



# Poder mandar não significa mandei

FERNANDA LARA TÓRTIMA -ADVOGADA CRIMINAL, MESTRE EM DIREITO PENAL PELA UNIVERSIDADE DE FRANKFURT AM MAIN (ALEMANHA) - O ESTADO DE S.PAULO

18 Novembro 2012 | 02h 10 - Atualizado: 18 Novembro 2012 | 03h 59

A teoria do domínio do fato serve à distinção entre autor e partícipe de um crime, não para se comprovar a participação de um acusado

Recentemente, o professor emérito da Universidade de Munique Claus Roxin, o grande especialista na teoria do domínio do fato, citada no julgamento da Ação Penal 470, concedeu algumas poucas entrevistas a respeito da teoria em questão, publicadas em periódicos brasileiros. Foi o suficiente para que se passasse a insinuar que o eminente jurista teria censurado nosso Supremo Tribunal Federal.

Nada menos verdadeiro. Pensar que Roxin teria criticado diretamente os votos proferidos durante o citado julgamento é, no mínimo, pueril. E divulgar essa ideia é leviano. É evidente que, apesar de nos ter brindado com uma breve visita ao Rio de Janeiro, para evento acadêmico, no final do mês de outubro, não teve oportunidade de ouvir, a respeito do processo, mais do que algumas explicações superficiais. Suas manifestações limitaram-se à reprodução, em caráter abstrato, de ideias que já vinham sendo por ele divulgadas há aproximadamente cinco décadas em diversas publicações científicas.

Por outro lado, as entrevistas por ele gentilmente concedidas, se observadas corretamente, como fonte de doutrina, fazem ver que a teoria do domínio do fato parece ter sido utilizada equivocadamente durante o julgamento da Ação Penal 470.

A bem da verdade, não é tarefa fácil compreender a forma como a teoria em questão serviu ao resultado condenatório. Falou-se, de forma descontextualizada, a respeito de domínio "final" ou "funcional" do fato; chegou-se a invocar a formulação dos aparelhos organizados de poder e, ao que parece, pretendeu-se inserir os enunciados da teoria na análise da prova dos autos, a ponto de se fazer crer que a identificação da posição hierárquica de alguns acusados dentro da estrutura de poder poderia contribuir para a presunção de que teriam eles participado de determinadas condutas criminosas. Em outras palavras, passou-se a impressão de que a mera circunstância de alguém ocupar elevada posição hierárquica fundamentaria a responsabilidade pela prática do crime.

Essa utilização da teoria do domínio do fato seria absolutamente incorreta. Não se pode, de forma alguma, mesclar suas premissas com a análise da prova de que alguém tenha concorrido para a realização de um crime. A teoria do domínio do fato serve exclusivamente à distinção entre autores e partícipes de um crime, após ter sido devidamente demonstrado terem os acusados concorrido para sua realização. A tese não é complexa: uma vez comprovado - e somente após isso - que determinado acusado contribuiu para a prática criminosa, verifica-se se ele o fez dominando os fatos. Em caso positivo, atuou ele como autor; caso contrário, como simples partícipe (mandante, isto é, instigador, ou cúmplice).

Não se pretende aqui afirmar que não existiam provas para a condenação de qualquer um dos que figuram como acusados no processo em questão. Também não se pretende concluir serem inadmissíveis condenações em ações penais em geral com base em provas indiciárias. Mas o que não se pode conceber é que a teoria do domínio do fato seja utilizada para finalidades para as quais não foi desenvolvida. E ela não foi criada para fins de comprovação de que determinado acusado tenha participado de condutas criminosas.

Também se fez menção, em passagens do julgamento da AP 470, à formulação relativa aos aparelhos organizados de poder, desenvolvida por Roxin no âmbito da teoria do domínio do fato. A formulação fora corretamente utilizada no julgamento do ex-presidente Alberto Fujimori pela Corte Suprema peruana. Lá não se mesclou o uso da teoria com a análise da prova dos autos, apenas condenou-se Fujimori como autor, e não mero partícipe, considerando-se ter ele exercido, por meio de uma estrutura organizada de poder, o domínio da vontade dos autores que realizaram o tipo pelas próprias mãos (imediatos). Sem a teoria do domínio do fato, Fujimori não teria sido absolvido, mas condenado como partícipe.

Aqui, ao contrário, passou-se ao menos a impressão de que o decreto condenatório de determinados acusados - e não apenas a designação deles como autores ou partícipes - decorreu da aplicação da teoria do domínio do fato, o que, como se viu, importa em incontornável equívoco.

A teoria do domínio do fato ainda é pouco utilizada em julgados brasileiros. Não se pode deixar de lamentar que aparentemente se tenha recorrido ao seu uso de forma equivocada em um julgamento de tamanha repercussão. A preocupação não é apenas com as consequências do erro no caso de que estamos falando, mas sim com sua reprodução, possivelmente também errônea, em milhares de decisões judiciais a serem proferidas no País. A teoria do domínio do fato assumiu no julgamento da Ação Penal 470 ares de novidade. A adoção de teorias aparentemente herméticas, e, de toda sorte, conhecidas por uma parcela pequena da população e mesmo da comunidade jurídica, costuma servir de álibi para drásticas alterações de orientação de entendimento jurídico. A culpa passa a ser da "nova" teoria, como se ela não existisse antes, e como se servisse aos fins para os quais foi utilizada.

### **5 truques para aprender qualquer idioma sem ir a um curso**

Babbel

### **O Brasil ficou barato e devemos aproveitar o momento para ganhar dinheiro. Mas o que fazer?**

Empiricus

### **Jovem Empreendedor Cria Negócio de Importação e Fatura Online**

Curso de Importação Online

### **‘Foi chamada de puta’, diz Lula sobre Marta nos protestos**

### **Gilmar Mendes diz que há jurisprudência no STF para revogar nomeação de novo ministro da Justiça**

### **Leia o depoimento de ‘Maradona’, o caseiro do sítio em Atibaia que Lula diz não ser dele**

Links Patrocinados por Taboola