

TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE: limites da responsabilização penal na autoria mediata

***TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO Y EL PRINCIPIO DE LA CULPABILIDAD:
límites de la responsabilidad penal en la autoría mediata***

Hyttalo Kawan Clemente Oliveira¹

RESUMO

O artigo analisa a aplicação da Teoria do Domínio do Fato no contexto da autoria mediata à luz do princípio da culpabilidade e do garantismo penal. Sustenta que a responsabilização penal deve estar ancorada em critérios objetivos, como dolo e domínio funcional do fato, especialmente em crimes praticados em contextos organizados. A partir de autores como Roxin, Ferrajoli e Greco, o estudo questiona o uso expansivo da teoria, como ocorreu na AP 470 (Mensalão), em que se admitiu a culpabilidade por presunção. Destaca a importância do erro de tipo como filtro normativo e defende que o Direito Penal deve preservar os direitos fundamentais e evitar a punição simbólica. Conclui-se que a aplicação da teoria só é legítima se respeitar os limites constitucionais e o devido processo legal, reafirmando o papel do Direito Penal como instrumento de proteção à dignidade humana no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Teoria do Domínio do Fato; Culpabilidade; Garantismo Penal; Estado Democrático de Direito.

RESUMEN

El artículo analiza la aplicación de la Teoría del Dominio del Hecho en el contexto de la autoría mediata a la luz del principio de culpabilidad y del garantismo penal. Sostiene que la responsabilidad penal debe estar fundamentada en criterios objetivos, como el dolo y el dominio funcional del hecho, especialmente en delitos cometidos en contextos organizados. A partir de autores como Roxin, Ferrajoli y Greco, el estudio cuestiona el uso expansivo de la teoría, como ocurrió en la AP 470 (Mensalão), donde se admitió la culpabilidad por presunción. Se destaca la importancia del error de tipo como filtro normativo y se defiende que el Derecho Penal debe preservar los derechos fundamentales y evitar la punición simbólica. Se concluye que la aplicación de la teoría solo es legítima si respeta los límites constitucionales y el debido proceso legal, reafirmando el papel del Derecho Penal como instrumento de protección de la dignidad humana en el Estado Democrático de Derecho.

Palabras clave: Teoría del Dominio del Hecho; Culpabilidad; Garantismo Penal; Estado Democrático de Derecho.

¹ Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Serro. Monitoria de Direito Penal I sob orientação do professor Felipe Amore Salles Santiago. E-mail: hyttalok@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilização penal em sociedades contemporâneas faz nascer a necessidade de novos modelos de imputação, especialmente quando se trata de crimes praticados em contextos organizados, onde os executores diretos não são os verdadeiros autores da conduta típica.

Nesse cenário, a Teoria do Domínio do Fato, formulada por Claus Roxin, apresenta-se como uma proposta doutrinária que tem por fito trazer uma melhor solução face a deixada pela teoria restritiva da autoria, ao permitir a responsabilização penal daqueles que exercem controle decisivo sobre a prática delituosa, mesmo sem executá-la diretamente.

Desse modo, a teoria vem sendo aplicada em diversos ordenamentos, inclusive no Brasil, no julgamento da Ação Penal nº 470 (Mensalão). Entretanto, sua aplicação prática suscita controvérsias jurídicas e dogmáticas, principalmente no que se refere ao princípio da culpabilidade, elemento essencial para a conformidade do direito penal com os preceitos do Estado Democrático de Direito.

A justificativa para a escolha deste tema reside na necessidade de refletir criticamente sobre os limites da autoria mediata e sobre a possível expansão indevida da responsabilidade penal, especialmente em contextos de forte pressão social ou midiática.

A problemática central que orienta este estudo se dá na indagação: até que ponto é possível aplicar a Teoria do Domínio do Fato sem comprometer o princípio da culpabilidade e os fundamentos garantistas do direito penal? Parte-se da premissa de que a responsabilização legítima exige demonstração objetiva de dolo, domínio do fato e ausência de erro de tipo, especialmente na hipótese de autoria mediata.

Diante disso, os objetivos deste artigo se pautam em analisar a Teoria do Domínio do Fato à luz do princípio da culpabilidade, demonstrando seus limites constitucionais; investigar a estrutura da autoria mediata e sua compatibilidade com o garantismo penal, em especial a partir do pensamento de Ferrajoli; e avaliar criticamente o papel do erro de tipo e da autorresponsabilidade como filtros normativos legítimos na delimitação da responsabilidade penal.

A pesquisa se estrutura com base no método dedutivo na formulação das premissas teóricas, e indutivo na análise de casos concretos e jurisprudência. Quanto ao procedimento, foi utilizada a pesquisa bibliográfica.

2 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO: origem e aplicabilidade

Para que seja possível compreender o panorama que constitui a teoria do domínio do fato, que se apresenta como toda teoria jurídica responsável, ou seja, no direito penal, como uma resposta a um problema normativo cujo sua existência atribui implicações na realidade, onde, nesta análise, concomitantemente com o auxílio sociológico trará luz as indagações criminológicas que permeiam a sociedade, não se pode deixar, portanto, de aludir ao que culminou nesta teoria.

Para tanto, cabe compreender como a teoria restritiva da autoria, anteriormente adotada pela jurisprudência brasileira, conduziu ao objeto de análise dessa pesquisa, para que assim, seja possível a interpretação apropriada da sua aplicabilidade e estrutura a partir da sua origem.

A Teoria Restritiva da Autoria, também conhecida como teoria formal-objetiva, estabelecia um critério que o autor seria apenas aquele que executasse diretamente

a conduta prevista no tipo penal, como matar (art. 121, Código Penal)², furtar (art. 155, Código Penal)³ ou extorquir (art. 158, Código Penal)⁴. Quem apenas instigasse ou auxiliasse, por mais importante que fosse sua participação, seria considerado partícipe. Afirma, Bitencourt (2021, p. 541), “para a teoria restritiva, autor é quem realiza a conduta descrita no tipo penal; os demais, que de alguma forma contribuam para o delito, são considerados partícipes”.

Essa maneira de interpretar a autoria penal esteve em direta ligação com a necessidade de promover segurança jurídica, evitando que a responsabilidade fosse atribuída com base em presunções ou vínculos indiretos, sendo tão somente a aqueles que praticam o verbo.

Essa noção está centrada em um critério do direito penal formal⁵, e por isso foi por muito tempo predominante na doutrina brasileira, sobretudo por sua conexão aos princípios da legalidade⁶ e da culpabilidade, entretanto, não era a melhor lente para se analisar essa estrutura de organização.

O tempo e a complexidade contemporânea ao fato típico, ilícito e culpável, mostraram as inquietações dessa forma que se estabelecia majoritariamente como aceitável. Os cenários do crime se mostravam frequentemente conduzidos de maneira a ocultar o verdadeiro autor, haja vista, a estrutura organizada que possibilitava a efetivação do ato delituoso, sem imputar ao responsável sua pena, aqui, entende-se por pena a medida de ressocialização para a promoção de uma convivência pacífica em sociedade, evitando a descredibilidade estatal.

Sob esse panorama, começava uma queda moderna do autor apriorístico, ora, não se podia mais entender autor somente aquele que praticava o verbo do núcleo do tipo fisicamente. Ele pode ser, dessa maneira, a força motriz que planeja todo o desenvolvimento do delito. Ainda nesse contexto, embora como figura principal na teoria restritiva da autoria, o autor seria tão somente a face visível do crime, mas não o único.

Essa organização, não fica somente na punição do autor visível e na impunidade daqueles que coordenam, ela escancara as mazelas de um país que sob o preconceito escolheu seu estereótipo preferido a essa ideia de cárcere e de que a detenção seria o meio ideal de docilizar os sujeitos de modo que eles viessem a não questionar e apenas naturalizar o cenário real e histórico do cárcere fruto da seletividade constituída desde a colonização.

Assim, torna-se necessário repensar os critérios de autoria à luz das exigências de um direito penal que promova a dignidade humana, pautada nos princípios da legalidade e da culpabilidade. Deste modo, é crucial pontuar que os direitos humanos e fundamentais dimensionais de terceira geração, constituindo-se da fraternidade e

² Art. 121. Matar alguém:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos. (Brasil, 1940).

³ Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Brasil, 1940).

⁴ Art. 158. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. (Brasil, 1940).

⁵ É o conjunto de normas jurídicas que define infrações penais (crimes e contravenções) e comina sanções correspondentes (penas e medidas de segurança). Refere-se ao Direito Penal como sistema normativo, ou seja, como o “direito posto” que regula o poder punitivo do Estado.

⁶ Art. 5º, [...] XXXIX Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” (Brasil, 1988).

solidariedade, devem ser analisados para que o atual cenário seja bem compreendido, quando ao indagado sob as críticas válidas quanto à teoria do domínio do fato, para que sejam bem compreendidas.

Os direitos humanos, não devem ser entendidos com um caráter jusnaturalista, de inerentes e inatos aos seres humanos, é fruto de construção histórica. Ou seja, devem ser entendidos como resultado de um processo construtivo da ordem social cujo fito é o de preservar a pacífica convivência em sociedade.⁷

Ora, como será possível respeitar o princípio da legalidade, culpabilidade, devido processo legal e vários outros quando a mídia, a sociedade, o Estado, a justiça já condena o suposto autor por presunção? É, portanto, estigmatizado. Desse modo, ao construir uma sociedade livre, justa e solidária, conforme emprega a constituição é necessário não se omitir na preservação de direitos fundamentais do indivíduo, até e depois da sua sentença condenatória transitada em julgado.

Outrossim, a criminalidade organizada, se mostrou em sua estrutura normativa insuficiente em seu arcabouço jurídico-normativo para a doutrina. Foi sob esse prisma que surgiu a necessidade de repensar os limites da autoria penal, o que levou à aceitação da Teoria do Domínio do Fato, proposta pelo respeitado penalista Claus Roxin.

A expressão "teoria do domínio do fato" surgiu pela primeira vez nos escritos de Hegler, em 1915, embora ainda carregasse um sentido bastante diferente daquele que é conhecido atualmente. Para Hegler, sua teoria, de fato, estava alocada na culpabilidade, atuando culpavelmente o sujeito que atuasse com "pleno domínio do fato", sendo "senhor do acontecimento em sua plena manifestação".⁸

Assim, a teoria de Hegler poderia se adequar à concepção moderna de domínio do fato, no que toca à autoria mediata alcançando as situações em que o instrumento (executor compelido por erro ou coação) careceria do domínio do fato, enquanto o homem detrás cumpriria estes requisitos, perfazendo-se como "senhor do fato".

Foi apenas em 1933, que Lobe trouxe uma concepção que começava a se distanciar da rigidez formal do direito penal tradicional. Sua concepção, ecoou no pensamento de Hans Welzel, que em 1939 propôs um critério mais preciso para identificar o autor de um crime, baseado não apenas em quem executa a ação típica, mas em quem verdadeiramente controla o curso dos acontecimentos.

Foi em 1963, com a tese de monografia de Roxin, intitulada de *Autoria e Domínio do Fato*⁹ que a teoria ganhou forma e começou a conquistar espaço e aceitação na doutrina. A partir disso, foi possível atribuir responsabilidade a quem efetivamente decide, planeja e dirige o crime. É nesse ponto que a teoria procura obter a verdade dos fatos, ou ao menos em partes da concretude dos fatos. A seletividade não foi vencida, os relegados às margens da cidade, ainda são a face do cárcere¹⁰.

Bitencourt¹¹, embora reconheça a necessidade de ampliar os critérios de responsabilização penal diante das novas realidades, faz uma advertência importante, na qual aponta que a teoria do domínio do fato não pode ser aplicada de forma genérica ou abstrata. Para ele, é essencial demonstrar de maneira concreta que o

⁷ OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. 8. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021.

⁸ ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho en Derecho penal**. 6. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

⁹ Täterschaft und Tatherrschaft.

¹⁰ LEFEBVRE, Henry. **Direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2011.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

acusado detinha o controle sobre o caminho *inter criminis*. Caso contrário, corre o risco de que essa teoria seja usada como ferramenta de punição baseada em suposições, comprometendo o devido processo legal, a verdade real e a presunção de inocência.

O artigo 29 do Código Penal (CP) brasileiro trata do concurso de pessoas e afirma que "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas". No entanto, ao interpretá-lo com base na principiologia penal, percebe-se que essa regra não exige que todos os envolvidos em um crime sejam considerados autores.

Por exemplo, aquele que executa diretamente o crime (como quem realiza o disparo), quem convence ou instiga essa pessoa a praticar o ato ilícito, ou mesmo quem fornece a arma utilizada, não devem ser tratados da mesma forma quanto ao grau de autoria.

Essa diferenciação é ainda mais evidente no modelo adotado pelo Código Penal (StGB) alemão, que desde o início reconhece expressamente a distinção entre autor e partícipe, exigindo, para a configuração da autoria, um domínio do fato ou contribuição decisiva para a realização do crime. Analisar-se-á a redação dos dispositivos do StGB alemão:

§ 25. Autoria.

(1) É punido como autor, quem comete o fato por si mesmo ou por meio de outrem.

(2) Se vários cometem conjuntamente o fato, cada um é punido como autor (coautor).

§ 26. Instigação.

É punido como instigador, com pena igual à do autor, quem determinou dolosamente outrem ao cometimento de fato antijurídico doloso.

§ 27. Cumplicidade.

(1) É punido como cúmplice quem prestou dolosamente auxílio a outrem para o cometimento de fato antijurídico doloso.

(2) A pena do cúmplice tem como base a cominação dirigida ao autor. Ele deve ser mitigada segundo o § 49 Abs. 1 StGB. (Stratenwerth *et. al*, 1995).

Vale pontuar que a jurisprudência alemã historicamente transitou entre critérios subjetivos para diferenciar autor e partícipe, centrando-se na intenção do agente, se ele age como autor (*animus auctoris*) ou como partícipe (*animus socii*).

Assim, a cumplicidade, como no caso de emprestar a arma ao autor do delito, é punida de forma atenuada (§ 27 II 2 StGB), enquanto a instigação, que consiste em convencer alguém a cometer o delito, é punida com a mesma pena do autor (§ 26 StGB), salvo quando se trata de delitos leves (§ 30 I StGB). Esse modelo demonstra que o direito alemão pretende ir além da mera causalidade, exigindo uma análise profunda sobre o papel subjetivo do agente na realização do tipo.¹²

Em síntese, a Teoria Restritiva da Autoria foi, por muito tempo, uma importante garantia contra arbitrariedades no direito penal. No entanto, sua rigidez já não (cor)responde com eficácia aos desafios dos crimes complexos e estruturados.

¹² GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

3 RESPONSABILIZAÇÃO, LIMITES CONSTITUCIONAIS E A JUSTIÇA INTERNACIONAL

Este capítulo tem como fundamento examinar como a Teoria do Domínio do Fato deve ser aplicada com responsabilidade dentro de um Estado Democrático de Direito nos limites da autoria mediata.

Analisar-se-ão aqui, os conceitos de mandante, autor, coautor e partícipe, autoria imediata e mediata e a relação da autoria mediata com os princípios fundamentais, como princípio da legalidade, princípio da culpabilidade e presunção de inocência, princípio do devido processo legal e da pessoalidade da pena.

Primordialmente, busca-se mostrar que qualquer tentativa de responsabilizar penalmente alguém por meio da autoria mediata precisa estar fundamentada no princípio da culpabilidade. Afinal, em um sistema pautado na justiça na dignidade da pessoa humana, é inaceitável que o mero desejo de punir se sobreponha à obrigação de assegurar um julgamento que respeite o devido processo legal.

Nesse sentido, o conceito de autor não se restringe apenas naquele que possui o domínio do fato, isto é, o controle direto sobre a execução do delito. A partir da teoria do domínio do fato, amplia-se a noção de autoria para abranger também aquele que, embora não execute materialmente a conduta típica, exerce poder de decisão sobre sua realização, como ocorre com o mandante.

Desse modo, o autor pode ser tanto quem realiza o fato diretamente quanto quem, de forma intelectual ou organizacional, tem a condução do acontecimento típico. Essa abordagem permite que o mandante, ao determinar ou dirigir a prática delituosa, pode ser responsabilizado como autor, e não apenas partícipe.¹³ Observemos o que afirma Greco; Leite:

Roxin propôs a construção da autoria no direito penal levando adiante a ideia, até então meramente insinuada, como já foi dito, de que autor é quem atua com domínio do fato. Essa ideia não deve ser entendida como uma natural continuação dos argumentos lançados por teorias antigas ou modernas que tentaram explicar a autoria, por exemplo, entre uma teoria objetivo-formal, para a qual autor é quem realiza o tipo, e uma teoria subjetiva que considera autor quem quer o fato. A ideia de domínio do fato desenvolvida por Roxin é, nesse sentido, uma descoberta, uma inovação dogmática. Ponto de partida da ideia, situada num plano mais abstrato, que o autor é a figura central do acontecer típico (Zentralgestalt des tatbestandsmäßigen Geschehens) e possui significado central no injusto típico, no sentido de que as formas de participação (a instigação e a cumplicidade) são causas de extensão da punibilidade, que só entram em cena quando o agente não é autor. (Greco; Leite, 2014 pág. 24).

A concepção de partícipe é objetiva e sem margem para dúvidas e esclarecimentos mais precisos. Partícipe é quem contribui para a realização do fato típico em caráter de conduta secundária.¹⁴

¹³ GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

¹⁴ GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

Visto isso, a coautoria no direito penal refere-se à situação em que duas ou mais pessoas realizam, de maneira coordenada e com divisão de tarefas, um fato típico e antijurídico. Para que se configure a coautoria, é necessário que haja colaboração consciente e voluntária entre os agentes na execução do crime, de modo que cada um contribui de maneira relevante para o resultado.

Essa ideia se fundamenta na chamada teoria do domínio funcional do fato, que reconhece como coautor aquele que, em um plano comum, participa da realização do delito com um papel decisivo. Greco; Leite entendem que:

A terceira maneira de ter o domínio do fato está numa atuação coordenada em divisão de tarefas, a partir de uma decisão conjunta para a realização com um ato relevante de um delito: elas terão domínio funcional do fato. Se duas ou mais pessoas contribuem para a sua prática, o fato é de coautoria. (Greco; Leite, 2014, pág. 30-31).

Dito isso, a primeira característica da manifestação concreta da ideia de domínio do fato foi apresentada, a coautoria, fundada no domínio funcional do fato, entretanto, ela se expande a autoria imediata (domínio da ação) e mediata (domínio da vontade). As quais o acontecer do fato típico se manifesta em uma das três formas.¹⁵

A forma mais direta e compreensível de autoria penal é a fundamentada no domínio da ação. Trata-se da situação em que o próprio agente realiza, de maneira consciente e voluntária, todos os atos que compõem a infração penal. Imagine-se o caso de X, que, movido por ciúmes, decide matar Y. Após planejar cada passo, X adquire uma arma de fogo e dispara contra Y, tirando-lhe a vida. Nesse cenário, X age com controle sobre o desenrolar dos fatos, executando pessoalmente o tipo penal. É esse o sentido da autoria direta.

Contudo, a responsabilidade penal nem sempre recai sobre aquele que executa materialmente o crime. Em muitas circunstâncias, o agente atua por meio de outrem, utilizando essa pessoa como instrumento. Assim, surge a autoria mediata. Por exemplo, a hipótese em que X convence Y, um adolescente com deficiência intelectual, a apertar o gatilho de uma arma, assegurando-lhe que ela está descarregada. Sem compreender a gravidade da situação, Y acaba matando Z. Nesse cenário, X é quem domina o fato, valendo-se de alguém que carece de imputabilidade penal. Para Roxin, o autor mediato é aquele que comete o crime por meio de outro.

Roxin identifica uma terceira modalidade de autoria, sendo ela o domínio da vontade por meio de um aparato organizado de poder. Trata-se de uma forma de autoria mediata típica de contextos autoritários ou estruturas criminosas hierarquizadas, em que as ordens são executadas por subordinados fungíveis, sem necessidade de coação. Imagine-se X, líder de uma facção criminosa, que ordena a execução de Y, seu rival. Embora X não participe fisicamente do homicídio, sua ordem é cumprida dentro de uma lógica organizacional que confere a ele pleno domínio do fato. Nessa hipótese, a autoria de X decorre de sua posição de comando dentro de um aparato cujas engrenagens operam a seu mandato.

Assim, é necessário refletir sobre a autoria mediata e seus limites de responsabilização com base na principiologia penal. Para que essa responsabilização

¹⁵ GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

seja legítima, ela precisa respeitar os princípios constitucionais que sustentam um Estado Democrático de Direito.

Um desses pilares é o princípio da legalidade. No caso da autoria mediata, isso significa que não se pode condenar alguém apenas por ocupar uma posição de poder ou por supostamente saber do crime. É preciso comprovar, com base em elementos objetivos, que essa pessoa realmente teve controle sobre a conduta do executor.

Outro princípio essencial é o da culpabilidade. Nele, está a exigência de que a punição só aconteça se a pessoa tiver agido com intenção ou negligência, ou seja, se houver dolo ou culpa. Quando se aplica a teoria do domínio do fato, em sua versão da autoria mediata, é preciso provar que o agente quis aquele resultado e se utilizou de outra pessoa como instrumento para atingi-lo.

Haja vista esses, o princípio da presunção de inocência exige que a culpa seja provada, sem espaço para dúvidas. Visto que, na dúvida, absolverá o réu. No campo da autoria mediata, isso significa que a responsabilidade do acusado deve estar clara, baseada em provas sólidas, e não em suposições.

Por fim, o devido processo legal¹⁶, estipulado constitucionalmente e no código de processo civil de forma subsidiária¹⁷ e o princípio da pessoalidade¹⁸ afirma que cada indivíduo só pode ser punido pelos seus próprios atos. Tendo direito ao contraditório e a uma prestação jurisdicional do Estado-juiz.

Tudo isso mostra que a teoria do domínio do fato, só faz sentido dentro de um processo penal que valoriza o garantismo. Como defende Ferrajoli, o garantismo penal não é permissivo, ele não protege criminosos, mas protege o cidadão contra o arbítrio do Estado.¹⁹

Isso significa que o poder de punir deve ser exercido com responsabilidade, respeitando os limites legais e os direitos fundamentais. Se aplicada de forma genérica, sem critério, a teoria do domínio do fato pode virar uma ferramenta de punição simbólica usada para dar respostas à opinião pública. E quando isso acontece, o direito penal deixa de ser um instrumento de proteção da cidadania e se transforma em um mecanismo de poder.

Sob essa perspectiva, o garantismo penal se mostra necessário contra interpretações expansivas do poder de punir. O penalista propõe um modelo normativo de direito que limita a atuação do Estado, exigindo não apenas a existência formal da lei (vaga legalidade), mas sua conformidade substancial com os direitos fundamentais (estrita legalidade).²⁰

No que diz respeito à autoria mediata, o garantismo exige que é preciso demonstrar, com base em critérios objetivos, que o agente exerceu um efetivo domínio do fato, que sua atuação foi decisiva e funcional para a concretização do crime, e que

¹⁶ Art. 5, Inciso LIV: Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. (Brasil, 1988).

¹⁷ Art. 9º: Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Art. 10: O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar. (Brasil, 2015).

¹⁸ Art. 5, Inciso XLV: Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. (Brasil, 1988).

¹⁹ SILVA, Bruno de Almeida. O garantismo penal de Luigi Ferrajoli e os limites à aplicação do direito penal. **Revista Humanidade & Tecnologia**, Araguari, v. 10, n. 20, p. 91-102, jul./dez. 2022.

²⁰ SILVA, Bruno de Almeida. O garantismo penal de Luigi Ferrajoli e os limites à aplicação do direito penal. **Revista Humanidade & Tecnologia**, Araguari, v. 10, n. 20, p. 91-102, jul./dez. 2022.

houve dolo. A ausência desses elementos transforma a imputação penal em um juízo moral.

Ferrajoli adverte que, em um Estado de Direito, o juiz não pode exercer poder de disposição, criando ou ampliando normas penais a partir de valores subjetivos ou demandas sociais momentâneas. A função jurisdicional deve se ater à jurisdição — *juris dictio* — e não ao *dictum*, ou seja, à enunciação da vontade pessoal do julgador.²¹ Assim, toda responsabilização penal deve estar submetida ao princípio da taxatividade e ao compromisso com a legalidade.

O garantismo penal, portanto, (re)afirma que o direito penal não é um espaço de moralização e sim de estrita legalidade. Deve ser compreendido que essa estrita legalidade, não deve ser utilizada quando acometida de desrespeito aos direitos humanos e fundamentais. Não é defendido aqui a relativização da pena, mas sim, o modo como serão atribuídas as condições para o cumprimento efetivo da sanção imposta.

Nesse cenário, é essencial reconhecer que a tese, se aplicada fora dos limites impostos pelo garantismo, pode se converter em ferramenta de punição simbólica, incompatível com o Estado Democrático de Direito. O que se defende, portanto, não é o enfraquecimento da responsabilização, mas a sua construção dentro dos limites garantistas.

Como reforçam Greco; Leite, é indispensável comprovar que o autor mediato tem controle sobre a execução do crime e poder de substituição dos executores. Segundo os autores, a teoria do domínio do fato não pode ser entendida como um critério genérico de imputação, mas sim, um instrumento técnico atrelado à prova do domínio sobre o fato e da vontade consciente de realização do injusto.

Essa mesma linha de pensamento foi adotada no julgamento do caso Thomas Lubanga Dyilo, réu condenado pelo Tribunal Penal Internacional (TPI)²². Lubanga foi julgado por crimes de guerra relacionados com o recrutamento de crianças-soldado na República Democrática do Congo. No entanto, mesmo sendo o líder de uma milícia, sua condenação só foi possível após a Corte demonstrar que ele exercia domínio funcional da vontade da organização.

A juíza brasileira Sylvia Steiner, integrante da câmara de julgamento no caso Lubanga, foi enfática ao pontuar que o TPI não admite presunção de autoria com base em status, sendo imprescindível a demonstração do efetivo controle sobre a realização do tipo penal. A sentença afirmou que “a responsabilidade penal de Lubanga decorre não apenas de sua posição de comando, mas da demonstração de que sua atuação foi essencial para a consecução dos crimes, e que ele detinha autoridade decisória concreta dentro da estrutura criminosa”.²³

O direito penal comparado, ao contrário do que se vê em parte da jurisprudência brasileira, não admite culpabilidade presumida, ela exige domínio real, vontade e controle funcional do fato.

4 FUNDAMENTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL

²¹ SILVA, João Paulo. O garantismo penal de Luigi Ferrajoli. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 10, n. 2, p. 45-60, 2012.

²² DELGADO, Monique Valladão. O primeiro julgamento do Tribunal Penal Internacional: o caso Lubanga. *Revista Brasileira de Direito Internacional – RBDI*, v. 11, n. 2, 2014.

²³ STEINER, Sylvia. *Resumo da sentença proferida no julgamento de Thomas Lubanga Dyilo pelo Tribunal Penal Internacional*. IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2012.

A construção de um Estado Democrático de Direito no Brasil ainda enfrenta problemas estruturais e conceituais, principalmente quando se busca sua efetivação a partir de fundamentos como o princípio da culpabilidade, assim, é com base nisso que esse capítulo pretende trabalhar, ao evidenciar que para além de uma nova concepção e paradigma é crucial a efetivação plena do princípio da culpabilidade no sistema penal.

O “Estado Democrático de Direito” não pode ser compreendido apenas como um adjetivo do velho Estado de Direito liberal, tampouco como um mero princípio jurídico ou instituto técnico; trata-se de um paradigma jurídico, um modelo de sociedade que exige um redesenho das práticas institucionais e da gramática jurídica vigente que se mostra descompassado com o atual período vivenciado.

Autores como Pedron e Ommati, da Escola Mineira de Direito Constitucional, demonstram que o Estado Democrático de Direito deve ser compreendido como um paradigma em constante reconstrução, resultado de lutas sociais por reconhecimento e igualdade material.²⁴

Entretanto, o que se observa no contexto brasileiro é uma persistência de práticas herdadas do paradigma liberal, que se perpetuam através de discursos de modernização jurídica. Desse modo, a culpabilidade é transformada em formalidade ou instrumentalizada para legitimar as punições, afastando-se de sua função originária de contenção do poder penal.

Diante disso, refletir sobre os desafios da efetivação do princípio da culpabilidade no marco do Estado Democrático de Direito brasileiro implica discutir também os limites estruturais do sistema penal, o impacto da ideologia neoliberal sobre o sujeito de direitos e a necessidade de uma hermenêutica comprometida com a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a culpabilidade foi constituída sob o prisma da teoria finalista, sendo indiscutível as contribuições de Welzel na promoção de uma nova estrutura do delito visando um equilíbrio na penalidade. Esse princípio, representa a salvaguarda contra os excessos do poder punitivo. Assim, o mesmo, funciona como uma limitação da arbitrariedade do poder punitivo, evitando a instrumentalização estatal para funcionar como mais um mecanismo de opressão a aqueles que historicamente já são oprimidos.

Nesse contexto, cumpre analisar que a tradição penal liberal²⁵ consagrou o princípio da culpabilidade como resultado histórico que visou frear os excessos do Estado absolutista. Ele se desdobra em três núcleos: (i) a imputabilidade do agente; (ii) a exigibilidade de conduta diversa; e (iii) o dolo ou culpa como forma de manifestação da vontade. Assim, não basta que a conduta seja típica e antijurídica, é necessário que ela seja reprovável, refletindo um juízo de censura sobre o agente.

A tradição neoliberal, não constitui um avanço em si ao destrinchar os núcleos essenciais da prática do crime, ela foi apenas a opção mais viável que surgiu e que foi abraçada, mesmo embora, muito questionada. É preciso lembrar sempre, que o direito penal inumano é consequência principalmente do liberalismo econômico.²⁶

²⁴ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. Uma análise sobre o sentido e alcance do “paradigma” do Estado Democrático de Direito no Brasil. In: OMMATI, José Emílio Medauar; LIMA, Newton de Oliveira (coord.). **Desafios para a implementação do estado democrático de direito no Brasil**. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2025. 200 p. (Coleção teoria crítica do direito, v.10).

²⁵ GOMES, Rodrigo Moraes. Autoria como um conceito aberto: teoria do domínio do fato. **Revista FIDES**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 49–72, 2017.

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito penal humano e poder no século XXI**. Salvador. Edufba, 2020.

O neoliberalismo econômico impõe uma visão do indivíduo não como sujeito de direitos inserido em um contexto histórico-social, mas como produto. Esse indivíduo, é responsabilizado por suas ações, como se fosse imune às influências que impõe suas possibilidades.

Nessa lógica, o direito deixa de funcionar como limite ao poder punitivo estatal e passa a operar como instrumento de controle social direcionado, especialmente contra os grupos historicamente marginalizados. A tradição liberal, que buscava frear os abusos do Estado, é substituída por uma forma de exclusão, em que a culpabilidade, ao invés de proteger o indivíduo, legitima sua punição.

Diante dessa constatação²⁷, conclui-se que, sem culpabilidade, não há responsabilidade legítima, pois não há fundamento que justifique a imposição de pena, entretanto, ao visar a situação dos presídios brasileiros, observamos uma falta de infraestrutura e de habilitação para que ocorra a real função da pena, tornando o cárcere um local de esquecimento dos presentes naquele ambiente e com aprimoramento das técnicas do crime pelos cidadãos lá egressos.

A Constituição, não trata expressamente do princípio da culpabilidade em seu texto, não existindo, portanto, um dispositivo que vise tratar somente da culpabilidade, porém, isso não quer dizer que a constituição não o reconheça, ele é incorporado de forma implícita ao tratar sob os princípios da legalidade, da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da presunção de inocência e da pessoalidade da pena.

Ferrajoli, ao postular o garantismo penal, entende que a culpabilidade é um dos princípios fundamentais do sistema penal garantista, representando o ponto chave entre a liberdade e a responsabilidade. Para o autor, “não pode haver pena sem culpa”, e essa culpa deve ser provada com base em critérios objetivos e concretos.

Além disso, o Brasil é signatário em tratados internacionais, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)²⁸ que reforça o compromisso constitucional com a culpabilidade como requisito de legitimação da pena. O artigo 15 do PIDCP estabelece que “ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, quando foram cometidos, não constituíam delitos segundo o direito nacional ou internacional”.

Assim, a culpabilidade é parte da condição que legitima o Estado Democrático de Direito a empregar a alguém a privação de sua liberdade. A pena, como expressão da força do Estado sobre o corpo e a liberdade do cidadão, só pode ser aplicada quando há certeza de que o sujeito, de forma dolosa ou culposa, praticou de fato o fato.

Embora o cárcere não se revele eficaz como meio de reabilitação social, a estrutura atual do sistema penal impõe sua aplicação dessa forma. Quando se inverte essa lógica, naturaliza-se, um modelo de justiça pautado na seletividade, onde as garantias são ressignificadas como obstáculos, e não como proteções constitucionais, dando a impressão de que a dignidade humana não seria a todos.

Diante do exposto, compreende-se que o princípio da culpabilidade não é apenas uma exigência técnica do direito penal, mas a expressão de um compromisso

²⁷ SANTOS, Patrícia M. dos. **A teoria do domínio do fato e sua adoção no Brasil: uma análise crítica à luz do princípio da culpabilidade.** Ministério Público do Estado de São Paulo – MPSP, 2006.

²⁸ ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP).** Adotado em 16 de dezembro de 1966. Ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>. Acesso em: 15 abr. 2025.

jurídico com a justiça social. Sua observância impede que o sistema penal se transforme em um instrumento de poder arbitrário, limitando o poder punitivo estatal.

Assim, a responsabilização legítima exige a demonstração do dolo ou da culpa, em consonância com os direitos fundamentais. Sem isso, o risco de se instaurar uma lógica de culpabilidade simbólica, moralista e seletiva é inevitável. Por fim, o artigo 8.º da Convenção Americana²⁹ assegura o direito a um julgamento justo, pautado em garantias mínimas que assegurem a presunção de inocência e o direito à ampla defesa.

5 AUTORIA MEDIATA E O ERRO DE TIPO: CRÍTICA À APLICAÇÃO EXPANSIVA DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Haja vista o estudo desenvolvido sobre autoria mediata, é necessário agora o analisar em relação ao erro de tipo e mensurá-lo criticamente dentro do entendimento da teoria do domínio do fato quanto a sua expansividade e por conseguinte as implicações (indaga-se, portanto: cabe o princípio da autorresponsabilidade?) jurídicas advindas de tal cognição.

A teoria tem sido utilizada como um atalho argumentativo, onde presume-se que, por deter uma posição de liderança ou influência dentro de determinada estrutura, o agente possui controle funcional suficiente para ser responsabilizado pelo crime praticado por outrem. Essa presunção, no entanto, ignora que a figura do autor mediato exige uma ruptura entre a culpabilidade do executor e o domínio do autor.

Assim, quando o executante age com plena consciência do ilícito, ou seja, com dolo e sem erro de tipo, não há como sustentar que tenha sido um instrumento inconsciente. Ele é, nesse caso, o verdadeiro autor do fato, preenche, portanto, os requisitos.

É nesse ponto que o erro de tipo assume seu papel fundamental como critério de legitimidade para a autoria mediata. O artigo 20 do Código Penal é categórico ao afirmar que o erro de tipo essencial exclui o dolo e, quando invencível, também a culpabilidade.

O erro para o direito penal³⁰ é a falsa percepção de algo. Assim, o erro de tipo, deve ser compreendido como a falsa percepção, pelo agente, da realidade a qual ele está inserido. Ou seja, ocorre, quando o sujeito ativo, se equivoca quanto ao mundo exterior e interpreta-o de forma incorreta.

O erro de tipo, pode ser classificado ainda como essencial ou acidental, a depender do elemento que recai sobre ele. O erro de tipo acidental recai sobre dados da figura típica que são irrelevantes para que se configure ou não o delito. Pode incidir sobre o objeto, pessoa, execução, nexo causal ou resultado diverso do pretendido.

Por outro lado, o erro de tipo essencial é aquele que incide sobre as elementares. Desse modo, o erro impede o agente de saber que está cometendo um crime. É imprescindível salientar que o erro de tipo essencial invencível, inevitável, escusável ou desculpável, trata-se de erro imprevisível, ou seja, que não poderia ter sido evitado pelo agente.

²⁹ OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de San José da Costa Rica). San José, 22 nov. 1969. Ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 20 abr. 2025.

³⁰ AVELAR, Michael Procopio. **Manual de direito penal**: volume único – parte geral e parte especial. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2025.

Assim, a doutrina compreende, que a imprevisibilidade ou invencibilidade do erro sobre a elementar impede a caracterização da infração penal. Não sendo possível, portanto, a configuração do dolo, por falta de conhecimento e tampouco culpa, visto que mesmo que o agente tivesse agido com diligência, não teria evitado o erro do tipo.

Então, como pode ser caracterizada a evitabilidade ou inevitabilidade do erro essencial? Este estudo, comunga da tese do homem médio. Ou seja, o que esperar de uma pessoa comum naquela situação e qual o grau da diligência que normalmente seria esperado.

Assim, se o executor atua com plena consciência da natureza ilícita do ato, não há espaço para uma imputação por meio de domínio mediato. Ignorar esse limite técnico é admitir uma forma indireta de responsabilidade objetiva, o que fere o princípio da pessoalidade da pena.

A crítica ganha contornos consideráveis quando se observa a sua aplicação em julgamentos, como no caso da Ação Penal nº 470³¹, o chamado "Mensalão". Vale pontuar, que este estudo não pretende aprofundar o entendimento de como foi analisada tal questão na ação penal aludida, e sim, tão somente evidenciar sob uma nova ótica outra concepção para a conjuntura abordada.

Nesse processo, o Supremo Tribunal Federal adotou uma leitura ampla e funcional da teoria do domínio do fato, reconhecendo autoria mediata mesmo sem comprovação de erro de tipo ou domínio efetivo sobre os executores, que agiram com dolo próprio. O resultado foi a consolidação de um paradigma de responsabilização penal em que a função ou o cargo ocupado pesa mais que a prova concreta da conduta e da intenção do agente.

Desse modo, quando se observa o filme Os 7 de Chicago³², baseado em fatos reais, ele mostra o julgamento de ativistas acusados de incitar protestos contra a Guerra do Vietnã. No longa-metragem, o Ministério Público (MP) tenta responsabilizá-los por atos violentos cometidos por terceiros, sem prova direta de que tivessem ordenado ou sequer participado das agressões.

A acusação se apoia na posição dos réus como líderes e em discursos anteriores, ignorando o que de fato disseram ou fizeram no momento dos fatos. Ou seja, o longa retrata uma tentativa de punição simbólica, deslocando o foco da conduta para o papel social. O processo vira palco de uma narrativa construída para atender a uma expectativa política, e não para fazer justiça, onde as convicções já estão formuladas e os fatos têm que comprovar as presunções do MP e da Corte Americana.

Isso ajuda a entender como a aplicação da autoria mediata na AP 470 correu risco semelhante, ou seja, o de transformar a teoria do domínio do fato em uma ferramenta para imputar culpa a partir da posição e não pela conduta concreta. O filme, assim, serve como um alerta, de que quando se sacrifica a técnica para agrandar a pressão social, o processo penal deixa de proteger e passa a punir aqueles que são selecionados.

³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AP 470: Ministra Rosa Weber vota pela absolvição dos acusados de formação de quadrilha. Brasília: STF, 22 out. 2012. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/ap-470-ministra-rosa-weber-vota-pela-absolvicao-dos-acusados-de-formacao-de-quadrilha/>. Acesso em: 07 jun. 2025.

³² Filme: Os 7 de Chicago. Direção de Aaron Sorkin. Netflix, 2020.

Essa tendência, como aponta Ferrajoli³³, revela um deslocamento a uma culpabilidade por presunção. Para o jurista, a culpabilidade deve ser sempre fruto de um juízo subjetivo, ancorado em fatos e provas, jamais em vínculos abstratos ou expectativas funcionais. Quando se admite que alguém seja condenado com base na suposição de que "deveria saber" o que ocorria, substitui-se a apuração dos fatos por uma narrativa construída, abrindo espaço para um direito penal simbólico — que pune não o que se fez, mas o que se aparenta ser.³⁴

Zaffaroni³⁵ também alerta sobre esse desvio. Para ele, esse modelo de imputação simbólica afasta-se da função garantidora do direito penal e se aproxima de uma lógica inquisitorial, na qual se pune o indivíduo não pelos seus atos, mas por sua posição social ou política. Trata-se, portanto, da transição para um direito penal do inimigo, no qual o réu não é tratado como cidadão, mas como ameaça, um inimigo a ser combatido.

Desse modo, surge-se um questionamento acadêmico inquietante, como responsabilizar? E mais que uma mera responsabilização, qual seria o alcance? Este estudo, não deseja a difícil tarefa, se não, impossível, de apresentar uma solução, como forma de esgotar o assunto, seria, até mesmo inconsequente. Portanto, cumpre, tão somente, em problematizar a alternativa proposta, quais sejam, com o fito de contribuir para o debate.

Luís Greco³⁶, apresenta à comunidade jurídica o princípio da autorresponsabilidade, cujo seu alcance seria o de todo o direito, embora o tenha restringido ao direito penal. O autor defende e postula que a autorresponsabilidade, significa uma espécie de responsabilização onde cada sujeito é responsável tão somente pelos seus atos praticados.

Seria, portanto, na visão do supracitado, um princípio cujo seu funcionamento é dado como *última ratio*, na esperança de uma espécie de proibição de atribuir uma ação a determinado autor, quando ele puder ser atribuído preferencialmente a outro sujeito responsável. Embora critique a imputação recíproca com a incompatibilidade com o princípio discutido, salvo se o tivesse como excludente deste corolário. Ainda, defende um direito positivo amplamente reconhecido e bem fundamentado.

O positivismo jurídico³⁷, em sua essência enquanto movimento jusfilosófico que emerge no contexto social a partir do século XVII, aliado ao Estado liberal, é caracterizado, pelo seu principal precursor Kelsen, como um avanço racional no tangente a produção de normas jurídicas, fortemente combativo ao jusnaturalismo. Esse positivismo, é tão somente pautado na justiça - ligada estritamente à questão política.

³³ SARAIVA, Marcos Antonio Maciel. O garantismo penal de Luigi Ferrajoli e os limites à aplicação de norma penal incriminadora. **Revista Humanidades & Tecnologia (FINOM)**, [S. l.], v. 21, n. 1, p. 42–56, jan./jun. 2021.

³⁴ MARTINS, Carlos Eduardo. O garantismo penal de Luigi Ferrajoli e os limites à aplicação das normas incriminadoras. **Revista Humanidade e Tecnologia**, v. 4, n. 2, p. 75-90, 2024.

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

³⁶ GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

³⁷ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. Uma análise sobre o sentido e alcance do "paradigma" do Estado Democrático de Direito no Brasil. In: OMMATI, José Emílio Medauar; LIMA, Newton de Oliveira (coord.). **Desafios para a implementação do estado democrático de direito no Brasil**. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2025. 200 p. (Coleção teoria crítica do direito, v.10).

Vale pontuar, que uma de suas características principais é a aplicação mecânica da lei e a não-criação do direito pelo intérprete. Sua concepção, ainda emerge de um moralismo jurídico, onde, nas palavras do autor, a validade das normas e sua interpretação dependem do reconhecimento de valores morais; as normas jurídicas e o direito só podem ser validados se levados em consideração os valores morais. Desse modo, conclui-se que o modelo de subsunção, aplicável a um juízo de fato já não corresponde às necessidades pluralistas contemporâneas.

Assim, o neoconstitucionalismo, de modo geral, emprega pilares, como a normatividade de princípios, a teoria da argumentação e a ponderação de valores. É sob esse prisma, que o neoconstitucionalismo vai de encontro ao garantismo, pois seu fundamento base é a proteção à dignidade humana, a busca por segurança jurídica. Se apresenta, como uma teoria preparada em seu arcabouço para lidar de forma a respeitar os princípios constitucionais a melhor ótica interpretativa.

Desse modo, tome-se, por exemplo, que o papel do juiz não seria estar criando ou ampliando normas penais a partir de valores subjetivos, mas sim garantindo que a aplicação da teoria do domínio do fato ou de qualquer outra esteja em consonância com o paradigma jurídico do Estado Democrático de Direito, evitando o punitivismo e a punição simbólica.

Greco, na tentativa de afunilar, propõe a autorresponsabilidade como ratio específica da autoria mediata, aqui comungo da cognição, mas, com a ressalva de considerá-la, tão somente um requisito para a identificação da responsabilização estrita do autor mediato, cujo a mesma, ainda carece de adicional complemento argumentativo.

Este instituto, compreende nas palavras do Greco:

[...] Ele poderia representar ideia fundamental que sustenta determinada figura jurídica, a saber, a autoria mediata, de forma que nos casos em que autor imediato atua de modo plenamente responsável não seria possível afirmar uma autoria mediata. [...] A autoria mediata refere-se a uma forma especial de domínio do fato: o domínio da vontade. Só poderia formar a vontade um sujeito quando ele próprio não estivesse em condição de fazê-lo, isto é, quando ele próprio não pudesse dominar-se. Isso significa que não existiria autor por trás de autor plenamente responsável. Autoria mediata por meio de um executor imediato que é ele próprio, autor, é um não-conceito. [...] O domínio da vontade pode, no entanto, ser compreendido de forma normativa, de modo que apenas se pode falar em domínio alheio ali onde a ordem jurídica já tenha negado ao homem da frente sua capacidade de se autodominar. Dessa forma se chega, de fato, a um princípio da autorresponsabilidade. Ocorre que de acordo com essa argumentação seria preciso deixar claro que o princípio da autorresponsabilidade não decorre mais da ideia normativa de domínio da vontade, mas é, mais do que isso, idêntica a ela. Se domínio da vontade for compreendido de forma normativa, então ele significa o mesmo que o princípio da autorresponsabilidade. Isso quer dizer que essa fundamentação não é uma verdadeira fundamentação, mas sim uma repetição travestida em outras palavras do argumento que deveria provado, ou seja, uma mera *petitio principii*. (Greco, págs. 209-211).³⁸

Assim, do ponto de vista técnico, a falha em reconhecer o erro de tipo como elemento estruturante da autoria mediata compromete não só a consistência

³⁸ GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

dogmática, mas também os princípios constitucionais do devido processo legal, da legalidade e da presunção de inocência. Como afirma Pablo Rodrigo Alflen³⁹, não se pode falar em autoria mediata quando o executor age com dolo. Nesses casos, a relação é de coautoria, e não de instrumentalização.

O perigo desse uso extensivo da teoria de Roxin, especialmente em contextos políticos, é a construção de um processo penal onde a culpabilidade é presumida, a defesa é fragilizada e o ônus da prova se inverte.

Nesse cenário, o erro de tipo não é apenas uma ferramenta técnica, mas uma verdadeira salvaguarda da justiça penal. Ele funciona como um filtro que impede que o direito penal seja usado para punir pela aparência ou pela função, e não pela ação. É ele que garante que a pena só recaia sobre quem efetivamente quis e compreendeu o ilícito do ato praticado.

6 CONCLUSÃO

Assim, caro leitor e leitora, o entendimento final que cumpre salientar neste artigo, é justamente esse defendido ao longo dos tópicos, o de que a tese de Roxin, só deve ser utilizada em um Estado que tenha por paradigma ser democrático e que se alicerce na tese garantista.

O erro do tipo, é elemento crucial quando analisado para evitar a arbitrariedade estatal e atua como filtro, face ao poder punitivo seletivo do Estado. Pois, este mesmo instituto, é o garantidor do princípio da culpabilidade.

Desse modo, garantindo que todos os elementos sejam identificados e que contemple os requisitos postulados a serem preenchidos conforme a tese de Roxin, assim, poderá ser utilizada a teoria de maneira coerente e de modo a viabilizar a segurança jurídica que respeita os princípios constitucionais, quais sejam eles.

Ao se afastar de um direito penal simbólico, que pune tão somente por resposta a pressão da ordem social e distanciando de um direito penal que visa a postura defensiva e combativa quanto a figura do inimigo, nas palavras de Jakobs, estará portanto, construindo o caminho de efetiva o Estado Democrático de Direito no Brasil no sistema penal.

Em tempos de crescente punitivismo e aumento exacerbado do desrespeito às garantias constitucionais, torna-se indispensável reafirmar que a aplicação da teoria do domínio do fato deve sempre estar condicionada a um processo penal legítimo, lastreado no princípio da legalidade e no respeito à dignidade da pessoa humana.

É preciso, portanto, que o Poder Judiciário atue com prudência técnica e compromisso ético, não convertendo teorias jurídico-penais em instrumentos de exceção. Pois, uma vez incidindo a punição por presunção e a inversão do ônus da prova, estaremos subordinados a qualquer outro modelo penal, exceto o que visa a proteção aos direitos humanos e fundamentais, cujo papel do direito penal é ser garantidor da tutela do indivíduo e não instrumento de cercear o sujeito que necessita de proteção.

Com isso, este trabalho não apenas defende a compatibilidade entre a teoria de Roxin e o garantismo penal, mas também evidencia os limites de sua aplicação, reafirmando que o verdadeiro Direito Penal só pode ser efetivado no solo fértil do Estado Democrático de Direito.

³⁹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato e coautoria no Direito Penal: limites dogmáticos da responsabilização penal em estruturas organizadas de poder**. Curitiba: Juruá, 2016.

Por fim, a responsabilidade penal, especialmente nos casos de autoria mediata, deve ser compreendida não como uma ferramenta simbólica de resposta à opinião pública, mas como um mecanismo técnico-jurídico que respeite a complexidade dos fatos e a centralidade da culpabilidade, base sobre a qual repousa toda a estrutura do Direito Penal moderno.

REFERÊNCIAS

AVELAR, Michael Procopio. **Manual de direito penal**: volume único – parte geral e parte especial. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2025.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. v. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 1 maio 2025.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 07 jun. 2025.

DELGADO, Monique Valladão. O primeiro julgamento do Tribunal Penal Internacional: o caso Lubanga. **Revista Brasileira de Direito Internacional - RBDI**, v. 11, n. 2, 2014.

FILME: Os 7 de Chicago. Direção de Aaron Sorkin. Netflix, 2020.

GOMES, Rodrigo Moraes. **Autoria como um conceito aberto**: teoria do domínio do fato. Revista FIDES, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 49-72, 2017.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

LEFEBVRE, Henry. **Direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2011.

MARTINS, Carlos Eduardo. O garantismo penal de Luigi Ferrajoli e os limites à aplicação das normas incriminadoras. **Revista Humanidade e Tecnologia**, v. 4, n. 2, p. 75-90, 2024.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. 8. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021. ISBN 978-65-89602-63-7 (epub).

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)**. Adotado em 16 de dezembro de 1966. Ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>. Acesso em: 15 abr. 2025.

OEА - ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de San José da Costa Rica). San José, 22 nov. 1969. Ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 20 abr. 2025.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. Uma análise sobre o sentido e alcance do "paradigma" do Estado Democrático de Direito no Brasil. In: OMMATI, José Emílio Medauar; LIMA, Newton de Oliveira (coord.). **Desafios para a implementação do estado democrático de direito no Brasil**. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2025. 200 p. (Coleção teoria crítica do direito, v. 10).

ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho en Derecho penal**. 6. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SANTOS, Patrícia M. dos. **A teoria do domínio do fato e sua adoção no Brasil: uma análise crítica à luz do princípio da culpabilidade**. Ministério Público do Estado de São Paulo - MPSP, 2006.

SARAIVA, Marcos Antonio Maciel. O garantismo penal de Luigi Ferrajoli e os limites à aplicação de norma penal incriminadora. **Revista Humanidades & Tecnologia (FINOM)**, [S. l.], v. 21, n. 1, p. 42–56, jan./jun. 2021.

SILVA, Bruno de Almeida. O garantismo penal de Luigi Ferrajoli e os limites à aplicação do direito penal. **Revista Humanidade & Tecnologia**, Araguari, v. 10, n. 20, p. 91-102, jul./dez. 2022.

SILVA, João Paulo. O garantismo penal de Luigi Ferrajoli. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 10, n. 2, p. 45-60, 2012.

STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin: Heymanns Verlag, 2004. VOGEL, Hans-Joachim. "Die bundesstaatliche Ordnung des Grundgesetzes", em MAIHOFER, Werner et al. *Handbuch des Verfassungsrechts*. Teil Zwei. München: Walter De Gruyter, 1995.

STEINER, Sylvia. **Resumo da sentença proferida no julgamento de Thomas Lubanga Dyilo pelo Tribunal Penal Internacional**. IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AP 470: Ministra Rosa Weber vota pela absolvição dos acusados de formação de quadrilha. Brasília: STF, 22 out. 2012. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/ap-470-ministra-rosa-weber-vota-pela-absolvicao-dos-acusados-de-formacao-de-quadrilha/>. Acesso em: 07 jun. 2025.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito penal humano e poder no século XXI**. Salvador: Edufba, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.