



PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RODRIGO TELES DE OLIVEIRA

**A HISTORICIDADE DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO:
sua (in)aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, em especial na
identificação da autoria nos crimes omissivos**

**RECIFE
2017**

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ – FADIC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RODRIGO TELES DE OLIVEIRA

**A HISTORICIDADE DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO:
sua (in)aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, em especial na
identificação da autoria nos crimes omissivos**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã - FADIC como requisito parcial para a obtenção do título de **Mestre em Direito**.

Área de concentração: **História do Pensamento Jurídico**

Linha de pesquisa: **História das Ideias Penais**

Orientador: **Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira**

Coorientador: **Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo**

**RECIFE
2017**

RESUMO

Após a sua aplicação no julgamento da Ação Penal 470/MG, do Supremo Tribunal Federal – STF, mais conhecida como o “Caso do mensalão”, a teoria do domínio do fato ganhou amplo destaque no ordenamento jurídico-criminal brasileiro, mormente por ser uma teoria recentemente desenvolvida, na primeira metade do século XX, e utilizada como forma de identificar os responsáveis criminais em um processo de grande repercussão no Brasil, principalmente, em razão dos agentes envolvidos. Desta forma, observada a proeminência que a presente teoria tem ganhado em solo brasileiro, mais do que um estudo acerca da teoria desenvolvida na Alemanha, o presente trabalho tem como principal objetivo, a partir da análise das principais teorias desenvolvidas sobre a autoria, construídas com o fito de identificar e delimitar a figura do autor delituoso, o estudo acerca da possibilidade, ou não, da aplicação das teorias do domínio do fato na prática dos delitos omissivos. Nesta senda, para realizar esse exame, foi necessário, após o estudo do que realmente consiste as teorias do domínio do fato, a análise dos próprios tipos penais de omissão, para, então, estudar acerca da viabilidade prática da aplicação desta teoria nestas espécies de crimes. Para tanto, foi necessário o levantamento de fontes bibliográficas em livros e artigos que tratem acerca das teorias de autor desenvolvidas com fulcro a identificar e delimitar a figura do autor delituoso, com foco nas teorias do domínio sobre o fato e seus desdobramentos, bem como em obras que realizaram um estudo acerca dos delitos de omissão, em julgados e em legislações nacionais e estrangeiras. Assim, busca-se compreender, por meio do método hipotético-dedutivo, através dos aspectos doutrinários, normativos e jurisprudenciais, se é possível a utilização das teorias do domínio do fato para a identificação da figura do autor e dos seus partícipes na prática de um crime de omissão, seja esse ilícito uma omissão própria ou imprópria. Desta forma, após todo o estudo realizado, ficou mais fácil compreender que as teorias do domínio do fato até então existentes são incompatíveis tanto na identificação do autor nos crimes omissivos, quanto em relação ao critério de autor e partícipe adotado pelo Brasil.

Palavras-chave: Teoria do Domínio do Fato. Concurso de Pessoas. Autoria. Participação. Crimes Omissivos. Omissão.

ABSTRACT

After application in the trial of Criminal Action 470/MG, from the Supreme Court – STF, better known as the “Caso do mensalão”, the domain of the fact theory has gained wide prominence in the Brazilian legal and criminal system, especially for being a theory recently developed, in the first half of the twentieth century, and used as a way of identifying criminal charge in a high-profile case in Brazil, mainly due to the agents involved. Thus, considering the prominence that this theory has gained on Brazilian soil, more than a study of the theory developed in Germany, the present work has as main objective, based on the analysis of the main theories developed about the authorship, built with the aim to identify and delineate the figure of the criminal author, the study on the possibility, or not, of the application of the domain of fact theory in practice of the omissive crimes. In this vein, to carry out this examination, it was necessary, after the study of what really is the domain of fact theory, analysis of the criminals types on the omissive crimes, to then study about the practical feasibility of the application of this theory in these species crimes. Therefore, it was necessary to survey literature sources in books and articles dealing about the author’s theories developed with fulcrum to identify and delineate the figure of the criminal author, focusing on the domain of the fact theory and its consequences, as well as works that conducted a study about the crimes of omission and decided cases and on national and international legislation. Thus, seek to understand, through the hypothetical-deductive method, by a doctrinal, normative and jurisprudential aspects, if the identification of the author's figure and its participants on the practice of a crime of omission is possible, whether it be a proper omission or improper. Thus, after the whole study, it became easier to understand that the theories of the domain of fact that exist until now are incompatible both in the identification of the author in the omissive crimes and in relation to the criterion adopted by Brazil to discover who is the author and the participant in a crime.

Keywords: *Domain of the Fact Theory. Persons Criminally Liable. Authorship. Participation. Omissive Crimes. Omission.*

ASTRATTO

Dopo l'applicazione nel processo dell'Azione Penale 470/MG, dalla Corte Suprema – STF, meglio conosciuta come il “Caso do mensalão”, la teoria del dominio del fatto ha guadagnato un'ampia prominenza nel sistema giuridico penale brasiliano, in particolare per essere una teoria recentemente sviluppata, nella prima metà del ventesimo secolo, e utilizzata come un modo per identificare il responsabile penale in un caso di alto profilo in Brasile, principalmente dato gli agenti coinvolti. Quindi, tenendo conto della prominenza che questa teoria ha acquisito qui in Brasile, più che uno studio della teoria sviluppato in Germania, il presente lavoro ha come obiettivo principale, basato sull'analisi delle principali teorie sviluppate sul fatto del reato, costruite con l'obiettivo di identificare e delineare la figura dell'autore criminale, lo studio sulla possibilità o meno dell'applicazione della teoria del dominio del fatto in pratica dei crimini omissivi. In questo modo, per eseguire questo esame, è stato necessario, dopo lo studio di ciò che è veramente la teoria del dominio di fatto, l'analisi dei tipi criminali sui crimini omissivi, per poi studiare la fattibilità pratica dell'applicazione di questa teoria in queste specie crimini. Pertanto, è stato necessario esaminare le fonti di letteratura in libri e articoli che trattano le teorie dell'autore sviluppate con fulcro per identificare e delineare la figura dell'autore criminale, concentrandosi sulla teoria del dominio del fatto e le sue conseguenze, nonché le opere condotte uno studio sui crimini di omissione, sui casi decisi e sulla legislazione nazionale e internazionale. Pertanto, si cerca di capire, attraverso il metodo ipotetico-deduttivo così come degli aspetti dottrinali, normativi e giuridici se l'identificazione della figura dell'autore e dei suoi partecipanti sulla pratica di un reato di omissione è possibile, sia che sia una omissione propria o impropria. Così, dopo tutto lo studio, è diventato più facile capire che le teorie del dominio di fatto esistenti finora sono incompatibili sia nell'identificazione dell'autore nei crimini omissivi sia in relazione al criterio adottato dal Brasile per scoprire chi è l'autore e il partecipante in un delitto.

Parole chiave: Teoria del Dominio del Fatto. Concorso di Persone. L'attore del Reato. Partecipazione. Crimini Omissivi. Omissione.

RESUMEN

Después de su aplicación en el juicio de la Acción Penal 470/MG, del Supremo Tribunal Federal - STF, más conocida como el "Caso do mensalão", la teoría del dominio del hecho ganó un amplio destaque en el ordenamiento jurídico-criminal brasileño, principalmente por ser una teoría recientemente desarrollada, en la primera mitad del siglo XX, y utilizada como forma de identificar los responsables criminales en un proceso de gran repercusión en Brasil, principalmente, en razón de los agentes involucrados. Así, observada la prominencia que la presente teoría ha ganado en suelo brasileño, más que un estudio acerca de la teoría desarrollada en Alemania, el presente trabajo tiene como principal objetivo, basado en el análisis de las principales teorías desarrolladas sobre la autoría, construidas con el objetivo de identificar y delinear la figura del autor criminal, el estudio sobre la posibilidad, o no, de la aplicación de las teorías del dominio del hecho en la práctica de los delitos omisivos. En este sentido, para realizar este examen, fue necesario, después del estudio de lo que realmente consiste las teorías del dominio del hecho, el análisis de los propios tipos penales de omisión, para entonces estudiar sobre la viabilidad práctica de la aplicación de esta teoría en estas especies crímenes. Para ello, fue necesario el levantamiento de fuentes bibliográficas en libros y artículos que traten acerca de las teorías de autor desarrolladas con fulcro a identificar y delimitar la figura del autor delictivo, con foco en las teorías del dominio sobre el hecho y sus desdoblamientos, así como en obras que realizaron un estudio sobre los delitos de omisión, en juzgados y en legislaciones nacionales y extranjeras. Así, se busca comprender, por medio del método hipotético-deductivo, a través de los aspectos doctrinarios, normativos y jurisprudenciales, si la identificación de la figura del autor y sus participantes en la práctica de un crimen de omisión es posible, sea ese ilícito una omisión propia o impropia. De esta forma, después de todo el estudio realizado, se hizo más fácil comprender que las teorías del dominio del hecho hasta entonces existentes son incompatibles tanto en la identificación del autor en los delitos omisivos, como en relación al criterio de autor y partícipe adoptado por Brasil.

Palabras clave: *Teoría del Dominio del Hecho. Concurso de Personas. Autoría. Participación. Crímenes Omisivos. Omisión.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: O PONTO DE PARTIDA DA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL: A IDENTIFICAÇÃO DO AUTOR DELITUOSO NOS CRIMES OMISSIVOS E AS TEORIAS DO DOMÍNIO DO FATO	12
1. A TRAJETÓRIA DA AUTORIA E PARTICIPAÇÃO E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	18
1.1 O causalismo como critério de identificação do autor: A distinção entre causa e condição	22
1.2 A extensibilidade do conceito de autor por meio da análise do <i>animus</i> do agente	24
1.3 O critério objetivo como elemento caracterizador do conceito restritivo de autor	33
1.3.1 A identificação da autoria pela análise da realização do verbo-núcleo do tipo penal e a necessidade de uma norma de extensão para a responsabilização criminal dos partícipes	35
1.3.2 A mensuração da contribuição da conduta do agente como critério delimitador entre o autor e o partícipe: O abandono da Teoria da Equivalência das condições causais?	39
1.4 A indistinção da figura do autor e do partícipe no concurso de pessoa	42
1.5 O critério adotado pelo ordenamento jurídico-criminal brasileiro: O conceito <i>sui generis</i>	46
2. A CONSTRUÇÃO EPISTEMOLÓGICA DAS TEORIAS DO DOMÍNIO DO FATO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: SUA FALSA COMPREENSÃO E SUA (DES)LINEARIDADE HISTÓRICA	54
2.1 Os primeiros passos da identificação da figura delituosa com base em um domínio sobre o fato: O critério de fundamentação de uma ação finalista	58
2.1.1 O agente criminoso como senhor de todo o acontecer típico: O domínio final do fato como pressuposto geral para a identificação da figura do autor delituoso	63
2.1.2 A posse do domínio final do fato em conjunto com outrem: Os pressupostos para a coautoria	67
2.1.3 O domínio final do fato nos crimes praticados por meio de um instrumento: A questão da autoria mediata	71

2.2	O possuir nas mãos o curso do acontecer típico como critério hábil a imputar o domínio de um ato	75
2.3	Um olhar funcionalista sobre a questão do domínio do fato: A adoção de um critério normativo em uma conceituação tripartida	81
2.3.1	<i>A execução direta de um tipo penal por meio do domínio da ação própria</i>	<i>86</i>
2.3.2	<i>A utilização de um agente instrumentalizado pelo domínio da vontade na autoria mediata</i>	<i>89</i>
2.3.3	<i>A coautoria como domínio funcional</i>	<i>96</i>
2.4	Uma discussão historicamente teórica com consequências prática: O domínio do fato <i>lato sensu</i> na jurisprudência brasileira	100
2.4.1	<i>A memorável Ação Penal nº 470/MG do STF: O caso do Mensalão e a aplicação inadvertida das teorias do domínio do fato</i>	<i>104</i>
3.	A CONSTRUÇÃO DA FIGURA DO AUTOR NOS CRIMES PRATICADOS POR MEIO DE UMA OMISSÃO	108
3.1	Os delitos cometidos por um mero deixar de fazer o que exige o ordenamento jurídico	119
3.1.1	<i>A figura do autor delituoso diante de um crime omissivo próprio e o dever genérico de cuidado</i>	<i>122</i>
3.1.2	<i>A (im)possibilidade de tentativa nos crimes praticados por meio de uma omissão própria</i>	<i>125</i>
3.2	As infrações delituosas cujo o resultado só se consuma com a superveniência de um resultado naturalístico: O fazer por um deixar de fazer	128
3.2.1	<i>O agente criminoso nos crimes impróprios de omissão: A posição de garante.....</i>	<i>134</i>
3.2.2	<i>A (im)possibilidade de tentativa nos crimes omissivos impróprios</i>	<i>141</i>
3.3	Os crimes omissivos à luz da teoria do domínio do fato <i>lato sensu</i>	145
3.4	Os efeitos práticos em um passado recente: A responsabilização criminal na Ação Penal nº 470/MG, do STF, pela prática de um delito omissivo	150
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS: A APLICAÇÃO DE FORMA FORÇADA DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO <i>LATO SENSU</i> NO BRASIL, SUBRETUDO NOS CRIMES OMISSIVOS, COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DE UMA INSEGURANÇA JURÍDICA	155
	REFERÊNCIAS	163

INTRODUÇÃO: O PONTO DE PARTIDA DA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL: A IDENTIFICAÇÃO DO AUTOR DELITUOSO NOS CRIMES OMISSIVOS E AS TEORIAS DO DOMÍNIO DO FATO

O estudo da autoria no Direito Penal é um dos elementos mais importantes de toda a dogmática criminal, sobretudo porque é por meio deste instituto que se analisará quem sofrerá a responsabilização penal por determinado ato. Ou seja, com a identificação da figura do autor na prática de um fato tido como crime é que será individualizada e, de certa forma, ganhará concretude a sanção penal. Logo, os institutos da autoria e da participação estão voltados não somente à identificação daqueles que deverão sofrer as consequências do Direito Penal, mas também na interpretação de como eles devem ser considerados diante do fato típico em si.

Falar em Direito Penal, antes de qualquer coisa, é falar de violência. Isto porque, a resposta do Direito Penal a um crime – externada por meio da pena – será tão proporcional quanto a violência aplicada quando do crime praticado. Tanto o ilícito quanto a sanção penal são formas de danos, assim como afirmam Hassemer e Muñoz Conde¹, razão pela qual não é possível conceber o Direito Penal sem a concepção de violação ou supressão de Direitos. Por este motivo que é tão importante identificar o indivíduo que deverá ser criminalmente responsabilizado, com a supressão de algum direito, como a liberdade ou o patrimônio, nos casos de pena pecuniária, justamente porque este quem deverá ser alvo da violência estatal como consequência de seu ato ilícito.

Desta forma, visualizada a importância desses institutos – autoria e participação –, várias teorias foram desenvolvidas com a finalidade de melhor identificar e delimitar a figura do autor em razão da figura do partícipe. Por este motivo, tornar-se-á imprescindível fazer um estudo dessas principais teorias desenvolvidas, buscando compreender todas as

¹ HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valência: Tirant lo blanch, 1989, p. 20.

suas particularidades e complexidades, sem buscar, para tanto, fazer um juízo de valor entre elas. Ou seja, após identificadas as principais teorias existentes que corroboram para a identificação e delimitação da figura do autor delituoso, não se irá discutir qual dessas é melhor do que a outra, mas somente tentará compreender suas particularidades e as críticas existentes a cada teoria.

Dentre as principais teorias, desenvolvidas com a finalidade de delimitar a figura do autor e do partícipe, o presente trabalho tentará apontar acerca da possibilidade da aplicação das teorias do Domínio do Fato não apenas no ordenamento jurídico-criminal brasileiro, mas na identificação do autor nos crimes omissivos. Essa necessidade de perquirir acerca da possibilidade da aplicação desta teoria em solo pátrio e na identificação do autor nos crimes cometidos por meio de uma omissão se dá pela constatação fática de que a jurisprudência pátria vem aplicando, de maneira implícita, em seus julgados, as Teorias do Domínio do Fato para fundamentar a identificação e a delimitação da autoria nos crimes omissivos, de forma que essa aplicação, a princípio inadequada, ganhou maior evidência e repercussão após o julgamento da Ação Penal 470/MG de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Mais do que isso, movido pela dúvida acerca da compatibilidade normativa da Teoria do Domínio do Fato *Lato Sensu* no ordenamento jurídico brasileiro e com os crimes omissivos e baseado na ideia, preconcebida, acerca da sua inaplicabilidade no Brasil, em especial na identificação da autoria nos crimes omissivos, vislumbrou-se como necessário a realização de um estudo histórico-filosófico acerca não apenas dos institutos da autoria e da participação, mas também dos crimes omissivos.

Desta maneira, antes de confrontar a Teoria do Domínio do Fato *Lato Sensu* com o ordenamento jurídico-criminal brasileiro, buscando compreender acerca da sua compatibilidade no Brasil, demonstra-se como sendo mais prudente a realização da análise

das principais teorias constituídas que visam a identificação do autor e do partícipe na empreitada delituosa, indagando sobre suas bases e fundamentos, buscando compreender todas particularidades e críticas existentes a cada uma.

O conhecimento das principais teorias até então construídas com vistas a uma ideal delimitação da figura do autor e do partícipe só foi possibilitada após a realização de vasta pesquisa bibliográfica que, antes de qualquer coisa, viabilizou compreender, não somente como deve ser realizada a punibilidade do agente conforme a teoria adotada, mas também, por meio de uma análise das críticas doutrinárias existentes para cada teoria, as consequências e deficiências práticas que cada um desses estudos possuem no caso concreto, buscando assimilar como uma teoria buscou sanar as falhas da outra.

Depois disto tudo e apoiado em um estudo aprofundado das principais normas criminais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro será possível identificar qual a teoria do autor e do partícipe que o atual Código Penal Brasileiro e suas leis extravagantes adotam. Ou seja, de uma forma crítica, consubstanciado em tudo que foi analisado, buscar-se-á identificar qual a teoria do autor e do partícipe adotada pelo legislador pátrio, procurando conhecer, para isso, como a figura do autor e do partícipe se apresenta no hodierno *codex* criminal brasileiro.

Após a verificação do sistema adotado pelo Código Penal Brasileiro, a presente pesquisa irá fazer uma análise da teoria alemã concebida, equivocadamente, por muitos como sendo uma teoria criada por Hans Welzel e desenvolvida, posteriormente, por Claus Roxin, a Teoria do Domínio do Fato. Teoria esta que já vinha sendo utilizada, mesmo que de forma paulatina, pelos tribunais brasileiros antes mesmo de ganhar amplo destaque no cenário jurídico-criminal com o julgamento da Ação Penal nº 470/MG de competência originária do Supremo Tribunal Federal, também conhecida como “Caso Mensalão”.

Desta forma, entendendo que estas teorias têm ganho grande proeminência em solo brasileiro e observada que não se trata de uma única teoria, ou seja, não é um estudo linear desenvolvido com o objetivo de identificar o autor de um delito por meio da análise de um “domínio do fato”, mas sim um complexo de teorias formuladas com este intuito, buscar-se-á compreender no que de fato consistem as teorias do domínio do fato, partindo-se, para isso, de um estudo dos principais representantes destas, buscando analisar a forma como esses estudiosos conceberam a sua própria Teoria do Domínio do Fato, perquirindo, acima de tudo, sobre as bases pelas quais essas várias teorias foram desenvolvidas.

Assim, ao explorar as diversas teorias formuladas com base na análise de um domínio do fato para a identificação e delimitação da figura do autor delituoso, verifica-se como de suma importância a realização de uma investigação não somente no que consiste essas principais teorias do domínio do fato, mas também um exame acerca de como esses estudos se comportam juridicamente e como eles se relacionam entre si, o que só foi possibilitado após a realização de um estudo epistemológico igualmente apoiado por ampla pesquisa bibliográfica.

Após a realização deste estudo estrutural das principais teorias construídas com o objetivo de corroborar com a identificação e delimitação da figura do autor delituoso elaboradas sob o prisma de um domínio sobre o fato, tornar-se-á necessário identificar como a presente teoria aportou em solo brasileiro, questionando acerca da maneira em que esses estudos chegaram em terras brasileiras, buscando descobrir, antes de qualquer coisa, os principais responsáveis pela falsa compreensão que se tem atualmente na doutrina e jurisprudência brasileira de que a Teoria do Domínio do Fato é algo linear, criado por um estudioso e aperfeiçoado pelos demais, sempre constituída sob as mesmas bases filosóficas do Direito Penal.

Conseqüentemente, após identificado a forma pela qual a Teoria do Domínio do Fato se expressa na atual realidade jurídica do Brasil, buscar-se-á compreender se ela é compatível, ou não, com o atual sistema jurídico-criminal brasileiro.

Demais disso, seja esta teoria compatível ou não com a realidade brasileira, fato é que ela já é utilizada por alguns tribunais pátrios, razão pela qual se torna de grande importância a realização de uma análise acerca da aplicabilidade desta teoria pela jurisprudência pátria por meio de uma análise do discurso das decisões judiciais dos tribunais brasileiros, buscando compreender não somente como ela tem sido aplicada por esses tribunais, sobretudo no Supremo Tribunal Federal com o julgamento da Ação Penal nº 470/MG, mas também as consequências desta aplicação.

Para que, após finda toda essa análise nas bases constitutivas destas teorias alemãs e observado, também, que nem todo delito é cometido por meio de uma comissão, mas também há delitos cometidos por meio da realização de atos omissivos, partir-se-á à análise da estrutura desses tipos de delitos, para que, após a verificação do que realmente consiste estes tipos de delitos, possa-se estudar os institutos do concurso de pessoas (coautoria, autoria colateral e participação) para observar como se comportam quando cometidos por omissão.

Ou seja, antes de partir para o estudo do concurso de pessoas nos crimes omissivos, estudar-se-á a estrutura dos crimes de omissão, por meio da diferenciação dos crimes omissivos próprios dos crimes omissivos impróprios, sem deixar de perquirir acerca do elemento fundamentador dos crimes omissivos, buscando-se compreender se se trata de uma realidade causal, consubstanciada em uma natureza ôntica, existente independentemente de uma norma que defina um prévio comportamento que fora omitido ou uma realidade normativa, de maneira que só existiria uma omissão quando se tiver um comportamento previamente definido, baseado em uma natureza valorativa.

Após essa análise profunda do que realmente consiste os crimes de omissão e como se comportam quando diante do instituto da coautoria, tentar-se-á descobrir como estes delitos se comportam à luz da teoria do domínio do fato, tentando investigar acerca da possibilidade da utilização desta teoria para identificar e delimitar a figura do autor nos crimes de omissão. Além de que, por meio de uma análise jurisprudencial, sobretudo da Ação Penal 470/MG, o presente trabalho buscará entender como os tribunais brasileiros têm feito uso desta teoria para justificar a prática de alguns crimes cometidos por via omissiva.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS: A APLICAÇÃO DE FORMA FORÇADA DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO *LATO SENSU* NO BRASIL, SUBRETUDO NOS CRIMES OMISSIVOS, COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DE UMA INSEGURANÇA JURÍDICA

A partir da constatação que a figura do autor é de suma importância no estudo de um fato delitivo, mormente porque este é quem receberá a devida reprimenda penal em razão de sua atuação criminosa, deu-se como necessário um estudo mais aprofundado sobre como pode ser feita a investigação desse autor criminoso bem como a verificação de como esta figura se comporta no concurso de pessoas, principalmente nos crimes praticados por meio de uma omissão.

Assim, como pode ter sido observado ao longo do presente trabalho, existem várias teorias desenvolvidas com o objetivo de identificar e delimitar a figura do autor delituoso em razão dos partícipes. Desta forma, após o estudo das principais teorias desenvolvidas com este fito, observou-se que, ao analisar estas teorias estudadas com a adotada no atual ordenamento jurídico-criminal brasileiro, não tem como afirmar com exatidão de que o Código Penal Brasileiro tenha adotado uma única teoria.

Pelo contrário, o que se pôde observar é que houve a mistura de várias dessas teorias desenvolvidas para a formação de um sistema próprio para a identificação do autor, pois, muito embora, como foi observado, o legislador brasileiro tenha afirmado ter adotado o sistema unitário de autor, o que pôde ser visto é que em alguns momentos, o atual ordenamento jurídico-criminal se aproxima de um sistema diferenciador, aproximando-se, desta forma, em certos momentos, da teoria extensiva ou da teoria restritiva. Daí, observou-se que o Brasil, como forma de identificação e delimitação da autoria, adota um sistema híbrido, por acolher elementos das principais teorias desenvolvidas e aqui estudadas.

Entretanto, muito embora tenha ficado constatado que o Brasil, normativamente, adotou um sistema próprio para a identificação do autor, observou-se que a doutrina brasileira acabou importando uma nova teoria desenvolvida na Alemanha para a realização da identificação do autor e do partícipe na empreitada delituosa, baseada no estudo do domínio sobre o fato e que, paulatinamente, foi sendo adotado também pelos tribunais brasileiros.

Muito embora tenha ocorrido esta incorporação tanto por parte da doutrina quanto da jurisprudência, como ficou demonstrado ao longo de todo o trabalho, ambos fazem uso da teoria alemã de forma equivocada. Contudo, como foi observado, esse equívoco ocorreu desde o primeiro momento em que esta teoria baseada no domínio sobre o fato foi trazida ao Brasil pela primeira vez, por Nilo Batista.

Assim, o presente trabalho, através do estudo dos principais representantes da teoria do domínio do fato, constatou que não existe uma única teoria fundada com base no sistema diferenciador para a identificação e delimitação da figura delituosa à luz do estudo de um domínio sobre o fato delituoso, como então acredita grande parte da doutrina e da jurisprudência pátria.

Ficou comprovada, assim, a existência de mais de uma teoria que utiliza a análise do domínio sobre um fato como forma de identificação do autor, que partiram para o desenvolvimento de suas teorias a partir de bases diversas – a partir de um sistema finalista ou de um sistema funcionalista-normativista –, chegando da mesma forma a resultados variados do que poderia ser considerado como autor, mormente quando diante do instituto do concurso de pessoas. De forma que, observou-se que a teoria do domínio do fato, em si, é não uma teoria linear criada por um e desenvolvida pelos demais, mas um gênero do qual partem várias teorias com vista a identificação do agente criminoso sob uma perspectiva da análise de um domínio sobre o fato muitas delas incompatíveis entre si.

Desta forma, observada a incompatibilidade de algumas dessas teorias entre si e que a jurisprudência ao tentar incorporar esta teoria ao atual ordenamento acabou, assim como a doutrina, incorporando conceitos destes vários estudos acerca da utilização da análise de um domínio sobre o fato como forma de identificação do autor nos crimes, entendeu-se como necessário observar a importância prática desta discussão teórica.

Deste modo, por meio de estudos de casos que tiveram em seu julgamento a aplicação da teoria do domínio do fato como justificativa para identificação e delimitação do autor, verificou-se que, assim como na doutrina, a jurisprudência pátria realiza uma mistura de conceitos que muitas vezes sequer são compatíveis com o sistema de identificação de autoria adotado pelo Brasil. Desta forma, observa-se que a aplicação da presente teoria de forma inadvertida pelos magistrados que a aplicam sem conhecer suas peculiaridades acaba por afetar, antes de qualquer coisa, a segurança.

Demais disso, após o estudo das principais teorias para a identificação do autor delituoso, bem como um aprofundamento sobre o que realmente consiste a teoria do domínio do fato, foi observado que nem todo delito é praticado por via comissiva, mas também pode ser praticado por meio de uma omissão.

Assim, verificada esta possibilidade, antes de um estudo acerca de como pode ser realizada a determinação do autor nesses tipos de delito e como essas espécies de crimes se comportam diante da teoria do domínio do fato, foi necessário conhecer a sua estrutura típica, para compreender no que realmente consiste os delitos de omissão.

Neste diapasão, foi observado que, ao contrário do que se pensa, os crimes de omissão não se caracterizam pela infração de uma norma mandamental, que ordena um agir. Mas, dependendo da interpretação dada as normas, pode-se observar que toda norma mandamental é no fundo também uma norma proibitiva, posto que ao passo que obriga a realização de determinado ato, está proibindo a realização de outros que vão de encontro

com esta obrigação. Desta forma, não faz sentido realizar a diferenciação entre os crimes omissivos e comissivos baseado na ideia que nestes se infringem uma norma proibitiva enquanto que naqueles a norma infringida é uma norma preceptiva.

Logo, através do estudo, chegou-se à conclusão que, para a melhor forma de identificar os tipos penais incriminador omissivos em razão dos comissivos deve ser feita através da análise do binômio permissibilidade-proibição ou obrigatoriedade-proibição. Por intermédio da verificação da quantidade de ações permitidas, prescritas e proibidas pela norma penal. A partir daí, foi estudado os institutos da coautoria, autoria colateral, participação e da tentativa nas espécies de delitos cometidos por omissão – seja esta omissão própria ou imprópria – em que a sua ocorrência pode variar conforme o tipo de omissão estudado.

Neste sentido, após a identificação do modo que é realizado o reconhecimento do autor delituoso nos crimes por omissão na atualidade, partiu-se para a verificação acerca da possibilidade da utilização da teoria do domínio do fato para a realização desta realização. Nesta senda, partindo-se do estudo dos três principais desenvolvedores de uma teoria do domínio do fato, verificou-se que, pelo fato do delito de omissão se caracterizar como um delito de uma infração de dever, de um agir diverso do que a lei determina, não se tem como utilizar de qualquer teoria do domínio sobre o fato por eles desenvolvidas visto que, não se pode dominar o crime de omissão, mas a omissão em si, ou seja, o que pode ser dominada é a conduta omitida.

Desta maneira, com fulcro de investigar como a jurisprudência observa a teoria do domínio do fato nos crimes cometidos por meio de uma omissão, foi realizado um estudo sobre a Ação Penal de nº 470/MG, donde se concluiu que, muito embora os criadores das principais teorias de um domínio sobre o fato como forma de identificação e delimitação da figura do autor tenham todos se posicionado acerca da impossibilidade da aplicação

desta teoria nestes tipos de delitos, os tribunais brasileiros têm feito uso da presente teoria para a responsabilização, de forma objetiva, de alguns agentes pela prática de um delito de omissão imprópria, por infração de um dever específico, oriundo da posição hierárquica que possui na relação profissional, transformando-os no papel de garantidores, sem demonstrar qualquer outra prova que comprove a autoria delitiva.

Fica claro, portanto, que muito embora o ordenamento jurídico-criminal brasileiro adote um sistema híbrido – ou temperado –, para a identificação e delimitação da figura do autor na prática de delitos, a jurisprudência ainda recorre a teorias estrangeiras, utilizando-as de forma indevida sem qualquer preocupação de uma análise mais aprofundada sobre o que consiste a teoria do domínio do fato e acerca da possibilidade, ou não, de sua aplicação no sistema penal pátrio, transformando uma discussão teórica em um problema fático pois, ao utilizar a teoria do domínio do fato sem qualquer fundamentação legal para tanto, acaba por afetar a segurança jurídica. Desta forma, a utilização de uma teoria que sequer tem aplicabilidade no atual ordenamento jurídico-criminal brasileiro, seja por sua não previsão legal ou pela sua total incompatibilidade, mas que mesmo assim de forma forçada vem sendo utilizada, acaba por transformar os tribunais brasileiros em um verdadeiro tribunal arbitrário em que, ao invés de garantir a segurança jurídica de todos que a eles recorrem, têm exatamente esta garantia prejudicada, o que inevitavelmente cria não um tribunal de exceção, visto que os tribunais brasileiros, sobretudo o STF, têm legitimidade para atuar, mas um Estado de Exceção, ainda que apenas judicialmente.

Em outras palavras, diante de tudo que foi constatado, tanto acerca das teorias da autoria e participação, no concurso eventual de pessoas, em especial quando se trata das teorias do domínio do fato, quanto também sobre os crimes omissivos, ambas em sua perspectiva histórica, doutrinária e jurisprudencial, pode-se compreender, de forma elencada, que:

I) Não existe unanimidade em relação à conceituação e delimitação da figura do autor e do partícipe, de maneira que a diferenciação se tornará distinta em conformidade com a teoria adotada, destacando-se, entre elas: (i) a teoria unitária, pertencente ao sistema unitário de autor e; entre as teorias relacionadas ao sistema diferenciador, (ii) a teoria causal-subjetiva; (iii) a formal-objetiva; (iv) material-objetiva e; (v) as teorias do domínio do fato.

II) Embora a legislação pátria afirme que o ordenamento jurídico brasileiro tenha adotado a teoria unitária, percebe-se que, na realidade, estar-se diante de um sistema unitário mitigado, visto que não há uma conceituação legislativa acerca da diferenciação da figura do autor e do partícipe, mas aceita, em alguns momentos, elementos dos sistema diferenciador, sem deixar de ser, ainda assim, um sistema unitário de autor, o que acaba por causar confusão, acerca da teoria realmente adotada pela legislação, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

III) A Teoria do Domínio do Fato não é uma teoria linear, como se imagina, mas um gênero do qual emergem várias teorias que tentam conceituar e delimitar a figura do autor e do partícipe com base no estudo sobre o domínio do fato. Porém, cada uma dessas teorias do domínio do fato com fundamentos e resultados distintos, muitas vezes radicalmente contrapostas, em um sistema diferenciador, destacando-se: (i) a Teoria do Domínio Final do Fato, de Hans Welzel; (ii) a Teoria do Domínio do Ato, de Reinhart Maurach e; (iii) a Teoria do Domínio do Fato, elaborada por Claus Roxin.

IV) Em razão do critério de distinção da figura do autor e do partícipe em solo brasileiro ser baseado em um conceito unitário de autor, ainda de que mitigado, visto que esta não realiza uma distinção objetiva, legislativa, mas oferece indícios acerca da possibilidade de diferenciação, as teorias do domínio do fato, por emergirem de um

sistema diferenciador, são incompatíveis com o atual ordenamento jurídico-criminal brasileiro.

V) Embora exista divergência em relação à sua natureza, a omissão tem um caráter axiológico, só existindo quanto houver uma norma anterior que defina a conduta omitida. Não existe, portanto, omissão pré-jurídica ou pré-típica.

VI) Toda norma preceptiva traz consigo uma proibição, assim como é verdadeiro afirmar que toda proibição traz uma obrigação. Razão pela qual não é adequado diferenciar os tipos praticados por uma omissão dos tipos penais cometidos por uma comissão em conformidade com a distinção entre a violação de normas proibitivas para os crimes comissivos e a violação de normas preceptivas para os crimes omissivos, sendo mais hábil, e aconselhável, realizar a diferenciação entre estes dois tipos penais sob a análise do binômio “permissibilidade-proibição/obrigatoriedade-proibição”.

VII) Enquanto que para a consumação dos delitos de omissão própria não é necessária a superveniência de qualquer resultado material, os delitos que são cometidos por intermédio de uma omissão imprópria exigem, para sua configuração, a ocorrência de um resultado naturalístico em decorrência da ação omitida por quem estiver na posição de garante.

VIII) A posição de garante se configura pelo dever de velar por determinada fonte de perigo, podendo este dever surgir em decorrência de lei, de uma obrigação de cuidado assumida ou em virtude de um atuar precedente.

IX) Os crimes de omissão se caracterizam pela infração de um dever e, portanto, são incompatíveis com as teorias do domínio do fato, pois, nestas espécies de delitos, só é imaginável o domínio sobre a ação que foi justamente omitida. Os crimes omissivos ocorrem pela ausência de um domínio sobre o evento típico. Pode-se dominar a conduta omitida, mas não o próprio delito.

X) Tendo em vista que as teorias do domínio do fato são incompatíveis com o ordenamento jurídico criminal brasileiro e, igualmente, incompatível com os crimes omissivos, o Supremo Tribunal Federal – STF fez uso indevido destas teorias no julgamento da Ação Penal de nº 470/MG, de competência originária do próprio STF, como forma de responsabilizar criminalmente alguns dos réus. Esta conduta pode levar a uma insegurança jurídica pela utilização de uma teoria completamente incompatível com o adotado no sistema jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ADOLPHE, M. Chauveau; HÉLIE, M. Faustin. **Théorie du code penal**: tome premier. 5. ed. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Cosse, Marchal et Billard, 1872.

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

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato: Incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras. **Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal**, Rio Grande do Sul, v. 1, nº 1, dez. 2013. <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/46430/28970>>. Acesso em: 03 de março de 2015.

ALVES, Roque de Brito. **Direito penal**: parte geral. Recife: Intergraf, 2004.

BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal**: parte geral. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BACIGALUPO, Enrique. **La renovación de la dogmática penal**: análisis y revisión de los conceptos de culpabilidad, dolo, autoría, participación, tipo y error y delitos de omisión. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 372.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BERRUEZO, Rafael. **Derecho penal económico**. Córdoba: Nuevo Enfoque Jurídico, 2011.

BOBBIO, Noberto. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito penal**: parte geral. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral – Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CAGLIARI, José Francisco. Concurso de pessoas: os conceitos de autoria e participação e a teoria do domínio do fato. **Caderno Jurídico**: Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, ano 1, v. 1, 2001.

CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CARVALHO, Américo Taipa de. **Direito penal**: parte geral – questões fundamentais – teoria geral do crime. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CEREZO MIR, José. **Derecho penal**: parte general. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Obras Completas).

DELMANTO, Celso. et al. **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no direito penal brasileiro**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: parte generale. 3. ed. Zanichelli: Bologna, 1995.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de direito penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRECO, Luís. *et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. (Direito penal & Criminologia)

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é teoria do domínio do fato sobre a distinção entre o autor e partícipe no direito penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 102, n. 933, p. 61-92, jul. 2013.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valência: Tirant lo blanch, 1989, p. 20.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: Síntese de um milénio. Portugal: Europa-América, 2003, p. 99. (Fórum da História).

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Trad. Mir Puig e Muñoz Conde. 2. vol. Barcelona: Bosch, 1981.

JESUS, Damásio E. de. **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Fabris: Porto Alegre, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6 ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 3. ed. Trad. Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MERKEL, Adolf. **Derecho penal**: tomo I. Trad. P. Dorado. Madrid: La España Moderna, S.D.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. Trad. Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2010.

MONTT, Mario Garrido. **Derecho Penal**: parte general. Tomo II. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

MOURULLO, Gonzalo Rodriguez. **Derecho Penal**: Parte General. Madrid: Civitas, 1978.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**: introdução e parte geral. Vol. 1. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **La omisión impropia en la dogmática penal alemana**: una exposición. Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, v. 50, p. 05-112, 1997.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento**. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, v. 40, n. 3, p. 573-608, set./dez. 1987.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Revista Trimestral de Jurisprudência. Brasília, v. 225, tomo I, jul. a set. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/225_1.pdf>.

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

STRATENWETH, Günter. **Derecho penal**: parte general I. el hecho punible. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. (Monografias jurídicas).

VELLOSO, Ricardo Ribeiro (Coord.). **Teoria do domínio do fato e a autoria no Direito Penal**. São Paulo: Paulista, 2004.

VON BELING, Ersnt. **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito-tipo. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: El foro, 2002. (Colección Clásicos del Derecho).

VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

VON LISZT, Franz. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. 2. ed. Trad. Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Editorial Reus.

VON LISZT, Franz. **Tratado de derecho penal**. Tomo III. 2. ed. Trad. Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Reus, 1929.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tomo IV. Buenos Aires: Ediar, 1999.