduta delituosa quanto a ideia de bipartição da conduta criminosa."¹²

Dessa forma, conforme se depreende no *caput* do art. 29 do Código penal, este estabeleceu que todo aquele que concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade, todavia, destaque-se que este comando não apenas se relaciona ao aspecto isolado da dosimetria da pena, mas também reflete na tipicidade da conduta, onde à luz da teoria monista, haverá somente um delito em que todos os agentes incorrerão no mesmo tipo penal.

Autoria Penal

Antes de entender as modalidades de autoria é necessário conhecer a definição do conceito extensivo e restritivo de autoria penal. Para explanar a autoria e participação penal no crime por colaboração de pessoas, a doutrina promoveu três teorias: a teoria extensiva de autoria ou também chamada de subjetiva causal; a teoria restritiva ou formal objetiva e por fim a teoria em estudo - Teoria do domínio do fato ou teoria objetivo-subjetiva ou final-objetiva.

A teoria extensiva de autoria, por seu turno está ligada, a teoria da equivalência dos antecedentes causais, que considera a relação de causalidade de toda ação ou omissão sem a qual o resultado jamais se produziria. O CPB em relação ao tema relação de causalidade, adotou a exatamente a teoria da equivalência dos antecedentes causais como regra, e esta repercute diretamente na teoria extensiva de autoria.

Nessa toada, a teoria extensiva de autoria defende que "quem contribuiu de forma causal para o resultado é autor, não importando o modo e a intensidade da contribuição."¹³ Essa definição está no art. 29, *caput*, do código penal, sendo assim este adota a teoria extensiva de autoria, onde o que concorrer para o crime incide nas penas a este cominadas. No conceito extensivo de autoria, "todo colaborador é autor".¹⁴ Assim, a teoria extensiva dá infinidade ao conceito de autor, uma vez que "Quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela

¹² Claudio Brandão, Curso de Direito penal, parte geral (Rio de Janeiro: Forense, 2008), 269.

¹³ Luís Greco e Alaor Leite, Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios... 49.

¹⁴ Aníbal Bruno, Direito penal... t. II, 258.

totalidade dele, no pressuposto de que também as outras forças concorrentes entraram no âmbito da sua consciência e vontade.”¹⁵

Portanto, “o conceito é extensivo na medida em que abarca indistintamente a figura dos partícipes, pois também estes estabelecem uma condição para o resultado.”¹⁶

Já a teoria restritiva de autoria defende ser autor unicamente o que realiza o verbo do tipo penal, onde essa conclusão “parte da ideia de que os tipos da parte especial apenas descrevem o comportamento do autor.”¹⁷ O conceito restritivo de autor divide-se em teoria objetivo- formal e teoria-objetivo material.¹⁸

As concepções da teoria restritiva de autoria, tem aplicação falha nos crimes de aparatos organizados, por deixar fora de alcance os “homens de trás”, das organizações onde o autor mandante que detém o domínio do fato através do uso de poderes erráticos dissociado da norma jurídica, não é considerado autor, uma vez que, autor é o executor do tipo penal. Em que pese, o que agente dominar o fato, se valendo de subordinados imediatos para consumação do resultado criminoso, à luz da teoria restritiva, sai impune, atuando assim o autor mediato sem culpabilidade.

Vem então a teoria do domínio do fato com o condão de explicar autoria no âmbito penal. De acordo com as formulações técnicas de Roxin, a teoria defende que “o domínio do fato manifesta-se no domínio da própria conduta típica”¹⁹

Ao tratar de quem detém o domínio do fato na escalada criminosa, a teoria aprofunda-se de forma tridimensional, passando a observar sob três ângulos, o autor enquanto detentor do domínio da ação, detentor do domínio da vontade e detentor do domínio funcional do fato. “No domínio da ação, realiza-se propriamente o tipo penal, atuando livre e dolosamente. Já no domínio da vontade, situa-se o agente por trás do autor mediato, qual seja, aquele que, propriamente, executa a ação tipificada. Finalmente, é o domínio funcional do fato atribuído a quem, dividindo tarefas, faz parte de um plano global junto aos outros – igualmente – coautores.”²⁰

Diferentemente da teoria restritiva de autoria, o domínio do fato, tem aplicação relevante nas organizações criminosas, por consignar que o autor será todo aquele que possuir o domínio do fato, o domínio da ação e o domínio funcional, de cuja vontade dependa para produção do resultado típico finalístico.

O âmbito de aplicação da teoria do domínio do fato, restringe-se aos crimes dolosos, pelo que não há o que se falar em domínio do fato em crimes culposos, em virtude da ausência de domínio final da ação.

¹⁵ Exposição de motivos do código penal de 1940, In: Pierangeli 416. Análise do sistema de autoria adotado em Ferraz, passim. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União. 01.

¹⁶ Pablo Rodrigo Afllen, Teoria do domínio do fato (São Paulo: Saraiva, 2014), 64.

¹⁷ Enrique Bacigalupo, Direito penal... 445.

¹⁸ Damásio Evangelista de Jesus, Teoria do domínio do fato. 3. ed. (São Paulo: Saraiva, 2000), 14.

¹⁹ Damásio Evangelista de Jesus, Teoria do domínio do fato... 451.

²⁰ Larissa Gomes Ucha e Diogo Barata Miranda, O concurso de pessoas e as teorias explicativas da autoria: distinção entre autor e partícipe. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, Vol: XVII, num 124 (2014): 1. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/mnt/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14764>. Acesso em mar 2018.

Espécies de autoria no domínio penal do fato

No domínio penal do fato a autoria abrange: autoria propriamente dita (autoria direta individual e imediata), autoria intelectual, autoria mediata e co-autorias (reunião de autorias).²¹

Aquele que praticar o verbo do tipo penal detendo o domínio final do fato sobre si mesmo, sem colaboração, será o autor propriamente dito. Isto posto, “o autor ou executor realiza materialmente a conduta típica (executor material individual), age sozinho, não havendo indutor, instigador ou auxiliar. Ele tem o domínio da conduta.”²²

Em sede de autoria intelectual, o agente não executa o verbo do tipo penal diretamente, percorre o *iter criminis*, na fase de cogitação e idealização até atos preparatórios, todavia a execução e resultado delega a outrem. O autor intelectual tem o domínio do fato. “Na autoria intelectual o sujeito planeja a ação delituosa, constituindo o crime produto de sua criatividade. É o caso do chefe de quadrilha que, sem efetuar comportamento típico, planeja e decide a ação conjunta.”²³

Por seu turno, a autoria mediata mostra o “homem de trás”, que se utiliza de outrem para executar o verbo do tipo penal, não executando diretamente. Assim sendo, o autor mediato possui o domínio da vontade do executor, ou subordinado, na prática do tipo penal. “O agente domina os acontecimentos, impondo sua vontade sobre a vontade e conduta do instrumento, mantendo a distância do imediatismo da execução da conduta proibida.”²⁴ O executor do plano do autor intelectual é chamado pela doutrina, de instrumento do crime.

A coautoria é as reuniões de autoria. É o crime em conjunto com divisão de tarefas, sem que um coautor seja instrumento do outro. Cada um se encarrega conscientemente de uma parte do tipo penal em comunhão de ações. “Coautor é quem executa, juntamente com outros, a ação ou omissão que configura o delito”.²⁵ O coautor detém o domínio do fato. Se não houver consciência de cooperação comum na empreitada criminosa, não há o que se falar em coautoria, mas sim em autoria colateral.

A autoria colateral, ocorrerá quando vários agentes percorrem o *iter criminis* para efetuar um fato típico, sem nenhum vínculo subjetivo entre eles, ou seja, o agente “a” idealiza cometer o crime assim como o agente “b” e “c”, também, e agem ao mesmo tempo, sem que uma saiba da intenção um do outro. “Nesse caso, não há configuração de concurso pessoas, por não haver um liame subjetivo entre a motivação de cada um dos sujeitos.”²⁶

²¹ Damásio Evangelista de Jesus, Teoria do domínio do fato... 18.

²² Damásio Evangelista de Jesus, Teoria do domínio do fato... 19.

²³ Damásio Evangelista de Jesus, Teoria do domínio do fato... 19.

²⁴ Fernando A. N. Galvão da Rocha, Direito penal: parte geral. 2 ed. (Belo Horizonte: Del Rey, 2007), 433-434.

²⁵ Heleno Cláudio Fragoso, Homicídio qualificado: motivo fútil e motivo torpe In: Jurisprudência Criminal. 4. ed. (Rio de Janeiro: Forense, 1982), 315.

²⁶ René Ariel Dotti, Curso de Direito Penal: parte geral (Rio de Janeiro: Forense, 2002), 359.

Responsabilidade Penal pelo domínio do fato

O Campo de concentração da teoria do domínio do fato é na autoria e participação penal. Para o direito penal do fato, é autor todo aquele que possui o efetivo controle do fato quanto a realização do tipo penal, assim como o domínio da vontade de outrem. A teoria não permite estereotipar autoria em razão de alguma posição específica, pois exige a prova cabal da culpabilidade.

Delimitada a autoria delitiva vem a responsabilidade penal após o devido processo legal. Para fins processuais é mister a demonstração, inequívoca, da culpa ou o dolo na conduta do autor a fim de se imputar as penalidades previstas na norma penal. Nesse desiderato, havendo dúvida, torna-se imperativa a aplicação do *in dubio pro reo*, em face da presunção constitucional de não-culpabilidade.

Ora, o direito penal do fato, exige um juízo de certeza consubstanciado em prova inconteste. Como exemplo prático, cite-se a criminalidade empresarial organizada. Num aparato de poder empresarial errático organizado, não poderá haver condenação penal de um agente apenas pelo poder de mando, sem provas, com base apenas em presunções sob a égide do domínio do fato. “Não existe responsabilidade penal pela mera posição.”²⁷

A autoria deve estar fundada em provas, não apenas em indícios. “Ocupar uma posição de destaque ou mesmo de comando em um grupo em que uma pessoa plenamente responsável pratica uma dessas condutas não faz de ninguém, por si só, autor dessas condutas.”²⁸

A aplicação da teoria do domínio do fato sem robustas provas de materialidade, traz insegurança jurídica e em termos técnicos processuais importará em dúvida beneficiária ao acusado. A dúvida sempre milita a favor do réu na seara penal, sendo a falta de provas um dos fundamentos para absolvição.

Culpabilidade como garantia do Direito Penal do fato

É consabido que no sistema penal brasileiro, o fundamento maior se encontra na Constituição da República, que garante aos cidadãos diversos direitos fundamentais, dentre os quais se destacam a dignidade da pessoa humana, o princípio da presunção de inocência, o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, o princípio da lesividade, o princípio da adequação social, o princípio da insignificância, o princípio da individualização da pena, o princípio da proporcionalidade da pena, o princípio da responsabilidade pessoal, o princípio da limitação das penas, o princípio da legalidade, sobretudo o princípio da culpabilidade.

Na responsabilidade penal o fundamento pessoal é a culpabilidade *nulla poena sine culpa*, sendo inadmitido a pena de agente que atue sem culpabilidade ou seja, sem potencial consciência da ilicitude ou de quem não se possa exigir conduta diversa.

É assente na renomada doutrina que culpabilidade constitui o juízo de reprovabilidade da conduta do autor em face do crime realizado, sendo um pressuposto

²⁷ Luís Greco e Alaor Leite, *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios...* 44.

²⁸ Luís Greco e Alaor Leite, *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios...* 41.

para aplicação da pena. Trata-se também de um limite ao direito de punir do Estado, o *ius puniend*, composto por três elementos essenciais: imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Com efeito, este juízo de valor que se realiza sobre o autor, quando da prática da infração penal, deve ser analisado pelo juiz no momento da aplicação da pena, sem que seja considerado qualquer elemento psicológico ou subjetivo, todavia a ausência de qualquer um desses elementos, no momento da análise pelo magistrado, importará na exclusão da Culpabilidade propriamente dita.

Além disso, o princípio da culpabilidade é também a segurança de uma pena justa, proporcional à culpabilidade pessoal do autor do delito, frente às penas excessivas, desproporcionadas à gravidade do fato ou reprovação moral que o autor do mesmo esteja a merecer. Na realidade, o princípio da culpabilidade, como fundamento do Direito Penal moderno, não pode admitir penas que não se considerem merecidas, não podem exercer uma influência positiva, nem sobre o condenado, nem sobre a coletividade e, portanto, não podem lograr nem a prevenção geral nem a especial. Na prática judicial, só o princípio da culpabilidade pode aplicar-se como princípio de medição das penas, e estas, por sua vez, visem à correção do agente, só lhe podendo imputar culpavelmente a violação da norma, se o mesmo agente, através da pena aplicada, puder ser corrigido.²⁹

Nesse desiderato é necessário entender o liame entre culpabilidade e a teoria penal do fato. Se de um lado a culpabilidade é o pressuposto para aplicação da pena e um limitador do *ius puniend* do Estado, de outra banda o direito penal do fato, exige um juízo de certeza consubstanciado em prova inequívoca no tocante a conduta do autor em relação a determinado fato típico. Isto posto, é de se concluir que a culpabilidade como garantia penal do fato é uma exigência que reflete nos direitos e garantias fundamentais do agente na persecução penal, em especial o respeito à dignidade humana.

É certo que a imposição de uma pena sem culpabilidade, a condenação baseada apenas em indícios sem a prova inequívoca, ou até mesmo se a dosimetria da pena exceder o grau de culpabilidade, implicam num gravíssimo caso de atentando à dignidade da pessoa humana do apenado e o princípio da presunção da inocência, segundo o qual, todos são inocentes, até que se prove sua culpabilidade. Foi exatamente isso que declarou o ilustre jurista Claus Roxin no tocante a decisão de praticar o crime "precisa ser provada, não basta que haja indícios de que ela possa ter ocorrido"³⁰

Dessa forma, ao contrário do que se parece, o direito Penal do fato exige um juízo de certeza, consubstanciado em prova incontestável pelo que não autoriza a condenação de mandantes de crime, por exemplo, por mera presunção, pois a condenação penal deverá fundamentar a essência dessa autoria delitiva. Nesse diapasão, não é suficiente apenas apontar que um agente detém sem a certeza. Ensina Roxin que "quem ocupa posição de comando tem que ter, de fato, emitido a ordem." Exemplificando, o poder de decisão criminosa de um agente numa organização, não se prova apenas pela alegação de posição hierárquica, é indispensável a comprovação de sua conduta como determinante para efetividade do domínio final do fato criminoso, onde o número de indícios por maior que seja, não terá o condão de ser transformado em provas.

²⁹ Amaral Ronald Júmio, Culpabilidade como Princípio Governador Valadares - Minas Gerais, 4. http://muraro.adv.br/fw_didatico/Culpabilidade%20como%20Principio.pdf

³⁰ Cristina Grillo e Denise Menchen, "Participação no comando de esquema tem de... 2014.

Para teoria do domínio do fato, uma condenação criminal deverá estar atrelada a culpabilidade do agente.

Imputação penal e a presunção de inocência

A condenação penal precede de um fato típico, do devido processo legal e em relação ampla defesa, é de rigor que o juízo de certeza esteja pautado em provas concretas incontroversas, onde o dolo do autor penal deve ser de indispensável demonstração com força vinculante de sua conduta ao resultado típico.

Para teoria do domínio do fato, o autor, além de concorrer para funcionalidade do fato, tem que dominá-lo, sendo comum os aplicadores do direito ao manejar esta teoria na apuração penal, sobrevalorizar os indícios de materialidade delitiva, para justificar a imputação, dando início a ação penal. Nesse diapasão, a autoria pode ser aferida por dedução lógica. Por seu turno a presunção de inocência, princípio jurídico de ordem constitucional amplamente aplicado ao direito penal, confere o estado de inocência como regra geral, até o trânsito em julgado.

Se a teoria do domínio do fato presume a autoria, a presunção de inocência que é clausula pétrea, estampada no artigo 5º, inciso LVII, CF/88, protege o perseguido penal, o reputando como inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou como é de clareza do homem meridiano: até que se prove o contrário.

Essa Presunção da não culpabilidade está insculpida no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, e preceitua que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". A cláusula da presunção do estado de inocência consiste na certificação, ao acusado, imputado ou investigado, do direito de não ser considerado culpado até que a sentença penal condenatória venha a transitar formalmente em julgado³¹.

Ora, se apenas com base na teoria do domínio do fato e apenas sob o manto da presunção dos indícios, houver uma condenação penal em desprezo a presunção de inocência, indubitavelmente o Estado daria na persecução penal uma resposta jurídica ostensiva e em clara violação aos princípios e normas fundamentais, criando uma condenação aética, despida de fundamento jurídico.

A teoria do domínio do fato pode validamente lastrear uma imputação criminal, mais uma condenação apenas pela notoriedade da autoria, não pode justificar a condenação de alguém unicamente base neste fundamento, caso contrário a apuração penal e o devido processo legal, passaria de constitucional para processo penal de exceção. Sim, exceção de direitos e garantias fundamentais pela aplicação distorcida da teoria do domínio do fato.

No caso de organizações criminosas e justiça colaborativa por exemplo, uma condenação baseada apenas em afirmações proferidas por delatores é, por expressa disposição legal, insuficiente à condenação, pois a culpabilidade dos agentes, deve ser provada por meio de provas verossímeis, como o próprio Roxin advertiu "Quem ocupa

³¹ Rogério Lauria Tucci, Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 3. ed. (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009), 313.

posição de comando tem que ter, de fato, emitido a ordem. E isso deve ser provado”³², ademais dúvidas sempre será fundamento legítimo para autorizar a absolvição, prevalecendo o princípio do *in dubio pro reo* assim como o de presunção de inocência do réu, pois sem provas, e com dúvida, absolve-se o acusado, com ou sem teoria do domínio do fato.

Nesse mesmo sentido o art. 4º, § 16º da Lei nº 12.850/2013 dispõe que “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”. Esta lei é a que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

Sendo assim, deve ficar claro que a teoria do domínio do fato não é soberana e absoluta no processo penal de modo a excluir a dispensa de prova da culpa do acusado, por este motivo não corrobora com a condenação com base em presunção por incrível que pareça.

Por seu turno o § 16 do art. 4º prevê regra de orientação ao juiz, impedindo-o de proferir sentença condenatória com fundamento exclusivamente das declarações do agente colaborador, devendo o juiz basear-se, também, em outros elementos probatórios, o que não será difícil de ocorrer, porque se a colaboração for eficiente, levará à colheita de outras provas. A acusação isolada de alguém que se diz membro da organização criminosa e nada informa além disso, a não ser as suas acusações, não passa de elemento evidentemente sem valor probatório isoladamente³³.

Com efeito, é de relevo destacar não existir contraposição do princípio da presunção da inocência com a teoria do domínio do fato, desde que um respeite o outro, devendo seus aspectos epistemológicos e dogmáticos se completarem no devido processo legal, auxiliando na interpretação das normas, como garantia de um processo penal justo dentro do Estado democrático de Direito. É mito consignar que a teoria pode responsabilizar um agente apenas pela posição que ele ocupa numa organização criminosa, pois na seara penal o agente só pode responder por ação ou por omissão, e jamais por presunção ou mera posição hierárquica.

Em outras palavras, o proprietário de posto de combustível pelo simples fato de ser dono não responde criminalmente pelo tráfico de drogas realizado por um empregado, porque ele não domina o fato, ou seja, ele não é traficante pelo fato de ser proprietário do Posto. Poderia ser penalmente responsável se pela posição de titular do estabelecimento comandasse o tráfico de drogas, ou de outra banda, tomasse conhecimento do tráfico de drogas e se omitisse de impedir a prática delitiva.

Noutras palavras, seria autor, se dominasse o fato detendo o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa, ou seja, se incorresse para prática do delito por ação ou omissão típica e antijurídica, culpável e punível. Jamais por presunção e indícios pela posição de dono. Dessa maneira se a responsabilidade penal advir dessa mera posição, se teria um erro gravíssimo pelo fatal e total distanciamento da correta aplicação da teoria.

³² Cristina Grillo e Denise Menchen, “Participação no comando de esquema tem de...”

³³ Luís Greco e Alaor Leite, Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios...

A Teoria do domínio do fato e sua aplicação no Direito Penal Brasileiro

Um fato típico enquanto modificador do mundo externo com consequências irreversíveis, deve ser analisado e esmiuçado sob os mais diversos ângulos com o fito de responsabilizar os infratores da norma penal na medida de sua culpabilidade, a fim de se afastar a tutela penal deficiente se confirmando o Direito penal garantidor. Dessa forma, restrita à esfera das infrações penais comissivas dolosas, óbice não há quanto a aplicação dos critérios da teoria do domínio do fato, na estrutura normativa brasileira. Insta destacar que nos crimes culposos não é aplicada a teoria em análise diante da ausência do domínio do fato.

Não há incongruência nessa aplicação, encontrando-se o Brasil com vários precedentes nesse sentido. O magistrado penal é livre para verificar com parcimônia cada caso concreto, e observados os direitos e garantias insculpidos de cada acusado no ordenamento jurídico fundamental e o conjunto de probatório, tem sido acertada aplicação da teoria do domínio do fato, sobretudo nos crimes de maior complexidade.

Corroborando com esse mesmo entendimento, o jurista Batista assinala afirmativamente que não há nenhum empecilho quanto ao uso da teoria do domínio do fato de acordo com as regras do Direito Penal brasileiro. Assim consignando que, “sob uma perspectiva generalizante, a distinção autoria-participação se aproximará de seu ponto de repouso: os tipos da parte especial. Na apreciação individualizada de cada caso, corresponderá ao juiz verificar quem possuía o domínio do fato (nas suas diferentes formas de exprimir-se) e quem o não possuía, discernindo autores e partícipes. Para o direito penal brasileiro, nenhum obstáculo teórico existe contra a utilização desse critério para os crimes comissivos dolosos.”³⁴

O problema surge na aplicação deturpada da teoria. A imputação e responsabilidade penal só pode ter lastro na Teoria do Domínio do fato se estiver aportada na culpabilidade do agente, pois traz o perigo de condenação inconstitucional e antijurídica. Como dito alhures, a teoria do domínio do fato pode validamente lastrear uma imputação criminal, mais uma condenação apenas pela notoriedade da autoria, não pode justificar a condenação de alguém unicamente base neste fundamento.

O Código penal brasileiro adota a teoria restritiva objetivo-formal de autor, recorrendo ao art. 29 sobre concurso de pessoas, dispondo que se alguém, de qualquer modo, concorrer para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Para a teoria do domínio do fato, para ser autor, é decisivo que o agente concorra para o fato e domine-o, logo, a luz da teoria quem concorre, sem dominar, nunca será autor.

Fernando Capez, ensina que

“Todos são considerados autores, não existindo a figura do partícipe. Autor é todo e qualquer causador do resultado típico, sem distinção. Arrima-se na teoria da conditio *sine qua non*, pois, segundo esta, qualquer contribuição, maior ou menor, para o resultado é considerada sua causa. É adotado na Itália, cujo Código Penal, em seu art. 110, pune do mesmo modo todos aqueles que concorrerem para o crime, e era a posição adotada pelo

³⁴ Nilo Batista, Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4. ed. (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008), 73.

Brasil, no Código Penal de 1940 (art. 25). Não é mais adotada no Brasil, na Espanha, nem na Alemanha.³⁵

Em que pese a teoria em análise também ser compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, o Código penal é claríssimo, não distinguindo autor e partícipe, considerando todos que concorrem para o crime como autores. Logo, o mandante de um homicídio assim como o matador e o que emprestou a arma do crime são autores, ou seja, dá a ordem e arquitetar, executar e emprestar a arma é sinônimo de matar alguém, tipificado no art. 121 do código penal brasileiro. Para teoria do domínio do fato autor é o mandante com poder de decisão sobre a realização do fato, embora distanciado do núcleo do tipo penal incriminador. Os demais, executores e o que forneceu a arma para o crime são os partícipes.

Assim, por sua posição de garante o ordenamento jurídico penal brasileiro acolhe a teoria do domínio do fato na persecução penal, com o objetivo de coibir tutela penal insuficiente, preenchendo o hiato de diversos casos complexos, como organizações criminosas e os crimes econômicos, confirmando assim o garantismo penal positivo. Com efeito, a teoria do domínio do fato, tem inevitável e especial aplicação para que o Estado posse capturar o “autor mediato” de um crime, que, embora não tenha cometido o núcleo do tipo penal incriminador, comanda uma terceira pessoa, com o objetivo de que este pratique o fato típico, agindo o realizador finalístico sem domínio de consciência, sem o domínio do fato.

Sendo assim, diante da defasagem pura e manifesta do Código Penal brasileiro, em que pese as leis especiais, a finalidade do despontar da teoria no direito penal brasileiro teve por finalidade precípua harmonizar o direito penal, dando resposta a problemas concretos na conjuntura dos novos tempos.

Entendimento da Doutrina Especializada

Parcela da doutrina brasileira reconhece a utilidade da teoria do domínio do fato como instituto retórico de aplicação nacional, porém o tema ainda é controvertido entre doutrinadores.

Sobre a matéria, é oportuna a doutrina de Alberto Silva Franco, que preleciona o seguinte:

“O legislador de 84 não se definiu explicitamente por nenhuma das posições dogmáticas relativas ao conceito de autoria e da distinção entre autoria e participação. No entanto, à medida que introduziu o dolo na ação típica final, como se pode depreender da conceituação do erro de tipo, à medida em que aceitou o erro de proibição e, finalmente, à medida em que 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”³⁶

³⁵ Fernando Capz. Curso de direito penal: parte geral. Vol: 1. 17. ed. (São Paulo: Saraiva, 2011), 360.

³⁶ Alberto Silva Franco, O Código Penal e sua interpretação jurisprudencial Revista dos Tribunais, 2004. 164.

Para Cezar Roberto Bitencourt, “a teoria do domínio do fato, partindo do conceito restritivo de autor, tem a pretensão de sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, impondo-se uma teoria objetivo-subjetiva. Embora o domínio do fato suponha um controle final, “aspecto subjetivo”, não requer somente finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato.”³⁷

A teoria do domínio do fato, que atribui a autoria a “quem detém em suas mãos o curso, o ‘se’ e o ‘como’ do fato, podendo decidir preponderantemente a seu respeito; dito mais brevemente, o que tem o poder de decisão sobre a configuração central do fato”, “exige sempre uma valoração que deve ser concretizada frente a cada tipo e a cada forma concreta de materializar uma conduta típica. Não pode ter fundamento em critérios pura concretização no caso efetivamente dado”.³⁸

Embora o Código penal brasileiro tenha adotado a teoria restritiva objetivo-formal de autor, dada a complexidade em se identificar com transparência em determinados casos concretos, o controle total do indivíduo em face do crime, a teoria do domínio do fato pode ser acolhida como ponto de partida da imputação pela presunção dos indícios, devendo estes ser apurado e devidamente provado para ancorar a culpabilidade do agente, porem parte da doutrina brasileira é crítica a esta aplicação.

Vide a crítica de Estefam:

“Por outro lado, a teoria do domínio do fato não pode ser aceita em sua integralidade porque não é possível identificar com clareza, em grande número dos casos, quando uma pessoa tem ou não o controle completo da situação. Quando o mandante, por exemplo, contrata uma pessoa para matar a vítima, o executor contratado pode fugir com o dinheiro, ser preso antes de cometer o crime, ou, por outro lado, cometer delito mais grave do que o combinado. Em nenhum desses casos, o mandante tinha pleno controle da situação.”³⁹

Ora, parte da doutrina brasileira nesse sentido tem criticado ferrenhamente a aplicação da teoria do domínio do fato, sob o argumento de incompatibilidade com o ordenamento jurídico. Uma das incongruências apontada pela doutrina nacional é justamente o fato do código penal adotar a teoria monista – também chamada de teoria unitária, que atribui um só crime a todos os envolvidos num concurso eventual de pessoas, na medida da culpabilidade de cada um, conforme art. 29, *caput*.

Diante dessa crítica doutrinária, é importante resgatar o conceito de teoria unitária e teoria diferenciadora, uma vez que em sua gênese, a teoria do domínio do fato foi proposta para ser aplicada em um sistema diferenciador, e aqui jaz a situação conflitante e polemica da aplicação.

O legislador penal consagrou a teoria monista que defende a unicidade da conduta dos agentes envolvidos numa empreitada criminosa. Autores e partícipes, respondem pelo mesmo crime de forma única. Em relação a teoria monista, o doutrinador Brandão

³⁷ Cezar Roberto Bitencourt, Tratado de direito penal. Parte geral. São Paulo: Saraiva. 2013), 559.

³⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 11. ed. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015), 670.

³⁹ André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves, Direito penal esquematizado: parte geral. 3. ed. (São Paulo: Saraiva, 2014), 444.

ensina que “o fundamento dessa teoria reside no fato de as várias ações não se apresentarem de um modo autônomo, mas convergirem em uma operação única, que acarretam um mesmo resultado, por isso, elas devem ser consideradas como um todo unitário.”⁴⁰

Adverte ainda o doutrinador que “a teoria monista importa na unicidade de crime, mas não na unicidade de pena.”⁴¹ É simples, por ocasião da dosimetria penal o magistrado deverá adequar a pena de acordo com a medida de culpabilidade de cada agente de forma individualizada, por isso que não poderá haver unicidade de pena apenas de crime, conforme bem ressalta o autor.

Nesse desiderato, é compreensível as críticas de parte da doutrina. Se o sistema é unitário, autor e partícipe são igualados, o crime será uno e todos serão responsabilizados penalmente pelo mesmo verbo do tipo penal, havendo distinção apenas por ocasião da aplicação da pena, observados os critérios de personalidade e circunstâncias individuais de cada um.

Vem então o sistema diferenciador. No sistema diferenciador, há distinção entre autoria e participação pela partição de condutas e tipos penais diversos, o que incorre em responsabilidade penal para cada consorte de forma desigual que dependerá do marco penal imposto na persecução penal a cada um dos envolvidos.

Em que pese a pertinência dessa acalorada crítica de parte da doutrina, o que observa-se na prática judiciária brasileira é um balanceamento entre um sistema e outro para fins de responsabilização penal, o que tem denotado uma aplicação peculiar, onde o Juiz atento as matrizes reitoras da teoria unitária vê a necessidade clara e determinada de diferenciar condutas principais e condutas acessórias, conduzindo a condenação por tipos penais diferenciados, sobretudo nos crimes de corrupção.

Assim sendo, para fins de responsabilidade penal, a teoria objetivo formal e a teoria do domínio do fato, embora dispares, se harmonizam caminhado juntas no processo penal brasileiro de forma a se completar uma à outra. Essa tendência tem sido fenomenal e está se arraigando cada vez mais, diante da necessidade magistral de fundamentação da culpabilidade, sobretudo nos casos complexos que envolve organizações criminosas, crimes econômicos e afins.

Nesse diapasão, insta destacar que boa parte da doutrina nacional, também rechaçou veementemente a aplicação da teoria do domínio do fato no julgamento paradigmático da Ação Penal nº 470 como de aplicação ilegítima e errônea, por não representar as precisões originárias desenvolvida por Roxin. Inclusive, para o ilustre doutrinador Leite “A teoria do domínio do fato, como tal foi concebida originariamente na ciência jurídica, nada tem a ver com a decisão da Ação penal 470.”⁴²

⁴⁰ Claudio Brandão, Curso de Direito Penal, parte geral (Rio de Janeiro: Forense, 2008), 269.

⁴¹ Claudio Brandão, Curso de Direito Pena... 269.

⁴² Alair Leite, Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: Greco, Luís, et. al. Autoria como domínio do fato: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro (São Paulo: Marcial Pons, 2014), 168.

Todavia, se há ou não a utilidade ou congruência da teoria do domínio do fato para o sistema jurídico penal brasileiro a práxis forense vem construindo novos alicerces, que tem importando na repaginação dos postulados dogmáticos da teoria do domínio do fato no sentido mais profundo da palavra, visando dinamizar cada vez mais a efetividade penal.

Parte mais ajuizada da doutrina defende a intensificação da harmonia da aplicação da teoria do domínio do fato em solo penal brasileiro, como válvula de escape hermenêutica por imposição nos hiatos da lei, tornando o ordenamento jurídico penal brasileiro assistemático.

Nesse mesmo sentido Busato leciona que:

“É possível admitir que existem dois sistemas consolidados. Correto. Não há como ser unitário e diferenciador ao mesmo tempo. Perfeito. Agora, quem é que disse que o nosso código é sistemático quando trata do concurso de pessoas? Quando ele estabelece concessões, ele deixa de ser sistemático e passa a ser assistemático. O Código possui um conjunto de normas que não se ajusta concretamente nem a um sistema diferenciador, nem a um sistema unitário. De qualquer sorte, são estas as normas que existem e que cabe interpretar. Não é possível negar a existência das regras ou ignorá-las quando se pretende resolver os problemas concretos de concurso de pessoas.”⁴³

Sustenta Busato que o legislador quebrou o sistema unitário, não existindo um sistema unitário puro no Código Penal brasileiro. Ressalta ainda que “Se o conjunto de normas contido no Código Penal brasileiro obriga a tal diferenciação, os critérios do domínio do fato, então, vêm em socorro e são compatíveis com a interpretação das normas contidas do nosso código. Há uma razão para se utilizar os critérios da teoria do domínio para justificar a fundamentação da autoria e participação. Ao trabalhar com o que temos, não podemos esperar que o legislador altere o código para um sistema harmônico diferenciador”⁴⁴

Entendimento Jurisprudencial

Conforme já ventilado, em território brasileiro a teoria do domínio do fato, ganhou notório destaque após as explanações jurisprudenciais travadas no julgamento da Ação Penal nº 470, que ficou popularmente conhecida como “Ação do mensalão”, onde o ponto culminante foi a construção jurisprudencial e acadêmica inusitada- deveras polemica, no momento da identificação da responsabilidade penal dos agentes do esquema criminoso instalado nas mais altas instituições do poder público.

Em várias partes do Acórdão penal do mensalão, o Supremo Tribunal Federal - STF, fez uso variado das concepções teórico-dogmáticas da teoria do domínio do fato para fundamentar a responsabilidade penal dos acusados. Tem uma passagem que sob o

⁴³ Paulo César Busato e Rodrigo Cavagnari, “A teoria do domínio do fato e o código penal brasileiro”. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S.l.], Vol: 2 num 2 (2017): 39-40. Disponível em: <<http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/21>>. doi: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i2.21>. p. 39-40.

⁴⁴ Paulo César Busato e Rodrigo Cavagnari, “A teoria do domínio do fato... 41.

argumento de que aquele que integra o quadro social da empresa, na condição de gestor ou administrador, tem o domínio do fato, o STF entendeu que:

“Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final.

[...].

Ora, se a vontade do homem de trás, sobre quem recai a presunção de autoria do crime, constitui a própria ação final da ação delituosa da empresa, o que se há de descrever na denúncia é como referida empresa desenvolveu suas ações. Basta isso. A autoria presumida do ato é de seus dirigentes. Isso, como se viu, não se aplica aos auxiliares cujo comportamento em nível de colaboração tem de ser esclarecido na peça inicial do acusador.

Na hipótese *sub judice*, é de clareza meridiana o que a denúncia atribui ao Banco Rural, especificando todo o roteiro das atuações no sentido de desacatar as regras exigíveis no tráfico regular das operações bancárias, de modo a tipificar o crime de gestão fraudulenta. Presumidamente, aos detentores do controle das atividades do Banco Rural, conforme dispõe o ato institucional da pessoa jurídica, há de se imputar a decisão (ação final) do crime. Nessa ação coletiva dos dirigentes é interessante a lição de CLAUS ROXIN sobre a configuração do domínio do fato [...].”⁴⁵

Muitos juristas e estudiosos do direito, entenderam que a teoria do domínio do fato não foi corretamente aplicada pela Suprema Corte brasileira no caso mensalão. O principal fato foi o distanciamento da aplicação a teoria original, tendo inclusive Roxin advertido sobre a posição do STF diante do julgamento da ação penal 470, ressaltando que quem ocupa posição de comando tem que ter, de fato, emitido a ordem. E isso deve ser provado.

No caso da Ação penal 470, restou claro o total distanciamento tanto da doutrina brasileira, quanto da jurisprudência, acerca do absoluto rechaço promovido por Roxin ao sistema unitário de autor, o qual foi recepcionado pelo Código Penal brasileiro, e, principalmente, que a teoria do penalista alemão foi criada tendo em vista o sistema diferenciador adotado pelo Código Penal alemão, isto posto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileiras vem cometendo graves erros, no tocante ao tratamento e aplicação da teoria do domínio do fato no caso concreto.

O que se pode concluir que a teoria no caso da Ação penal em tela foi aplicada de maneira *sui generis* e fragmentária, e, portanto, temerária, ardilosa e perigosa, pois observou-se o uso da teoria como disfarce dogmático e teórico para fundamentar condenações, em flagrante desvio de finalidade da teoria do domínio do fato que jamais pode ser aplicada para condenar banindo as provas que aportam a culpabilidade do indivíduo.

⁴⁵ STF, Tribunal Pleno, APn 470/MG, Julgado em 17/12/2012, p. 1161-1162-4673. Disponível em “<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648>” 01.

Conforme o próprio Roxin alertou, indícios não é suficiente para o Direito Penal do fato, pois este exige um juízo de certeza consubstanciado em prova incontestável. Ora, o efeito nefasto dessa aplicação errônea deste caso, em que pese não ter força vinculante, pode pavimentar casos idênticos, inclusive já com larga aplicação na ação penal em andamento e igualmente paradigmática, a ação da lava jato, repita-se, a teoria do domínio do fato não pode ser utilizada de maneira deturpada aniquilando a exigência de provas para uma condenação, sob pena de incorrer em insegurança jurídica colossal.

Num artigo publicado em agosto de 2012, o Jurista Lenio Streck ao tratar do julgamento mensalão, sinalizou no tocante a utilização abusiva da teoria do domínio do fato, confira-se, para robustecer esse entendimento:

“(...) Como um mantra, repete-se a teoria do ‘domínio do fato’.

Já não se fala de outra coisa. (...)

(...)

(...) O que me preocupa nisso tudo é a possibilidade de vulgarização de algumas teses. Mais: talvez o mais importante nesse julgamento não seja ‘o caso’ do ‘inominável’, mas o modo como serão julgadas, no futuro, causas semelhantes no restante do Brasil.

(...)

Mas fixemo-nos no exemplo da tese do Domínio do Fato. Trata-se de uma tese complexa. (...) No plano da cotidianidade das práticas jurídicas, essa tese tem sido citada de soslaio.

(...)

(...) Mas, com certeza, uma pequena pesquisa nas suas origens pode ajudar na elucidação e na tomada de um cuidado na sua aplicação. Portanto, a pretensão destas reflexões é auxiliar na compreensão da tese. Nada mais do que isso. Vamos lá: sua origem está em Welzel, mas foi Claus Roxin quem deu a ela uma efetiva direção/especificidade. Com certeza, há razões ideológicas sustentando as posições de cada um (Welzel e Roxin), devendo ser levada em conta, ainda, a distância temporal.

(...)

Pois bem. A tese é do longínquo ano de 1963, quando Claus Roxin escreveu o artigo *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate* (que quer dizer crimes como parte das estruturas de poder organizadas) na Revista *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 193 e segs. (...) Veja-se, por exemplo, a aplicação da tese pelo Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) alemão em 1994, tratando de crimes relacionados à ex-República Democrática Alemã (foram condenados os autores mediatos — por exemplo, o ministro do Interior — e os soldados atiradores). Trata-se de entender, nesse contexto, a importância da determinação da autoria dos mandantes (autoridades políticas) que, por exemplo, determinavam, embora não diretamente, que se atirassem nas pessoas que tentassem fugir da DDR, no famoso caso *Der Mauerschützen-Prozesse* — o processo dos atiradores do muro (...). O ex-ditador Alberto Fujimori também foi condenado com a utilização da tese do Domínio do Fato. Também o julgamento da Junta Militar Argentina albergou a tese.

A tese tem, digamos assim, no seu nascedouro, uma forte especificidade ‘política’, porque mais destinada — o que não quer dizer exclusivamente — a acusar os mandantes de crimes políticos ou de violadores de direitos humanos. Explico melhor isso: Roxin mesmo diz que escreveu a tese em virtude do ‘caso Eichmann’ (...).

Por isso, a responsabilidade da comunidade jurídica com teorias, teses ou posturas (...)⁴⁶

Pois bem, a vulgaridade da teoria deve ser combatida, e ressalte-se, o indício não se converterá em prova sem comprovação da culpabilidade do agente, a rigor do contido no art. 239 do Código de processo penal brasileiro, sendo certo que ao ser considerado indício é claro ao considerar indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

Imperioso trazer à baila, alguns recortes da motivação penal condenatória do acusado José Dirceu, que foi condenado com base em presunções e indícios, sem elementos de prova suficiente que autorizasse a condenação, sem relação harmônica da teoria aplicada aos outros elementos de prova, sendo assim, foi aplicada pura e simplesmente a teoria funcional do fato, confira-se um trecho do Acórdão, *in verbis*:

“A meu sentir, está comprovado que o acusado JOSÉ DIRCEU controlava os destinos da empreitada criminosa, especialmente mediante seus braços executores mais diretos, senhores MARCOS VALÉRIO e DELÚBIO SOARES, com a colaboração do denominado “núcleo financeiro”. JOSÉ DIRCEU detinha o domínio final dos fatos. Em razão do cargo elevadíssimo que exercia à época dos fatos, o acusado JOSÉ DIRCEU atuava em reuniões fechadas, jantares, encontros secretos, executando os atos de comando, direção, controle e garantia do sucesso do esquema criminoso, executado mediante divisão de tarefas em que as funções de cada corréu encontrava nítida definição.”⁴⁷

Destaque-se que a Ministra Carmen Lúcia, ponderou á época do julgamento que quanto ao réu José Dirceu, não havia nenhum documento comprobatório assinado pelo ex-ministro chefe da Casa Civil, que levasse à comprovação de que ele teria praticado os atos referentes à corrupção ativa que lhe foi imputado e na parte dispositiva de seu voto, consignou:

“Em face de todo o exposto, constato que não existem elementos suficientes para condenar o réu JOSÉ DIRCEU pelo crime tipificado no art. 333 do Código Penal, razão pela qual se mostra de rigor a sua ABSOLVIÇÃO, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal, mantidos, em consequência, os seus direitos políticos.”⁴⁸

Conforme se pode notar, o réu retro citado, foi severamente punido mesmo que não tenha executado diretamente o tipo penal incriminador, mas apenas com base em indícios e presunções de deter o domínio funcional sobre o fato. Em que pese o Código de Processo Penal acolher esse tipo de prova, jamais poderia haver uma condenação no caso concreto sem as provas incontestas.

Em síntese, apesar de toda controvérsia existente, a teoria supracitada está em construção progressiva no Brasil, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência brasileira e pelo esboço apresentado representa, certo modo, um avanço no *ius puniende* do

⁴⁶ Lenio Luiz Streck, “O mensalão e o domínio do fato. Tipo ponderação”, Revista Consultor Jurídico.

⁴⁷ STF, Tribunal Pleno, APn 470/MG, Julgado em 17/12/2012... 01.

⁴⁸ STF, Tribunal Pleno, APn 470/MG, Julgado em 17/12/2012... 4954.

Estado em adequação as demandas que os novos problemas sociais refletem para o campo penal.

Conclusão

De acordo com a teoria em análise em face da postura da Suprema Corte na Ação Penal 470 que a revolucionou, constata-se que o ordenamento jurídico-penal brasileiro tem regras próprias. Diante disso, a atual conjuntura a *práxis* forense tem balizado entre a teoria unitária e a teoria do fato. O distanciamento das concepções axiológicas de ROXIN, transforma o direito penal do fato no Brasil de aplicação fragmentária e diferenciada.

É necessário entender que a teoria do domínio do fato deve ser aplicada como instrumento propulsor de solução penal, todavia essa aplicação deve adequada, e atrelada aos princípios fundamentais da República, de sorte que traga segurança e efetividade nas decisões acerca da imputação. Não adianta utilizar a teoria do domínio do fato para fundamentar a responsabilização penal, ferindo o princípio da presunção da inocência ou o devido processo legal. O direito não busca somente julgar a conduta humana, busca também a determinar de forma harmônica com os seus preceitos, reprimindo toda conduta contrária a eles.

Sendo assim, a teoria do domínio do fato deve ser aplicada a rigor dos direitos e garantias insculpidos na Carta Maior, falhando nesse sentido, a teoria perderá sua viabilidade tornando-se incompatível com os fundamentos da República que não podem ser contrariados. Na atmosfera de identificação penal a aplicação da teoria do domínio do fato tem grande relevância, em razão da estruturação e diversidade de participação nas atividades criminosas cada vez mais organizada. Nesse ambiente acirrado, sobretudo nos delitos mais elaborados, como o crime organizado, os crimes empresariais e institucionais, é mister se utilizar de todas as armas jurídicas penais possíveis para fundamentar e justificar todo tipo de formação que possa levar a uma condenação, todavia é indispensável que a culpabilidade seja cabalmente provada dentro do devido processo legal. Com o que foi dito, é possível concluir que a teoria do domínio do fato tem sua peculiar aplicação no Brasil de caráter mais fragmentário e *sui generis*, como bem se pode observar na íntegra do Acórdão da Ação Penal nº 470, repita-se. O que se pode ponderar que a teoria do domínio do fato no Brasil, sem dúvida, é um instrumento viável na identificação de autoria e responsabilidade penal, todavia deve ser sopesado que essa aplicação sempre deve observar os limites fundamentais da República democrática de Direito. A verdade real no processo penal é de suma relevância pois a sanção resulta em privação da liberdade. Nesse desiderato, uma responsabilidade penal pelo domínio do fato, acima de tudo deve estar fundamentada na culpabilidade do agente, frise-se, devendo ser esta a garantia do direito penal do fato propriamente dito, porém, materializada através de provas plenas, verossímeis, idôneas e convincentes, não cabendo estereotipização criminal de pessoas por mera posição que ocupam em determinada organização.

Não se pode extirpar do processo penal a exigência de provas apenas pura e simplesmente se ancorando na teoria do domínio do fato, pois essa por si só não se sustenta podendo perder sua finalidade dentro do processo penal por afronta aos princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Índícios e presunções

delitivas devem vir acompanhado de provas sólidas da verdade material. O Direito Penal do fato, exige um juízo de certeza consubstanciado em prova inconteste, pois em matéria de culpabilidade, a dúvida milita a favor do acusado e sempre será fundamento idôneo para determinar absolvição, com fulcro na Constituição Federal de 1988, art. 1º, *caput*, que definiu o perfil político-constitucional do Brasil como o de um Estado Democrático de Direito. Isto posto, considerando que o processo penal é um instrumento de preservação de direitos e garantias fundamentais, é inadmissível aplicar o domínio do fato para justificar a condenação de alguém sem a certeza da culpabilidade, pois dessa forma a teoria perde sua finalidade.

Referências bibliográficas

- Alflen, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato. São Paulo: Saraiva. 2014.
- Bacigalupo, Enrique. Direito penal. Parte geral. São Paulo: Malheiros. 2005.
- Batista, Nilo. Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.
- Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. Parte geral. São Paulo: Saraiva. 2013.
- Brandão, Claudio. Curso de Direito Penal, parte geral. Rio de Janeiro: Forense. 2008.
- Bruno, Aníbal. Direito penal. Tomo I e II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1957.
- Busato, Paulo César e Cavagnari, Rodrigo. A teoria do domínio do fato e o código penal brasileiro. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S.l.], Vol: 2 num 2 (2017): 83-132. Disponível em: <<http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/21>>. doi: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i2.21>.
- Capez, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. Vol: 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.
- Dotti. René Ariel. Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense. 2002.
- Exposição de motivos do código penal de 1940, In: Pierangeli. 2001, p. 416. Análise do sistema de autoria adotado em Ferraz, *passim*.
- Estefam, André. Direito penal. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.
- Estefam, André. Direito penal. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.
- Fragoso, Heleno Cláudio. Homicídio qualificado: motivo fútil e motivo torpe In: *Jurisprudência Criminal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1982.
- Franco, Alberto Silva. Código penal e sua interpretação judicial. Vol: 1 Tomo 1. 5. ed. São Paulo: RT.
- Greco, Luís e Leite, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. RT 933. 2013.
- Greco, Luís e Leite, Alaor. Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons. 2014.

A teoria do domínio do fato como instrumento de identificação de responsabilidade penal no ordenamento jurídico... pág. 324

Greco Filho, Vicente. Comentários à lei de organização criminosa. Lei 12.850/13. 1º ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

Gonçalves, Victor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

Jesus, Damásio Evangelista de. Teoria do domínio do fato. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2000.

Leite, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe da AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: Greco, Luís (et alii) Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons. 2014.

Nucci, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial/Guilherme de Souza Nucci. 9.ed.rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

Paulo Quezado; Alex Santiago. “A teoria do domínio do fato à luz da nova jurisprudência do STF”.

Rocha, Fernando A. N. Galvão da. Direito penal: parte geral. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

STF, Tribunal Pleno, APn 470/MG, Julgado em 17/12/2012, disponível em “<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648>”.

Tucci, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

Ucha, Larissa Gomes e; Miranda, Diogo Barata. O concurso de pessoas e as teorias explicativas da autoria: distinção entre autor e partícipe. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, Vol: XVII num 124 (2014). Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/mt/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14764>. Acesso em mar 2018.

Zaffaroni, Eugenio Raúl e Pierangeli, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

Para Citar este Artículo:

Silva, Débora França a y Gomes, Allyne Evellyn Freitas. A teoria do domínio do fato como instrumento de identificação de responsabilidade penal no ordenamento jurídico brasileiro. Rev. Incl. Vol. 5. Num. Especial, Octubre-Diciembre (2018), ISSN 0719-4706, pp. 302-324.

CUADERNOS DE SOFÍA EDITORIAL

Las opiniones, análisis y conclusiones del autor son de su responsabilidad y no necesariamente reflejan el pensamiento de la **Revista Inclusiones**.

La reproducción parcial y/o total de este artículo debe hacerse con permiso de **Revista Inclusiones**.