

**A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E A CONCEITUAÇÃO RESTRITIVA DE
AUTORIA – APLICAÇÕES, DESDOBRAMENTOS E CONTROVÉRSIAS
JURISPRUDENCIAIS**

Guilherme Fernandes de Oliveira¹

Adriana Marques Aidar²

RESUMO

O presente artigo visa a análise da Teoria do Domínio do Fato no ordenamento jurídico brasileiro, vislumbrando a resolução dos problemas que circundam à autoria delitiva. Tal teoria concebida pioneiramente por Hans Welzel e mais tarde sistematizada por Roxin sob perspectivas distintas; domínio da ação, domínio da vontade e domínio funcional do fato. Em suma, esta teoria traz como autor e não mero partícipe quem não executa diretamente a conduta criminosa, valendo-se de um poder de domínio, sendo que o resultado finalístico só é atingido pela obediência ao primeiro agente. Com isso o Código Penal, originalmente adotante da teoria unitária (aquele que contribui será considerado autor) e com advento da reforma em 1984, passou a adotar a teoria objetivo-formal (autor é aquele que pratica o núcleo do tipo e partícipe quem contribui sem praticar o núcleo), amoldando perfeitamente e sem dúvidas aqui, a teoria do domínio do fato, sob um pretexto de que, para que, possa se ter o autor, aquele ainda que não pratique o núcleo tem domínio sobre a ação de outrem. A importância do tema se dá pela evolução do aparato criminoso, incontestemente nos dias de hoje. Ao decorrer do tema irei expor sobre a aplicabilidade, desdobramentos e controvérsias em sua utilização nos tribunais brasileiros em especial no julgado da Ação Penal 470 no STF, concluindo pelo seu total acatamento com as devidas ressalvas imbuídas nas premissas maiores estilizadas pelos próprios criadores e a imprescindível produção probatória.

¹ Acadêmico do Curso de Direito da UNIUBE, matriculado na 10ª etapa. Endereço: <guigugaoliaax@gmail.com>

² Professora Orientadora de TCC. <dri.aidar@gmail.com>

Palavras-Chave: Domínio da ação, vontade e do fato. Ação Penal 470 no STF. Imprescindível produção probatória.

1 INTRODUÇÃO:

Pode-se perceber que, em nosso país, há tempos, observa-se o crescimento em progressão geométrica da violência e a tragédia na segurança pública. Para tanto, sabe-se que aquele que comete um ato delituoso deve responder conforme sua culpabilidade nos termos da lei.

Hodiernamente, enfrentamos um crime muitas vezes mais organizado que sua própria contrapartida. A dificuldade de alcançar os mentores chega a tal ponto em que as autoridades policiais e judiciárias tendem a fazer acordos de colaboração e delações premiadas para descobertas sobre o modus operandi criminal.

Inobstante, apresentamos a Teoria do Domínio do Fato criada por Hans Welzel, e mais tarde desenvolvida por Claus Roxin, que trouxe, alinhada ao conceito de concurso de pessoas, a questão da autoria adstrita a uma conformação do fato e ao resultado finalístico em razão da vontade de alguém de forma planejada.

Cogita-se, com muita frequência, como foi apresentado e defendido pelo Promotor Rangel Alberto Araruna, nos cadernos da promotoria do estado do Ceará, se tal teoria amolda ao nosso Direito Penal. Renomados estudiosos como o jurista Pablo Alflen discordam, ressaltando que o Código Penal permaneceu fiel a teoria unitária e que

[...] em primeiro lugar, porque o próprio Roxin não só rechaça categoricamente a adoção de um sistema unitário, como esclarece que desenvolve sua teoria sobre o pilar do sistema diferenciador; em segundo lugar, porque a concepção de domínio do fato (tanto de Welzel, quanto de Roxin) está assentada no absoluto rechaço a premissas causais-naturalistas, as quais, diferentemente, são o pilar de sustentação do sistema unitário. Por conseguinte, não há como transpor a teoria do domínio do fato de Roxin ao plano brasileiro, devido a sua absoluta incompatibilidade com a ordem jurídica vigente e com a opção do legislador brasileiro por um sistema unitário funcional.

Ouso discordar e, em que pese a doutrina não ser pacífica nesse sentido, entendo que pós reforma da Parte Geral do Código Penal que passou a adotar a teoria restritiva que sem grande esforço denotou-se na abrangência também da teoria do domínio do fato, vistas a sanar o problema que era autoria x participação, acompanhado na presente afirmação por Luis Greco e Alaor Leite. O que se percebia era a ineficácia da máquina jurisdicional em corresponder aos

anseios sociais atinentes às respostas em contrapartida da criminalidade quando os autores de escrivania não perpetravam a conduta descrita no tipo penal incriminador.

Daí decorre seu entendimento, importância e da compreensão exata para uma aplicação justa e equitativa ao agente delituoso, visto que nosso direito penal é garantista e a constituição preserva a presunção de inocência em face de insuficiência de provas para uma condenação criminal.

Não raro, toma-se conhecimento por meio da mídia eletrônica³, que criminosos do colarinho branco tiveram como destino o cárcere, mesmo não sendo os executores imediatos do crime. Um grande exemplo foi a ação penal 470 que condenou o ex chefe da Casa Civil, José Dirceu, alicerçado na teoria do domínio do fato como articulador de um grande esquema de desvio de dinheiro público juntamente com publicitários e bancários, que sob seu juízo agiam para propagar um resultado finalístico equânime.

Apesar de que muitos acreditem que a teoria, por ser restritiva, estender-se-á os conceitos de autoria poderia ser prejudicial ao cerne da constituição e a segurança jurídica, pois, se sua aplicação fosse a regra, iríamos incorrer na inversão da responsabilidade hoje que é subjetiva em objetiva. Porém, como tal teoria parte de um critério teórico objetivo-subjetivo e pela certeza de que na falta das provas e dos requisitos para tal aplicação, vigorará o favor rei, não me restam dúvidas que sua aplicação será efetiva e trará bons frutos se guardada das precauções devidas e não em achismos e nem ativismos judiciais.

É inegável sua preponderância e seu reconhecimento que vem vencendo a timidez aos poucos, mesmo ainda enfrentando decisões contraditórias e ausência de requisitos primordiais transcritos pelos seus percursores, nas mãos de juízes movidos uns pela exatidão na aplicação da lógica teórica e por outros imbuídos de pressão externa e anseios morais da sociedade que clama por “justiça” a qualquer custo. Assim, apresentarei os mais atuais julgados a critério expositivo.

³ Apelação Criminal processo nº 5046512-94.2016.4.04.7000 - A denúncia, na página 28, diz textualmente que: “[...], o ex-Presidente da República comandou o esquema, tendo sobre ele domínio de realização e interrupção. Não apenas determinou sua efetivação, que beneficiava seu Governo e permitia a obtenção de vantagens ilícitas, mas também poderia ter interrompido esse grande esquema criminoso na sua origem ou ao longo de sua realização.”

Trecho do voto do revisor Desembargador Federal Leandro Paulsen:
Segundo o revisor, “a teoria do domínio do fato, diga-se, não amplia o rol daqueles que podem ser beneficiados por um crime, mas dá elementos para quem concorre para ele.”

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO

O termo “Domínio do Fato” foi primeiro utilizado em 1915. Contudo, com um viés diverso do conteúdo expresso por Roxin e Welzel e totalmente ao revés do que vivenciamos hodiernamente, dado ao avanço e aos aprimoramentos no decorrer do tempo. Em meados de 1915, Hegler (apud ROXIN, 2000), tinha como referencial da aplicação da teoria do domínio do fato os pressupostos de culpabilidade e, não a atual e adotada, divergência entre autoria e participação. Destarte, nessa perspectiva, apenas quem detém o domínio do fato age culpavelmente, ainda que tal domínio se revele na imprudência de não evitar o resultado quando assim esperado fosse, por este motivo, apesar de sua contribuição essa tese foi desconsiderada para balizar autor e partícipe.

Em 1932, Hermann Bruns (apud ROXIN, 2000), dignou-se a tecer conceito sobre autoria mediante o domínio do resultado finalístico ou teoria da adequação, conjugando como sendo autor, aquele que por sua conduta dolosa ou culposa demonstrasse sua capacidade e possibilidade de ter domínio sobre o fato, ou seja, agia de forma propícia a tal resultado, ainda que se valia de terceiro, incapaz ou sobre erro. Tal perspectiva acabou por ocasionar, uma aversão e confusão sobre tal concepção tida como causal e de subjetividade ampla.

Adolf Lobe em 1933 (apud ROXIN, 2000), representou grande inovação ao convolar critérios de ordem objetiva e subjetiva para tão configuração. As críticas a sua concepção foram abalroadas no caráter mínimo de autoria mediata, conhecendo da sua existência tão só quando o agente imediato não vislumbrava como autor o resultado produzido. No entanto, Lobe deu grande substrato para o aprimoramento de Roxin e Welzel, anos após, pois permitia a diferenciação da participação e autoria unicamente pela verificação do domínio da ação executiva correlacionada diretamente ao resultado, através uma vontade própria.

A título explicativo, a autoria mediata se dá quando o agente usa de uma pessoa não culpável, ou de outrem que age sem dolo ou culpa para perpetrar o delito. Temos situações exemplificativas de autoria mediata, quando ao: valer-se de um inimputável, utilizar-se de coação moral irresistível, abusar de obediência hierárquica, incorrer o agente em erro de tipo escusável ou de proibição. Vale dizer que em diversas oportunidades o agente inimputável não é usado como instrumento da obtenção do resultado, até por força de suas particularidades mentais e do poder de discernir. (CARDOSO, 2015)

Como nos ensina Cardoso (2015), o inimputável querendo também o atingimento do resultado, será coautor e responderá na modalidade de concurso impropriamente dito, também

chamado na doutrina como concurso aparente ou pseudoconcurso, de forma dicotômica, temos um agente que é penalmente responsável e o outro não.

Em 1936, Eberhard Schmidt (apud ROXIN, 2000), apresentou o domínio do fato com um ideal enigmático de “dever”. Na sua perspectiva, havia preponderância da figura do autor em seu conceito extensivo, sendo este que pela sua posição de dever, atuará de forma consciente na ação executiva como possuidor/detentor do domínio do fato.

Claus Roxin por meio da obra, “*Täterschaft und Tatherrschaft*”, publicada em 1963, expôs a real intenção do desenvolvimento da teoria do domínio do fato, demonstrando o seu intuito e viés de projeção internacional, reconhecendo sua premente preocupação com o avanço do nacional-socialismo, fato que a teoria do domínio do fato teve como norte um alçar ideal de Justiça visando punir os chefes responsáveis pelo massacre nazista que, de outra forma, jamais seriam culpados pelos crimes que cometeram nos campos de concentração espalhados por toda Europa.

Assim sendo, sob a ótica de Roxin (2014) “quem ocupasse uma posição dentro de um chamado aparato organizado de poder e dá o comando para que se execute um crime, tem de responder como autor e não só como partícipe”, ao contrário do que entendia a doutrina dominante na época, observa-se o caso Eichmann na Alemanha nazista. Este tema será melhor tratado exaustivamente abaixo.

Welzel nos meados de 1939, define: “senhor do fato é aquele que o realiza em forma final, em razão de sua decisão volitiva. A conformação do fato mediante a vontade de realização que dirige em forma planejada é o que transforma o autor em senhor do fato”. Em suma, tal teoria tinha correlação direta com a teoria do dolo, onde a vontade do autor para realização é tão superior a qualquer condição imposta ou obstada, e pelo domínio do fato, o autor realizaria tal fato pessoalmente para perquirir seu desejo, caso necessário. Assim, temos nessa teorização uma evolução da teoria do dolo ampliada, o que confirma Baumann (1961).

Reafirmando também sua concepção de co-autoria, ressaltando que figurará tal como aquele que “prepara e auxilia com finalidade objetiva”, vislumbrando este como “co-sustentador da resolução comum do fato”, ou seja, pela já dita congruência entre as demais vontades na forma incondicionada da realização.

Como fora constatado a doutrina e a jurisprudência, no tocante ao assunto autoria, vem enfrentando diversas críticas e dificuldades. A importância do estudo da teoria do domínio denota-se no cotidiano, especialmente ao juízo aplicador da lei ao caso concreto. De um lado enfrentamos o aparato criminoso, em constante evolução e perspicácia, doutro a intensa preocupação com a violência e a criminalidade, tanto pela aplicação da lei, certas as vezes que

sua aplicabilidade exige um reboiço do juiz na formulação teórica que dê conta da punição adequada aos crimes de colarinho branco ou de difícil instrução probatória e descoberta do *modus operandi*.

Indubitavelmente, a teoria do domínio do fato jamais será o cerne para combater a criminalidade na íntegra. Tal análise restringir-se-á teoria do crime, ínsita ao tipo penal específico. Propondo-se a promover a distinção entre autor, co-autor e partícipe. Contudo, na sua aplicabilidade faz com que haja a conexão da conduta do agente à sua culpabilidade, externalizando e representando um emprego da lei em sentido estrito. Sem sombra de dúvidas, como de conhecimento, o que previne e reduz a criminalidade não é a severidade da lei em si, mas sim a certeza de sua aplicação. Daí decorre a importância maior de tal instituto.

3 ASPECTOS TÉCNICOS E TEÓRICOS:

A teoria do domínio do fato adveio com o condão de complementar o conceito de autoria no Código Penal, sendo que falharam na perspectiva punitiva tanto a teoria unitária/monista como a teoria objetivo-formal, ambas, respectivamente, ora previam que autor do crime seria todo aquele que para ele concorresse, outrora traziam que o autor do fato seria aquele que preenche o núcleo do tipo penal incriminador. Certamente, a insuficiência demonstrada pelas teorias antevistas era tremenda e latente, inclusive analisando sob a ótica das modernizações criminológicas e do novel aparato tecnológico da criminalidade.

A conceituação de autoria restritiva trouxe à baila o entendimento de que nem todo aquele que intervém perante o crime será considerado autor deste. Assim sendo, é mister fazer a ponderação que para esta teoria, praticar a conduta descrita no tipo penal é objetivamente diverso de corroborar com sua realização. Urge-se, então, a necessidade, a priori da distinção balizadora entre condutas de autoria e de mera participação acessória, desta forma, de forma inequívoca, faz-se necessária a complementação do conceito restritivo de autor pela teoria objeto desta monografia.

Outrossim, é restritiva pois amplia o conceito jurídico de autoria e ao mesmo tempo, demonstrando que nem todos os intervenientes do crime serão autores, pois como destaca Santiago Mir Puig (2007, p.311) “causação não é igual a realização do delito”. Considerando-se autor não tão só quem realiza o núcleo do tipo, como também aquele que tem o poder de decisão, ou seja, aquele que delimita e/ou domina o resultado finalístico da ação tipificada. Não

é tarefa fácil o balizamento entre autoria e participação, mormente, adotou-se na teoria do domínio do fato o cunho objetivo-subjetivo.

Para Quezado (2013), autor, para esta teoria na sistematização de Roxin:

Na proposta Welzeliana, sistematizada por Claus Roxin, em sua tese doutoral "Autoria e Domínio do Fato", estabelece-se três hipóteses diversas para a determinação de quem é autor de um : 1) é autor quem possui domínio da ação (caso de autoria de crime de mão própria); 2) quem possui domínio de volição e/ou cognição (caso de autoria mediata ou autoria intelectual) e 3) quem possui domínio funcional (caso clássico de co-autoria).

A Teoria Subjetiva, de antemão contestável, baseia-se na vontade do agente correlata com a presunção da contribuição ao resultado, sendo que o autor age com *animus auctoris* (visa o fato como próprio, para si) e o partícipe age com *animus socii* (anseia o fato como alheio), tendo o fito do dolo de participação, inobstante a realização ou não do núcleo do tipo penal. (GOMES, 2006)

Já a Teoria Objetiva, subdividida em formal e material, baseia-se, respectivamente, formal, na delimitação de autor como quem pratica a conduta trazida pelo núcleo do tipo e partícipe sendo um mero prestador de auxílio, sem praticar a conduta descrita no tipo, de forma contrária, materialmente, temos o estabelecimento da relação de importância (contribuição objetiva) para com o resultado típico, autor é quem pratica as tarefas mais essenciais e as de menor relevância delimita a figura do partícipe. (GOMES, 2006)

O Código Penal, de forma inequívoca, adotou a teoria restritiva no prisma objetivo-formal ante ao compasso que o artigo 29 e 62 do referido diploma estabelecem a diferença ímpar entre autoria e participação, assim sendo, autor é quem perpetua/executa a prática delituosa e partícipe sendo aquele que auxilia, induz ou colabora.

Importante ressaltar que mesmo com o advento de tal teoria, a mesma não conseguiu resolver o dilema em que era a autoria mediata, ou no combate à criminalidade organizada, onde percebemos que, na grande maioria o agente sequer pratica o verbo nuclear do tipo e nem representa o critério objetivo de contribuição ao resultado típico. Ademais, cabe ressaltar que a participação na teoria do domínio do fato traduz-se naquela representativa de critério negativo, ou seja, não exerce poder de decisão, domínio do fato sobre a vontade de outrem; contribui de qualquer modo para o resultado do crime, porém não pratica o verbo nuclear do tipo.

Abordando sobre tal tema, ainda sob o prisma do domínio do fato, Teles (2004, p. 219) relata que a participação:

É a conduta acessória, daquele que não possui domínio final da ação, do que não tem qualquer poder de decidir sobre a consumação, interrupção, ou modificação do procedimento típico. Apenas quer, conscientemente e com vontade, contribuir para a realização de um fato típico dominado por outra pessoa.

Nas palavras do professor BITENCOURT, 2012,

A teoria do domínio do fato, partindo do conceito restritivo de autor, tem a pretensão de sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, impondo-se como uma teoria objetivo-subjetiva. Embora o domínio do fato suponha um controle final, “aspecto subjetivo”, não requer somente a finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato. Autor, segundo essa teoria, é quem tem o *poder de decisão* sobre a realização do fato. Mas é indispensável que resulte demonstrado que quem detém posição de comando *determinou* a prática da ação, sendo irrelevante, portanto, a simples “posição hierárquica superior”, sob pena de caracterizar autêntica responsabilidade objetiva.

Há que se olvidar também pelo fato de ser autor, não só quem pratica a conduta tipificada, onde teremos também aquele que se vale de outrem, para a consecução do crime, destaca-se nesta oportunidade a figura da autoria mediata, onde o agente se utiliza de outrem como instrumento para a consecução do delito, a doutrina vale-se da expressão “homem de trás”, este que detém total controle sobre aquele que age sobre seus desígnios internos.

Nos dizeres de Welzel (apud BITENCOURT, 2012, p.231), há um importante critério balizador da aplicação prática desta teoria, qual seja, o Poder de Decisão: “a conformação do fato mediante a vontade de realização que dirige de forma planificada é o que transforma o autor em senhor do fato”.

Welzel (1939) prelecionando sobre o tema, indica que o fato objetivo em si é imperioso para o esclarecimento autoria vs. participação, ou seja, o fato objetivo guarda lastros de um momento subjetivo, qual seja, o domínio do fato, onde o autor realiza a conduta finalística de forma consciente. A autoria é enraizada de pressupostos tanto fáticos (autonomia de decisão/ato volitivo) como pessoais (características/qualidades). Ainda sobre o tema, leciona Alflen (2014, p.89) que:

Para Welzel, possui o domínio do fato quem “é o senhor sobre sua decisão e execução e com isso o senhor sobre ‘seu’ ato, o qual ele realiza de forma conscientemente final em sua essência e existência”. No entanto, considera que o “domínio final do fato” (“finale tatherrschaft”) não é o único critério necessário para determinar a autoria e concluir que a autoria em seu “conteúdo socialmente relevante” depende, ainda, de outros “momentos pessoais do autor”, a saber, os pressupostos objetivos e o momento subjetivo da autoria como, por exemplo, a intenção de se apropriar ou tendências obscenas.

Arrematando o presente tópico, torna-se curial tecer explicações sobre a teoria do domínio do fato sobre a concepção de seu maior destaque, Claus Roxin, jurista, alemão,

doutrinador de grande influência na seara criminal, entende que o domínio do fato seja apenas uma das formas para conhecer o autor de um crime. Em primeiro ponto de discórdia de Wetzel, temos que para o alemão, autoria deduz um controle intimamente ligada a própria ação, nada há que se falar em uma ligação subjetiva com o resultado finalístico.

Roxin ensina que se na participação, ainda que ínfima à produção de um resultado, que sem dela não haveria aquele, torna todos os envolvidos como coautores, independentemente do proveito obtido ou do grau colaborativo, englobando um domínio funcional do fato onde cada um contribua pelo resultado como num todo. Daí decorre seu conceito de uma espécie de domínio funcional do fato tipo

A autoria mediata pode advir de um autor totalmente imputável, leia-se penalmente punível, porém, agindo o executor de forma conscientemente dolosa, incorrem mudanças relativas, e ali sendo, passa o agente mediato a não deter mais a posição de domínio, trata-se aqui de participação ou coautoria. Destarte, ocorrerá a autoria mediata quando alguém valer-se de outrem para perpetrar seu *animus delictus*.

Corroborando com o tema, imperiosa a ponderação de BITENCOURT (2012): “Aí o “homem de trás” deixa de ter o domínio do fato, compartilhando-o, no máximo, com quem age imediatamente, na condição de coautor, ou então fica na condição de partícipe, quando referido domínio pertence ao consorte”.

Há que se falar, oportunamente, sobre a concepção do domínio por meio do aparato organizado de poder, à guisa do enfrentamento a realizados por organizações de poder contrárias ao direito. Temos que nesse caso, o agente executor direito, mesmo agindo sob os desígnios de outrem, torna-se penalmente responsável.

Diante da peculiaridade aventada por essa concepção em uma modalidade específica, extrai-se das lições de Roxin (apud Bombardelli ,2014, p.46) que, para configurar o aparato de poder, terá de haver o preenchimento de alguns requisitos, tais quais, “ordem decorrente de uma estrutura de hierarquia; organização contraria ao Direito; executores substituíveis em caso de algum negar a obedecer uma ordem; e disposição elevada do executor ao fato devido as circunstâncias da organização ilícita.”

Vale ressaltar que os requisitos acima são cumulativos e inexistindo qualquer um destes, não há que se dizer em aplicação do domínio do fato por aparato de poder. Incabível chegar a qualquer conclusão por uma disposição como: - se houve mando, houve autoria. Assim nos chama atenção o estudo do autor Luis Greco, para a aplicabilidade forçosa e leviana de tal concepção diante da necessidade de punir (2012, p.50 e 51):

considerar autor quem promove, organiza ou dirige o crime, ainda é algo defendido por vários dos que acolhem o domínio do fato, se bem que não pela maior autoridade do assunto. Mas só partindo de um conceito subjetivista de autor e abandonando a ideia de que autor é só quem tem domínio, isto é, um controle objetivo sobre o fato, é que se pode considerar quem “manda” autor.

Nessa concepção, o poder de domínio do homem recai sobre o aparato de poder e não sobre o agente executor, inexistindo in casu instigação ou coação sobre o executor. O agente imediato é autodeterminado, não representando um mero instrumento de controle. O autor mediato vale-se do aparato de poder como um instrumento para a consecução dos seus objetivos delitivos.

Diante do discorrido, é curial demonstrar as conotações diversas que se dá para a autoria intelectual e a coautoria. Tal divergência é clara quando percebermos as estruturas distintas das construções. Na autoria intelectual temos uma ideia de verticalização, com poder e hierarquia num aparato de poder organizado. Já na coautoria, a estrutura é horizontal, representando a igualdade pelos quais os coautores estão sob um plano comum.

À guisa de tais pontos, nos esclarece Roxin (2008, p.331-333), em artigo particular, publicado na obra *Temas de Direito Penal*, que “uma série de autores considera o homem de trás, que, no âmbito de aparatos organizados de poder, ordena ações criminosas, não autor mediato, mas co-autor. Neste caso, a rejeição baseia-se, quase sempre, na suposição de que não seria possível um autor mediato atrás de um agente plenamente responsável. Entretanto, tal premissa é equivocada.

Posto que, como apresentado no tópico inicial, o domínio da ação do executor e o da vontade do homem de trás se fundam em pressupostos distintos, podendo ambos coexistir sem qualquer problema: o autor direto domina o fato concreto através de seu próprio atuar (‘domínio da ação’) e o homem de trás por meio do domínio sobre a organização (‘domínio da organização’), que o liberta da individualidade do executor. Por outro lado, contra uma co-autoria, pronunciam-se três argumentos decisivos. Primeiramente, [...] a consciência de ser o destinatário de uma ordem não significa uma resolução comum. [...] Inclusive, como uma segunda ponderação, falta também uma execução conjunta do fato. [...] Em terceiro lugar, [...] a autoria mediata tem uma estrutura vertical [...], a co-autoria, pelo contrário, é horizontalmente estruturada [...].

O que se percebe pelos termos acima é que o domínio da ação e da vontade são faces distintas, porém não se vislumbra óbice para a junção de ambos, sendo que um terá o domínio do fato quando houver a sua própria atuação e seus desígnios na execução por meio de suas escolhas e decisões, e no domínio da organização temos a figura do executor desvinculado do autor de escrivania, com liberdades próprias para agir no entanto adstrito a um acordo global para a produção de um resultado conjunto.

4 DO DIREITO COMPARADO - EMPREGO E DIVERGÊNCIAS TEÓRICAS

A teoria do Domínio do Fato detém aplicação nos crimes dolosos e tão somente nestes, pois, ao depararmos com crimes culposos percebemos necessariamente a perda de tal domínio. Nas lições do jurista Fernando Capez (2004, p.319) tal constatação é firmada, vejamos: “a teoria do domínio do fato não explica satisfatoriamente o concurso de agentes no crime culposo”, pois, segundo referido autor, nos delitos culposos, “o agente não quer o resultado, logo não pode ter domínio final sobre algo que não deseja”

Valendo-se do direito alienígena, mais precisamente do direito germânico, observamos que sob o ponto de vista da autoria, existem dois conceitos e caminhos aplicáveis: um para os crimes dolosos; utilizando a concepção restritiva de autoria, sob a perspectiva do domínio do fato e outro para os crimes culposos; onde faz se uso da teoria unitária, não havendo distinção de autor e partícipe. A aplicação em crimes culposos é recheada de críticas como na doutrina de Cléber Masson (2014, p. 532) e por Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 559) exatamente por tal ausência de distinção entre autor e partícipe, não podendo estender, atinente a um direito penal garantista e constitucionalizado como é o Brasileiro, o tratamento equânime aos que concorrem para o delito, pouco importando o quão eficaz foi sua contribuição, sob pena de responsabilização objetiva.

Do direito espanhol na análise do Código Penal Espanhol (Lei Orgánica 10/1995, 23 de novembro), percebe-se a possibilidade de participação em crimes culposos, advindo de cumplicidade e instigação; o que provoca nesse aspecto a colisão direta com os ensinamentos do direito germânico, sob a perspectiva reluzente de punição exacerbada ao particular. Imaginemos que o particular que age por inobservância de um dever legal; imperícia, imprudência, negligência, ou seja, perfaça uma conduta culposa, este será punida exacerbadamente conforme sua participação, chegando até a pena de igualar a autoria com a participação, neste sistema.

Quanto ao emprego, no solo argentino a Teoria do Domínio do fato foi utilizada para julgar a Junta Militar da Argentina que na época da ditadura, em nome de seus comandantes – generais, foram responsáveis pelo desaparecimento de vários civis por sequestros e homicídios, além dos crimes serem perpetrados por seus subordinados e sob o seu poder de mando, restaram condenados cinco comandantes das forças armadas. Posteriormente, no governo seguinte os condenados foram beneficiados pelo indulto presidencial, o que de fato foi declarado

inconstitucional pela Câmara Nacional de Apelações, tendo em vista a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. (DUTRA, 2012, p. 106). Nos termos da sentença, colaciono:

Verificou-se, por declarações dos mais altos comandantes militares que participaram das operações anti-subversivas, que as ordens eram verbais; que as operações e prisões eram encobertas; que as outras forças legais não devem interferir com elas; que as pessoas presas não foram colocadas à disposição da justiça civil ou militar, exceto em alguns casos; que nenhuma informação deve ser dada sobre as prisões, nem mesmo para os juízes; e que os prisioneiros permaneciam em locais de detenção localizados em unidades militares ou que dependiam deles.

No Peru, o comandante Alberto Fujimori (JAKOBS, 2010) foi condenado e ali se teve a melhor análise sobre a teoria do domínio do fato quesito a quesito, tais quais: poder de mando; organização contrária ao ordenamento; fungibilidade do executor direto; disponibilidade do executor à execução (SCHROEDER, 2010, p. 7), onde os juízes do caso entenderam que por meio das provas juntadas ao processo contra Fujimori, seus atos corresponderiam a “crimes de lesa-humanidade”, e que ficou comprovada sua “autoria mediata” na execução das chacinas, na morte de vinte e cinco pessoas durante seu governo em 1990.

Conforme Chorres (2010 apud OLIVEIRA, 2017) na Alemanha com o término do Holocausto, vislumbramos a reverenciada condenação de Adolf Eichmann, responsável pelo desembarque de civis aos campos de concentração, zelando pelas ordens do Führer. Adolf foi levado a julgamento em Jerusalém, em sua defesa alegou que sua conduta era praticada nas normas legais ditadas por Hitler e que nunca usou sua arma para matar ninguém. Sua defesa em nada obsteu sua condenação em 1962 à pena de morte, por crimes de guerra e contra a humanidade.

5 APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO - DESDOBRAMENTOS E CONTROVÉRSIAS:

No Brasil não é comum a adoção da Teoria do Domínio do Fato, ela foi invocada pelo Sodalício Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 470, que na época trouxe grande repercussão pelo Mensalão com o envolvimento do ex-ministro chefe da Casa Civil, José Dirceu. O julgamento chama atenção pelas referências ao domínio funcional do fato, bem como ao domínio da organização, particularmente em dado momento e noutra com uma confusão de conceitos distintos, demonstrando total despreparo e insegurança jurídica dos julgadores.

Oportunamente, a critério elucidativo, antes de enfrentarmos os equívocos ventilados é válido tecer uma distinção sobre a teoria do domínio do fato com a do domínio da organização, (GOMES,2017):

Imperioso, contudo, é discernir as diferenças entre o mencionado domínio funcional do fato e o domínio da organização, sem incorrer na incongruência de confundi-los. Em que pese ambos consistam em formas de configuração da autoria, seus pressupostos são eminentemente diversos, haja vista que, para o primeiro é imprescindível a existência de mais de um coautor a atuar, ainda que de longe, na execução delituosa. No domínio da organização, por sua vez, o autor se vale da execução que a estrutura de poder organizada lhe assegura, ou seja, é o sujeito de trás, que não realiza por si mesmo a figura típica.

Salientando ainda que para Roxin (2000), haverá coautoria no caso do chefe do bando que só determina a execução, mas não pratique os atos executivos, pressupondo o domínio funcional, por cada coautor e de mesma medida, dada a existência de um plano comum onde normalmente teremos in casu a figura do autor mediato pelo domínio da organização ou pela coação. Deste modo, é possível que haja a coautoria de um vigilante que não cooperou de forma direta, porém, fará parte integrante ainda que nada tenha contribuído materialmente ao crime, desde que atue como integrante do acordo global entre agentes.

Isto posto, é regra fundante que havendo condutas dissociadas/contrárias, o resultado almejado restaria prejudicado, tendo em vista que “[...] cada indivíduo domina “o acordo global em cooperação com os demais.” (ROXIN, 2000, p. 307). Para tanto, não se discute a motivação, muito menos que haja a presença dos coautores e que sua contribuição seja exteriorizada, podendo incorrer os coautores em tipos penais diversos.

Apresentada a diferença teórica a qual ensejou estranheza por atecnia na condenação de José Dirceu consubstanciada na teoria do domínio do fato, inobstante e erroneamente por ter partido exclusivamente da ocupação de cargo de chefia, o qual detivera dentro da organização. Fato é que, não basta a mera indicação da teoria sem que demonstre provas suficientes para a condenação, ou seja, a condenação por si só não poderia simplesmente ter sido baseada em depoimentos, haveria que ser demonstrado o elemento subjetivo, dolo e o mando de Dirceu para que tais ações delituosas fossem perpetradas.

Sobre tal conjectura, os juristas Paulo Quezado e Alex Santiago (2013), ressaltaram aos mais ativistas que a teoria mal aplicada poderia tornar-se em lógica inquisitorial, quando infundadas as provas e quando deturpada a finalidade do mentor: É importante, todavia, que sejam reconhecidos, também, os fundamentos probatórios de percepção das situações sobre as

quais incidem esta doutrina, uma vez que, apesar do notório esforço de Roxin, no sentido de criar critérios/requisitos básicos de sua aplicação.

Roxin, em entrevista ao jornal Folha de São Paulo em 2012⁴, se opôs totalmente a aplicação desvirtuada de sua teoria. Reiterou a necessidade de a condenação ser baseada na indicação clara de provas e ratificou que não basta a simples posição hierárquica de comando para fundamentar uma condenação aplicando esta teoria. Outrossim, a Teoria do Domínio do Fato não se traduz em qualquer disfarce para romper a necessidade de que sejam produzidas provas para formular uma condenação e a demonstração da autoria delitiva.

Nas palavras do próprio Roxin (2012), *ipsis litteris*: “Quem ocupa posição de comando tem que ter, de fato, emitido a ordem. E isso deve ser provado”. Destarte, para seu percursor o mero indício de sua ocorrência de nada acrescenta, até pelo fato que o Direito Penal não parte de perspectivas/probabilidades e verossimilhanças, mas sim de um juízo de certeza, nos nortes de uma prova suficiente e fidedigna.

Outrossim, das lições de processo penal extraiu-se que: o somatório de meros indícios não os transmuta em prova devidamente comprovada. Pairando qualquer dúvida razoável sobre a culpabilidade de outrem, por menor que seja e pela regra de tratamento, é fundamento plenamente capaz para gerar a sua absolvição, vigorará o favor rei.

Na ação penal 470, nos termos da exordial o Procurador Geral da República delineou sua denúncia em face de José Dirceu pelo o domínio funcional de todos os crimes perpetrados, caracterizando-se, em arremate, como o chefe do organograma delituoso.” (BRASIL, 2006a, p. 25, grifo meu). Para o MP e alguns ministros como Weber alinhado ao fato da posição que ocupava era imponível dizer que não sabia e participava do conluio. O que assombra é que para o construtor da teoria, essa ocupação de posição é fato dispensável, questionado sobre tal contrassenso, Roxin (2014) posicionou-se pela negativa em absoluto sobre qualquer condenação que advenha desse fato: “A pessoa que ocupa a posição no topo de uma organização tem também que ter comandado esse fato, emitido uma ordem. Isso seria um mau uso.”

Ademais, a mais alta cúpula neste julgado demonstrou de forma clara a fragilidade do Poder Judiciário ao demonstrar saber limitado sobre a aplicabilidade de tal teoria e mesmo assim ousar a aplicá-la. Em mais um momento teratológico o ministro aposentado Carlos Ayres Britto, presidente do STF proferiu seu voto aplicando a teoria do domínio do fato inferindo que:

⁴ SCOCUGLIA, Livia, **Claus Roxin critica aplicação atual da teoria do domínio do fato!** In: Revista Consultor Jurídico, 01 de setembro 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-set-01/clus-roxin-critica-aplicacao-atual-teoria-dominio-fato>>. Acesso em 10/08/2018

“[...] sob o impulso originário, controle metodológico e domínio funcional do Partido dos Trabalhadores e de quatro (número inicial da peça acusatória) dos seus mais destacados dirigentes e próceres.” (BRASIL, 2012, p. 4.499-4.500, grifos meu “[...] o denunciado José Dirceu tinha mesmo o domínio intelectual das ações dos demais acusados, naquilo em que dirigidas para o levantamento de numerário para o pagamento de dívidas e de ‘mesadas’ a parlamentares da base aliada.” (BRASIL, 2012, p. 4.568, grifos meu).

Vejamos que com dito alhures, domínio funcional diverge-se de domínio intelectual. A má interpretação dos conceitos de Roxin é veemente, pois o domínio intelectual ou domínio da vontade é sugestivo da autoria por de trás (autor de escrivania) de quem pratica a conduta diretamente, possuindo tal domínio ou pelo erro, coação ou pelo aparato de organização de poder. No caso de Dirceu, parece-me o ministro asseverar que o réu detivera o domínio de organização, como acompanhou o denunciante.

Ainda sobre os termos da denúncia, assevera o Procurador que o réu detinha o Domínio da Organização, o que claramente faz com que sejam necessários requisitos estritos, tais como: a) fungibilidade dos agentes executores imediatos; b) irrelevância ou indeterminação destes últimos; c) prova da emissão de ordem de execução delitiva do dominador para os dominados; d) prova da ciência e do controle sobre a ação dos executores. Lida a presente conjectura delituosa, temos um centro principal para a campanha do Partido dos Trabalhadores e para buscar apoio político, fazia parte deste, o réu José Dirceu.

Doutro lado, um representante bancário e um grupo publicitário, incluindo aqui, Marcos Valério, este que nos termos da condenação fazia empréstimos junto ao Banco nas campanhas eleitorais, contudo, a bem da verdade tal dinheiro era fruto de desvio de dinheiro público a custo de contratação de publicidade.

Pela simples análise acima, a denúncia é emaranhada de inexistência de justa causa, pois, não há dúvidas que tais núcleos políticos, publicitários e bancários, se trata de pessoas escolhidas especificadamente e, somente por estas características correlacional, pode se criar o sistema delituoso chamado “mensalão”. Destarte, não há que se falar em domínio da organização onde a determinação de cada agente era curial para a produção do resultado almejado, nem tampouco é cabível miscigenar seu conceito com domínio do fato. E por mais que existam doutrinadores que corroboram com o entendimento de que possa existir harmonia entre o homem de trás e o agente executor, seria impossível usar essas duas terminologias no mesmo momento e sobre a mesma pessoa, se embasadas nos ensinamentos de Claus Roxin.

Nos votos, observa-se imprecisão sobre a aplicação da teoria e de sua extensão prática, o termo “domínio do fato” por vezes foi utilizado como sinônimo de domínio pela posição,

acontece que para aquela, o chefe do grupo deve ser punido por liderar/ordenar a ação criminosa, inobstante a posição hierárquica que ocupa.

Por oportuno, cabe ainda compor o voto do Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski, que de forma lúcida manifestou seu voto no sentido de que o simples fato de detenção de posição hierárquica nada se imputa suficiente para comprovação de coautoria e de autoria mediata, assim o fez (BRASIL, 2012, p. 4.950):

Incapaz, portanto, de comprovar as acusações lançadas contra JOSÉ DIRCEU [...], recorre, num derradeiro esforço de convencimento desta Suprema Corte, à denominada 'teoria do domínio do fato'. Trata-se de uma tese, embora já antiga, ainda controvertida na doutrina. Não obstante a discussão que se trava em torno dela, muitas vezes é empregada pelo Parquet como uma espécie de panaceia geral, ou seja, de um remédio para todos os males, à míngua do medicamento processual adequado. No caso de processos criminais em que a produção da prova acusatória se mostre difícil ou até mesmo impossível, essa teoria permite buscar suporte em um raciocínio não raro especulativo com o qual se pretende superar a exigência da produção de evidências concretas para a condenação de alguém. Não quero dizer com isso que tal teoria não tenha espaço em situações especialíssimas, como na hipótese de sofisticadas organizações criminosas, privadas ou estatais. Não obstante a discussão que se trava em torno dela, muitas vezes é empregada pelo Parquet como uma espécie de panaceia geral, ou seja, de um remédio para todos os males, à míngua do medicamento processual apropriado.

A ideia de panaceia só redoma sob sua aplicação no leading case e não na estrutura da teoria propriamente dita, vale o enfoque. Pela pesquisa jurisprudencial, observei que em diversos casos o lançar mão das lições de Roxin visa lastrear casos de alta dificuldade probatória, com interesses diversos e almejando ganhos de causa pretenciosos como demonstrado no tópico sobre a análise da aplicação no direito pátrio.

Para tal aplicação é indispensável a produção de prova suficiente, ou seja, persiste o dever do “ônus probandi”, reiterando sua finalidade prática de em subsídio atingir a autoria do crime. Lamentável observar a postura de juristas como Ives Gandra (2013), que em sua acepção são totalmente incompatíveis o “*in dubio pro reo*” e a teoria do domínio do fato. Voltamos ao cerne principal descrito por Quezado, onde na má aplicabilidade de tal teoria, as acusações tornam-se uma lógica inquisitorial.

O mais preocupante foi a violação veemente aos preceitos probatórios, os quais em momento algum não vieram aos autos provas contundentes de incidência delituosa, o ministro relator entendeu que as provas produzidas na instrução demonstravam o modus operandi havido na inicial, bem ainda o papel de comando. Em posição de destaque, constitucionalmente e propiciando o solo do garantismo penal o Exmo. Ministro Celso de Mello, opôs a condenação proferindo que: “a mera invocação da teoria do domínio do fato não basta, só por si, para

exonerar o Ministério Público do gravíssimo ônus de comprovar, para além de qualquer dúvida razoável [...] a culpabilidade do réu [...]” (BRASIL, 2012, p. 5.204, destaques do original).

Valer-me-ei da posição do jornalista Paulo Moreira Leite para melhor explicar os fatos, tais dizeres demonstram o acuamento do STF pela imprensa, ocasionando o julgamento sobre total pressão midiática alinhado ao fato das ausências nas comprovações do que foi imputado aos réus:

O futuro dirá o que aconteceu hoje no Supremo Tribunal Federal. O primeiro cidadão brasileiro condenado por corrupção ativa no processo de repercussão nacional se chama José Dirceu de Oliveira. Foi líder estudantil em 1968, combateu a ditadura militar, teve um papel importante na organização da campanha pelas Diretas Já e foi um dos construtores do PT, partido que em 2010 conseguiu um terceiro mandato consecutivo para governar um país. Pela decisão, cumprirá um sexto da pena em regime fechado, em cela de presos comuns. O sigilo fiscal e bancário de Dirceu foi quebrado várias vezes. Nada se encontrou de irregular, nem de suspeito.

Claus Roxin (2014), veio até o Brasil, como principal conseqüentário da teoria em comento e pela expertise reconhecida internacionalmente sobre tal conjectura, concedeu entrevista ao Jornal Folha de São Paulo e não poupou críticas a aplicação desta teoria no Brasil quando eivada pela opinião e anseio popular e, ao ser indagado sobre a postura do juiz, frente a opinião pública que visa condenações abruptas e desmedidas, se poderia haver ou não alguma influência: De forma sorrateira, disse que “Na Alemanha temos o mesmo problema. É interessante saber que aqui também há o clamor por condenações severas, mesmo sem provas suficientes. O problema é que isso não corresponde ao direito. O juiz não tem que ficar ao lado da opinião pública”

Por derradeiro, ao tratar da Ação Penal 470, a Exma. ministra Rosa Weber, valendo-se da expressão “presunção relativa de autoria dos dirigentes” proferiu seu voto de condenação ao réu. Chamo à atenção do caro leitor para o fato de que indícios ou presunção de autoria, isolados, não são capazes de fundamentarem uma condenação neste e em nenhum país onde impera o estado democrático de direito e as garantias individuais.

Hoje o que observamos ao analisarmos aplicações pelo STF e STJ é a falta de homogeneidade na adoção de critérios, por diversas vezes aparentando confusões entre concepções dissonantes por Welzel e Roxin.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO. COAUTORIA. PRINCÍPIO DO DOMÍNIO DO FATO. EMBOSCADA. ART. 61, II, “c”, DO CP. AGRAVANTE GERAL NÃO-APLICÁVEL AO COAUTOR QUE A DESCONHECIA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Aplicável a teoria do domínio do fato para a delimitação entre co-autoria e participação, sendo co-autor aquele que presta contribuição independente, essencial à prática do delito, não obrigatoriamente em sua execução.
2. {...}.

3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para, reconhecendo a atuação do réu como co-autor do delito de latrocínio, afastar a incidência do art. 29, § 1º, do CP, restabelecendo o acórdão proferido em sede de apelação.

No caso em tela, temos um crime de furto com resultado mortis (latrocínio), onde a participação do acusado, coautor, limitava-se em aguardar a subtração do bem, apoderar-se, evadir-se do local e comercializá-lo em outra urbe. Entendeu o Superior Tribunal de Justiça que no caso mesmo não praticando a conduta inculpada no tipo penal ocorreu a coautoria pelo domínio do fato, reiterando o planejamento em conjunto (divisão de tarefas) e na contribuição essencial para o alcance do resultado finalístico.

Percebe-se que de forma tímida o Superior Tribunal de Justiça vem abordando esta teoria em alguns de seus julgados reconhecendo como coautores, quando em pluralidade de agentes e sob um domínio na mesma medida, estes arquitetam um plano comum, visando alçar o mesmo resultado:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E TENTATIVA DE ROUBO. CIRCUNSTANCIADO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. EXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. IMPROCEDÊNCIA. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. PENA-BASE FUNDAMENTADA. CONTINUIDADE DELITIVA. RECONHECIMENTO.

3. Cumpre ressaltar, por relevante, que, em tema de concurso de agentes, a autoria pode se revelar de diversas maneiras, não se restringindo à prática do verbo contido no tipo penal. Assim, é possível, por exemplo, que um dos agentes seja o responsável pela idealização da empreitada criminoso; outro, pela arregimentação de comparsas; outro, pela obtenção dos instrumentos e meios para a prática da infração; e, outro, pela execução propriamente dita. Assim, desde cada um deles - ajustados e voltados dolosamente para o mesmo fim criminoso - exerça domínio sobre o fato, responderá na medida de sua culpabilidade.

(STJ, 6ª Turma, HC191444/PB HABEAS CORPUS2010/0217862-8, Min. Relator Og Fernandes, Data do Julgamento:06/09/2011)

E o Tribunal Regional Federal da 5ª Região de forma correta rechaçou o simples fato de detenção de posição hierárquica nada se imputando como suficiente para comprovação de coautoria e de autoria mediata sob pena de incorrer na aplicação da responsabilidade objetiva:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DESVIO E APROPRIAÇÃO DE VERBAS PÚBLICAS FEDERAIS. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. PREFEITO E TESOUREIRO. EXAME DA ADMISSIBILIDADE DA DENÚNCIA. INICIAL QUE NÃO ATENDE INTEGRALMENTE AOS REQUISITOS DO ART. 41, DO CPP. NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DA RELAÇÃO DOS ACUSADOS COM OS FATOS DELITUOSOS. DENÚNCIA REJEITADA.

(...)

7. A despeito de não se exigir a descrição pormenorizada da conduta do agente, não pode o órgão acusatório deixar de estabelecer qualquer vínculo entre o denunciado e a empreitada criminoso a ele atribuída. O simples fato de o réu ser Prefeito do Município não autoriza a instauração de processo criminal por eventuais crimes praticados durante seu mandato, se não restar comprovado, ainda que com elementos

a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a sua condição de gestor da municipalidade ou, ao menos, o domínio do fato delituoso, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva.

(TRF, 5ª Região, Órgão Julgador: Pleno. Inquérito - INQ2410/PB. Desembargador Emiliano Zapata Leitão, Data do Julgamento: 05/12/2012)

Outrossim, tem-se que a jurisprudência pátria acolheu a teoria do domínio do fato como no esquema do Mensalão, apesar de forma conteste pela desobediência aos pressupostos de Welzel e Roxin e fadada ao fato da ausência de provas que são indispensáveis a qualquer condenação.

Sem sombra de dúvidas tal aplicação demonstra falibilidades e inversões de conceitos onde temerariamente julgados reconheceram o domínio do fato como elemento de culpabilidade, hipótese defendida e superada por Hegler. Como sabido o domínio do fato está insito na estrutura do próprio tipo penal, como já dito alhures (Welzel, 1915).

Rechaçadas as hipóteses de insucesso, demonstrou-se neste trabalho que a admissibilidade de sua aplicação é inegável; e inevitável também a adaptação desta, de forma paralela com a nossa realidade, o que não dispensará em hipótese alguma, como reiteradas vezes e de forma exaustiva digo ao longo do trabalho, na comprovação probatória, sob pena da ocorrência da responsabilidade objetiva.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude dos fatos mencionados, o presente trabalho teve como escopo trazer à baila a discussão sobre a Teoria do Domínio do Fato no ordenamento jurídico brasileiro de forma expositiva, apresentando suas aplicações, desdobramentos e controvérsias. Apesar do dissenso jurisprudencial em sua aplicabilidade, percebeu-se que tal dogmática vem recebendo boa aceitação na doutrina e na jurisprudência, ainda que venha enfrentando certa apreensão por falta de encaixe técnico nos conceitos terminológicos a qual foi inculpada, conjuntamente com sua efetiva aplicação pelo julgador.

Fato notório e constatado foi que o conceito atual de autoria já não alcança as novas modalidades criminosas e das prementes necessidades da segurança pública, restando ultrapassado aquele velho conceito trazido pela teoria monista de que autor é aquele que realiza o verbo tipo penal incriminador, pois este será inofensivo ante ao enfrentamento da autoria mediata e da criminalidade empresarial.

Hodiernamente, o que muito se busca é a efetiva punição aos malfeitores e transgressores da lei e, portanto, cabe ao jurista dar além da norma positivada o conceito de autoria pela própria realidade fática. Daí decorre a imperiosa aplicação de tal teoria supracitada como interseção entre teorias existentes, como a restritiva de autoria (objetiva; autor é quem pratica o núcleo do tipo) e a extensiva (subjéctiva; não distingue a figura do partícipe), perfazendo-se numa natureza híbrida objetivo-subjéctiva.

Tendo em vista os aspectos observados especialmente na evolução histórica, concluo serem relevantes os avanços ideológicos e técnicos pelos quais tal teoria passou até que alcançasse o patamar de importância que tem hoje, sendo pioneiramente vista como um pressuposto de culpabilidade e ainda hoje pela relevância conceitual Welzel, sendo o domínio do fato, parte integrante da própria estrutura penal. No Direito Comparado observei o motivo ímpar que inspirou seu surgimento, a segunda grande Guerra Mundial, como forma de atingir os responsáveis pelos crimes contra à humanidade e também as divergências adotadas no direito alienígena.

Só nos resta esperar que a jurisprudência seja assertiva em suas ponderações para que não haja, como foi demonstrado, numa mesclagem de pressupostos técnicos de Roxin e Welzel, que como assevera o primeiro jurista sendo pressupostos totalmente heterogêneos. Desta forma, entende-se que dúvidas não restaram de que a teoria não resolve *in tontum* a quantidade de nuances trazidas no enfoque “autoria delitiva”, demonstrando falhas, tais como as demais

teorias. Mutatis mutandis, pelo que se observa, a teoria se mostra inaplicável em face de crimes culposos e omissivos, alinhada ao fato de que não querer o agente tal resultado, ou seja, não há que se vislumbrar domínio por algo que não seja de sua querência.

É curial na sua aplicação, assim como em todo processo, a necessidade de demonstração cabal das provas, tal teoria não exime o acusador de comprovar. Em que pese divergências de posicionamento, ousou dizer que na ação penal 470 debatida exaustivamente, Dirceu não haveria que ser condenado pelo Sodalício STF, dada a desvirtuação que se deu ao domínio da organização ao qual foi denunciado; tanto pelo seu envolvimento de sujeitos específicos (ausente quesito da fungibilidade) e pela insuficiência de provas (*in dubio pro reo*).

Por derradeiro, faz-se necessária a fim de se evitar a responsabilização objetiva, sempre que for se valer de tal teoria, o uso de forma complementar da teoria objetivo-formal, ainda sendo esta vista como um bônus à criminalidade. Contudo, representa uma forma mais adequada ao nosso Direito Penal garantista e pautado na Presunção de Inocência e no Devido Processo Legal.

**THE THEORY OF THE FIELD OF THE FACT AND THE RESTRICTIVE
CONCEPTION OF AUTHORITY - APPLICATIONS, DEPLOYMENTS AND
JURISPRUDENTIAL DISPUTES**

ABSTRACT:

The present monograph aims at analyzing the Theory of the Domain of the Fact in the Brazilian legal system, looking at the resolution of the problems surrounding the delinquency. Such a theory pioneered by Hans Welzel and later systematized by Roxin under different perspectives; domain of action, domain of the will and functional domain of fact. In short, this theory brings as author and not mere participant who does not directly execute criminal conduct, using a power of dominion, and the final result is only achieved by obedience to the first agent. In this way, the Penal Code, originally adopting unitary theory (the one who contributes will be considered as an author) and with the advent of reform in 1984, began adopting the objective-formal theory (author is one who practices the nucleus of type and participant who contributes without practicing the nucleus), molding perfectly and undoubtedly here, the theory of the domain of fact, on the pretext that, in order to have the author, the one who does not practice the nucleus has mastery over the action of another. The importance of the theme is due to the evolution of the criminal apparatus, which is uncontested today. During the course of the topic I will explain the applicability, developments and controversies in its use in the Brazilian courts, especially in the judgment of the Penal Action 470 in the STF, concluding for its full compliance with the appropriate caveats imbued with the greater premises stylized by the creators themselves and the indispensable evidence.

Key words: Domain of action, will and fact; Criminal Action 470 in the STF; Essential proof production.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo; **Teoria do Domínio do Fato**; São Paulo: Saraiva; 2014; p. 183.

ARGENTINA. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal. **Sentencia de la causa n.º 13/84 del 9 de diciembre de 1985**. Buenos Aires, Bs. As. 1985. Disponível em: <http://idehpucp.pucp.edu.pe//images/boletin_ddhh/CASOS/cccf%20-%20causa%2013-9-12-85.pdf>. Acesso em: 13 out. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, volume 1: parte geral. 17. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2012

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro teor do acórdão da ação penal 470 Minas Gerais**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 2012. p. 4950. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>>. Acesso em: 13, jul. 2018.

BOMBARDELLI, Pablo. **Domínio do fato em Welzel e em Roxin: critérios de conceitos restritivos de autoria**. Porto Alegre. 2014. p 38.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1: parte geral; 7 ed. – São Paulo: Saraiva, 2004.

CARDOSO, Fabio. **Concurso de Pessoas: Conceito, requisitos, coautoria e participação, crime plurissubjetivo, comunicação de circunstância elementar e casos de impunibilidade**. 2015. Disponível em: <<https://fmatos2.jusbrasil.com.br/artigos/304095901/concurso-de-pessoas>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

CHAVES, Maicon Moreira; OLIVEIRA, Thaiany Nascimento de. **TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO**. 2017. 14 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade de Itaúna, Itaúna, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60797/teoria-do-dominio-do-fato#_ftnref5>. Acesso em: 13 out. 2018.

CHORRES, Hesbert Benavente. **Crímenes de Estado**: la autoria mediata por domínio de La voluntad en aparato de poder organizado. Revista Criminogenesis, México, n. 07, set./2010, p. 95-105.

EBERT, U., **Derecho Penal Parte General**, trad. S. Escudero Irra, coord. R. Rodríguez Gaona, México, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2005.

GANDRA, Ives. Dirceu foi condenado sem provas. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, ano 93, n. 30853, 22 set. 2013. Entrevista concedida a Mônica Bergamo.

GOMES, Luiz Flávio. **Conceito de autoria em Direito Penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 967, 24 fev. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8026>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

GRECO, Luís. **Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de código penal**: projeto de lei 236/2012 do Senado Federal. In: Revista Liberdades, edição especial, reforma do código penal. IBCCrim, 2012, p. 50 e 51. Disponível em: www.revistaliberdades.org.br. Acesso em 13/outubro/2018.

JAKOBS, Günther. Sobre la autoria del acusado Alberto Fujimori. In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván. **La autoría mediata**: el caso Fujimori. Lima: Ara, 2010. p. 108.

LEITE, Paulo Moreira. **A outra história do mensalão**: as contradições de um julgamento político. São Paulo: Geração, 2013. (História agora, v. 7).

LEITE, Alaor; GRECO, Luís. Claus Roxin, 80 anos in Revista Brasileira de Ciências Criminais, ISSN 2175-5280, São Paulo, ano 2011, n. 07, 01 mai. 2011. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=87>. Acesso em: 8 out.2018.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MIR PUIG, Santiago. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

ROXIN, Claus. **Autoría y domínio del hecho em derecho penal**. 7. ed. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

QUEZADO, Paulo; SANTIAGO, Alex. **A Teoria do Domínio do Fato**. 2013. Disponível em: <<http://www.pauloquezado.com.br/arquivos/livros/pdf/pdf16.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

QUEZADO, Paulo. **A TEORIA DO DOMINIO DO FATO À LUZ DA NOVA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO TRF/5ª REGIÃO**. 2013. Disponível em: <<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>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. El salto del autor detrás del autor al otro lado del Atlântico. Cuaderno de Política Criminal. Segunda Época. Num. 101, set/2010, p. 130-155.

TELES, Ney Moura; **Direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120; São Paulo: Atlas; 2004; v. 1.
UCHA, Larissa Gome, **O Supremo Tribunal Federal e a teoria do domínio do fato**: retomada técnica da Ação Penal n. 470. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17379>. Acesso em 13/09/18

WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2004.