

**TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO DIREITO BRASILEIRO: UMA
INDAGAÇÃO SOBRE A RECEPÇÃO ACRÍTICA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES,
ENVOLTA DA TIPICIDADE DO CRIME DE CORRUPÇÃO.**

THEORY OF THE DOMAIN OF FACT IN BRAZILIAN LAW: AN INQUIRY ABOUT
THE UNCRITICAL RECEPTION IN THE HIGHER COURTS, INVOLVED IN THE
TYPICITY OF THE CRIME OF CORRUPTION.

Wendell Luis Rosa¹

Gabriela Larissa de Almeida²

RESUMO

O presente artigo, visa examinar, através de estudo doutrinário e legislativo a inviabilidade da utilização da *Teoria do Domínio do Fato* em questões processuais subordinadas a corrupção, como na Ação Penal 470, “*mensalão*”, julgado pelo Supremo Tribunal Federal e processo n.5046512-94.2016.4.04.7000, “*Operação Lava-Jato*”, especificamente o voto em desfavor do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, firmado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Pretendemos dilucidar as divergências conceituais da citada teoria ante ao ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, estabelecer as idiosincrasias pertinentes a execução desleixada de dizeres jurídicos estrangeiros incompatíveis com a legislação e conceitos já obstinados no Brasil.

Palavras-chave: Teoria do Domínio do Fato, Aplicação, Utilização, Supremo Tribunal Federal, Teoria Restritiva, Sistema Unitário.

ABSTRACT

The work to examine, through a doctrinal and legislative study, the feasibility of using the Theory of Fact Mastery in procedural issues subordinate to corruption, as in Criminal Action 470, “*mensalão*”, judged by the Supreme Federal Court and lawsuit nº 5046512-94.2016.4.04.7000, “*Operação Lava-Jato*” to the detriment of former President Luiz Inácio Lula da Silva, signed by the Federal Regional Court of the 4th Region. We intend to clarify the conceptual divergences of the aforementioned theory before the Brazilian legal system. Finally, to establish the pertinent idiosyncrasies for the sloppy execution of foreign legal words incompatible with the legislation and concepts already obstinate in Brazil.

Keywords: Theory of Fact Mastery, Application, Use, Court of Justice Federal, Theory Restrictive, System Unitary.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Franca e mestre e doutorando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto; professor de Direito Penal na Universidade de Franca e na Universidade de Ribeirão Preto; Advogado. Email: wendell_yah@yahoo.com.br

² Bacharel em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto; Advogada. Email: gabrielalarialmeida@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Nossa preocupação ao observarmos a problemática *Teoria do Domínio do Fato no Direito brasileiro: uma indagação sobre a recepção acrítica nos tribunais superiores, envolta da tipicidade do crime de corrupção*, está em fundamentar que esta teoria diretamente vincula-se a origens distintas ao nosso Código Penal. Juristas dos mais diversos nascedouros tentaram visualizar um conceito de domínio defronte a atividade ilícita, junto a individualização dogmática de cada modalidade de autoria, contudo, tal recepção é não necessariamente compatível com o contexto do crime a ser analisado.

A cambulhada doutrinária brasileira ante a definição de níveis de culpabilidade, por consequência, de punibilidade, se estende até a compreensão da estipulação de sistemas diversos, como o unitário, este interligado ao nosso ordenamento. Vale ressaltar, que discutiremos se o Direito brasileiro adotou o supramencionado sistema ou, apenas, o “abrasileirou”, feito que futuramente dificultaria a implantação e particularização coerente de penas aos agentes envolvidos com o crime a ser averiguado.

As lacunas constantes nas teorias objetivas e subjetivas obtiveram tentativas de superação com o adendo da *Teoria do Domínio do Fato*, desenvolvida por Claus Roxin, pautado pelos pensamentos de Welzel. Nossos penalistas passaram a compreender que a autoria estava correlacionada com a culpabilidade, como observaremos nos dispositivos 29 e 62, do Código Penal, entretanto, esta ideia é oposta ao *sistema unitário*, o que nos leva ao questionamento da nossa própria disposição penal, sendo assim, a pesquisa elaborará a exploração da trajetória da culpabilidade em contexto nacional e a complexibilidade da atribuição destes pensamentos, ideias e teorias.

Miramos no desenrolar de nossa pesquisa o entendimento da periculosidade no ato de transplantarmos conceitos estrangeiros para o Direito Penal nacional sem nenhum acautelamento. Nosso Código, notoriamente, fascista, sob influência do Código italiano de Benito Mussolini, foi fundido a ideais germânicos, ideologias completamente distintas, ocasionado desarranjo e insegurança aos estudiosos do Direito, tornando-se discutível a incorporação de um instituto descontextualizado junto a nossa legislação.

A maneira como interpretamos nossas normas é peculiar, esta é voltada aos costumes, idioma, regulamentos já vigentes, pauta primordial para que consigamos encontrar o

motivo pelo qual a *Teoria do Domínio do Fato* não deve ser vinculada as diretrizes penais do Brasil, como demonstraremos durante nossa argumentação. Tais fatores são uma constante divergência doutrinária, alguns doutrinadores são adeptos a *Teoria do Domínio do Fato* e outros contrários.

O ordenamento jurídico brasileiro, por vezes, torna-se insuficiente para punir infrações penais mais complexas que surgem conforme a criatividade criminosa, por não obtermos a tipicidade correta estabelecida em nosso Código Penal. Como solução para tal situação deve o Poder Legislativo criar normas, regras e leis, entretanto, em determinados momentos o Poder Judiciário utilizasse do Direito Comparado para preencher tais omissões, aqui é preciso analisar a insegurança de usurpação de funções entre os três poderes que organizam a República Federativa do Brasil.

Ao empregarmos ideias estrangeiras ante ao Direito Penal brasileiro carecesse obediência ao contexto, compatibilidade, harmonia e coerência entre os sistemas penais em pauta. O ilícito (corrupção) por estar vinculado a Administração Pública, em determinadas situações não contém execução simples, motivo pelo qual nossos tribunais superiores recentemente observam maneiras para que o tipo penal em análise seja efetivamente aplicado, logo, tratado como maior rigidez.

Nossos magistrados tendem a demonstrar dificuldade para com o uso do artigo 317 do Código Penal, logo, visando encontrar uma elucidação passaram a apropriarem da *Teoria do Domínio do Fato*. Resumidamente, nosso propósito é analisar as condições em que a mencionada teoria roxiliana inseriu-se no contexto jurídico nacional e as consequências de sua inclusão. A fragilidade causada em nossa segurança jurídica devida as decisões de nossas Cortes, sob esta elucubração, em especial, dois casos envolvidos com a honradez no exercício da Administração Pública destacam-se, a Ação Penal 470, “*mensalão*” e processo n. 5046512-94.2016.4.04.7000, “*Operação Lava-Jato*”. Portanto, nosso intuito é a verificação da aplicação da *Teoria do Domínio do Fato* em casos de corrupção, por tratar-se de interesses não só criminais, mas também políticos, dessa maneira, predileções coletivas e sociais.

1. DOUTRINA BRASILEIRA E A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Os juristas Paulo César Busato e Rodrigo Cavagnari, no *artigo A Teoria do Domínio do Fato e Código Penal Brasileiro*, ano de 2017 (n.p), descortinam a conjuntura da mencionada teoria do plano teórico para o prático, sendo esta, instrumento utilizado como identificação de autoria por nossos tribunais superiores. Como mencionamos no decorrer de todo nosso trabalho, Roxin delimita como fundamentação para a execução de *Teoria do Domínio do Fato* quatro condições: “o poder de emitir ordens; a dissociação da ordem jurídica do aparato de poder à disposição do emissor das ordens; a fungibilidade do executor imediato; a disposição essencialmente alta para o fato do executor” (BUSATO, CAVAGNARI, 2017, n.p).

Ao analisarmos a *Ação Penal 470*, o jurista Alaor Leite, na narrativa, *Domínio do Fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal*, ano de 2014, declara que a verdadeira razão para o préstimo da *Teoria do Domínio do Fato*, não foi atingida, uma vez que a necessidade de discriminar a autoria e participação foi o motivo para a aplicação da referida teoria, mas sim, imposição de amparar a responsabilidade de indivíduos em cargo de comando, logo, a autoria estaria afeiçoada a posição privilegiada do agente, motivação equivocada para a *Teoria do Domínio do Fato*.

Observamos o nosso principal questionamento, o motivo de nosso estudo: A *Teoria do Domínio do Fato* é aplicável ante a interpretação do concurso de pessoas expressa no Código Penal da década de 40 e reforma de 1984? Para respondermos tal problemática é necessário compreendermos o posicionamento de alguns juristas nacionais, Paulo César Busato e Rodrigo Cavagnari (2017), compendiararam perspectivas de especialistas juriconsultos em Direito Penal brasileiro, assim, examinaremos tal compilado.

O primeiro jurisperito a ser sondado na pesquisa acima citada, René Ariel Dotti, aponta fundamentação cujo concordamos, o dispositivo do artigo 29, Código Penal nacional, não condiz com a *Teoria do Domínio do Fato*, a redução de pena na participação não desempenha a função dogmática de participação como tipicidade autônoma, concepção abrangida pela citada teoria, outro contraponto, o referido dispositivo, como fixamos no *item 2.1*, está sob preponderância do *sistema unitário*, já a *Teoria do Domínio do Fato*, vinculada ao sistema diferenciador (BUSATO, CAVAGNARI, 2017, n.p).

Pablo Rodrigo Alflen (2014, n.p), explica que a personalidade denominada autor, conforme a *Teoria do Domínio do Fato*, é a figura central para se ocasionar a transgressão

penal, logo, tal afirmação é vacante, pois, não se define o domínio do fato, porém, a dita “figura central”, assim como, a contradição da teoria, tendo em vista, que o conceito descritivo que Roxin aborda é oposto ao normativo brasileiro. Outro fator em acatamento por Alflen (2014, n.p), propulsor para a utilização da *Teoria do Domínio do Fato*, está sempre vinculado ao sistema penal vigente, no contexto brasileiro, consiste o *sistema unitário* “funcional”, o que naturalmente elimina teorias afeiçoadas a sistema diferente a este; o penalista continua, o domínio do fato deve demarcar seu conteúdo, portanto, a simples posição hierárquica, função de comando, em determinada profissão, organização, partido político, empresa, não possibilita os tribunais a idealização de autoria de Claus Roxin:

(...) apesar da incompatibilidade das teorias anteriores com o ordenamento jurídico-penal brasileiro, alguns tribunais pátrios utilizaram tais concepções de domínio do fato como diretrizes para a delimitação da autoria e suas respectivas modalidades (direito, mediata e coautoria), porém, não há homogeneidade nos critérios utilizados pelos tribunais, sendo que, em alguns casos, evidencia-se absoluta incongruência; o domínio do fato dever ser delimitado em seu conteúdo, de modo a representar um critério legítimo para definição da autoria, sobretudo, nos casos de crimes praticados por meio de organizações empresárias, sendo que isso implica a observância às diretrizes normativas instituída pelo legislador brasileiro. (ALFLEN, 2014, n.p).

Pablo Alflen (2014, n.p), também argumenta que o domínio do fato obriga-se a determinar o *critério determinante* de autoria, por intervenção em ações de terceiros, por conseguinte, o resultado ilícito, logo algumas características devem ser consideradas, como o fator de que a legislação e jurisprudência brasileiras que ser detentor do domínio do fato é satisfatório para estipular a autoria, desta maneira, a *Teoria do Domínio do Fato*, não só se faz equivocada nas circunstâncias jurídicas nacionais, como desnecessária.

O termo *domínio* não se exprime propriamente função jurídica, confundindo-se com o *poder de condução* de um ato criminoso, logo, a *Teoria do Domínio do Fato* deve ser entendida como a simples possibilidade de controle, portanto, não há certeza de condução de condutas. Pensando em tais fatores, Alflen (2014, n.p), explica que o “domínio do fato como a possibilidade de controlar, em razão do poder de condução, a realização típica – com todas as suas circunstâncias, no momento e na forma mais apropriada – e o consequente resultado delitivo”, assim, podemos concluir imprecisão ao tratarmos da teoria em pauta.

Outra questão relevante é que a *Teoria do Domínio do Fato* possui caráter doloso, dessarte, não há execução desta ante a crimes com teor culposos, assim, eliminando a eventual

fundamentação defronte a banal hierarquia em atribuição de função. A *Teoria do Domínio de Fato* demonstra orientação em casos de crimes complexos, como corrupção passiva, todavia, tal hipótese deve efetivamente estar vinculada a transgressão criminal, isto posto, o simples controle, inerente à função de gerência, não é capaz de implicar figura de autoria, a realização da factual da conduta típica, sendo primordial aferir o instrumento punível junto a execução ilícita.

É oportuno ressaltar que concordamos como o posicionamento de René Ariel Dotti e Pablo Rodrigo Alflen, logo, é compreensível elencarmos diversas fundamentações que ratificam os motivos cujos a *Teoria do Domínio do Fato* não é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, para nós sem dúvida alguma, o fato do sistema penal nacional estar condicionado ao *sistema unitário*, é o suficiente para que a teoria essencialmente harmônica ao sistema diferenciador não seja implementada ao Direito Penal brasileiro; outra característica primordial, já mencionada, é a não utilização apropriada do teor “domínio”, sua banalização facilmente pode ocasionar insegurança jurídica aos estudiosos do Direito. Em discordância a isto, alguns doutrinadores apontam que a *Teoria do Domínio do Fato* é conciliável ao Código Penal do Brasil.

Nilo Batista, na obra *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro*, ano de 2008, páginas 54 e 55, expõem que o artigo 29 do Código Penal brasileiro estipula pena cominadas para qualquer agente participante do ilícito, entretanto, não informa as modalidades de participação, assim, entende o jurista que não é explícito no dispositivo a efetiva contribuição para ocasionar resultado, assim, a *Teoria do Domínio do Fato*, de acordo com jurisconsulto, supriria tais lacunas.

Busato e Cavagnari (2017, n.p), apontam que mesmo que nosso sistema penal seja unitário e a *Teoria do Domínio do Fato* pertença ao sistema diferenciador, nada impede que se tratando de concurso de pessoa o Código passe a ser assistemático, logo, o Código penal não se amolda totalmente em nenhum dos sistemas sobreditos. Busato e Cavagnari (2017, n.p), sugerem que ao pensarmos no sistema penal brasileiro como assistemático a polêmica envolta da teoria aqui analisada dissipa-se. Os estudiosos perduram, afirmam que as regras do Código Penal brasileiro são *mistas ou temperadas*, por consequência, o Código Penal romperia um *sistema unitário* puro, uma vez que a própria diferenciação entre modalidades de autoria e participação presente no artigo 29 inviabilizaria o *sistema unitário* de autor, salienta Busato e Cavagnari (2017, n.p):

Queiramos ou não, é preciso estabelecer, na prática, o que identifica autores e partícipes. O fato é que o Código Penal brasileiro, nos artigos 29-31 não impede o uso dos critérios da teoria do domínio do fato para delimitar o conceito de autor e de partícipe, como igualmente não impede que nenhum outro tipo de critério seja utilizado para este fim. Na verdade, bem ao contrário, ele exige a diferenciação. (BUSATO e CAVAGNARI 2017, n.p).

Luís Greco e Alaor Leite, no estudo *O que é e o que não é a Teoria do Domínio do Fato sobre a Distinção entre autor e partícipe no Direito Penal*, publicado no dia 21 de novembro de 2013, também posicionam a favor da utilização da *Teoria do Domínio do Fato* defronte ao ordenamento jurídico do Brasil, a problemática para os juristas são os critérios a serem empregados ao compreendermos inclusão a citada teoria aos nossos casos práticos.

Cavagnari e Busato (2017, n.p) enfatizam que a *Teoria do Domínio do Fato*, como teoria, está incumbida ao sistema diferenciador, sem embargo, esta pode ser moldável a qualquer sistema penal, até mesmo ao *sistema unitário*, como já dito, afirma os doutrinadores que nosso sistema penal não é propriamente unitário, portanto, não seria um impedimento a execução da *Teoria do Domínio do Fato* pelos tribunais brasileiros:

A teoria do domínio do fato, como teoria, só faz sentido em um sistema diferenciador. Porém, os critérios derivados dessa teoria podem ser empregados em qualquer estrutura normativa, sistemática ou assistemática. Fazer sentido ou não fazer sentido pertence a um conjunto de regras, a um conjunto de critérios. É preciso valorar a participação de cada contribuinte para o delito, de acordo com sua culpabilidade. E, para tanto, precisamos de critérios. Podemos usar o objetivo-formal, subjetivo, etc., e também os critérios da teoria do domínio do fato. Se a teoria do domínio do fato serve para definir o “como” e não o “se” da responsabilização penal, seus critérios são aplicáveis para as regras do Código penal. (BUSATO e CAVAGNARI 2017, n.p).

O artigo *A Teoria do Domínio do Fato e Sua Adoção no Brasil*, ano de 2017, publicado no Caderno do Ministério Público do Estado do Ceará, redigido pelo promotor Rangel Bento Araruna, imputa a concepção de que Código Penal brasileiro, a partir da reforma de sua Parte Geral, Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, passou a conduzir-se pelos ideais da *teoria restritiva*, por conseguinte, a *Teoria do Domínio do Fato* não seria incompatível com nosso ordenamento penal:

Verifica-se, assim, que o tema está longe de ser pacífico dentre os doutrinadores nacionais. No entanto, adota-se o posicionamento de que o

Código Penal, a partir da reforma da sua Parte Geral, adotou a teoria restritiva, opção esta que não exclui a teoria do domínio do fato. Ao contrário, a primeira, só por si, é incapaz de responder os anseios sociais, notadamente quanto à punição da criminalidade organizada, na qual os chefes não realizam o verbo descrito no tipo penal, mas possuem total domínio acerca da realização do delito. Nessa leitura, somente através da conjugação da teoria restritiva com a teoria do domínio do fato é possível ao intérprete solucionar modernos problemas da criminalidade, como se dá no caso da autoria de escrivania (...) (CADERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ, 2017, n.p).

Pablo Alflen (2014, n.p) em contraponto ao entendimento da promotoria cearense, oportunamente nos deslinda que mesmo com a supradita reforma do Código Penal brasileiro não há a isenção da *teoria unitária*. Concordamos como os dizeres do Professor do Departamento de Ciências Penais, Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito – PPGDir na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Coordenador do Núcleo de Direito Penal Internacional e Comparado, e membro do Conselho Científico do CEDPAL na instituição Georg-August Universität Göttingen. Aludimos, desta maneira, não é correto moldarmos a *Teoria do Domínio do Fato* por mero desvario de nossos tribunais superiores, como apreciaremos nos tópicos seguintes.

Entre as supras fundamentações que nos foram expostas os fatores contrários a propagação da teoria aqui estudada são consideravelmente superiores aos favoráveis, pois, nosso Código Penal direcionado pelo Código Penal italiano é sim, incluso no *sistema unitário*, não somente pelo contexto histórico, mas pela vontade do legislador oriundo, mesmo possuindo diferenciação punitiva expressa entre a manifestação de autoria, coautoria e participe em face do artigo 29, 62 e até mesmo dispositivo 31, este último visa delimitar instigação e auxílio, o que na prática, assimila-se por equívoco ao agente descrito pela doutrina como partícipe.

Os critérios dogmáticos e codificados existem por alguma razão. Nosso ordenamento jurídico por vezes não é conexo, o que realmente é um erro, todavia, existem alegações que não podem ser ignoradas, por conseguinte, evitando inseguranças jurídicas e até mesmo ações ativistas em nossos tribunais, é desacautelado mencionarmos uma concepção assistemática de nosso Código Penal.

A faculdade dos magistrados em aplicar a devida punição observando a culpabilidade dos indivíduos interligados a atividade ilícita não é arguição para que o sistema penal vigente no Brasil seja completamente ignorado e forçado a adaptar-se a uma teoria não completar ao ideal proposto por este. Como já destacamos no *item 2.2* a integração descontextualizada gera confusão interpretativa, desse modo, enigmas hermenêuticos, risco

para os aplicadores do Direito, sendo assim, a mera fundamentação de “*sistema assistemático*” não construí embasamento para a *Teoria do Domínio do Fato* ser executada por nossos tribunais.

Após as apreciações supra podemos concluir que a pauta inclusão da *Teoria do Domínio do Fato* no Direito Penal do Brasil é controversa e extremamente recente para que consigamos determinar o nível da problemática, apesar disso, é viável indagarmos o desacerto da tal incorporação.

2. APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO ANTE AO DISPOSITIVO TIPIFICADO COMO CORRUPÇÃO.

2.1 Ação Penal 470, “*Mensalão*”: Condenação jurídica, política ou midiática?

Desarmonia entre o Ordenamento Jurídico brasileiro e a *Teoria do Domínio do Fato*.

A *Teoria do Domínio do Fato* tornou-se assunto notório no Brasil em virtude de seu aproveitamento ante a Ação Penal 470, *Mensalão*, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que deu-se início no fim do ano de 2006. Visando delimitar a autoria dos acusados sob a pretensão de *justiça histórica* (PEDRINA, 2013, n.p) o órgão judicial recorreu-se a fundamentação jurídica irregular, ao longo de algumas das oito mil páginas de processo, a qual denominou-se *Teoria do Domínio do Fato*.

Pablo Alflen (2014, n.p), evidencia que a Corte ao apropriar-se da teoria supracitada não estabeleceu informações hábeis a sustentar argumentação do “domínio do fato”. Na deliberação é perceptível que a função da *Teoria do Domínio do Fato*, somente se faz presente para que justifique a atribuição de responsabilidade, diante disso, a autoria no caso em ótica transformou-se em presumida. Como já elencamos, a simples posição superior em determinada organização não estipula autoria, tão pouco, condução de ações de terceiros.

Alflen (2014, n.p) ainda afirma que o Supremo Tribunal Federal, confunde-se ao afirmar que o detentor do “domínio final dos fatos” possui nível de culpabilidade, a expressão referida em nada corresponde a *Teoria do Domínio do Fato*, uma vez que está inteiramente conexa aos pensamentos welzelianos e não aos do alemão Claus Roxin, não é errôneo compreender que a confusão dogmática é hodierna ao destacar teorias distintas como correspondentes, ou como se únicas fossem.

O jurista Gustavo Mascarenhas Lacerda Pedrina, orientou a construção da obra *AP 470: análise da intervenção da mídia no julgamento do mensalão a partir de entrevistas com a defesa*, ano de 2013, publicada pela editora LiberAs. O trabalho conta com as entrevistas dos jurisconsultos Alberto Zacharias Toron, Antônio Carlos de Almeida Castro – Kakay, Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo, Arnaldo Malheiros Filho, Castellar Modesto Guimarães Neto, Délio Lins e Silva, Délio Lins e Silva Jr., Guilherme Alfredo Moraes Nostre, Gustavo Badaró, Haman Tabosa de Moraes e Córdova, Hermes Vilchez Guerrero, Inocêncio Martires Coelho, João dos Santos Gomes Filho, José Carlos Dias, Leonardo Issac Yarochevsky, Luciano Feldens, Luís Maximiliano Leal Telesca Mota, Luiz Fernando Pacheco, Luis Francisco Corrêa Barbosa, Marcelo Leonardo, Marcelo Luiz Ávilla de Bessa, Marivaldo de Castro Pereira, Maurício de Oliveira Campos Jr., Marthius Sávio Cavalcanti e Pierpaolo Cruz Bottini.

Adiante analisaremos os dizeres de alguns destes advogados, especificamente, dos advogados de João Paulo Cunha, Valdemar Costa Neto, dois dos réu que usufruíam de foro privilegiado, visando compreender se a argumentação de nossos Ministros sofreu influência midiática, ou se fora puramente técnico e Delúbio Soares de Castro, um dos focos a menção da *Teoria do Domínio do Fato*, tentando vasculhar o marco jurídico que o caso em matéria ocasionou no Direito do Brasil.

A Ação Penal 470, Minas Gerais, foi resultado da denúncia do Procurador-Geral da República, Antonio Fernando de Souza, a ação ficou conhecida como “*mensalão*”, esta obteve irrefutável visibilidade midiática, em especial os debates entre dois ministros eram mais enérgicos, por tal motivo, nos restringiremos ao estudo destes, destacavam-se o Ministro Joaquim Barbosa, este que manusearia a *Teoria do Domínio do Fato* e o Ministro Ricardo Lewandowski, contrário a argumentação do primeiro Ministro em proeminência. Gustavo Mascarenhas Lacerda Pedrina (2013, p. 31), nos dilucida que o julgamento da mencionada ação penal não foi meramente judicial, mas midiática e até mesmo política, como exemplo, na época

a revista *Veja* reportou ao Ministro Joaquim Barbosa a figura de *herói da nação*, em contrapartida, o Brasil desprezava o Ministro Ricardo Lewandowski.

Os ministros participavam de mais coletivas midiáticas do que os próprios advogados dos réus, não é exagero alegar que as frustrações populares defronte ao cenário político refletiam no posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF). Comprovando tal alegação, a Ação Penal 470 mesmo contendo somente três réus que gozando de foro privilegiado, Valdemar da Costa Neto, João Paulo Cunha e Pedro Henry e englobando ao todo 38 réus, entre estes 25 condenados, o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo não desmembramento da ação, logo, conforme Mascarenhas (2013, p.32), o Supremo carecia de demonstração de “efetividade ao povo brasileiro”(PEDRINA, 2013, p.32), mesmo que de maneira equivocada, dessarte, descontextualizou a *Teoria do Domínio do Fato*.

A ação *mensalão* foi o mais complexo caso de corrupção já julgado defronte ao nosso ordenamento jurídico, Gustavo Mascarenhas (2013, p 41) nos lembra que o assunto em pauta era interligado a desvios financeiros comunicáveis entre políticos, publicitários e banqueiros:

O sistema de compra de apoio político, nos termos da denúncia do Ministério Público Federal, demonstram alta complexibilidade e estruturação do esquema. Segundo o MPF, de uma maneira simplificada, bancos foram usados para a tomada de empréstimos falsos, por agência de publicidade com vínculos com o governo, cujo dinheiro se destinava a compra do apoio de parlamentares. Um fundo que tinha entre seus acionistas o Banco do Brasil, mas também os maiores bancos privados do país, teve seus recursos de publicidade desviados para as mesmas agências que transferiam os recursos para políticos” (PEDRINA, 2012, p.41).

Bruno Rocha Rabelo, ano de 2018, página 111, na já mencionada obra *A Teoria do Domínio do Fato e o autor imediato nos crimes contra a Administração Pública*, elucida que o Excelentíssimo Ministro Joaquim Barbosa em desfavor aos réus José Dirceu e Delúbio Soares, aplica a *Teoria do Domínio do Fato*, sobre pretexto de punir de maneira mais incisiva os agentes afeiçoados ao crime de formação de quadrilha, Lei n. 12.850/2013 e corrupção passiva, artigo 317 do Código Penal brasileiro:

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. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. DIVISÃO DE TAREFAS. OBEDIÊNCIA AO ARTIGO 41 DO CPP. EXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. O “ato de ofício” mencionando no tipo legal do art. 333 do Código Penal seria, no caso dos autos, principalmente o voto dos parlamentares acusados de corrupção passiva, além do apoio paralelo de outros funcionários públicos, que trabalhavam a serviço desses parlamentares. 2. As condutas tipificadas no artigo 333 do Código Penal, supostamente praticadas pelo 1.º, o 2.º, o 3.º, o 4.º, o 5.º, o 6.º, o 7.º, o 8.º, o 9.º e o 10.º 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. 3. Assim, o denominado “núcleo político partidário” teria interesse na compra do apoio político que criaria as condições para que o grupo que se sangrou majoritário nas eleições se perpetuasse no poder, ao passo que os denunciados do dito “núcleo publicitário” se beneficiaram de um percentual do numerário que seria entregue aos beneficiários finais do suposto esquema de repasse (STF. AP 470 MG).

Bruno Rocha Rabelo (2018, p. 113–114), apresenta o contraponto evidenciado pelo revisor da ação, Ministro Ricardo Lewandowski em relação ao aproveitamento da *Teoria do Domínio do Fato* pela Corte brasileira, cujo rejeita amplamente o emprego desta, acontecimento interposto durante a Sessão Plenária do dia 04 de outubro de 2012. O canal da plataforma digital *You Tube* denominado *STF*, subtítulo *Ação Penal 470 – 04/10/12 – (2/3)*, a começar da minutagem 41:52, detalha o voto do referido ministro:

Para finalizar Senhor Presidente, eu trago o depoimento insuspeito do próprio Claus Roxin, que foi fazer uma conferência inaugural na já famosa Universidade de Lucerna na Suíça, aliás, tive a honra e o privilégio de proferir uma palestra agora em maio, tanto na Universidade de Berna quanto na Lucerna, a convite do Governo Suíço, é um lugar onde se cultiva um pensamento crítico do direito, mas Claus Roxin, 40 anos depois de ter idealizado essa teoria, no ano de 1963, ele vai lá na Universidade de Lucerna, na aula inaugural porque essa Universidade é recém-criada, e diz o seguinte, começou a manifestar preocupação com o alcance indevido que alguns juristas e certas cortes de justiça, em especial o Supremo Tribunal Federal alemão, estariam dando a sua teoria, especialmente ao estendê-la a delitos econômicos ambientais, sem atentar que os pressupostos essenciais de sua aplicação que ele mesmo havia estabelecido, dentre os quais a fungibilidade dos membros da organização delituosa [...].

Nesse caso não há fungibilidade porque os réus são nominados, identificados, eles têm nome, RG, endereço, não há uma razão, a meu ver, para se aplicar a teoria domínio do fato. Não há porque nós não estamos em uma situação

excepcional, nós não estamos em Guerra, felizmente. Então Senhor Presidente, eu termino dizendo que não há provas e que essa teoria do domínio do fato nem mesmo se chamássemos Roxin poderia ser aplicada ao caso presente (STF. AP 470 MG).

Mascarenhas (2013, p. 47), nos familiariza com a ocorrência da aplicação da *Teoria do Domínio do Fato* do alemão Claus Roxin, ante a condenação do ex - governante do Peru, Alberto Kenya Fujimori, acusado de obter vínculo com as mortes de 25 pessoas que protestavam em desfavor ao seu governo, que sua vez perdurou do ano de 1990 a 2000. No caso em exame, a Corte Suprema peruana fundamenta a culpabilidade de Fujimori como autor mediato. O próprio Professor de Munique denunciou a assertiva aplicação da ciência jurídica germânica defronte a tal processo judicial, a decisão foi compatível com os quatro elementos fundamentais estipulados por Roxin, para que houvesse perfeita inserção da *Teoria do Domínio do Fato*, estes já elencados no decorrer de nosso estudo, a decisão conteve amparo jurídico e político, contudo em destaque a função jurisdicional (CAVAGNARI, BUSATO, 2017, n.p). Em contrapartida, tivemos no Brasil a controversa Ação Penal 470.

Mascarenhas (2013, p.47), observa que Roxin sabiamente associa alguns posicionamentos do Poder Judiciário, em âmbito internacional, ao constrangimento fornecido pela imprensa. Na Ação Penal 470, *mensalão*, a coerção da mídia adjacentes aos réus, magistrados e defensores envolvidos no caso transparece o desejo da imprensa diante do Supremo Tribunal Federal em consolidar rigidez em infrações afeiçoadas a corrupção. Diante disso, questionamos se deturpação da *Teoria do Domínio do Fato* não ocasionou uma condenação em teor político e midiático em maior grau que a jurídica, em nome de uma já citada “reparação histórica”.

Alberto Zacharias Toron, advogado do ribeirão-pretano João Paulo Cunha, ex-deputado pelo Partido dos Trabalhadores (PT), um dos agentes que possuía foro privilegiado, na época em seu terceiro mandato, forneceu uma entrevista a Gustavo Mascarenhas (2013, p. 53-60), nesta oportunidade, Toron, pondera que o Judiciário por vezes sucumbe aos anseios populares de a grande mídia, tratando-se, assim, de *um consenso extraprocessual para emparedar o Judiciário*. Ao ser questionado sobre a dogmática jurídica empregada por nossa Corte, o defensor afirma peremptoriamente que a maioria dos Ministros nitidamente buscava a condenação dos réus de diversas.

O advogado de Valdemar Costa Neto, ex-deputado federal pelo Partido Liberal (PL), réu acusado de corrupção passiva, artigo 317 do Código Penal, quadrinha, artigo 288 do

mesmo Código e lavagem de dinheiro, Lei n. 9.613/98 de 03 de março de 1998, assim como o já referido deputado João Paulo Cunha, concorda com as falas do advogado Alberto Zacharias Toron. Alegações que nos faz entender que o caso “mensalão” tornou-se maior que a aplicação do puro Direito (PEDRINA, 2013, p.217-222).

Arnaldo Malheiros Filho, advogado de Delúbio Soares, na época, tesoureiro do PT, portanto, responsável pelo assunto financeiro do partido, um dos réus interligados a execução da *Teoria do Domínio do Fato*, aponta que além do julgamento judicial, seu cliente sofreu julgamento midiático, pressão da opinião pública (PEDRINA, 2013, p.85-86), continua o criminalista (PEDRINA, 2013, p.89):

Eu acho que foi uma decisão tão fora da curva, para usar a expressão do Ministro Barros, que espero eu que ela não tenha grande importância. Espero que não se repita. Adotaram-se teorias enviesadas que podem ser perigosas para o direito à liberdade. Eu acho que isso não vai prevalecer. Provavelmente vai ficar no ponto fora da curva de que falou o Ministro Barroso.

Ao ser questionado por Mascarenhas Lacerda (2013, p. 90), sobre o uso da *Teoria do Domínio do Fato* pela Procuradoria e Ministros, Arnaldo Malheiros Filho, é contido e pontual: “Não se aplica ao meu caso” É valoroso ressaltar que concordamos com este posicionamento do advogado, como demonstramos no decorrer de nosso trabalho.

O jurista Malheiros, alega que mesmo a decisão sendo técnica, a opinião pública, e a da imprensa nitidamente sugestionou na postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Aqui não nos faz pertinência adentrar nas acusações e linha de defesa, o réu declarou-se culpado pelo “caixa dois de campanha”, somente nos concerne deslindar se a condenação não obteve fundamentação incoerente e se esta não abriria precedentes de instabilidade jurídica, o que fato ocorreu, tendo em vista, que não foi a última vez que tribunais superiores brasileiros adotariam a *Teoria do Domínio do Fato*.

Nos é possível compreender que a *Teoria do Domínio do Fato*, foi alicerce para uma condenação que ocorreria ao abrigo do nosso ordenamento jurídico, considerando as penalidades de “caixa 2”, Lei n. 8.137/90, de 27 de dezembro de 1990, e corrupção ativa, dispositivo 333 do Código Penal brasileiro. Voltamos a evidenciar que não nos atreveremos a questionar se o réu em pauta é ou não inocente, nosso objetivo é genuína compreensão da aplicação desacertada da *Teoria do Domínio do Fato*.

Inferimos que toda a Ação Penal 470 possui peculiaridades e inconsistências arrazoadas, observando os discursos dos advogados aludidos algumas colocações são compatíveis e pertinentes, estas, em relação a cominação da imprensa e anseios populares, findamos assim que o assunto “mensalão” é em todo, complexo, sendo assim, nos restringimos a compreensão de que o julgamento buscava uma condenação exemplar, quase a todo custo, pois, todo o país observava o Supremo Tribunal Federal, não averiguando a tipicidade do Código Penal, mas unicamente a *Teoria do Domínio do Fato*, utilizada de maneira descontextualizada obtemos uma negativa supressa, dando a captar que sua execução foi uma arguição exagerada, equivocada, desarmônica e desnecessária.

2.2 Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000, “Operação Lava-Jato”: Errônea imputação da Teoria do Domínio do Fato defronte ao ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Em julho de 2017, nosso ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, governante filiado ao Partido dos Trabalhadores, mandato em 1º de janeiro de 2003 à 1º de janeiro de 2011, fora penalizado em tribunal singular, 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba – Estado do Paraná, a 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, sob as acusações de associação o núcleo do tipo de corrupção passiva, artigo 317 do Código Penal do Brasil e lavagem de dinheiro, Lei n. 9.613/98, o objeto sondado era um apartamento *triplex*, situado no litoral paulista, precisamente na cidade de Guarujá, a propina era agregada a situação benevolente e privilegiada ante a empresa de economia mista Petróleo Brasileiro S.A, popularmente conhecida como Petrobras.

Após a condenação a defesa, os advogados, Cristiano Zanin Martins, Manoel Caetano Ferreira Filho e Ana Paola Hiromi Ito, interpelaram Apelação Criminal, a qual analisaremos o voto do Desembargador Relator João Pedro Gebran Neto, cujo empregou a *Teoria do Domínio do Fato*. É primordial elencar que não questionamos o conjunto de argumentações presentes no processo 5046512-94.2016.4.04.7000, este em segredo de justiça, mas exclusivamente a teoria alemã aperfeiçoada por Claus Roxin.

O Desembargador João Pedro Gebran, ao fundamentar a conexão entre Lula e o fornecimento de vantagens para alguns empresários, neste caso, a empreiteiros participantes da empresa Odebrecht, frente a Petrobrás, página 301 voto do relator, refere-se ao fato de que este nomeou os agentes públicos responsáveis pela anunciada empresa petrolífera. O togado fez referência ao voto da Ministra Rosa Weber, proferido na estudada por nós, Ação Penal nº470/STF, a respeitável Ministra elucida a aplicação da Teoria Monista, esta explanada no artigo 29 de nosso Código Penal, todavia, não se restringe a ela, fazendo menção a *Teoria do Domínio do Fato*, a jurista insinua que ambas podem se complementar, consequentemente induzindo a concepção do Desembargador:

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. Ensina Raul Cervini:

'Por consiguiente, para la imputación es decisivo el dominio por organización del hombre de atrás. Su autoría mediata termina solo em aquel punto en el que 'faltan los presupuestos precisamente en esse dominio por organización' (El Derecho Penal de La Empresa Desde Una Visión Garantista, Ed. Bdef, Montevideo, 2005, p. 145).

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. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria. Volta-se ao magistério do uruguaio Raul Cervini:

'En ese caso, el ejecutor es un mero instrumento ciego Del hombre de atrás y, entonces parece posible imputar la autoría mediata a éste.' (ob. cit. p. 146)

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. Isso, como se viu, não se aplica aos auxiliares cujo comportamento em nível de colaboração tem de ser esclarecido na peça inicial do acusador. Na hipótese sub judice, é de clareza meridiana o que a denúncia atribui ao Banco Rural, especificando todo o roteiro das atuações no sentido de desacatar as regras exigíveis no tráfico regular das operações bancárias, de modo a tipificar o crime de gestão fraudulenta. Presumidamente, aos detentores do controle das atividades do Banco Rural, conforme dispõe o ato institucional da pessoa jurídica, há de se imputar a decisão (ação final) do crime (..)

(..) Essa resolução consciente e conjunta partiu, na espécie, da direção do Banco Rural, como atesta a prova colhida. Não subsiste, pois, o argumento de que omissa a denúncia, a prejudicar a defesa. Aliás, pelos termos em que vazadas as alegações finais, denunciado algum deixou de saber com exatidão do que estava sendo acusado. A denúncia é clara quanto ao conjunto de fatos dos autores individuais e a responsabilidade pelas ações delituosas empresariais, o que se mostra suficiente ao exercício da ampla defesa. (VOTO RELATOR JOÃO PEDRO GEBRAN, 2018, p. 302-304).

O magistrado João Pedro Gebran, continua a arguição que ocasionaria o endurecimento de sanção interposta pela 1ª instância, possibilidade que se originou do desejo do Ministério Público Federal, já que o mesmo também apelara sobre a pena estabelecida pelo juiz singular Sérgio Moro, diante disto, parafraseia os discursos de Aníbal Bruno:

Em linhas gerais, o principal vetor é a culpabilidade. Ou, nas palavras de Aníbal Bruno, é natural que a grandeza da culpabilidade venha a ser um dos dados mais influentes da mensuração da pena (Direito Penal, t. III, Forense, 1984, p. 156), e isto não se modificou com a adoção da teoria finalista da ação. (VOTO RELATOR JOÃO PEDRO GEBRAN, 2018, p. 363).

Compreendemos após admirarmos conceitos confusos e desordenados, que não há pertinência na aplicação da *Teoria do Domínio do Fato* diante do crime de corrupção, dado que, a indicação do núcleo do tipo, corrupção passiva, artigo já citado, era suficiente para que o Ex-presidente petista fosse condenado: “Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem

indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”, desta forma, a necessidade do uso de uma teoria roxialiana, já delimitada por nós como sendo incompatível junto ao nosso ordenamento jurídico torna-se novamente fantasiosa.

Consideramos que a *Teoria do Domínio do Fato* quando aplicada a casos de corrupção, ênfase na corrupção passiva, desrespeita a construção jurídica convencionalizada por Claus Roxin, visto que, o tipo penal em exame é personalíssimo, característica contrária um dos requisitos estipulados pelo alemão, este que constantemente frisamos em nosso trabalho, a fungibilidade dos agentes, pois, os cargos públicos não podem ser ocupados por qualquer terceiro, eles são nominais, portanto, não há maneira para que qualquer indivíduo cometa tal ilícito, o funcionário público não pode ser arbitrariamente substituído, como já salientava o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto na Ação Penal 470, *mensalão*, item 3.1.

Claus Roxin, no ano de 2012, concebeu uma entrevista ao Jornal Folha de São Paulo, notadamente aos jornalistas Cristina Grillo e Denise Menche, na circunstância, lhe foi perguntado sobre o aproveitamento da *Teoria do Domínio do Fato* perante ao posto público hierarquicamente superior, sua resposta foi decisiva para que soubéssemos que nossa idealização segue uma vertente correta:

A pessoa que ocupa a posição no topo de uma organização tem também que ter comandado esse fato, emitido uma ordem. Isso seria um mau uso. [...] A posição hierárquica não fundamenta, sob nenhuma circunstância, o domínio do fato. O mero ter que saber não basta (FOLHA DE SÃO PAULO, 2012. n.p).

O enigmático processo “*Operação Lava-Jato*”, tal como o “*mensalão*”, contém cunho político, visto que um dos réus não só é ex-chefe do Poder Executivo, como na época era novamente candidato a presidência da República Federativa do Brasil, eleições findadas no ano de 2018, conquanto, diferentemente da Ação Penal 470, a *Teoria do Domínio do Fato* não foi uma das motivações principais para que Luiz Inácio Lula da Silva tivesse preservada a sua condenação (VOTO RELATOR JOÃO PEDRO GEBRAN, 2018 p. 412) e pena reformada para 12 (doze) anos e 01(um) mês, em regime inicial fechada e 280 dias-multa (duzentos e oito), de 5 (cinco) salários mínimos vigentes no momento do fato criminoso (VOTO RELATOR JOÃO PEDRO GEBRAN, 2018 p. 413), na medida em que o Desembargador condiciona seu voto aos crimes de lavagem de dinheiro e corrupção passiva, revalidando a superfluidade da execução da *Teoria do Domínio do Fato*.

CONCLUSÃO

Nosso confuso Código do Império não determinava diferencia alguma na partição de execução criminosa, este meramente imputava autoria, sem muito preocupar-se com modos de infração diversos dessa, como a coautoria, desse modo, tanto o Direito germânico, quanto o brasileiro, não solidificam uma maneira de designar punibilidade a todos os infratores envolvidos no ato. Logo, analisando tal complexibilidade o *sistema unitário* é absorvido por alguns contextos jurídicos, indagando o legislador brasileiro uma solução.

O contratempo aqui é a impossibilidade de distinção entre as ações de partícipes, autores e coautores, todavia, buscando particularizar as penas, o Código Penal brasileiro, como já referido, unitário, modula traços diferenciadores, assim, convertendo incontestável a nosso ordenamento criminal a uma adaptação inadequada de ideais dissemelhantes, não contente, variamos outro ideal oriundo da Alemanha a um cenário brasileiro com a adoção da *Teoria do Domínio do Fato*. O *sistema unitário de autor* “diferenciado” ainda não era o suficiente, assim, os legalistas nacionais ajustaram a *teoria restritiva*, a nossa ordenação, esta que nada mais é uma escarrada transcrição do conceito unitário sob influxo da dosimetria de pena pela culpabilidade.

Ficam evidentes as lacunas presentes nas teorias perfilhadas pelo Brasil, motivo pelo qual nossos tribunais passaram a se interessar pela teoria de Roxin, contudo, como elencamos no desenvolvimento de nossa monografia, a *Teoria do Domínio do Fato* não é compatível como nosso complexo sistema penal. O dispositivo 62 do CP, expõe diferenciação de pena de acordo com a conduta do agente, mas não elimina a essência unitária deste.

Observando supra artigo é que os magistrados visam emplacar a *Teoria do Domínio do Fato*, especificamente, a mera posição hierárquica política. Claus salienta que a *Teoria do Domínio do Fato* é delicada e não pode ser aplicada levemente, esta não é compatível com sistemas que viabilizam somente um tratamento solvente para diversas modalidades de autoria, esta deve estar em contexto fungível, jamais ocasionando insegurança jurídica, tudo o que os tribunais brasileiros não apreciaram ao aplicar a teoria.

O lapso temporal entre 2014 e 2018 foi determinante para que nossas Cortes estabelecessem vínculo entre a *Teoria do Domínio do Fato* e transgressões penais praticadas por múltiplos agentes, em específico, sob a tipicidade de corrupção. O procedimento visa imputar rigidez a aqueles que diretamente estão relacionados a Administração Pública. Alguns juristas brasileiros observando a peculiaridade dos artigos 29 e 62 do CP, acreditam que a reforma no Código Penal de 1984 gerou a migração do Direito Criminal obediente à teoria monista para a teoria restritiva, como já explorado no curso de nosso trabalho, o primeiro adapta-se ao *sistema unitário*, uma punição única para todos os envolvidos, já a segunda, pode ser entendida como uma maneira de diferenciação entre a punibilidade aplicada de acordo com a conduta executada, neste caso, a *Teoria do Domínio Fato* não conteria demais objeções ante aos nossos magistrados.

Depois de analisarmos ambas as argumentações, conseguimos concluir que a reforma no Código Penal, elaborada de maneira superficial, não descaracterizou o âmago do *sistema unitário*, mesmo que haja discriminações de penas conforme a ação de terceiros, esta foi uma de dessas principais preocupações em nosso discurso, elucidar a presença do *sistema unitário* no Direito nacional. Acreditando não existir problemática em empregar a incompatível *Teoria do Domínio do Fato*, dois julgamentos vangloriam-se no cenário jurídico brasileiro, a Ação Penal 470, “*mensalão*”, intrínseco a manifestação do togado em relação ao réu José Dirceu e o processo 5046512-94.2016.4.04.7000, “*Operação Lava-Jato*”, alarde para o voto proferido em desfavor ao ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, as ações não são plenamente semelhantes, tão pouco, as arguições utilizadas, sem embargo, uma característica sobressai-se, o crime de corrupção passiva.

Uma das exigências de Claus Roxin para que sua teoria seja adotada é a presença de fungibilidade, a substituição fácil de um indivíduo por um terceiro qualquer, nada obstante, agentes vinculados a Administração Pública não dispõem de tais propriedades. O primeiro caso pautasse basicamente na *Teoria do Domínio do Fato* para obter condenação, nos dando a entender que a determinação do crime no pensamento de nossos julgadores deveria ocorrer de qualquer modo, não importando o qual. O Segundo caso não possuía a necessidade de uso da dita teoria, pois, o artigo 317 do Código Penal brasileiro, mostra-se o suficiente para apontar a pena pretendida.

O Poder Judiciário aparentemente deseja enrijecer as consequências para o sujeito público mais do que enquadrar o fato ao nosso ordenamento jurídico vigente. Por fim, conclui-se, além da incompatibilidade entre nosso sistema penal e a *Teoria do Domínio do Fato*, sua

implementação de maneira descontextualizada e desarmônica, causa sensação de insegurança jurídica para qualquer ser que atue na organização do país, a simples posição hierárquica.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ARARUNA, Rangel. B. **Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará: A Teoria do Domínio do Fato e sua Adoção no Brasil**. Ano I. nº I. vol. 2, 2017.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 mai, 2020.

BRASIL. Lei nº 2.889. de 01º de outubro de 1956. Define e pune o crime de genocídio. **Diário Oficial da União**, Brasília, 02 out. 1956. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2889.htm>. Acesso em: 25 mai, 2020.

BRASIL. Lei nº 9.613. de 3 de março de 1998. Dispõe obre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 mar 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 25 mai, 2020.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei 9.034, de 03 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 20 jan, 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator: João Pedro Gebran Neto. **Processo nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-relator-lula-trf4.pdf>>. Acesso em: 20 jan, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n.º8, jan./dez. 2009.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BUSATO, Paulo C, CAVAGNARI, Rodrigo. **A Teoria do Domínio do Fato e o Código Penal Brasileiro**. Revista Delictae, v.2, nº2, jan/jun, 2017

FOLHA DE SÃO PAULO. São Pulo: **Grupo Folha**, 2012, <https://www1.folha.uol.com.br/paywall/signup.shtml?https://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/77459-participacao-no-comando-de-esquema-tem-de-ser-provada.shtml>> Acesso em: 20 jan, 2022.

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

GRECO, Luís; et alii. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons. 2014.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **Claus Roxin, 80 anos**. In: Revista Liberdades nº7, mai/ago 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. IV. Niterói. Impetus, 2011.

JERÓNIMO Patrícia. **Lições de Direito Comparado**. Braga. *ELSA UMinho*, 2015.

JESUS, Damásio de. **Código penal anotado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

MENDES, Gilmar.M, BRANCO, Paulo, G.G. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

OVÍDIO, Francisco. **Aspectos do direito comparado**. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, v.79, 1984.

PEDRINA, Gustavo. M. L. **AP 470: análise da intervenção da mídia no julgamento do mensalão a partir de entrevistas com a defesa**. São Paulo: LiberArs, 2013.

RABELO, Bruno Rocha. **A teoria do domínio e o autor imediato nos crimes contra a administração público**. 1.ed. Curitiba: Appris, 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROXIN, Claus. **Autoría y domínio del decho en derecho penal**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo.

SASSOON, Donald. **Mussolini e a ascensão do fascismo**. Trad. De Clovis Marques. São Paulo: Agir, 2009, 200 p., ISBN 852200806x.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. ALAJIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. ***Direito penal brasileiro***, vol. 2, Rio de Janeiro. Revan, 2017.

Submetido em 10.05.2022

Aceito em 10.11.2022