

Direito de Defesa: Aplicação da teoria do domínio dos fatos na AP 470

Spacca

O tema já foi discutido e rediscutido por juristas, operadores do Direito e pela jurisprudência[1]. Mas a iminência da retomada do julgamento da AP 470 e os recentes desdobramentos concretos de uma interpretação da teoria do *domínio dos fatos* extensiva demais — como o indiciamento de um ex-secretário de Energia do governo de São Paulo, com base expressa na teoria citada, pelo fato de ocupar o cargo e pertencer ao partido político governista[2] (revelando a sapiência da velha máxima de que “pau que bate em Chico bate em Francisco”). Então, retomemos a discussão sobre a *teoria do domínio do fato*, seus contornos doutrinários e sua interpretação nos autos da AP 470.



Sabe-se que uma das questões mais complexas na seara penal é a elaboração de critérios para distribuir a responsabilidade nos delitos praticados em *concurso de agentes* (por várias pessoas), especialmente por meio/ou dentro de empresas ou de organizações. A questão é: dentre aqueles que *contribuem dolosamente* para o ato, quais são os autores e quais são os partícipes?

Para definir de forma precisa, e justa, os limites entre autoria e participação desenvolveu-se a *teoria do domínio do fato*, consagrada por Roxin em tese publicada em 1963 (ou seja, não se trata de nada propriamente inédito)[3].

A ideia, em linhas bem gerais: nos crimes comissivos dolosos (crimes de ação praticados com intenção, quase todos os analisados na AP 470) o autor — a *figura central do fato típico* — é aquele com *domínio dos fatos*, seja como *executor direto*, como *autor funcional*, ou como *autor mediato*[4].

Assim, em primeiro lugar, será autor aquele que pratica diretamente e sem coação, qualquer o comportamento descrito no tipo penal. Por exemplo, em casos de *lavagem de dinheiro*, aquele que *oculta ou dissimula* bens ou produtos provenientes de infração penal (artigo 1º, *caput*), *realiza os atos de mascaramento* descritos no parágrafo 1º ou *utiliza* os bens na *atividade econômica ou financeira* (parágrafo 2º, inciso I) será autor do delito de lavagem, desde que aja como *dolo*.

Também será *autor* aquele que colabora de maneira *funcional e essencial* com o delito praticado em conjunto com outro, colocando-se em *posição chave, central*, da prática criminosa, desde que tenha *controle consciente* de suas atribuições essenciais relacionadas ao *curso causal* e tenha *poder de interrupção* de seu desdobramento.[5] É o caso do crime praticado em coautoria (como, por exemplo, o estupro, em que uma pessoa segura a vítima e o outro pratica o ato contra a liberdade sexual).

Por fim, também são autores aqueles que praticam o crime por meio do *domínio da vontade* de *outrem* que age sem *dolo* ou *culpabilidade*, em regra sob *coação* ou em *erro*[6]. São as hipóteses nas quais o agente usa o outro como *instrumento* para o ato delitivo (*autoria mediata*).[7] Pode ocorrer nos casos em que o autor — comumente chamado de *homem de trás* — usa alguém em *erro de tipo*, provocando-o a praticar a conduta sem que ele conheça as circunstâncias nas quais atua. É o caso do traficante de drogas que usa um *gerente de banco* para a movimentação do dinheiro sujo, sem informá-lo da origem real do



capital, ou do servidor corrupto que pede a parente que deposite valores em sua conta bancária explicando que precisa ocultá-los para evitar penhora em processo trabalhista. Nesses casos, o *homem de trás* responde como *autor* do delito e o *executor direto* será impunível, pois obra em *erro de tipo*, atípico na *lavagem de dinheiro* mesmo que evitável (CP, artigo 20).

Vale, por fim, apontar que a punição por *autoria mediata* ocorre apenas nos casos em que o *instrumento* não pratica *injusto punível*, em geral por *erro de tipo* ou *falta de culpabilidade*. Caso o *agente executor* seja punível, haverá *concurso de agentes* entre este e o *homem de trás* ou *autoria colateral* (caso não exista vínculo subjetivo entre eles) e cada qual responderá na medida de sua culpabilidade.

Nessa seara, importa destacar a proposta de parte da doutrina de ampliar o âmbito de aplicação da *autoria mediata* para as esferas de domínio em virtude de estruturas de poder organizadas.^[8] Trata-se dos casos em que os membros institucionalmente ativos da direção de *grupos criminosos* ou de regimes políticos totalitários usam seus soldados para a prática de delitos. Nessas hipóteses, o *agente de trás* não se utiliza de um instrumento humano em erro de tipo ou sem culpabilidade. Na verdade, ele tem à sua disposição um *aparato de poder* pelo qual determina a prática do delito por um membro subordinado, que tem ciência dos fatos, dolo e culpabilidade, mas é *fungível*, ou seja, plenamente substituível por outro, caso se recuse a cumprir com sua missão.^[9]

Vale destacar que tais casos de autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder ocorrem apenas em organizações que funcionam *à margem da legalidade*, como em *organizações criminosas tradicionais*.^[10] Há certa polêmica doutrinária sobre a aplicabilidade desta hipótese de *autoria mediata* através de aparatos organizados de poder para empresas ou instituições que desenvolvem primordialmente atividades lícitas onde, eventualmente, ocorrem delitos praticados por ordem de seus dirigentes em seu benefício^[11]. Posta a questão, ficamos com o posicionamento de Roxin, para quem, nas instituições que operam dentro da lei, as ordens para cometer delito não podem fundamentar um domínio, e se são obedecidas não decorrem da estrutura de poder, mas de uma iniciativa particular dos agentes envolvidos.^[12]

Exposta — de forma simplificada — a *teoria do domínio dos fatos*, importa um alerta: ela serve apenas para fixar a fronteira entre *autoria e participação*. Por isso, a construção da imputação do crime passa pelas seguintes etapas: 1) identificar que o agente *conhecia os fatos* e colaborou com a *empreitada criminosa*; 2) usar a *teoria do domínio dos fatos* (ou qualquer outra) para fixar sua responsabilidade como *autor* ou como *partícipe* do delito.

Essa é a questão central na AP 470. Embora diversas descrições da teoria e de sua origem histórica sejam corretas, fica a impressão de que, em alguma medida, se utilizou da teoria como elemento de *imputação de responsabilidade* e não para distinguir entre *autores e partícipes*.

Em alguns votos, ficou claro o recurso à teoria para desenhar uma espécie de *presunção de responsabilidade* aos dirigentes de empresas que, *a principio*, teriam sempre *domínio dos fatos* praticados em sua instituição, como no seguinte trecho: “Importante salientar que, nesse esteiro âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma *presunção* relativa de *autoriados* dirigentes. Disso resultam duas consequências: a) é viável ao acusado comprovar que inexistia poder de decisão; b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma *presunção iuris tantum* de autoria” (folha 1.162).

Sabe-se que a fixação da autoria nos crimes empresariais é complexa, e muitas vezes a estrutura organizacional é voltada para ocultar os efetivos responsáveis pela determinação da conduta delitiva. E tal estratégia merece atenção, devendo ser minada por análises cuidadosas dos fluxos de poder e responsabilidade dentro das instituições — que, aliás, a corte fez com precisão em diversas oportunidades na AP 470.

Mas não nos parece que isso abrande a necessidade de uma precisa descrição e demonstração da autoria, com todos os seus requisitos, que antecede ao uso da teoria do domínio dos fatos, usada apenas para a *distribuição de responsabilidade* entre aqueles já identificados como *responsáveis* em maior ou menor medida pela infração penal.

Em suma, a constatação que alguém tinha o domínio dos fatos do crime é relevante para a fixação da autoria, mas não é suficiente. A simples demonstração de que alguém é dirigente de uma empresa não significa que ele seja responsável por qualquer ato típico praticado em seu seio — exige-se a demonstração de que ele *conhecia os fatos e contribuiu* como *figura central* para sua prática. Tais atos devem ser demonstrados, descritos na inicial, e não *presumidos* pela posição hierárquica ocupada na estrutura institucional.

Enfim, fica a preocupação que a tese aventada em algumas manifestações durante o julgamento da AP 470 seja usada em situações outras, por operadores do Direito menos cautelosos do que o Supremo, e enseje um perigoso flerte da jurisprudência penal com a responsabilidade objetiva.

[1] Por todos, Greco, Luís; Leite, Alaor. *O que é e o que não é a teoria sobre o domínio do fato sobre a distinção entre o autor e o partícipe no direito penal*. RT ano 102, vol.933, julho/2013 e STRECK, Lenio “*O mensalão e o domínio do fato – tipo ponderação*”, disponível neste [link](#), acessado em 11/8/2013.

[2] Notícia no jornal O Estado de S. Paulo disponível neste [link](#), acessada em 11/8/2013.

[3] Embora suas linhas gerais estejam presentes em WELZEL e até em autores anteriores, como explicam Greco, Luís; Leite, Alaor. *O que é e o que não é a teoria sobre o domínio do fato sobre a distinção entre o autor e o partícipe no direito penal*. RT ano 102, vol.933, julho/2013, p.63

[4] Greco, Luís; Leite, Alaor. *O que é e o que não é a teoria sobre o domínio do fato sobre a distinção entre o autor e o partícipe no direito penal*. RT ano 102, vol.933, julho/2013, p.67

[5] Roxin, Claus, *Autoria y dominio del hecho*, p.314, Batista, *Concurso de agentes*, p. 68.

[6] ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho*, p.165 e ss.

[7] Sobre o instituto, ver Batista, *Concurso de agentes*, p. 125. Também Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, Cap.X, 1.2.



[8] Roxin, *Autoría y dominio*, p. 269.

[9] Sobre o instituto, Cancio Meliá; Silva Sánchez, *Delitos de organización*, p.108 e ss.

[10] . Ou em sistemas de violação de direitos montados por governos totalitários, hipóteses para as quais foi desenvolvida essa ideia de *autoria mediata* peculiar (Roxin, *Autoría y dominio*, p. 269).

[11] Para um panorama da questão, ver Greco, Luís; Leite, Alaor. *O que é e o que não é a teoria sobre o domínio do fato sobre a distinção entre o autor e o partícipe no direito penal*. RT ano 102, vol.933, julho/2013, p.73

[12] . Roxin, *Autoría y dominio*, p. 269.

Date Created

13/08/2013