



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

RODRIGO VIANA CARVALHO FONSECA

TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO: Aplicação no Sistema Jurídico Brasileiro

BRASÍLIA

2020

RODRIGO VIANA CARVALHO FONSECA

TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO: Aplicação no Sistema Jurídico Brasileiro

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Gabriel Haddad Teixeira

**BRASÍLIA
2020**

RODRIGO VIANA CARVALHO FONSECA

TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO: Aplicação no Sistema Jurídico Brasileiro

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Gabriel Haddad Teixeira

BRASÍLIA, 23 DE SETEMBRO DE 2020

BANCA AVALIADORA

Professor (a) Orientador (a)

Professor (a) Avaliador (a)

RESUMO

Debruçando um olhar analítico sob o tema concurso de pessoas, à luz da teoria do domínio do fato, é possível constatar que a reforma jurídica do Código Penal em 1984, especificamente dos artigos 29 a 31, propôs um campo fértil de discussão e debate sobre autoria e participação. Para tanto, é necessário revisitar seus principais expoentes, a sistematização do jurista alemão Claus Roxin acerca do tema proporcionou luz sobre esse debate, o que trouxe, para este estudo, as ferramentas necessárias para ampliar o entendimento sobre o concurso de pessoas e, sobretudo, para aclarar conceitos que, no desembaraço aduaneiro, trouxeram uma prática jurisdicional no ordenamento pátrio nem sempre feliz. Com isso, é necessário perpassar por toda construção doutrinária e jurisprudencial para compreender a dimensão do domínio do fato e se é possível projetar sua adequação na ordem jurídica nacional. Por fim, de forma propositiva, o presente estudo acusa um ponto de discussão para indicar um novo olhar sobre a temática.

Palavras-chave: Concurso de Pessoas. Teoria do Domínio do Fato. Ação Penal 470/STF.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. COMPREENSÃO HISTÓRICA DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO	6
1.1. Breve síntese sobre autoria e codelinquência	9
1.2. A origem do termo	11
1.3. A sistematização de Claus Roxin	13
1.4. O que não é Teoria do Domínio do Fato	15
2. TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO	16
2.1. Críticas à Teoria do Domínio Por Organização	18
2.2. Inaplicabilidade aos crimes cometidos por empresas	18
3. APLICAÇÕES DA TEORIA ROXINIANA NOS TRIBUNAIS	21
3.1. Julgamento de Adolf Eichmann	22
3.2. Junta Militar Argentina: pela primeira vez a teoria do domínio do fato é perfilhada em âmbito jurisdicional	24
3.3. Atiradores do Muro de Berlim: a desvinculação jurídica atual	27
3.4. Líderes Peruanos: uma decisão com duplo significado histórico	28
3.5. Tribunal Penal Internacional: a teoria roxiniana é consagrada no Direito Penal Internacional	31
3.6. Considerações sobre o panorama prático	33
4. AÇÃO PENAL 470: O CASO DO “MENSALÃO”	35
4.1. Breve compreensão do caso	35
4.2. Domínio do fato como ferramenta para autoria delitiva	36
4.3. Críticas aos critérios adotados pelo Supremo Tribunal Federal	39
5. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO: UMA POSSÍVEL APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	41
5.1. A legislação pátria e suas peculiaridades	42
5.2. Nosso código sofre de uma anemia sistemática?.....	43
5.3. Por que adotar a teoria do domínio do fato?	44
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

A Teoria do Domínio do Fato defende com uma proposta de distinguir autor e partícipe, diferenciando os tipos de participação possíveis em um delito e influenciando diretamente na aplicação da pena. Diferente do que levanta parte da doutrina, a teoria não objetiva fundamentar a punibilidade, mas muito importante, possui como finalidade dizer se o fato praticado é meu ou de outrem do qual participei.

O Código Penal brasileiro (artigo 29 caput) inclina-se para uma teoria que não distingue autor de partícipe. Em outras palavras, adota-se a teoria monista ou unitária, na qual não há diferenciação entre autor e partícipe. Assim, ambos devem responder pelo mesmo crime e as condutas serão individualizadas no momento da dosimetria da pena. Portanto, todos que concorrem para o crime são, simplesmente, autores.

Em 1984, durante a reforma do código penal, ocorreu uma alteração no artigo 29. Em seu caput foi acrescida, após uma vírgula, a expressão “na medida da sua culpabilidade”, que se tornou amplamente conhecida. Dessa forma, no concurso de pessoas, o grau de responsabilidade de cada participante é medido no momento da dosimetria. Com isso, o artigo estabelece uma condição repressiva muito ampla para o juiz na hora de aplicar à pena, pois basta demonstrar que o sujeito contribuiu para condição causal.

Muitos autores enxergam que após a reforma do Código Penal, o sistema jurídico brasileiro adotou um Sistema Unitário Temperado, não distingue autor de partícipe, mas há alguns dispositivos que indicam que o legislador por vezes tinha enxergado que há contribuições qualitativas diferentes.

O ponto é que, não diferenciar autor e partícipe seria uma ofensa ao Princípio da Legalidade? Pois se matar não for apenas disparar, mas também colaborar para um fato alheio, esse verbo não perderia todo o seu conteúdo semântico?

Convém notar que, a Teoria do Domínio do Fato apresenta uma clara distinção entre autor e partícipe. Claus Roxin produziu os estudos de maior repercussão que estruturaram essa teoria. Além disso, o autor alemão tratou a teoria como gênero e a partir de um desdobramento desse conceito chegou a Teoria do Domínio da Organização.

O Supremo Tribunal Federal referendou a teoria no polêmico julgamento da Ação Penal 470 (Mensalão). No entanto, antes disso, esse conceito repercutiu em várias outras Supremas Cortes e foi objeto de inúmeros estudos.

Em virtude dessas considerações, há quem defenda sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio, não obstante, muitos autores enxergam que após a reforma do Código Penal, o sistema jurídico brasileiro adotou um Sistema Unitário Temperado, incompatível com o conceito apresentado.

Considerando o aspecto acima descrito, a presente pesquisa apresenta um olhar diferente sobre a adequação da Teoria do Domínio do Fato no ordenamento jurídico brasileiro. Esse trabalho foi estruturado em duas estratégias de pesquisa: dogmática e empírica.

Nos dois primeiros capítulos será feito um exame dogmático sobre o tema, de modo a percorrer por toda a sua construção doutrinária, utilizando-se da visão dos principais doutrinadores, por meio de artigos e obras publicadas, dissecando os referenciais teóricos, diferenciando os vários institutos e tecendo as críticas de maior relevância.

O terceiro e quarto capítulo compreenderão diversos julgados que abordam a temática do domínio do fato, o objeto de análise será a aplicabilidade da teoria ao caso concreto, estabelecendo um paralelo entre a teoria e prática, utilizando como critério de análise os enunciados postulados por Roxin, demonstrando sua aplicabilidade e expondo as incorreções cometidas nessa tentativa.

Por fim, o último capítulo compreenderá a questão central desta pesquisa, sugerindo um novo olhar para a possibilidade de adequar a teoria roxiniana ao ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, antes é necessário analisar toda construção teórica e jurisprudencial acerca do tema, observar-se-á, também, a legislação pátria e os princípios constitucionais para fomentar a explanação sobre a matéria.

1. COMPREENSÃO HISTÓRICA DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

De início, cumpre ressaltar que a Teoria do Domínio do Fato repercutiu no cenário nacional há pouco tempo, com maior incidência a partir de 2007, devido a Ação Penal 470, o caso “Mensalão”, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que gerou um impacto midiático, o que acaba gerando uma impressão de que essa é

uma teoria nova no direito ou mesmo um pacote pronto e acabado, contudo, é fruto de discussões científicas e jurisprudenciais.

Descabe, aqui, reconstituir todos os institutos presentes no concurso de pessoas, no entanto, faz-se mister analisar e distinguir os principais institutos de maneira crítica para estabelecer pontos decisivos a respeito do tema.

No século XIX, contaminado com ideias positivistas, a metodologia adotada para as ciências jurídicas foi a mesma adotada para as ciências da natureza. Fascinados com as descobertas científicas, procuravam leis gerais para validar o conhecimento humano como ciência. (BRANDÃO, 2000).

Assim, é nesse paradigma que surge o conceito causalista da ação, o nome dessa teoria surge do termo “causalidade”, oriundo da ciência. Consiste na relação entre dois eventos em que o segundo seja consequência do primeiro, logo, toda ação pressupõe uma condição precedente (relação de causa-efeito). Um exemplo de causalidade na natureza é a fumaça e o fogo, sempre que há fumaça há fogo. (BRANDÃO, 2000).

Esse movimento positivista também influenciou a ciência penal, pois para alcançar uma dignidade científica, era necessário utilizar o procedimento metodológico (observação e descrição dos fenômenos) existente na ciência. O injusto configurava-se com as ciências humanas que não possuem todo esse caráter objetivo e mecânico. (MASI, 2012).

O crime, para o pensamento causalista, consiste em um comportamento humano voluntário que possui repercussão no mundo externo, é à vontade objetivada. Não há diferença entre uma conduta culposa ou dolosa, trata-se de uma vontade sem conteúdo, deslocando para o campo da culpabilidade o dolo e a culpa. Destarte, não faz qualquer diferenciação entre autoria e participação. (BRANDÃO, 2000).

A teoria causalista, também conhecido como teoria causal-naturalista da ação, vigorou até o século XX, quando recebeu diversas críticas no que diz respeito às diretrizes teóricas, pois o conceito de ação essencialmente objetivo, não oferecia uma explicação para os crimes omissivos, de mera conduta ou mesmo a tentativa. (RIBEIRO, 2015).

Cumprir observar a importância dessa classificação nas três principais teorias que tratam do chamado concurso de pessoas, isto é, quando a ação delituosa é produto da concorrência de várias pessoas. Tem-se discutido se a conduta delituosa

praticada por mais de um agente constitui um único crime ou mais. Existem três teorias sobre o concurso de agentes, vejamos: teoria pluralista, dualista e monista ou unitária. (BITENCOURT, 2019).

Para a teoria pluralista, cada participação no delito é caracterizada como um crime autônomo, o número de agentes é proporcional ao número de crimes existentes em um único delito. Para a teoria dualista há dois crimes, um para os autores e outra para os partícipes, aqueles que realizam atividade secundária. (BITENCOURT, 2019).

Por fim, para a teoria monista ou unitária todos aqueles que concorrem para um crime, independente da sua participação, devem responder pelo mesmo delito. Contudo, há duas maneiras de valorar a participação de cada agente que incidiu em um único delito. (BITENCOURT, 2019).

Isto posto, é possível considerar que todos os agentes incorrem no mesmo tipo penal, independente da sua contribuição para o fato delitivo, ou considerar que há participações diferentes, considerando sujeitos principais e secundários. (BITENCOURT, 2019).

Por tudo isso, é possível concluir que existem dois sistemas de autoria, unitário e diferenciador.

O paradigma causalista forneceu respaldo para a construção do sistema unitário de autor. Este sistema assenta na premissa de que autor é todo aquele que contribui para a realização do fato, sem considerar o tamanho da sua contribuição para a realização da respectiva conduta. (ALFLEN, 2014).

Com efeito, não faz qualquer distinção entre autoria e participação ou faz apenas no plano conceitual. Com a análise do sistema unitário de autor, é possível distinguir três categorias meramente didáticas, são essas: o sistema unitário formal, funcional e reduzido. (MALTA, 2018).

O sistema unitário formal é a vertente mais radical, pois não faz qualquer distinção entre as contribuições delitivas, o conceito de autoria é único. O sistema unitário funcional admite duas formas distintas de autoria, autoria direta e autoria mediata, contudo, apenas no plano conceitual, tendo em vista que ambos estão sujeitos à mesma sanção. (MALTA, 2018).

Já o sistema unitário reduzido ou mitigado difere a participação daqueles que participam da conduta delitiva daqueles que prestam um mero auxílio, sendo que a

punição deste último está ligada ao autor imediato, entretanto, transforma todo ato acessório em tentativa. (ALFLEN, 2014).

Por outro lado, o sistema diferenciador de autor faz essa distinção entre as diversas formas de participação em um delito. Dessa forma, as diferentes contribuições fáticas são consideradas para estabelecer o seu peso material no delito. Entretanto, essa distinção remete a necessidade de criar uma diferenciação entre autoria e participação, o que demanda uma maior complexidade no trabalho legislativo. (ALFLEN, 2014).

1.1. Breve síntese sobre autoria e codelinquência

A problemática acerca do concurso de pessoas está intimamente ligada à relação de causalidade adotada pelo artigo 13 do Código Penal. Trata-se da teoria da equivalência das condições, segundo a qual tudo que contribui para um resultado criminoso é causa dele. (BITENCOURT, 2012).

Entretanto, no que se refere à codelinquência, o simples nexos de causalidade não é suficiente, pois, além do elemento material (contribuição física), também é necessário um elemento subjetivo (consciência e vontade de participar). (BITENCOURT, 2019).

Frente tal fato, faz-se mister relembramos os requisitos para codelinquência: pluralidade de participantes e de condutas, relevância causal de cada conduta, vínculo objetivo entre os participantes e identidade de infração. (BITENCOURT, 2019).

Como sustentado em um momento anterior, o conceito de autoria pode abranger todos os participantes de um delito (sistema unitário) ou somente aqueles agentes principais (sistema diferenciador). Entretanto, conceitos extensivos e restritivos de autoria restaram insuficientes, foi preciso superá-los a partir de outras diretrizes teóricas (teoria objetiva e subjetiva). (ALFLEN, 2014).

Associado ao sistema unitário, o conceito extensivo de autor, baseado na teoria da equivalência, aduz que todo participante do evento criminoso é autor. Cúmplice e instigador eram igualmente autores. Para a doutrina alemã, caberia ao legislador estabelecer tratamento diverso aos partícipes com causas de diminuição de pena. (BITENCOURT, 2012).

A solução foi adotar um critério subjetivo para estabelecer quem age com *animus auctoris* (vontade de autor) e *animus socii* (vontade de partícipe). No entanto, geraram severas distorções, exemplo disso foi o julgamento do nacional socialismo, vários executores responsáveis por executarem milhares de pessoas foram considerados cúmplices. (BITENCOURT, 2012).

Faltava um critério objetivo, autoria não pode ser reduzida apenas aquele executor imediato, mas também deve compreender autoria mediata, colateral e, também, coautoria. Era preciso perfilar um sistema diferenciador, o que conduz à necessidade de estabelecer critérios que diferencie autoria e participação. (BITENCOURT, 2012).

O conceito restritivo de autoria preceitua que somente é autor quem realiza a conduta típica. Em consequência, faz-se necessário desenvolver uma teoria da participação, ou seja, uma norma de extensão para as espécies de partícipe. Sob essa perspectiva, há uma subdivisão em duas vertentes: as teorias objetivo-formal e objetivo-material. (ALFLEN, 2014).

É possível dissecar a teoria objetivo-formal em dois aspectos: objetivo porque autoria refere-se ao que foi produzido; formal porque é necessário recorrer aos tipos penais positivados. Pouco importa a vontade do agente, autor é aquele que pratica o verbo típico e partícipe aquele que auxilia de qualquer outra forma. (ALFLEN, 2014).

Pelo formalismo exacerbado, não foi capaz de responder os delitos de coautoria e autoria mediata. Em relação à coautoria disserta ALFLEN (2014, p. 71):

“A” e “B” decidem envenenar “C” e, para tanto, “A” ministra o veneno na sopa, enquanto “B” lhe dá todo o apoio, desviando a atenção de “C” quanto ao estranho sabor do veneno empregado. De acordo com esta teoria “A” é autor, ao passo que “B” é cúmplice

Pode-se dizer que, em outro exemplo, se “A” utiliza “B”, que age de boa-fé, como instrumento, para envenenar “C”, “A” não responde por autoria mediata em homicídio, pois não executa por si mesmo a conduta de envenenar. Percebe-se precária em responder os delitos de coautoria e autoria mediata. (ALFLEN, 2014).

Por outro lado, a teoria objetivo-material, a partir de um sopesamento entre as contribuições delitivas, definia como autor aquele que mais contribuiu para ocorrência do injusto e partícipe aquele que possuiu uma contribuição inferior. No entanto, em decorrência da dificuldade prática de sopesar condutas, o legislador pátrio adotou a teoria objetivo-formal. (BITENCOURT, 2012).

Com esse ponto de partida, surge a teoria do domínio do fato. Aversa a um caráter puramente objetivo ou subjetivo, partindo como uma síntese, a partir do conceito restritivo de autor, impõe-se como uma teoria objetivo-subjetiva. (BITENCOURT, 2012).

1.2. A origem do termo

A teoria do domínio do fato ou a expressão domínio do fato surge no começo do século XX, nos estudos de Hegler em 1915, contudo, com entendimento diverso daquele compreendido posteriormente por Welzel, por conseguinte, Claus Roxin. (ALFLEN, 2014).

Hegler, em sua obra, defende que somente atua culpavelmente o agente imputável e que age com livre manifestação da sua vontade, isto é, com o pleno domínio sobre os fatos. Logo, verifica-se que o elemento “domínio do fato” não surgiu como elemento diferenciador para aferição de autoria e participação. Todavia, não consegue delimitar cumplicidade, indução ou autoria. (MAGGI, 2017).

Porém, somente 15 anos depois, Hegler expõe que a essência da autoria mediata está no sujeito detrás, conhecido como o senhor do fato, aquele que detém o domínio concreto do fato. Essa diferenciação da autoria mediata é um dos pilares primordiais que enfeixa posteriormente a teoria do domínio do fato de Welzel, pois é somente a partir de seus estudos que o termo domínio do fato ganhou eco (GRECO; LEITE, 2014).

A partir da conceituação de autoria mediata que a terminologia domínio do fato é retrabalhada em um estudo de Hans Welzel. Com isso, em 1939, apresentou o conceito final da ação atrelada ao domínio do fato, contudo, apresentou essa última com uma dignidade teórica, uma verdadeira doutrina da ação, com critérios bem definidos e delineados para indicar o futuro da autoria e participação. (GRECO; LEITE, 2014).

Por meio da teoria finalista, Welzel rechaça a teoria causalista, ensina que é a partir da vontade, livre e desimpedida, que domina o acontecimento causal, agindo consciente do fim. Contudo, não responde os crimes culposos, pois se toda ação é dirigida para um fim, como explicar o crime culposos? Visto que no crime culposos o sujeito não objetiva ferir o Direito. Com isso, o autor restringe a teoria do domínio do

fato apenas para os crimes dolosos. Sobre o tema, veja-se o ensinamento de ALFLEN (2014, p. 82):

Tal teoria – que teve como precursor o penalista alemão Welzel – parte, fundamentalmente, de que nem uma teoria puramente objetiva, nem uma puramente subjetiva são apropriadas para fornecer um conceito convincente de autoria, delimitar suas respectivas modalidades e distingui-las das formas de participação. Mas, naturalmente, Welzel não desenvolveu sua teoria ex nihilo.

Ainda hoje essa teoria finalista se encontra presente no ordenamento jurídico brasileiro, continua sendo alvo de críticas e estudos. No entanto, a teoria do domínio do fato se apresenta como um meio termo entre as teorias apresentadas, sistematizada por Welzel como produto de uma construção doutrinária.

Apesar do finalismo de Welzel ter apresentado, pela primeira vez, os primeiros contornos sobre uma teoria do domínio do fato propriamente dita, essa não foi capaz de responder várias problemáticas que surgiram ao longo do tempo. (ALFLEN, 2014).

Claus Roxin, foi o principal crítico as delimitações para os critérios de autoria propostos por Welzel, teceu suas críticas sobre o conteúdo material, sob o argumento de que a teoria do domínio do fato finalista representaria unicamente um desenvolvimento da teoria do dolo, vale ressaltar que o próprio jurista confessou essa ideia ao enunciar o princípio de sua formulação como “teoria subjetiva ampliada”. (ALFLEN, 2014).

Nessa conjuntura, em 1969 Welzel lançou novos argumentos que evidenciam ainda mais as incorreções da sua teoria. O jurista alemão aduziu ser necessário conformar o ato de acordo com a vontade para ser considerado o senhor do fato, incidindo no mesmo erro que ele próprio identificou na teoria subjetiva. (ALFLEN, 2014).

Infelizmente, esse excesso de subjetivismo é causado pelo fato do autor não conseguir se desvencilhar da teoria finalista. Nesse sentido, o entendimento seria de que a teoria do domínio do fato só é possível para aquele que domina a vontade final da sua ação. (ALFLEN, 2014).

Por não conseguir apresentar um conceito descritivo, Welzel acaba criando confusões entre algumas categorias presentes no concurso de pessoas (autor e auxiliador). ALFLEN (2014, p. 102) coaduna bem essa questão com um exemplo brasileiro:

Desde o ponto de vista brasileiro a hipótese do crime de homicídio qualificado quando praticado mediante paga ou promessa de recompensa (art. 121, § 2º, I, do CP), sob a ótica da teoria do domínio final do fato, conduziria à punição do mandante unicamente como partícipe e jamais como autor mediato ou mesmo coautor (posicionamento assente na jurisprudência brasileira) [...]

Verifica-se que, a compreensão de que o senhor do fato é aquele que comanda a decisão e execução do fato, não é suficiente para abranger todo critério de domínio do fato, pois é imprescindível o domínio sobre o resultado jurídico reprovável. (ALFLEN, 2014).

1.3. A sistematização de Claus Roxin

O professor alemão Claus Roxin, em sua tese de livre docência “Autoria e Domínio do Fato”, em 1963, produziu os escritos de maior arquitetura sobre a teoria, com fulcro em uma visão funcionalista, desenvolveu três perspectivas essenciais para entender a teoria (GRECO; LEITE, 2014):

- O domínio do fato deve ser compreendido como conceito determinado, pois um conceito indeterminado apenas ampliaria a discricionariedade judicial. (ALFLEN, 2014).

- É necessário um conceito fixo, dessa forma, por meio de um procedimento dedutivo, com auxílio da teoria, é possível adequar a teoria em qualquer evento, pois seria uma tarefa quase impossível aduzir um conceito que possa abranger todo acontecimento empírico que ensejasse subsunção. (ALFLEN, 2014).

- Compreensão da teoria como um conceito aberto para compreender a multiplicidade de incidentes existentes a uma ampla regulamentação, contudo, aferindo uma apuração convincente das demandas. O conceito aberto possui como base duas características:

- Não há que se falar em conceito indeterminado ou conceito fechado, deve ser compreendido uma descrição que possa ser adaptada aos diferentes eventos que acontecem, pois assim não limita o conceito de autor, abrange novos fatos e tipos penais que forem surgindo. (ALFLEN, 2014).

o O legislador deve se convencer com as diretrizes que são apontadas e conferir ainda espaço suficiente para que o juízo do fato exerça a apreciação do caso individual, contudo, segundo as orientações que foram dadas. (ALFLEN, 2014).

Roxin desenvolveu uma tripartição teórica sobre o domínio do fato, apresentou três critérios para determinar quem é autor de um delito: i) aquele que domina sua pessoa e conduta (domínio da ação) corresponde à autoria direta (crime de mão própria); ii) aquele que domina à vontade ou cognição de um terceiro (domínio da vontade), corresponde a autoria mediata ou intelectual; e iii) aquele que desempenha um auxílio relevante (domínio funcional), corresponde a coautoria. (GRECO; LEITE, 2014).

Nesses crimes, quem realiza a ação diretamente é autor, ou seja, pessoalmente (autoria direta) ou mediata (autoria mediata), utilizando um terceiro fungível como instrumento ou concorrendo com a cooperação de outro sujeito conjuntamente (coautoria). Por tais razões, o professor alemão entendeu que o elemento domínio do fato não pode ser utilizado em toda espécie de crime, devendo ser restrito apenas aos crimes comuns, comissivos e dolosos. Dessa forma, são imprescindíveis à vontade e a consciência de dominar a situação fática criminosa (MAGGI, 2017).

Nesse sentido, somente no âmbito de aplicação da teoria do domínio do fato (crimes comuns, comissivos e dolosos) pode se falar em domínio do fato típico, pois os delitos culposos evidenciam justamente a falta desse domínio (BITENCOURT, 2012). Nesse sentido:

[...] não há de se falar, todavia, de domínio do fato quanto aos delitos de infração de dever, categoria que compreende, entre outros, os tipos especiais, omissivos e culposos. Também os delitos de mão própria constituiriam uma classe especial não explicável segundo a teoria do domínio do fato [...]. (ABDALLA, 2014, 2.1. Definição).

Isso posto, insta ressaltar que, Roxin não aperfeiçoou o domínio do fato welzeliano, mas, sim, criou uma estrutura apartada do conceito finalista de Welzel, arrojada e inovadora. É de suma importância assentar que o estudo de Roxin rompe com toda teoria welzeliana, pois, na jurisprudência, há inúmeras decisões que ainda confundem o conceito finalista e funcionalista. (GRECO; LEITE, 2014).

1.4. O que não é Teoria do Domínio do Fato

Roxin teceu sua ideia de domínio do fato com uma pretensão de universalidade, aduziu que o autor de um delito é a figura central do acontecer típico, expressa pelo domínio do fato (aplicado nos crimes comuns, comissivos e dolosos) propondo uma inovação dogmática. Dessa forma, essa teoria não deve ser compreendida como uma natural combinação de argumentos que foram construídos ao longo do tempo (GRECO; LEITE, 2014).

Não é certo tentar fundamentar a punibilidade de alguém a partir do domínio do fato. A ideia de autor como figura central do acontecimento típico e de domínio do fato não possuem conteúdo classificatório, não procuram categorizar e catalogar comportamentos delitivos, o que possuem é um conceito aberto sem uma definição engessada de autor. (GRECO; LEITE, 2014).

Existe sim um critério formal, um ponto de apoio metodológico para que a doutrina possa deduzir um resultado diante de um caso concreto. Afirmar que autor é aquele que domina o fato ou que participe é aquele que lhe falta o domínio do fato é muito pouco, na medida em que é fundamental definir em quais circunstâncias que tornam o sujeito o senhor do fato. (GRECO; LEITE, 2014).

Essas circunstâncias foram descritas acima no tocante a tripartição teórica sobre o domínio do fato: i) aquele que domina sua pessoa e conduta (domínio da ação), corresponde a autoria direta (crime de mão própria); ii) aquele que domina à vontade ou cognição de um terceiro (domínio da vontade), corresponde a autoria mediata ou intelectual; e iii) aquele que desempenha um auxílio relevante (domínio funcional), corresponde a coautoria. (GRECO; LEITE, 2014).

Aqueles que pretendem compreender a teoria não podem ficar engessados as terminologias propostas (domínio da ação, da vontade, ou funcional), pois elas não servem de critério para arguir a punibilidade de um sujeito, devem ser usadas apenas como um parâmetro geral de orientação, podendo ser usadas no final de fundamentação apenas como o resultado de uma profunda análise de um caso concreto. (GRECO; LEITE, 2014).

A terminologia serve como referência metodológica, possui função apenas para o doutrinador, ou o juiz, quando discutem em abstrato os parâmetros gerais para balizar as várias formas de autoria, quais os critérios devem ser adotados para tratar, por exemplo, de um domínio da ação. (GRECO; LEITE, 2014).

A teoria do domínio do fato objetiva apenas distinguir autoria e participação, contudo, a teoria por si só não fundamenta a punibilidade de ninguém, apenas determina se o agente deve ser punido como autor ou como partícipe. Com isso, apesar de parecer muito modesta em seu propósito, é impensável tentar reduzir essa teoria em uma fórmula simples.

A grande celeuma diz respeito à hipótese em que há autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder. Tal hipótese é representada pela figura do “autor de gabinete”. Todavia, ater-se a essa concepção apenas no próximo capítulo, por sua vez, o domínio da organização funciona como espécie do domínio do fato.

2. Teoria do Domínio da Organização

Os julgamentos do nacional socialismo movimentaram a teoria do domínio do fato, contudo, o que de fato é criação de Claus Roxin é a autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder, também conhecida como Teoria do Domínio da Organização, ou, simplesmente, domínio por organização, é um desdobramento da teoria do domínio do fato. (GRECO; LEITE, 2014).

Essa teoria foi apresentada no ano de 1963 por Roxin, apesar de ser pouco estudada no Brasil, é um dos principais objetos de estudo quanto à teoria jurídico-penal da autoria, como forma autônoma de autoria mediata. (GRECO; LEITE, 2014).

Baseia-se na ideia de que em uma organização verticalmente estruturada e desassociada de qualquer ordem jurídica, onde os homens de trás, também conhecidos como autores de escritório, ordenam fatos puníveis em que o cumprimento dessa ordem autônoma é efetivado por executores fungíveis, que são autores imediatos inteiramente responsáveis pelos acontecimentos produzidos. (GRECO; LEITE, 2014).

O grande esforço do autor estava em trazer esse conceito cotidiano de “autor de escritório” à luz do ordenamento jurídico. Com isso, essa construção jurídica foi largamente ampliada na doutrina alemã nos anos seguintes, sendo posteriormente aceita no Supremo Tribunal Federal alemão no ano de 1994 e, à vista disso, foi levada adiante em seguidas decisões. (GRECO; LEITE, 2014).

Consiste em uma extensão da punibilidade, uma ampliação do conceito de autoria mediata para nela inserir hipóteses em que o autor mediato tivesse plena consciência dos seus atos (SILVA, 2014). Para fundamentar uma autoria mediata

nos casos de domínio da organização, Roxin fixou quatro requisitos: poder de mando, desvinculação do direito pelo aparato de poder, fungibilidade do executor direto e disposição essencialmente elevada dos executores ao fato. Nesse sentido:

- Poder de mando – Somente aquele que possui um poder de mando dentro de uma organização verticalmente estruturada e exerce esse para produzir condutas. Dessa forma, é possível que existam vários autores mediatos um atrás do outro, pois em uma organização verticalmente estruturada há vários níveis de hierarquia e todos aqueles que possuem um poder de mando são autores mediatos, porém, aqueles que trabalharam em apoio sem ordenar ou colaborar em qualquer uma dessas ações, respondem apenas como partícipes. (SILVA, 2014).

- Desvinculação do direito pelo aparato de poder – O aparato de poder deve trabalhar criminosamente como um todo, as instruções do autor mediato devem causar o resultado com a maior segurança de que será atingido o resultado pretendido, como nos casos de domínio por erro e por coação. Contudo, o aparato de poder não precisa estar desassociado do direito em todos os aspectos, apenas no marco dos tipos penais realizados por ele (ROXIN, 2009). Por fim, dispõe que o aparato não precisa ser exclusivamente estatal, apenas precisa operar desassociado ao direito, mesmo que tenha surgido conforme o direito; segundo, diz respeito aos fatos cometidos por organizações que funcionam paralelamente ao Estado, são essas: organizações clandestinas, grupos criminosos e associações similares.

- Fungibilidade do executor direto - O homem de trás só está seguro de que sua ordem será cumprida porque há inúmeros potenciais executores à disposição, de modo que a recusa ou a perda de um indivíduo não impede o cumprimento da ordem (ROXIN, 2009), pois a partir do momento que uma ordem é emitida há uma enorme confiança de que será executada. É importante destacar que, como o autor imediato é totalmente substituível, não há que se falar em coação ou erro.

- Disposição essencialmente elevada dos executores ao fato – esse último fator não funciona de forma desassociada dos anteriores, mas em conjunto funcionam como um fator parcial do domínio por organização. A altíssima disposição do autor imediato, em cumprir o tipo penal, ocorre a partir de uma adesão irrefletida de inúmeras influências existentes dentro da organização, diferente de um autor isolado que não sofre tamanha influência. Além disso, o fascínio ideológico, ambição na carreira, desprezo da organização, uma reflexão de que se não executar a ação de qualquer modo outro fará, são hipóteses que não fundamentam o domínio por

organização, mas fazem com que ele esteja muito mais suscetível a cumprir ordens emitidas através do homem de trás. (OLIVEIRA; SANTIAGO, 2014).

Todos os fatores apresentados não excluem ou reduzem a culpabilidade do executor direto, apenas formam um conjunto de elementos essenciais para a segurança do homem de trás na confiança de que sua ordem quando emitida será cumprida de forma quase que automática.

2.1. Críticas à Teoria do Domínio Por Organização

Ainda que vários autores enxerguem o homem de trás como coautor e não como autor mediato, faltam pressupostos (execução, decisão conjunta do fato e o mesmo nível hierárquico (estrutura horizontal). Em estruturas organizadas de poder (estrutura vertical), o homem de trás que emite a ordem não concorre com o seu executor para execução conjunta do fato, ao menos não por uma contribuição fática ainda na etapa de preparação (ROXIN, 2009), tampouco há uma decisão conjunta para a realização do fato típico.

No domínio por organização o “homem de trás” é quem decide sobre o fato, possui um controle efetivo sobre a conduta criminosa, enquanto o autor imediato é apenas quem executa. Aquele que instiga, induz, incita ao crime não está no centro da decisão como o homem de trás está, ele apenas induz, incita (cria, desperta) ou instiga (reforça, encoraja) uma ideia e no desenvolver dessa decisão ele abandona o induzido ou instigado que possui o domínio do fato determinante do acontecimento (ROXIN, 2009). Caso contrário, Hitler apenas incitou ou instigou os delitos cometidos sob seu comando.

2.2. Inaplicabilidade aos crimes cometidos por empresas

A teoria do domínio por organização, por toda sua robustez, causou um grande avanço teórico, trazendo novos contornos à autoria mediata, essencialmente, no que concerne à criminalidade contemporânea.

Ainda que a teoria aparente possuir uma fácil aplicação e, para alguns, ela se apresenta como a grande panaceia na incumbência de justificar a responsabilidade criminal contra diretores de empresas e chefes de órgãos públicos, entretanto, tendo como base os critérios delineados por Roxin, ela se apresenta com um horizonte

restritivo que não lhe permite alcançar os fins aos quais, normalmente, recorrem a ela. (GRECO; LEITE, 2014).

O próprio Roxin já declarou rechaço ao uso indiscriminado de sua teoria, essa teoria não se reveste como fundamento adequado para chefes de empresas econômicas serem considerados autores mediatos, no caso de incitar seus empregados a cometerem condutas ilícitas. (GRECO; LEITE, 2014).

Apenas organizações criadas para fins exclusivamente criminosos, isto é, máfias, ditaduras ou grupos terroristas, o superior hierárquico (homem de trás) possui poder suficiente para emitir ordens com plena convicção sobre o domínio da atuação do executor direto, para assim ser considerado autor mediato. (GRECO; LEITE, 2014).

No caso de empresas em que o superior hierárquico emita ordens ilegais, não há uma predisposição à prática do ilícito por parte dos empregados por não se tratar de uma organização com fins criminosos.

No caso de ordens ilegais emitidas sem outro fundamento para autoria mediata (como erro ou coação), a conclusão lógica é o cometimento da prática de mera instigação, pois a autoria mediata por domínio da organização não está apenas no simples poder de mando, mas em um funcionamento furtivo apartado da ordem jurídica (GRECO; LEITE, 2014).

As organizações criadas conforme à ordem jurídica, como regra, não trabalham apartadas do direito, uma ordem emitida pelo superior hierárquico dificilmente possuirá força necessária para esculpir a figura do homem de trás, vez que essa ordem deverá passar por diversos setores, provavelmente, vista e revista, uma vez que a regra é agir de acordo com o ordenamento jurídico. (GRECO; LEITE, 2014).

Os critérios delineados por Roxin vão além da punição daqueles que ocupam algum cargo de direção simplesmente pela posição que ocupam. Cumpre observar que o próprio jurista destacou alguns aspectos que conduzem a inaplicabilidade da teoria aos crimes cometidos por chefes de empresas econômicas, quais sejam:

- Os fins originários da concepção – Roxin ampliou a autoria mediata para responsabilizar criminalmente não só o executor de um delito, mas também aquele que determinou seu cumprimento, contudo, tratava de aparatos estatais ou paraestatais, nas hipóteses de criminalidade organizada, não se pode confundir

estender esse entendimento para os fatos puníveis em empresas econômicas (ALFLEN, 2014).

- Desvinculação do direito pelo aparato de poder - essas empresas econômicas não foram criadas, como regra, para a realização de fins exclusivamente criminosos e não funcionam desassociadas de qualquer ordem jurídica, logo, não há que se falar em domínio por organização. (GRECO; LEITE, 2014).

- Fungibilidade do executor direto – nessas estruturas apartadas do ordenamento jurídico há uma fungibilidade do executor direto, o que causa uma plena certeza de execução da ordem emitida, diferente das empresas econômicas em que falta essa fungibilidade do autor imediato. (ALFLEN, 2014).

- Disposição essencialmente elevada dos executores ao fato, as empresas econômicas, em regra, não foram criadas para realizar condutas antijurídicas, dessa forma, os funcionários não possuem uma predisposição elevada para a prática de crimes.

Em vista disso, empregar essa teoria sem determinar de maneira exata os critérios delineados para sua aplicação, é desvirtuar os pressupostos que levaram a sua elaboração, pensando a ciência penal como último recurso (*ultima ratio*), em decorrência do seu caráter violento na vida do indivíduo, a inobservância de qualquer um desses critérios pode levar a uma ampliação desmedida da autoria mediata.

O próprio autor rechaçou a utilização de sua teoria para ampliar uma autoria mediata, pois em decorrência de um movimento de combate à criminalidade moderna, buscavam teorias dogmáticas para sustentar essa finalidade, contudo, a utilização desmedida dessa teoria com uma finalidade espúria, relaciona-se ao conceito de Direito Penal do Inimigo.

Nesse sentido, é equivocada a tentativa de usar a ciência penal para oferecer uma resposta rápida para assuntos que se encontram a ordem do dia, hipertrofiar uma teoria bem estruturada para satisfazer a opinião pública é esvaziar seu significado, tornando-a puramente simbólica (GRECO, 2012).

Para culminar, há institutos aplicáveis para os delitos praticados por chefes de empresas e órgãos públicos, por exemplo, os delitos comissivos por omissão e a autoria mediata. Por isso, usar a norma penal para produzir um efeito meramente simbólico é retirar sua credibilidade e torná-la mais seletiva.

Há, como visto, um equívoco na percepção prática deste conceito, nesse caso, é necessário aprofundar esse estudo na raiz desta teoria, e demonstrar sua aplicabilidade nos tribunais, como se verá no decorrer do próximo capítulo.

3. Aplicações da Teoria Roxiniana nos Tribunais

No presente capítulo, compreenderá diversos julgados que abordam a temática apresentada neste trabalho. Será analisado o comportamento dos tribunais e como a jurisprudência respondeu à tônica do domínio do fato com todos os seus desdobramentos.

A ideia precípua não é refazer o percurso da teoria nos vários tribunais em que incidiu, mas sim demonstrar os julgados com maior repercussão social e jurídica, estabelecendo um paralelo entre a teoria e a prática, demonstrando sua aplicabilidade e expondo as incorreções cometidas nessa tentativa.

Eichmann em Jerusalém foi o caso paradigma para toda essa construção teórica, o que demonstra sua importância e revela a intenção do doutrinador em sua criação.

O julgamento da Junta Militar Argentina, o caso dos Atiradores do Muro de Berlim e a condenação de dois importantes líderes peruanos, ostentam notória importância para o Direito, pois, apesar da enorme repercussão social e jurídica que desencadearam, foram confirmados por suas respectivas Cortes Supremas ou desenvolveram precedentes que culminaram em uma posterior aplicação da teoria alemã na respectiva corte.

3.1. Julgamento de Adolf Eichmann

O julgamento que submeteu Eichmann no Tribunal de Jerusalém serviu de referência para Roxin formular sua tese de livre docência (*Täterschaft und Tatherrschaft*), é o juízo paradigma para o estudo da autoria mediata por meio de aparatos de poder organizados. (GRECO; LEITE, 2014).

Vale destacar que Roxin já desmistificou a má percepção de que sua construção teórica não passava de uma teoria *ad hoc* que não sustentaria as variadas formas de autoria. (BAILONE, 2011).

Otto Adolf Eichmann foi um tenente-coronel da Alemanha e administrador do programa da solução final judaica (holocausto). Ele desempenhava cargo intermediário no regime nazista sob o comando de Adolf Hitler, realizando as ordens expedidas por seus superiores hierárquicos e cumprindo seu dever legal. Fugiu, após a queda do regime nazista, posteriormente, em 1960, foi capturado na Argentina pelo serviço secreto de Israel e transportado para Jerusalém. (ARENDR, 1999).

O governo israelita organizou um grande julgamento com enorme cobertura midiática. No tribunal, encontraram um servidor-público de pouca monta que desejava ascender socialmente, aquele algoz nazista, esboçado no imaginário da maioria, não correspondeu às expectativas. (SANTOS, 2012).

O criminoso de guerra não expressava qualquer sentimento de culpa, alegava que não era um líder com autoridade suficiente, estava amparado no princípio da legalidade, e apenas cumpria ordens, caso contrário, incidiria em grave sanção. Em sua carta, enviada ao Presidente de Israel suplicando sua clemência, aduziu que: "Existe a necessidade de desenhar uma linha entre os líderes responsáveis e as pessoas como eu que foram forçadas a servir como meros instrumentos nas mãos dos líderes". (KERSHNER, 2016, p. 1).

Todavia, Eichmann não era um mero executor, ele também emitia ordens para subordinados, e os procedimentos que adotava reproduziam uma ideologia que disseminava o genocídio. (ANDRADE, 2018).

Os julgados de Nuremberg demonstraram que não houve qualquer executado por descumprir um comando hierárquico, salvo desonra militar ou dias de arresto, dessa forma, descabe falar em coação. Por outro lado, havia um consenso em que usar as categorias tradicionais era reduzir seu comportamento numa mera ação profissional e considerá-lo como um simples cúmplice (auxiliar, partícipe ou instigador). (BAILONE, 2011).

Ficou exposta a incapacidade do ordenamento jurídico vigente em dar uma resposta adequada para os crimes cometidos no âmbito administrativo de uma organização com enormes ramificações e proporções gigantescas, com exceção de Nuremberg, não havia precedentes na lei ou nos livros. O direito precisava ajustar seus instrumentos para atingir novas demandas. (ARENDR, 1999).

A Corte de Jerusalém condenou o réu à pena de morte em 1962, aduziu que “o grau de responsabilidade aumenta quanto mais longe nos colocamos do homem que maneja o instrumento fatal com suas próprias mãos”. (ARENDDT, 1999, p. 268).

No ano de 1963, em decorrência da problemática exposta pelo julgado, Roxin percebeu que Eichmann se encontrava na dupla qualidade de autor mediato e executor. Apresentou então sua tese favorável ao reconhecimento do autor por trás de um autor (autor de gabinete), pois o poder que esses autores detinham sobre os fatos é semelhante ao sujeito que dispara o gatilho.

A peculiaridade prevista na tese roxiniana está na distribuição da carga de responsabilidade em aparatos de poder organizados, pois os soldados funcionavam como instrumentos fungíveis nas mãos desses autores que detinham o poder de comando. É muito pouco considerar esse ente coletivo que estrutura e instrumentaliza soldados como simples partícipes dos delitos cometidos por esses soldados.

A proximidade de um autor imediato ou o distanciamento de um autor mediato não é um critério determinante para medir responsabilidade. Contudo, percebe-se que, no geral, nos crimes de múltiplas ramificações no âmbito de uma organização, o grau de responsabilidade aumenta quanto mais distantes nos colocamos do sujeito que apenas aperta o gatilho, pois o distanciamento do fato é compensado por altas posições hierárquicas (domínio da organização). (ARENDDT, 1999).

É importante salientar que isso não retira a responsabilidade do soldado que cumpre uma ordem, mas amplia a punibilidade para também atingir as estruturas de comando.

A grande contribuição de Roxin foi tornar o caminho mais lúcido para demonstrar que os membros que gozam de altas posições em estruturas hierárquicas de poder são autores e não meros partícipes. (BUSATO; CAVAGNARI, 2017).

Essa contribuição é nítida quando perfilhada em âmbito jurisprudencial, pela primeira vez, na Argentina. Diferente do que ocorreu em Jerusalém, o caso da Junta Militar Argentina condenou não apenas um sujeito, mas todas as principais autoridades militares envolvidas.

3.2. Junta Militar Argentina: pela primeira vez a teoria do domínio do fato é perfilhada em âmbito jurisdicional

Na Argentina, no ano de 1985, logo após a redemocratização, de forma inédita, a teoria do domínio da organização era acolhida no âmbito jurídico. Os militares de alta patente que conduziram as Juntas Militares foram condenados por liderarem a ditadura militar no país. (MENEZHIN, 2016).

Instalada a ditadura através de um golpe de Estado (1976-1983), a justificativa apresentada foi o combate à subversão terrorista, na prática ocorreram crimes de homicídio, privação ilegal de liberdade e tortura, por meio de um aparato estatal rigidamente estruturado e hierarquizado, tendo como vítimas inúmeras pessoas definidas vagamente como “subversivas”. (DUTRA, 2012).

A partir de uma derivação do artigo 514 do Código de Justiça Militar Argentino com a última parte do artigo 45 do Código Penal Argentino, a Câmara Nacional de Apelações Criminais e Correccionais da Capital Federal da Argentina entendeu que os comandantes dominavam os fatos exercidos por seus subordinados, por meio de um aparato organizado de poder e através de múltiplos fatores que permitiam determinar a causalidade mediante executores fungíveis. (DONNA, 2002).

Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola e Armando Lambruschini foram condenados como autores mediatos. Indubitável é que possuíam o domínio da organização, uma vez que suas decisões não eram solitárias, constituíam um movimento de combate aos subversivos e por meio de uma cadeia de comando transmitiam ordens para os seus homens. (DONNA, 2002).

Decerto, percebe-se que o domínio que os comandantes detinham sobre os fatos é total, se um soldado descumprir uma ordem, automaticamente seria substituído por outro, dessa forma, quando uma ordem é expedida ela é cumprida, a estratégia proposta independe da vontade do executor, seu papel é de simples peça fungível dentro de um todo. (DONNA, 2002).

Cumpramos, neste passo, a sentença da Câmara Nacional de Apelações Criminais e Correccionais de Buenos Aires de 09/12/1985. Causa nº 13/84.

[...] Próximo à dominação da vontade por medo ou erro, é necessário contemplar a dominação da vontade através de um aparato organizado do poder. A característica é a fungibilidade do executor, que não opera como pessoa individual, mas como equipamento mecânico. Basta que o autor controle as molas do aparato, porque se um dos executores evita a tarefa, outro aparece imediatamente em seu lugar que o fará, [...] Os réus estavam no controle dos fatos porque controlavam a organização que os produzia. Os eventos julgados neste caso não são o produto da decisão individual errática e solitária daqueles que os executaram, mas constituíram a maneira de lutar que os comandantes em chefe das forças armadas transmitiam a seus homens. Em outras palavras, os eventos foram realizados por meio de uma complexa gama de fatores (homens, ordens, locais, armas, veículos, alimentos, etc.) que todas as operações militares implicam [...] Não se trata aqui do domínio tradicional da vontade de mediar a autoria. O instrumento que o homem por trás usa é o mesmo sistema que ele administra a seu critério, um sistema composto por homens dispensáveis de acordo com o propósito proposto. O domínio não é sobre uma vontade específica, mas sobre uma "vontade indeterminada", qualquer que seja o executor, o mesmo evento ocorrerá [...]

Com amparo da sentença vergastada, é forçoso constatar que todos os requisitos delineados por Roxin e necessários para fundamentar uma autoria mediata nos casos de domínio da organização estão presentes, quais sejam:

- Poder de mando – Os réus cometeram diversos crimes através de ordens emitidas no âmbito de uma organização verticalmente estruturada e na qualidade de comandantes.
- Desvinculação do direito pelo aparato de poder – A estrutura de poder operava desassociada ao direito, ordens ilícitas se entrelaçavam em instruções de guerra para combater os “subversivos”.
- Fungibilidade do executor direto - A partir do momento que uma ordem é emitida há uma enorme confiança de que será executada. É importante destacar que, um executor não pode frustrar a ordem de um comandante, pois ele funciona como mera engrenagem totalmente substituível.
- Disposição essencialmente elevada dos executores ao fato – A altíssima disposição do autor imediato é influenciada pelos meios necessários para executar os comandos, como já foram demonstrados, os equipamentos, suprimentos, roupas, combustível e alojamento, são algumas hipóteses que tornam os executores mais suscetíveis a cumprir ordens. Necessário é lembrar que a certeza da impunidade é de fundamental importância. (DONNA, 2002).

A parte ré, irredimida, dirigiu recurso a Corte Suprema de Justiça da Argentina. Cumpre observar, preliminarmente, que apesar de três dos cinco votos proferidos tenham sido favoráveis a teoria roxiniana, a Corte reputou como mais

adequada à teoria formal-objetiva em detrimento da teoria do autor alemão. (DUTRA, 2012).

Apesar de tudo, segundo a Corte Suprema, a decisão mais acertada era condená-los como partícipes primários e não como autores mediatos, pois a figura do autor atrás do autor seria uma enorme extensão do art. 45 do Código Penal argentino, sucederia uma enorme ampliação do conceito de autoria sem o embasamento legal necessário. (BAILONE, 2011).

A teoria formal-objetiva possui um caráter restritivo e simplista, pois compreende como autor somente aquele que realiza o verbo nuclear do tipo penal e partícipe como aquele que presta qualquer outro auxílio para a configuração do tipo penal. Por outro lado, justificou seus votos aduzindo que essa compreensão doutrinária adotada pela Corte Suprema não implicava em uma redução de responsabilidade ou imposição de uma penalidade menor, pois o art. 45 do Código Penal estabelece as mesmas sanções para autor e partícipe necessário. (CONDE; OLÁSOLO, 2011).

Convém ressaltar que, do ponto de vista majoritário, três dos cinco votos proferidos foram favoráveis à tese do penalista alemão, compreendendo que aquele que prepara, lidera, coordena uma estrutura verticalmente organizada, mesmo que não pratique o núcleo do verbo incriminador, deve ser considerado autor. (CONDE; OLÁSOLO, 2011).

Por fim, a jurisprudência argentina, paulatinamente, foi mudando seu entendimento com relação à teoria formal-objetiva e perfilhando a autoria como domínio do fato. No ano de 2007, no caso Etchecolatz, a Corte Suprema de Justiça Argentina confirmou uma sentença do tribunal de justiça que aplicava novamente o domínio da organização. (CONDE; OLÁSOLO, 2011).

Observa-se que, diferente da Corte Suprema Argentina que demonstrou uma resistência em um primeiro momento, no segundo momento que esse conceito chegou a uma Corte Suprema foi recepcionado de imediato, o que, até então, era impensável, pois o Supremo Tribunal Alemão (BGH) possuía entendimento diverso sobre a figura do partícipe, consoante se perceberá no capítulo seguinte.

3.3. Atiradores do Muro de Berlim: a desvinculação jurídica atual

No período pós-guerra, a Alemanha foi dividida em República Federal Alemã (RFA) e República Democrática Alemã (RDA), devido ao crescente número de fugas da RDA em direção a RFA foi construído um muro que dividiu a cidade de Berlim. (GUBERT, 2006).

O muro foi estabelecido em 1961 e derrubado em 1989, nesse período de 28 anos que sucedeu a construção, várias pessoas foram vitimadas tentando atravessar essa barreira.

Com a dissolução da República Democrática Alemã e a reunificação do país, os tribunais foram questionados acerca das inúmeras pessoas que morreram tentando cruzar a fronteira. Foram confirmadas 125 mortes, mas a grande repercussão ocorreu no caso Mauerschützen (o caso dos atiradores do muro). (GUBERT, 2006).

Impõe-se dissecar alguns julgados em que soldados foram condenados por executarem fugitivos, para melhor evidenciar a posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal Alemão e como esses casos foram paradigmáticos para consagrar a teoria roxiniana como modalidade de autoria mediata. (GUBERT, 2006).

No ano de 1972, dois sentinelas executaram um jovem que tentava atravessar nadando um rio que separava o território alemão. Em 1984, novamente, outros soldados deram cabo à vida de outra vítima que tentou atravessar a fronteira intra-alemã utilizando uma escada. Cumpre ressaltar que, em ambos os casos, os soldados agiram seguindo as instruções recebidas por seus comandantes, essas instruções consistiam em evitar a fuga a qualquer custo. (PASSAMANI, B; DOMÊNICO, J; MORAIS, F, 2013).

O Tribunal Territorial de Berlim condenou os executores em ambos os casos. O Supremo Tribunal Federal Alemão manteve a condenação, entretanto, diferiu da fundamentação utilizada na instância antecedente. (DUTRA, 2012).

Descabe aqui discorrer sobre a Fórmula Radbruch, adotada pelo Supremo Tribunal Federal Alemão, impertinente também seria tratar das decisões proferidas pelo Tribunal Territorial de Berlim. Com efeito, cumpre examinarmos o recurso constitucional dos membros do Conselho Nacional de Defesa da RDA.

Em 1992, Heinz Kebler (Ministro da Defesa), Fritz Streletz (chefe de gabinete do Ministério da Defesa), e Hans Albrecht (secretário do partido do distrito de Suhl),

tornaram-se réus em sete casos de vítimas que morreram na fronteira intra-alemã entre os anos de 1961 e 1989. Devido a problemas de saúde, outros três réus foram dispensados do julgamento (Honecker, Mielke e Stoph). (GROSESCU, 2016).

O Tribunal Territorial de Berlim condenou Heinz Kebler, Fritz Streletz e Hans Albrecht, os dois primeiros por indução a homicídio e o último por cooperação em homicídio. O tribunal *a quo* aduziu que não era cabível qualificar os réus como autores mediatos em virtude do domínio da organização, pois a Alemanha Oriental não era um estado totalitário e não funcionava desassociada do direito (requisito pautado por Claus Roxin). (DUTRA, 2012).

O Supremo Tribunal Federal Alemão reformou a decisão e assentou que todos os réus são autores mediatos (autores de gabinete). Destacou que os padrões legais da RDA eram incompatíveis com um estado de direito, estabelecido por convenções internacionais, além disso, os réus dirigiam uma estrutura verticalmente estruturada com domínio de toda organização e, por conseguinte, ordenavam os sentinelas a matarem os fugitivos. (DUTRA, 2012).

No ano de 1997, a sentença vergastada foi confirmada pelo Tribunal Constitucional Federal que endossou sua *ratio decidendi*. Indubitável é que esse julgado foi paradigmático para a consagração da teoria roxiniana pelo Supremo Tribunal Federal Alemão.

Para finalizar, na medida em que essa teoria foi sendo contraída na jurisprudência, foi possibilitando uma maior viabilidade dogmática. Desta feita, já no Peru, a Corte Suprema admitiu, pioneiramente, no caso Abimael Guzmán, posteriormente, no caso Alberto Fujimori.

3.4. Líderes Peruanos: uma decisão com duplo significado histórico

Manuel Rubén Abimael Guzmán Reynoso, conhecido como Presidente Gonzalo, foi líder e fundador do Sendero Luminoso (PCP-SL), partido político criado em 1960, defendia uma revolução camponesa de acordo com o modelo Maoista e em 1980 começou com a luta armada. (CONDE; OLÁSOLO, 2011). Apoiada por vários seguidores estima-se que a organização possuiu cerca de quinze mil seguidores. (ZENN, 2012).

O episódio mais infame dos senderistas ficou conhecido como A Matança de Lucanamarca. Em 3 de abril de 1983, com o objetivo de dizimar todos os

contrarrevolucionários, executaram 69 camponeses, incluindo dezoito crianças, na cidade de Lucanamarca e arredores. (CONDE; OLÁSOLO, 2011).

Abimáel foi condenado pela Sala Penal Nacional como autor mediato por conduzir um aparato de guerrilha rigidamente hierarquizado e com autoridade para arbitrar as medidas que considerasse necessárias. Sua primeira Sentença foi proferida em 2006, confirmada pela Segunda Sala Penal Transitória da Corte Suprema de Justiça em 2007 e pela Corte Suprema de Justiça em 2008. (DUTRA, 2012).

A sentença proferida pela Sala Penal Nacional evidenciou que, os membros da Direção do Comitê Permanente e do Comitê Central emitiam ordens, em seguida, os comitês intermédios desempenhavam toda logística, por último, as unidades implantadas no campo cuidavam de executar toda operação. Guzmán era presidente da Direção do Comitê Permanente, Comitê Central e do Departamento Político. É indubitável constatar que o réu possuía o pleno domínio da organização. (CONDE; OLÁSOLO, 2011).

Em sua defesa, contrapôs que faltavam dois requisitos necessários para adoção da autoria por domínio da organização, pois a organização não funcionava patrocinada pelo Estado e, portanto, seus membros não tinham obrigação nenhuma de cumprir suas ordens, além disso, não havia fungibilidade entre os executores. (CONDE; OLÁSOLO, 2011).

Contudo, a Câmara Criminal Nacional e o Supremo Tribunal apontaram que, a teoria roxiniana nunca se limitou a organizações subsidiadas pelo Estado, ademais, é indubitável a fungibilidade sucessiva dos senderistas, pois se uma ordem não fosse cumprida por um membro, outro membro realizaria. (CONDE; OLÁSOLO, 2011).

Responsabilizar uma organização criminosa é um processo ainda mais difícil quando essa se esconde através do aparato estatal, fantasiando uma legalidade e com endosso dos eleitores que depositaram confiança em seu voto. Esse foi o caso do ex-Presidente Alberto Fujimori, condenado após o caso Guzmán. (SANDINO, 2011).

Alberto Kenya Fujimori foi presidente de 1990 a 2000. Após ser eleito em um momento de profunda crise política, adotou medidas rígidas contra grupos insurgentes como o Sendero Luminoso (SL), o que ocasionou a prisão de Abimáel Guzmán. Entretanto, a diretriz autoritária e repressiva da política de Fujimori na luta

contra o “terrorismo”, propiciou uma escalada da violência e graves violações aos direitos humanos. (AMBOS, 2011).

As inclinações autoritárias e as violações aos direitos humanos se tornavam evidentes, rugas com o Congresso aumentaram tensões entre os poderes, após uma negativa dos congressistas em aprovar medidas populistas de combate ao terrorismo, o presidente peruano dissolve o congresso com apoio dos militares e dá-se um autogolpe. (AMBOS, 2011).

Veio a luz sérias evidências de corrupção durante o governo peruano, isso ocasionou uma forte crise que restabeleceu o regime democrático peruano e sucedeu na fuga do presidente. Ato contínuo, várias ações penais foram promovidas contra ele e, após a sua extradição, em 2009 a Sala Penal Especial da Corte Suprema de Justiça peruana condenou Fujimori pelas chacinas de “Barrios Altos” e “La Cantuta” e pelos sequestros de Gustavo Gorriti Ellenbogen e Samuel Dyer Ampudia. (PARRA, 2010).

Na denúncia, o Ministério Público destacou que o ex-presidente exercia um poder de mando desassociado do Direito Nacional e Internacional em sua política de enfrentamento ao terrorismo. Nesse sentido, expedia diretrizes sobre um aparato verticalmente organizado dentro de uma estrutura rígida de poder, assentado no Serviço de Inteligência Nacional (SIN), fiava-se na coordenação de homens que ocupavam cargos nas entidades de inteligência das Forças Armadas, Polícia Nacional e Comandância Geral do Exército, à vista disso, o *parquet* denunciou o réu a título de autor mediato. (PARRA, 2010).

A Sala Especial Penal da Corte Suprema de Justiça condenou ex-chefe de Estado a vinte e cinco anos de pena privativa de liberdade como autor mediato, após apelação perante a Primeira Sala Penal Transitória da Corte Suprema de Justiça, no final de 2009, os magistrados ratificaram em todos os termos a sentença da Sala Especial. (PARRA, 2010).

Por tudo isso, a condenação de Alberto Fujimori possui um relevante conteúdo histórico, um chefe de Estado processado criminalmente por crimes contra os direitos humanos e sentenciado à pena máxima permitida pela lei de seu país, rompendo uma tradicional tendência de impunidade, especialmente presente em países latino-americanos. Com efeito, cumpre ressaltar a relevância da teoria roxiniana aplicada em um julgamento histórico e contemporâneo. (BURT, 2010).

3.5. Tribunal Penal Internacional: a teoria roxiniana é consagrada no Direito Penal Internacional

Thomas Lubanga Dyilo, congolês, liderou um grupo rebelde chamado de União dos Congolezes Patrióticos (UCP) criado no ano 2000. Foi responsável pelo recrutamento forçado de jovens para o adestramento militar, incluindo crianças menores de 15 anos. Restou demonstrado que as crianças eram usadas como soldados ou guarda-costas, além disso, foram submetidas a duros treinamentos e severas punições. (HAHN; ROCHA, 2007).

Em 29/01/07, o ex-líder de milícia foi o primeiro réu condenado pelo Tribunal Penal Internacional (TPI). A decisão da Corte se deu em razão do aparato de poder exercido pela UCP, com fulcro no artigo 25, 3, a, do Estatuto de Roma que cria o TPI, conforme exposto abaixo. (GARABINI, 2016).

3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem:

a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável

A parte dispositiva da decisão demonstra que o Estatuto do Tribunal Penal Internacional teria adotado a teoria roxiniana para diferenciar autoria e participação. O dispositivo legal, na parte final, dispõe sobre a autoria mediata por intermédio de outra pessoa, mesmo que esse autor imediato também seja responsável. (GARABINI, 2016).

Neste passo, cumpre examinarmos, a decisão da Câmara de Pré-Julgamento I do TPI em 29/01/07. Causa nº 01/04-01/06:

[...] A esse respeito, a Câmara observa que a manifestação mais típica do conceito de controle do crime, que é o cometimento de um crime por meio de outra pessoa, esteja expressamente previsto no artigo 25 (3) (a) do Estatuto. Além do que, além do mais, o uso da frase "independentemente de a outra pessoa ser criminalmente responsável" no artigo 25 (3) (a) do Estatuto milita a favor da conclusão de que esta disposição se estende à prática de um crime, não apenas através de uma agente (ou seja, através de outra pessoa que não seja criminalmente responsável), mas também através de outra pessoa que seja totalmente responsável criminalmente.

A Câmara considera que o conceito de cooperação perpetrado no artigo 25 (3) (a) do Estatuto pela referência à prática de um crime "em conjunto com [...] outra pessoa" deve concordar com a escolha do conceito de controle do crime como critério para distinguir entre principais e acessórios [...] a Câmara considera que o conceito de co-perpetração consagrado no artigo

25 (3) (a) do Estatuto coincide com o do controle conjunto sobre o crime em razão das natureza das várias contribuições para a prática do crime [...]

Esse mesmo entendimento foi mantido em julgamentos posteriores. No caso Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui, a Corte perfilhou a mesma postura do caso Lubanga. Para fundamentar sua decisão, invocou trecho da obra do penalista alemão e adotou, expressamente, a teoria roxiniana. (DUTRA, 2012).

Vejamos parcela da decisão da Câmara de Pré-Julgamento I do TPI em 30/07/2008. Causa nº 01/04-01/07:

[...] Ao adotar a abordagem final de controle do crime, a Câmara adota um princípio de liderança para distinguir entre principais e acessórios a um crime, que sintetiza componentes objetivos e subjetivos [...] O líder deve usar seu controle sobre o aparelho para executar crimes, que significa que o líder, como o autor por trás do autor, mobiliza sua autoridade e poder dentro da organização para garantir o cumprimento de suas ordens. [...]

Posteriormente, em outro caso, Jean-Pierre Bemba Gombo, foi condenado como autor mediato em virtude de aparatos organizados de poder. Em 2009, a Câmara de Pré-Julgamento II do TPI confirmou as acusações contra o réu, endossou o posicionamento assentado no caso Lubanga acerca da teoria do domínio do fato. (DUTRA, 2012).

Nesse sentido, é válido transcrever trecho da decisão da Câmara de Pré-Julgamento II do TPI em 15/06/2009. Causa nº 01/05-01/08:

[...] A Câmara toma nota da decisão de Lubanga, onde a Câmara de Pré-Julgamento I constatou que o conceito de co-perpetração consagrado no artigo 25 (3) (a) do Estatuto e refletido nas palavras "[cometer] em conjunto com outro" deve ir junto com a noção de "controle sobre o crime" No presente caso, a Câmara não encontra motivos para se desviar da abordagem e linha de raciocínio adotada pela Câmara de Pré-Julgamento I, pois é consistente com o letra e espírito do artigo 25 (3) do Estatuto. Por conseguinte, a Câmara considera que uma determinação sobre a responsabilidade criminal de uma pessoa na acepção do Artigo 25 (3) (a) do Estatuto relativo aos co-autores ou autores indiretos deve ser examinado à luz do conceito de "controle sobre o crime" [...]

Desta feita, a teoria do domínio da organização, adquirindo crescente relevância, alcançou o Tribunal Penal Internacional. A expressa previsão no Estatuto de Roma (artigo 25, 3, a) enseja um novo olhar em relação aos crimes de guerra cometidos por aparatos organizados de poder. (GARABINI, 2016).

Em todos os casos apresentados neste capítulo, conforme demonstrado, às Cortes utilizaram a teoria roxiniana para atribuir responsabilidade para aqueles que detêm o domínio por meio de aparato organizado de poder, mesmo sem que o “homem de trás” participe diretamente dos atos de evolução do delito (*iter criminis*) de forma tradicional. (QUEZADO; SANTIAGO, 2013).

Na esteira deste pensamento, cabe observar, ainda, que a incidência do pensamento de Roxin no Direito Penal Internacional ocorreu de duas formas: indireta e direta. Na primeira hipótese em decorrência do posicionamento adotado em diversos tribunais estrangeiros, nessa última com seu acolhimento pelo Tribunal Penal Internacional, haja vista que perfila um posicionamento que já reverbera em outros tribunais. (DUTRA, 2012).

3.6. Considerações sobre o panorama prático

Uma vez que a aplicação da teoria do domínio do fato foi destrinchada neste capítulo, faz-se seguro tecer algumas considerações. Descabe aqui aprofundar no estudo de cada caso, faz-se necessário, apenas, focar nos critérios roxinianos.

Percebe-se o crescimento exponencial que essa teoria vem adquirindo, a jurisprudência argentina, alemã, peruana e até mesmo o Tribunal Penal Internacional, foram as selecionadas para exemplificar o panorama prático da teoria referida. Há vários outros julgados em diversos países, mas o foco deste capítulo foi naqueles que alcançaram maior repercussão.

A junta militar argentina foi uma feliz aplicação da teoria supracitada, consoante já explicitado no item 3.2 retro, todos os requisitos foram preenchidos e não restou margem para críticas acerca da sua aplicabilidade.

No caso dos líderes peruanos, os juízes detalharam seus posicionamentos assentes com a teoria com uma riqueza de detalhes que recebeu elogios do próprio Roxin. O penalista alemão afirmou que a decisão possui dois significados históricos: um jurídico e outro político. (BUSATO; CAVAGNARI, 2017).

Jurídico porque demonstra um avanço da ciência jurídico-penal internacional em considerar de forma primorosa os argumentos de uma doutrina alienígena em consenso com a literatura nacional. Político porque reforça a máxima da punibilidade de qualquer um que se oponha ao Estado de Direito. (BUSATO; CAVAGNARI, 2017).

Na Alemanha, desenrolou-se certa discussão acerca de um dos critérios, porquanto a Alemanha Oriental não seria exatamente uma organização apartada do ordenamento jurídico. Roxin disserta sobre o tema “a desvinculação do direito não interessa a visão do antigo sistema, senão a avaliação jurídica atual” (ROXIN, 2009, p. 81).

Com base neste esclarecimento, percebe-se que os assassinatos em massa do regime nazista moveram-se em muitos setores dentro do direito vigente, evidentemente, a desvinculação do direito deve ser feita com base na avaliação jurídica atual. (ROXIN, 2009).

Além disso, tratava-se de ordens institucionalizadas, o assassinato dos fugitivos do muro de modo geral não era proibido, não foram ordens de funcionários arbitrários, haja vista que os soldados não hesitaram ao seu respectivo *modus operandi*. (ROXIN, 2009).

A consagração da teoria por meio do Tribunal Penal Internacional agregou evidente importância para o Direito Penal Internacional. A decisão que confirmou as acusações perpetradas contra Thomas Lubanga enunciou três correntes de autoria e participação: objetiva, subjetiva e objetiva-subjetiva. Nesta última, justificou o domínio do fato. (DUTRA, 2012).

Consoante a Corte, a teoria do domínio da organização encontrou consonância com o art. 25 (3) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, entendimento corroborado por Roxin, ao complementar a afirmação “não só reconhece a autoria mediata, como acentua expressamente que independe de que o executor direto também seja penalmente responsável” (ROXIN, 2009, p. 70).

Todos os julgados podem diferir em alguns aspectos, entretanto, seguem a mesma direção. Essa prática nos tribunais não ressoou de maneira uníssona em todos os julgados. Ocorre que a proposta de Roxin, no desembaraço aduaneiro, foi empregue de uma maneira peculiar na Ação Penal 470. Mas isto é tema para o próximo capítulo.

4. AÇÃO PENAL 470: O CASO DO “MENSALÃO”

Mensalão. Assim ficou popularmente conhecida a Ação Penal nº 470 do Supremo Tribunal Federal. Registra-se que o processo supracitado já transitou em julgado. Nesse período, diversas questões no ambiente jurídico-penal brasileiro

foram ventiladas, haja vista que perpetró a aplicação mais notória da teoria do domínio do fato no âmbito nacional.

Cumpré salientar que, o processo aludido foi destacado do capítulo anterior que cuidava das “Aplicações da Teoria Roxiniana nos Tribunais”, pois contém elementos muito específicos dos demais, além disso, como já mencionado, foi o julgamento que mais ecoou a teoria alemã no Brasil.

Convém, também, verificar que o presente capítulo delimitou seu núcleo central a utilização da teoria roxiniana e sua abrangência na ação penal supracitada. Descabe aqui discorrer sobre quaisquer outras questões.

Com intuito de melhor analisar a aplicabilidade da teoria do domínio do fato no processo supramencionado, faz-se relevante, premente, compreender toda dimensão do caso em análise. Depois de elucidado, é necessário deslindar acerca de pontos específicos do acórdão prolatado. Por fim, faz-se mister, apontar as principais críticas acerca do uso da teoria apontada.

4.1. Breve compreensão do caso

Em maio de 2005, uma conversa gravada de forma clandestina na qual um ex-funcionário dos Correios solicitava e recebia vantagem ilícita, além disso, delatava o funcionamento de um esquema de corrupção, foi divulgada pela imprensa. (ASSIS, 2013).

A partir da divulgação do vídeo, criou-se uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para investigar o caso. Entretanto, antes disso, o Deputado Federal Roberto Jefferson, mencionado com o mandando, denunciou toda a organização. (BEZERRA, 2018).

Segundo Jefferson, o esquema de corrupção, do qual fazia parte, havia um sistema de pagamento mensal, por isso o nome “mensalão”, a parlamentares da base aliada do governo, os quais, em contraprestação, ofereciam apoio político. (BEZERRA, 2018).

Em decorrência disso, criou-se uma nova Comissão Parlamentar de Inquérito, diferente da anterior que tinha como objeto de investigação o caso dos Correios, nessa outra, o novo objeto de investigação era o desvio de verbas públicas entre parlamentares e empresários. (ASSIS, 2013).

Após concluir as investigações, o relatório final foi lavrado e enviado ao Ministério Público Federal. A Procuradoria Geral da República denunciou 40 (quarenta) nomes. Tal acusação foi acolhida em 2007, pelo Supremo Tribunal Federal, e, culminou, então, na conversão do Inquérito nº 2245 para Ação Penal 470. (BEZERRA, 2018).

A instrução processual se estendeu até 2011. Ato contínuo, marcou-se o julgamento para agosto de 2012. O Supremo Tribunal Federal começou o julgamento com 38 réus, destes, 25 foram condenados, 12 foram absolvidos e 1 faleceu no decorrer do processo. (BEZERRA, 2018).

4.2. Domínio do fato como ferramenta para autoria delitiva

No decorrer da denúncia, embora não haja menção expressa, percebe-se uma predisposição a teoria alemã nas palavras do Procurador. (ASSIS, 2013).

Vejamos:

Tudo sob as ordens do denunciado José Dirceu, que tinha o domínio funcional de todos os crimes perpetrados, caracterizando-se, em arremate, como o chefe do organograma delituoso. (DENÚNCIA, 2006, p. 25).

Dentro do organograma da quadrilha, José Janene, Pedro Corrêa e Pedro Henry ocupavam o topo da sua estrutura, possuindo o domínio do seu destino. (DENÚNCIA, 2006, p. 98).

Dentro do organograma da quadrilha, o denunciado Valdemar Costa Neto ocupava o topo da sua estrutura, possuindo o domínio do seu destino. (DENÚNCIA, 2006, p. 106).

Logo no acórdão de recebimento da denúncia, pode-se extrair a seguinte menção expressa a teoria do domínio do fato (grifei):

CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA. CORRUPÇÃO ATIVA. ATO DE OFÍCIO. VOTO DOS PARLAMENTARES. TIPICIDADE, EM TESE, DAS CONDUTAS. COMPLEXIDADE DOS FATOS. INDIVIDUALIZAÇÃO SUFICIENTE AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. CONCURSO DE VÁRIOS AGENTES. **TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO**. DIVISÃO DE TAREFAS. OBEDIÊNCIA AO ARTIGO 41 DO CPP. EXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DENÚNCIA RECEBIDA.

[...]

2. As condutas tipificadas no artigo 333 do Código Penal, supostamente praticadas pelo 1º, o 2º, o 3º, o 4º, o 5º, o 6º, o 7º, o 8º, o 9º e o 10º denunciados, teriam sido praticadas mediante uma divisão de tarefas, detalhadamente narrada na denúncia, de modo que cada suposto autor praticasse uma fração dos atos executórios do iter criminis. O que deve ser exposto na denúncia, em atendimento ao que determina o artigo 41 do

Código de Processo penal, é de que forma cada um dos denunciados teria contribuído para a suposta consumação do delito, ou seja, qual papel cada um teria desempenhado na execução do crime.

[...]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 470. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 28 de agosto de 2007. **Ação Penal 470**. Brasília, 09 nov. 2007. p. 51812-51813.

Sob tais aspectos, em detida análise, verifica-se que o raciocínio jurídico adotado, para aqueles que possuíam uma posição de comando, perpassa pela teoria alemã. Há um “dever saber” daqueles réus que ocupavam uma posição hierárquica dentro daquele sistema de corrupção. Joaquim Barbosa, Ministro-Relator, cita expressamente a teoria ventilada em um trecho do seu voto (BRASIL, 2012, p. 52.476):

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. Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito [...]

Importante salientar que, nesse estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes [...]

Do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, percebe-se a utilização da teoria com a vinculação do cargo exercido pelo réu, corroborando, expressamente, com o entendimento do Relator. Vejamos (BRASIL, 2012, p. 53.934):

Convenci-me, após análise da prova, como bem destacado pelo Relator, que – não obstante a proeminência e a ênfase atribuídas a MARCOS VALÉRIO – RAMON HOLLERBACH e CRISTIANO PAZ tinham conhecimento e domínio sobre os fatos (vg. participaram de reuniões, assinaram cheques, foram avalistas das operações de crédito, participaram na distribuição dos lucros, etc.)

De maneira mais direta, no mesmo sentido, afirma a Ministra Rosa Weber, em seu voto (BRASIL, 2012, p. 52.775-52.776):

Quando há vários concorrentes, tem-se de esclarecer qual a carga de aporte de cada um deles para a cadeia causal do crime imputado. Caso contrário, será impossível aplicar a teoria monista contida no artigo 29 do Código Penal. Entretanto, diversa a situação quando se apontam comportamentos típicos praticados por uma pessoa jurídica. Aí, necessário

apenas verificar pelo contrato social ou, na falta deste, pela realidade factual, quem detinha o poder de mando no sentido de direcionar as atividades da empresa.

Mal comparando, nos crimes de guerra punem-se, em geral, os generais estrategistas que, desde seus gabinetes, planejam os ataques, e não os simples soldados que os executam, sempre dominados pela subserviência da inerente subordinação. Do mesmo modo nos crimes empresariais a imputação, em regra, deve recair sobre os dirigentes, o órgão de controle, que traça os limites e a qualidade da ação que há de ser desenvolvida pelos demais. [...]

Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que 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. [...]

Importante salientar que, nesse estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. [...]

Seguindo a concepção do domínio do fato, o Ministro Celso de Mello, em seu voto, fez um retrospecto histórico e doutrinário da teoria referida. Não obstante, há que se destacar sua; compreensão relativa à adoção, pela legislação brasileira, da teoria unitária em matéria de concurso de pessoas e que isso não afasta a possibilidade de reconhecimento da teoria supracitada. (SANTOS, 2018). O Ministro, em seu voto, dispõe da seguinte forma (BRASIL, 2012, p. 56.814):

Há que se destacar, ainda, por necessário, que a adoção, pela legislação brasileira, da teoria unitária em matéria de concurso de pessoas não afasta a possibilidade de reconhecimento, em nosso sistema jurídico-penal, da teoria do domínio do fato. Na realidade, uma teoria não exclui a outra, pois o reconhecimento de uma ou de outra apenas poderá influenciar no “quantum” a ser definido na operação de dosimetria penal, nos termos do art. 29 do CP.

Posta assim a questão, a despeito das observações do Ministro Celso de Melo, que o Ministro Gilmar Mendes, também aderiu à mesma compreensão relativa à adoção da teoria unitária pela legislação brasileira. Entretanto, afirma que para parcela da doutrina nacional o legislador de 1984 não se definiu por nenhuma das posições dogmáticas relativa ao conceito de autoria e da distinção entre autoria e participação. Oportuno se torna conferir trecho do voto deste Ministro (BRASIL, 2012, p. 56.772):

Portanto, Sr. Presidente, a solução do caso não reclama grandes construções teóricas, na verdade, à luz do princípio da legalidade, a resposta está no artigo 29 do Código Penal “ quem, de qualquer modo,

concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”

Após devida apreciação dos preceitos e critérios que Ministros utilizaram para acolher a teoria supramencionada. Faz-se relevante, máxima vênia, com o propósito de incentivar a evolução do raciocínio jurídico, apontar as principais críticas no que diz respeito à teoria alemã e sua adoção no processo em estudo.

4.3. Críticas aos critérios adotados pelo Supremo Tribunal Federal

De todo o conjunto jurisprudencial disposto no tópico anterior, percebe-se um consenso entre a Corte na incidência da teoria referida. Por sua vez, em sentido contrário, o Ministro-Revisor Ricardo Lewandowski, destoa dos seus pares com seu posicionamento no Informativo 682. (LOPES, 2013). Nesse momento, colaciona-se trecho do seu posicionamento (BRASIL, 2012, 122):

[...] No que concerne a José Dirceu, consignou que a denúncia não teria individualizado as condutas a ele imputadas, sequer demonstrado o liame subjetivo entre o réu e os fatos sob exame. Assim, a peça acusatória basear-se-ia em conjecturas. Ressaiu que, à época, o acusado não seria responsável por atos praticados pela administração do partido. Dessumiu que depoimento de Roberto Jefferson seria o único elemento nos autos a incriminar o réu, e que haveria diversas outras provas em sentido contrário. Declarou que a teoria do domínio do fato não poderia ser utilizada na espécie, visto que os acusados não seriam caracterizados por sua fungibilidade, mas estariam devidamente identificados. Ademais, não se configuraria situação excepcional a justificar a aplicabilidade dessa teoria, a qual estaria ultrapassada.

Preliminarmente, percebe-se que os Ministros tratam da teoria do domínio do fato como gênero, entretanto, para conceituar de forma precisa a espécie ventilada, a terminologia utilizada será teoria do domínio da organização. (ALFLEN, 2017).

Todavia, inoportuno nos prendermos a discussões terminológicas, haja vista a incongruência de usar o conceito “domínio final dos fatos” que supõe a concepção welzeliana, incompatível com o domínio da organização. (ALFLEN, 2017). Descabe aqui retomar esses conceitos já delineados no primeiro capítulo deste estudo, então, avancemos.

Uma vez perfilado esses conceitos, importa recordar, de forma concisa, os quatro critérios delineados por Roxin para atribuir autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder: poder de mando, desvinculação do direito pelo

aparato de poder, fungibilidade do executor direto e disposição essencialmente elevada dos executores do fato.

Sob tais preceitos, em detida análise, a Ministra Rosa Weber fundamenta a autoria dos acusados com base em sua posição hierárquica no citado esquema, em seu voto, fundamenta (grifei) (BRASIL, 2012, p. 52.775-52.777):

Entretanto, diversa a situação quando se apontam comportamentos típicos praticados por uma pessoa jurídica. Aí, necessário apenas verificar pelo contrato social ou, na falta deste, pela realidade factual, quem detinha o poder de mando no sentido de direcionar as atividades da empresa [...] Importante salientar que, nesse estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. Disso resultam duas consequências: a) é viável ao acusado comprovar que inexistia o poder de decisão; b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma presunção juris tantum de autoria. Tais considerações são feitas em função da suscitada – e rechaçada - nulidade da denúncia por não individualizar as condutas dos delitos imputados aos dirigentes à testa da empresa, especialmente do Banco Rural. 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 [...]

Na hipótese, como se viu, perpassa um claro equívoco em coadunar a teoria referida como presunção de autoria delitiva dos dirigentes de empresa, pois, como já explicitado, há quatro critérios para reconhecer para atribuir autoria delitiva em virtude de aparatos organizados de poder. Como se vê, não há uma incompatibilidade entre a teoria alemã e o princípio da presunção de inocência. (OLIVEIRA; SANTIAGO, 2014).

Nesse sentido, o entendimento utilizado foi de “presunção de participação”. Este critério, atualmente superado, conduz a responsabilidade penal objetiva, concepção diversa daquela adotada no ordenamento jurídico pátrio que perfila um sistema acusatório. Não há presunção de domínio do fato. (ALFLEN, 2017).

Há, como visto, um equívoco na percepção prática deste conceito. Em 29 de outubro de 2012, em uma visita ao Brasil, Roxin concedeu uma entrevista ao jornal Folha de São Paulo, que foi publicada em 11 de novembro de 2012.

Nessa entrevista, segundo o próprio autor, “A pessoa que ocupa a posição no topo de uma organização tem também que ter comandado esse fato, emitido uma ordem”. Asseverou que, “A posição hierárquica não fundamenta, sob nenhuma

circunstância, o domínio do fato. O mero ter que saber não basta”. (GRILLO; MENCHE, 2012).

De outra sorte, percebe-se que nenhum membro da Corte observou os parâmetros fixados por Roxin para fundamentar a autoria delitiva daqueles que possuem o domínio da organização.

O Ministro Ricardo Lewandowski chega a citá-los “é preciso que os requisitos para aplicação dessa teoria estejam claramente presentes; e um desses requisitos, dos vários que ele arrola, é exatamente o requisito da fungibilidade” (BRASIL, 2012, p. 56.816). Contudo, não conduz a qualquer raciocínio sobre o preenchimento de tais critérios inescusáveis.

Por pertinente, em relação às estruturas empresariais e chefes de órgãos públicos, consoante já explicitado no item 2.3 retro, apenas organizações criadas para fins exclusivamente criminosos, possuem poder suficiente para emitir ordens com plena convicção sobre o domínio da atuação do executor direto. (GRECO; LEITE, 2014).

Ademais, nessas estruturas apartadas do ordenamento jurídico, há uma fungibilidade do executor direto e uma disposição essencialmente elevada dos executores ao fato. Tais circunstâncias, para Roxin, são imprescindíveis para aplicabilidade do domínio da organização. (OLIVEIRA; SANTIAGO, 2014).

Por fim, o resultado dessas reflexões pretende auxiliar na compreensão da teoria. Com efeito, ampliar o escopo deste conceito de forma desmedida é transferir a responsabilidade “de baixo para cima”. A mera presunção de autoria em decorrência da posição que ocupa, não é da teoria do domínio do fato, é criar uma “teoria do domínio da posição”. (STRECK, 2012).

5. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO: UMA POSSÍVEL APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Após devida apreciação de todos os pontos conceituais e controvertidos que envolvem essa temática, faz-se relevante tornar a presente pesquisa mais propositiva frente à uma possível aplicação da teoria do domínio do fato ao ordenamento jurídico brasileiro.

Considerando o aspecto acima descrito, é necessário deslindar, primeiramente, sobre o contexto histórico que constituiu como a tônica deste estudo.

A partir daí, observar-se-á os pontos problemáticos que geram mais discussão no que se refere à compatibilidade da teoria com a ordem jurídica brasileira, e finalmente analisar a referida teoria como hipótese para o direito penal brasileiro.

5.1. A legislação pátria e suas peculiaridades

Sob forte influência italiana, o nosso legislador, em 1940, perfilhou um sistema unitário, a contrário sensu daquilo que fora adotado no Código Criminal de 1830 e no Código Penal de 1890. Nesse sentido, o Código Penal Brasileiro de 1940 aboliu a diferenciação entre autor e partícipe consagrada nos dois códigos anteriores (1830 e 1890). (ALFLEN, 2014).

Apesar dessa posição declarada pelo sistema unitário, com a nova redação dada pela Lei n. 7.209 de 1984, desencadeou uma reforma na Parte Geral do Código Penal que sucedeu uma modificação naquele dispositivo que tratava do sistema unitário. (ALFLEN, 2014). Vejamos como era:

Art. 25 . Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.

E com o advento da Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, ficou:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

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

Por mera leitura, percebe-se que, com a modificação de 1984, deixou de compreender um sistema unitário perfeito, atenuou seus rigores e adotou certa diferenciação entre autoria e participação. Esse entendimento é assente no item 25 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal:

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 concursus 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, contundo, 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.

Com isso, surgiu o que chamaram de “sistema unitário temperado”, pois, apesar do legislador não definir conceitos bem delineados a respeito da codelinquência, restou evidente que não há impossibilidade alguma em diferenciar autoria e participação. Dessa forma, apenas definiu alguns critérios norteadores, ALFLEN (2014, p. 168) dispõe sobre essas diretrizes, a saber:

no art. 29, faz-se referência à expressão “na medida de sua culpabilidade”, esclarecendo-se, portanto, que as penas serão distintas; no art. 62, I, faz-se referência àquele que “dirige a atividade dos demais agentes”, e, portanto, identifica-se a hipótese de autoria mediata, a qual é corroborada pelo art. 5o, XLIII, da CF, ao fazer referência aos “mandantes”; no art. 62, IV, faz-se referência àquele que “executa o crime”, e, com isso, identifica-se a autoria direta; no art. 16, da Lei n. 8.137/90 e no art. 25, da Lei n. 7.492/86, faz-se menção aos crimes “cometidos em... coautoria” e no art. 3o, par. único, da Lei n. 9.605/98, faz-se menção às pessoas “físicas [...] coautoras”, identificando-se, assim, a coautoria; por outro lado, identificam-se, ainda, as modalidades de participação, de indução, instigação e auxílio nos arts. 31; 62, II e III; e 122 do CP, respectivamente, com as disposições “a determinação, a instigação e o auxílio”, “induz outrem”, “instiga ou determina”, “induzir, instigar e auxiliar”. Ademais, no art. 31 do CP, o legislador consolidou a regra da acessoriedade da participação, dispondo que “não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”.

Ora, como se sabe, o sistema unitário e o sistema diferenciador são totalmente opostos, entender que é possível existir um sistema unitário temperado ou misto é problemático. (BUSATO; CAVAGNARI, 2017). Como disserta LEITE: “um tal sistema misto – que acende uma vela a deus, outra ao diabo – não mereceria o nome de sistema”. (BUSATO; CAVAGNARI, 2017 apud LEITE, Alaor. Domínio do fato ou domínio da posição?... cit., p. 35).

5.2. Nosso Código Penal sofre uma anemia sistemática?

Indubitável é que, o artigo 29 revela muito pouco de um sistema completo de autoria e participação, tampouco é possível definir qual sistema foi adotado pelo Código Penal.

Quando a reforma penal de 1984 estabelece concessões em um sistema unitário puro, isto é, um sistema perfeito e bem acabado para aquilo que se propõe, indica correções de rota, confissões de um sistema unitário insuficiente a realidade contemporânea, pois para um sistema unitário puro bastava sua redação original.

Por outro lado, tampouco é possível concluir que essa nova redação enfeixa um sistema diferenciador puro, pois apesar de estabelecer como necessária a diferença entre autor e partícipe, carrega regras desordenadas de autoria e participação. (BUSATO; CAVAGNARI, 2017).

Em outras palavras, temos um código assistemático? Há um amplo debate acerca do sistema que melhor coaduna com a intenção do legislador em 1984. Descabe aqui aprofundar nessa discussão. (BUSATO; CAVAGNARI, 2017).

De qualquer sorte, gostemos ou não das normas, não há como negá-las ou ignorá-las, são estas que existem e que cabe interpretar. O ponto fulcral é que nosso código optou por distinguir autoria de participação. (BUSATO; CAVAGNARI, 2017).

A teoria do domínio do fato, assim como qualquer outro critério utilizado para diferenciar autoria e participação é compatível com o mandamento expresso em nossa legislação penal. A tradição jurídica pátria, tal como disposta no item 25 da Exposição de Motivos, é de distinção entre autor e partícipe, quem faz a ruptura disso é o legislador em 1940. (ALFLEN, 2014).

5.3. Por que adotar a teoria do domínio do fato?

Diferenciar autor e partícipe é um tributo ao Princípio da Legalidade, quando não se distingue autor e partícipe falta uma dimensão dos verbos típicos, pois se matar não for apenas disparar, mas também gritar mate, esse verbo perde todo o seu conteúdo semântico.

Atribuir responsabilidade criminal é uma tarefa complexa, diferenciar autoria e participação é apenas uma parte deste processo, essa distinção entre as condutas é relevante para precisar se o fato praticado é meu ou de outrem do qual participei. A teoria da autoria e participação é fundamental para dosar a extensão da norma proibitiva. (BUSATO; CAVAGNARI, 2017).

Uma vez assimilada essa discriminação, então, é possível determinar qual o critério que será adotado. Superadas as teorias subjetivas e objetivo-formal, a teoria do domínio do fato demonstra ser a mais apta e completa para essa distinção.

Consoante demonstrado no terceiro capítulo, poucas teorias possuíram tamanho alcance por parte da jurisprudência supranacional. O salto que foi dado entre a teoria e a prática foi enorme. Faz-se notório um olhar mais atento para essa teoria. (BUSATO; CAVAGNARI, 2017).

Desta feita, constata-se que o atual conceito de autoria não é capaz de responder todos os problemas da autoria delitiva. Compreende-se admissível a adoção da teoria desenvolvida para responder às novas demandas sociais, predominantemente nos casos de aparatos de poder desvinculados da ordem jurídica, haja vista a teoria do domínio da organização. (ARARUNA, 2017).

Em suma, a teoria roxiniana foi desenvolvida como um método para aperfeiçoar as incorreções cometidas pela teoria restritiva. Não obstante, embora não seja acolhida expressamente pela legislação pátria, não há problema algum em sustentar sua acolhida a nossa realidade. E isso, conforme será demonstrado, não demanda severas adaptações. (ARARUNA, 2017).

Nesse sentido, discorre os Professores Paulo César Busato e Rodrigo Cavagnari (2017, p. 128), em seu artigo que diz:

Assim, não há problema algum em sustentar que será instigador, indutor ou cúmplice (para fins do art. 31 do CP) aquele que não possua domínio da ação, domínio da vontade ou domínio funcional, na situação concreta observada, devendo, assim, somente ser responsabilizado na medida em que alguém que possua tais características realize o crime.

Tampouco parece equivocado sustentar, por exemplo, que somente procede a redução de pena do § 1º do art. 29 pelo reconhecimento da reduzida importância da participação do agente, que dar-se-á quando ele não possua domínio da ação, domínio da vontade ou domínio funcional, em face da realização do crime.

Finalmente, pode-se dizer obrigatória a redução da carga penal da pena base – uma vez que a baliza central de sua análise é a culpabilidade, e as responsabilidades dos concorrentes restarão estabelecidas na medida de sua culpabilidade (art. 29, caput do CP) – quando o concorrente para um delito não possua domínio da ação, domínio da vontade ou domínio funcional.

Uma vez findadas estas sustentações, é preciso atenção para que essa teoria não se converta em uma panacéia jurídico-penal. Haja vista o recorte feito na teoria roxiniana que não se aplica aos delitos de dever, mão-própria e culposos. Sua pretensão é modesta, distinguir autor e partícipe. (BUSATO; CAVAGNARI, 2017).

De maneira mais direta, quando aplicada, é necessária rigorosa atenção no preenchimento e fundamentação de todos os critérios. Trata-se de uma teoria construída de uma maneira complexa.

Por derradeiro, percebe-se uma prática nem sempre feliz, malgrado o precedente aberto na Ação Penal 470 que criou uma “teoria do domínio da posição”, é necessária atenção para não transformar a teoria do domínio do fato em um alibi teórico para dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. (STRECK, 2013).

CONCLUSÃO

Com o passar do tempo, verificou-se que a codelinquência tem se mostrado cada vez mais presente e seus efeitos tem demandado cada vez mais estudos sobre o concurso de agentes.

Quando o Supremo Tribunal Federal procura respostas em uma teoria alemã para solucionar uma demanda, demonstra uma falta de soluções no ordenamento vigente. Mostra-se necessário sofisticar os mecanismos de resposta ao crime, com procedimentos mais seguros e eficazes para distinguir responsabilidade.

A Ação Penal 470 jogou luz à chamada autoria de gabinete, demonstrou a necessidade que há em estender o conceito de autoria mediata para punir de maneira devida aqueles que possuem o domínio sobre os fatos.

Para tanto, é preciso compreender que a teoria do domínio da organização é uma espécie dentro da teoria do domínio do fato, isto é, não é possível dissociar a primeira da segunda. Ademais, só é possível discutir essas teorias dentro de um sistema que diferencia autoria e participação.

É uma teoria complexa, requer atenção nos seus requisitos, mas constrói um instrumental muito rico no que se refere à codelinquência. Entretanto, é uma teoria de pacote fechado, o que torna impossível pinçar apenas uma parte dela.

O ponto fulcral é depreender um olhar mais atento para esse tema, compreender sua relevância e não tratá-lo no apagar das luzes como uma mera perfumaria jurídica.

Estabelecer se o fato pertence a um sujeito ou outro, definir se esse fato é mesmo desse sujeito ou se ele apenas participa de fato alheio, determinando dentro dos critérios de imputação a extensão da norma proibitiva, é um tributo ao Princípio da Legalidade. A esse respeito, há uma avenida a ser percorrida no que se refere ao concurso de agentes no ordenamento vigente.

Nesse sentido, a existência de elementos de natureza objetiva e subjetiva para que se configure o concurso de pessoas evidencia um caráter imprescindível. Faz-se notório um olhar mais atento para a teoria roxiniana.

Por derradeiro, a teoria alemã traz instrumentos mais racionais para analisar as problemáticas da codelinquência. Assim, à luz de um sistema diferenciador, a teoria do domínio do fato se apresenta compatível com a ordem jurídica nacional.

REFERÊNCIAS

- ABDALLA, Gabriel Mendes. **A Teoria do Domínio do Fato**. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <https://gabrielabdalla.jusbrasil.com.br/artigos/140774358/a-teoria-do-dominio-do-fato>.
- ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do Domínio do Fato na Doutrina e na Jurisprudência Brasileira – Considerações Sobre a APn 470 do STF**. Revista Eletrônica de Direito Penal, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 01-31, 2017.
- ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo, Saraiva, 1º edição, 2014.
- AMBOS, Kai. **Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex-presidente peruano Alberto Fujimori**. Revista de Estudos Criminais, Rio Grande do Sul, v.10, n.40, p.73-110, jan/mar. 2011.
- ANDRADE, Carolina de Oliveira. **O tribunal penal internacional e o caso Eichmann**. Jus, Nov. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70159/o-tribunal-penal-internacional-e-o-caso-eichmann>.
- ARARUNA, Rangel Bento. **A teoria do domínio do fato e sua adoção no Brasil**. Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará, Ceará, v. 2, nº 1, 2017.
- ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ARGENTINA. **Conselho Supremo das Forças Armadas**. Acórdão nº 13. Buenos Aires. 09 de dezembro de 1985. Disponível em: <http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13/index.html>.
- ASSIS, Enio Castro. **A aplicação da teoria do domínio do fato na ação penal nº 470 do Supremo Tribunal Federal**. Monografia (bacharelado em Direito), Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCeub, Brasília, 2013.
- BAILONE, Matias. **O domínio da organização como autoria mediata**. De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Nº 16, p. 23-44, jan-jun 2011. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/981/R%20DJ%20-%20Dominio%20organizacao%20-%20bailone.pdf?sequence=1>.
- BEZERRA, Juliana. **Mensalão**. Toda Matéria, nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/mensalao.pdf>.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **A teoria do domínio do fato e a autoria colateral**. Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral>.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRANDÃO, Cláudio. **Teorias da Conduta no Direito Penal**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 37, n. 148, p. 89-95, out/dez. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 470**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 28 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 682**, AP 470/MG - 122. Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados, 1-5 de outubro de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo682.htm>.

BURT, Jo-Marie. **Culpado: o julgamento do ex-presidente peruano alberto fujimori por violações dos direitos humanos**. Revista Anistia Política e Justiça de Transição, Brasília, 4º ed., nº 4, p. 108-135, jul/dez. 2010.

BUSATO, P; CAVAGNARI, R. **A teoria do domínio do fato e o código penal brasileiro**. Revista Justiça e Sistema Criminal, Curitiba, v. 9, n. 17, p. 175-208, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/116>.

CONDE, F; OLÁSOLO, H. **La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España**. Revista Penal México, núm. 1, p. 171-188, enero-junio 2011. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4969761>.

HAHN, Julia; ROCHA, António. **Thomas Lubanga é condenado a 14 anos de prisão**. Deutsche Welle (DW), Bonn, julho 2007. Disponível: <https://www.dw.com/pt-002/thomas-lubanga-%C3%A9-condenado-a-14-anos-de-pris%C3%A3o/a-16087046>.

DONNA, Edgardo Alberto. **La Autoría y La Participación Criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editore, 2002. Disponível em: <https://www.derechopenalened.com/libros/donna-autoria-participacion.pdf>.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. **A imputação penal nos delitos cometidos através de estruturas organizadas de poder: análise jurisprudencial à luz do Direito Penal Internacional**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, v. 2, nº 22, p. 1-28, jul/dez. 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/rfduerj/article/download/1930/3056>.

GARABINI, Daniel Brocanelli. **Os Conflitos Armados na República Democrática do Congo e a Jurisdição do Tribunal Penal Internacional: Uma Análise da Primeira Sentença Proferida Pela Corte Internacional**. XXV Encontro Nacional do CONPEDI - Direito Internacional I, Brasília, p. 426-441, julho 2016. Disponível em: <http://conpedi.danielolr.info/publicacoes/y0ii48h0/j152b899/jzeiteoCyW88aCzQ.pdf>.

GRECO, L; LEITE, A; TEIXEIRA, A; ASSIS, A. **Autoria como domínio do fato**. Marcial Pons, 2014. Disponível em: <http://www.marcialpons.com.br/wp->

content/uploads/2014/08/L-34_tira-gosto_Autoria-como-dominio-do-fato_Luis-Greco_Alaor-Leite_Adriano-Teixeira_Augusto-Assis.pdf.

GRILLO, C; MENCHE, D. **Participação no comando de esquema tem de ser provada, diz jurista**. Folha de São Paulo, out/nov. 2012. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/77459-participacao-no-comando-de-esquema-tem-de-ser-provada.shtml>.

GROSESCU, Raluca. **Criminal justice and historical master narratives in post-1989 Bulgaria and Germany, European Politics and Society**. *European Politics and Society*, California, v. 18, p. 66-80, dec. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/23745118.2016.1269446>.

GUBERT, Roberta Magalhães. **Mauerschützen (o caso dos atiradores do muro) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy: aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre direito e moral**. 2006. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp029554.pdf>.

HOLANDA. Câmara de Pré-Julgamento I do Tribunal Penal Internacional. **Causa nº 01/04-01/06**. Haia. 29 de janeiro de 2007. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2007_02360.PDF.

HOLANDA. Câmara de Pré-Julgamento I do Tribunal Penal Internacional. **Causa nº 01/04-01/07**. Haia. 30 de setembro de 2008. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_05172.PDF.

HOLANDA. Câmara de Pré-Julgamento II do Tribunal Penal Internacional. **Causa nº 01/05-01/08**. Haia. 15 de junho de 2009. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_04528.PDF.

KERSHNER, Isabel. **Pardon Plea by Adolf Eichmann, Nazi War Criminal, Is Made Public**. The New York Times, New York, jan. 2016. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/01/28/world/middleeast/israel-adolf-eichmann-holocaust.html>.

LOPES, Caroline Araujo. **A aplicação da teoria do domínio do fato no Supremo Tribunal Federal: harmonização com o direito penal brasileiro ou construção ad hoc**. Monografia (bacharelado em Direito), Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCeub, Brasília, 2013.

MAGGI, Marcos Cesar Barbosa. **Da aplicação da teoria do domínio do fato no direito penal brasileiro**. Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/da-aplicacao-da-teoria-do-dominio-do-fato-no-direito-penal-brasileiro/>.

MALTA, Carolina Souza. **Teoria do domínio do fato nos crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro**. Parahyba Judiciária, v. 11, n. 11, p. 131-135, ago. 2018. Disponível em:

https://jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/CarolinaSouzaMalta/Teoria_parahyba_judiciaria_n11_2018.pdf.

MASI, Carlo Velho. **As Modernas Teorias do Delito e suas receptividades no Direito Penal Brasileiro: desafios da Dogmática acerca dos rumos da Ciência Penal.** Conteúdo Jurídico, Brasília, nov. 2012. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/32459/as-modernas-teorias-do-delito-e-suas-receptividades-no-direito-penal-brasileiro-desafios-da-dogmatica-acerca-dos-rumos-da-ciencia-penal>.

MENEGHIN, Guilherme de Sá. **Concurso de pessoas nos crimes de peculato e corrupção passiva: um estudo sobre a teoria do domínio de organização.** 2016. Tese (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUOS-ASMFN2>.

OLIVEIRA, B; SANTIAGO, N. **A aplicação da teoria do domínio do fato ao núcleo financeiro do caso “mensalão”: análise à luz do princípio da presunção do estado de inocência.** CONPEDI, João Pessoa, XXIII Congresso Nacional – UFPB, p. 225-244, nov. 2014.

PARRA, Jorge Barrientos. **O caso Fujimori: exemplo de superação da impunidade em América Latina.** Revista Estudos Jurídicos UNESP, Franca, A. 14 n.19, p. 01-404, 2010.

PASSAMANI, B; DOMÊNICO, J; MORAIS, F. **Mauerschützen (o caso dos atiradores do muro) e a pretensão de correção: uma análise da necessária conexão do direito com a moral.** 2013. Iniciação Científica e a Extensão Comunitária, Faculdade Meridional - IMED, Passo Fundo, 2013. Disponível em: <https://www.imed.edu.br/Uploads/Mauerschut%C3%BCzen.pdf>.

QUEZADO, P; SANTIAGO, A. **A Teoria do Domínio do Fato.** Fortaleza: Fortaleza, 2013.

RIBEIRO, Clara Vasconcelos. **As Teorias da Ação no Direito Penal.** Revista Jus Navigandi, Teresina, jan. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35962/as-teorias-da-acao-no-direito-penal>.

ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata.** Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Panóptica, Law E-Journal, nº 04, 2009, p. 69-94.

SANDINO, Diego Fernando Tarapués. **La judicialización de un ex presidente. El caso Fujimori como referente judicial para una realidad no tan disímil.** Boletín Semestral GLIPGö, Alemanha, nº 1, p. 35-44, 2011.

SANTOS, Elson Sena dos. **Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal.** Âmbito Jurídico, jan. 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/eichmann-em-jerusalem-um-relato-sobre-a-banalidade-do-mal/>.

SANTOS, Matheus Feitosa dos. **Necessidade ou não da aplicação da teoria do domínio do fato no ordenamento jurídico brasileiro**. Monografia (bacharelado em Direito), Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCeub, Brasília, 2018.

SILVA, Joyce. **A ampliação do conceito de autoria por meio da teoria do domínio por organização**. Revista Liberdades, São Paulo, v. 17, n. 4, p. 69-84, setembro/dez. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O domínio do fato e o etiquetamento dos crimes hediondos – a banalização de teses no Direito Penal a partir da falta da filosofia**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 73, p. 51-74, jan/abr. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O mensalão e o "domínio do fato — tipo ponderação"**. Revista Consultor Jurídico, agosto de 2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-ago-06/lenio-streck-mensalao-dominio-fato-algo-tipo-ponderacao#_ftn1_8744.

ZENN, Jacob. **Hot Issue — On The Rebound: Shining Path Factions Vie for Control of Upper Huallaga Valley**. The Jamestown Foundation, Washington, abril 2012. Disponível em: <https://jamestown.org/program/hot-issue-on-the-rebound-shining-path-factions-vie-for-control-of-upper-huallaga-valley/#.VnQDXNJViko>.