

Autoritarismo e o domínio do fato para justificar a prisão de Boulos

19/01/2017

Para compreender a prisão de Guilherme Boulos, ativista de causas sociais e membro do Movimento dos Trabalhadores Sem Teto, é preciso um breve olhar ao retrovisor na tentativa de identificar a trajetória da curva autoritária conduzida pelo Poder Judiciário nesta década.

Conforme divulgado pelo *Valor Econômico*, o delegado responsável pela elaboração do auto de prisão em flagrante justificou a medida com base (i) na teoria do domínio do fato e (ii) na omissão de um suposto dever do ativista em impedir que determinado resultado criminoso se verificasse.

Em detalhe:

Atente-se para a gravidade da situação: um sujeito preso em flagrante devido à *“notoriedade e ativa participação em ações promovidas pelos movimentos populares”*, o que implicaria em *“por possuir toda esta representatividade, poderia sim Guilherme, caso fosse realmente de seu interesse, senão impedido, ao menos minorado a reação dos manifestantes contra os agentes do Estado que ali se encontravam para cumprir ordem judicial”*.

Em relação à conduta de Guilherme, verifica-se que o autor, pela notoriedade e ativa participação em ações promovidas pelos Movimentos Populares, possui forte influência nas pessoas que destes participam, sendo que muitos acreditam ser ele um verdadeiro líder das causas dos menos favorecidos.

Vale ressaltar que, conforme narrado pelo próprio Guilherme, muito embora não seja ele o líder do movimento em tela, sua figura emblemática de atuante ativista das causas sociais fizeram com que os representantes dos manifestantes com ele entrassem em contato, solicitando sua intervenção neste caso. Daí verifica-se que por possuir toda esta representatividade, poderia sim Guilherme, caso fosse realmente de seu interesse, senão impedido, ao menos minorado a reação dos manifestantes contra os agentes do Estado que ali se encontravam para cumprir ordem judicial.

A este tipo de comportamento por parte de Guilherme adotado, modernamente a doutrina o tem inserido na chamada TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO, segundo a qual o agente responde não por ter participado diretamente do comportamento delitivo, mas sim porque com sua conduta, emana ordens aos demais, ou até mesmo muito embora o pudesse fazer, não impede que o resultado criminoso se verificasse.

Além do mais, ressalte-se a oitiva do condutor da ocorrência, o qual goza de presunção de legitimidade e veracidade, afirmando que Guilherme orquestrava a ação, se comunicando a todo momento com os demais manifestantes, os quais iniciaram o confronto.

Na visão do delegado, Guilherme Boulos deveria ter *“ao menos minorado a reação dos manifestantes contra os agentes do Estado”*. Não é apenas bizarro, mas assustador. Não apenas viola-se o legítimo direito de resistência, mas impõe-se um dever absurdo ao cidadão de coibir a resistência alheia. Como é possível justificar a prisão de alguém com base nestes fundamentos?

Para entender como atingimos este nível de autoritarismo e perseguição política mal disfarçada em apuração criminal, precisamos voltar alguns anos no tempo.

Aos 5 de junho de 2013, durante sua sabatina no Senado Federal, o atual ministro do Supremo Tribunal Federal identificou o julgamento da AP 470 como um ponto fora da curva: “Eu acho que o mensalão foi, por muitas razões, um ponto fora da curva, mas não correspondeu a um endurecimento geral do Supremo no caso específico”.

Não era apenas um ponto, mas o início de uma nova curva. Fora da curva constitucional onde os direitos e garantias fundamentais ainda eram respeitados, deu-se início a um novo arco histórico autoritário: o julgamento do mensalão foi o primeiro passo deste atual modelo do processo penal de exceção, segundo o qual o sistema de justiça criminal passa a ser manipulado de acordo com conveniências políticas, seletivamente direcionadas pelo poder econômico e pelo sistema midiático.

No caso específico do mensalão, duas características indissociavelmente ligadas marcaram essa mudança de paradigma, transmitida ao vivo em rede nacional: (i) a aplicação deturpada da teoria do domínio do fato e (ii) a responsabilização penal da omissão enquanto dever de impedir o resultado.

Não há nada mais simbólico do que a prisão de Guilherme Boulos para retratar os novos tempos do autoritarismo penal. As mesmas duas características inovadoras (ponto fora da curva?) apresentadas no julgamento do mensalão — teoria do domínio do fato e responsabilização penal da omissão — são agora retomadas, em nova roupagem, para justificar a prisão de um ativista social.

Os equívocos do STF encontraram terreno fértil para florescer em arbítrio penal. O exemplo que vem de cima ecoa nas instâncias inferiores, espelha os desejos oportunistas e desperta o autoritarismo latente nas engrenagens do Poder Judiciário.

Em primeiro lugar, no julgamento da AP 470, a teoria do domínio do fato foi aplicada de modo deturpado para atribuir responsabilidades criminais, uma vez que ela não se presta à imputação do crime a alguém, mas serve apenas para distinguir entre autor e partícipe de um crime.

A teoria do domínio do fato é uma teoria *diferenciadora e restritiva* do conceito de autor. Nas palavras de Alaor Leite, “Ela é diferenciadora, pois crê ser necessária a distinção, já no plano do tipo, de níveis de intervenção no delito, ou seja, entre autor (imediato e mediato, além da coautoria) e partícipe (instigador e cúmplice). Ela é restritiva, pois entende que apenas o autor do delito é que viola a norma de conduta inscrita na parte especial do Código, e a punição da participação seria produto de uma norma extensiva da punibilidade”. ([1])

Destaque-se que o próprio Claus Roxin, principal referência nos estudos acerca da teoria do domínio do fato, declarou que não se pode utilizar esta teoria para fundamentar a condenação de um acusado supondo sua participação apenas pelo fato de sua posição hierárquica, já que “o mero ter que saber não basta”, sendo necessário demonstrar a efetiva e concreta ordem na escala de comando. ([2])

Justificando a aplicação da teoria do domínio do fato, porém, afirmou a ministra Rosa Weber: “Mal comparando, nos crimes de guerra punem-se, em geral, os generais estrategistas que, desde seus gabinetes, planejam os ataques, e não os simples soldados que os executam, sempre dominados pela subserviência da inerente subordinação. *Do mesmo modo nos crimes empresariais a imputação, em regra, deve recair sobre os dirigentes, o órgão de controle, que traça os limites e a qualidade da ação que há de ser desenvolvida pelos demais.* Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. *O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que pode evitar que o resultado ocorra.* Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico”. (AP 470, fls. 52776 – grifei).

Além de totalmente equivocado, tratou-se de precedente com potencial destrutivo em um terreno fértil para arbitrariedades. Como bem observou o ministro Ricardo Lewandowski, na

ocasião do julgamento: “*O que me preocupa, Senhor Presidente, eminente Decano, é exatamente a banalização dessa teoria. Como é que os quatorze mil juízes brasileiros vão aplicar essa teoria, se esta Suprema Corte não fixar parâmetros bem precisos? É um pouco como disse o Pedro Aleixo naquele episódio famoso, quando Costa e Silva baixou o Ato Institucional 5. Ele disse: eu não estou preocupado com o uso que Vossa Excelência fará dele com suas honradas mãos, mas estou preocupado com o guarda da esquina. É isto que nós precisamos assentar com muita clareza: quando é que essa teoria pode e deve ser utilizada?*” (AP 470, fls. 56816/7 – grifei).

Como observado pelo ministro Luís Roberto Barroso, o julgamento do mensalão pode não ter representado o endurecimento da Corte em um único caso específico, mas certamente fixou as bases para o endurecimento generalizado em relação às questões criminais seletivamente colocadas em pauta pelo Poder Judiciário. Como profetizado pelo ministro Ricardo Lewandowski, ao não se delimitar hipóteses em que a teoria pode e deve ser utilizada, franqueou-se campo fértil à manipulação arbitrária para extensão da responsabilidade criminal a partir de uma teoria estruturada em valores e propósitos diametralmente opostos.

Em segundo lugar e como consequência direta da aplicação deturpada da teoria do domínio do fato, atribuiu-se ampliação ilegal e equivocada de relevância penal à omissão enquanto dever de impedir o resultado nos crimes apurados na AP 470.

Conforme destacou Alaor Leite, “o que se pode ver é que boa parte da argumentação se dá em função da posição que tal pessoa ocupava e se devia saber de determinado fato. Esse tipo de imputação deixa transparecer uma estrutura de *omissão imprópria*. A pessoa estava na posição de garantidora e deveria impedir o cometimento de delitos pelo escalão inferior” ([3]).

Em outras palavras, muitos dos réus foram punidos no julgamento da AP 470 tão somente por exercerem cargos de chefia ou liderança, posições hierárquicas que supostamente implicariam dever de impedir determinados resultados que, uma vez verificados, configurariam crimes passíveis de imputação aos tais chefes ou líderes identificados exclusivamente pela posição hierárquica do cargo ocupado.

Trata-se de aplicação totalmente equivocada da teoria em questão, que “nada tem a ver com a ideia de domínio do fato; o que se está fazendo, a rigor, é confundi-la com a omissão. O domínio do fato, como dito (supra 3.), se refere aos delitos de domínio, isto é, a delitos comissivos. Só quem age positivamente tem algo nas mãos, que pode dominar. *Os delitos de omissão não são delitos de domínio, a eles não se aplica o critério do domínio do fato*” ([4]).

Ao retomar as ideias lançadas equivocadamente pelo STF, o delegado responsável pelo auto de prisão em flagrante de Guilherme Boulos afirmou que “a este tipo de comportamento de Guilherme adotado, modernamente a doutrina o tem inserido na chamada Teoria do Domínio do Fato, segundo a qual o agente responde não por ter participado diretamente do comportamento delitivo, mas sim porque com sua conduta, emana ordens aos demais, ou até mesmo *muito embora o pudesse fazer, não impede que o resultado criminoso se verificasse*”.

A nova curva autoritária teve seu início no julgamento da AP 470, fortalecida pela repercussão e pressão midiática, flexibilizando regras fundamentais de imputação do direito penal. De lá pra

cá, encontrou céu de brigadeiro para alçar novos e longos voos conduzidos pelo autoritarismo latente das engrenagens do Poder Judiciário, direcionados por interesses políticos e econômicos em perfeita sintonia ao sistema midiático.

Nos últimos anos, meses e semanas, temos assistido a prisões para induzir delações premiadas (delações mediante sequestro?), conduções coercitivas arbitrárias, violação da presunção de inocência e garantias fundamentais básicas do processo penal, determinação do cumprimento antecipado da pena em verdadeira afronta ao texto expresso da Constituição Federal, interceptações telefônicas e telemáticas ilegais, vazamentos seletivos de informação com propósitos político-partidários, propostas inconstitucionais e desmedidas de uma instituição a quem cabe zelar pelo cumprimento das normas constitucionais, tribunais reconhecendo expressamente a existência de um Estado de Exceção a depender do tipo de crime e de réu a ser julgado, criminalização dos movimentos sociais, tribunais que punem juízes que cumprem a Constituição e revogam prisões ilegais e absolvem a violência praticada em legítima defesa por fuzilamento de presos, programas de segurança pública fundamentados exclusivamente na repressão criminal e aumento do rigor penal e tantos outros exemplos da expansão do arbítrio.

Enquanto a nova curva autoritária não encontrar resistência na sociedade, seguiremos assistindo a novas “prisões por resistência” que mal disfarçam o propósito de perseguição política. A resistência legítima ao autoritarismo penal é, acima de tudo, um dever de quem pretende levar o direito a sério.

Já no ano de 1549, Étienne de La Boétie: “Assim são os tiranos: quanto mais eles roubam, saqueiam, exigem, quanto mais arruinam e destroem, quanto mais se lhes der e mais serviços se lhes prestarem, mais eles se fortalecem e se robustecem até aniquilarem e destruírem tudo. Se nada se lhes der, *se não se lhe obedecer, eles, sem ser preciso luta ou combate, acabarão por ficar nus, pobres e sem nada; da mesma forma que a raiz, sem umidade e alimento, se torna ramo seco e morto.* (...) Com a perda da liberdade, perde-se imediatamente a valentia. As pessoas escravizadas não mostram no combate qualquer ousadia ou intrepidez. Vão para o castigo como que manietadas e entorpecidas, como quem vai cumprir uma obrigação. E não sentem arder no coração o fogo da liberdade que faz desprezar o perigo e dá ganas de comprar com a morte, ao lado dos companheiros, a honra da glória.” ([5])

O direito penal é um instrumento tirano de controle, manipulado por uma Polícia Militar que atua como força de ocupação territorial, por Polícias Judiciárias e Ministérios Públicos que investigam e processam seletivamente, por juízes e tribunais que ignoram as leis e a Constituição para julgar de acordo com suas próprias convicções e/ou a opinião pública.

Ficamos com o otimismo responsável de Eugenio Raúl Zaffaroni, para quem: “Acreditar no sistema penal, ter fé no sistema penal, é fanatismo religioso, não é religião. É uma patologia da religião. O grande ídolo do segundo milênio é o sistema penal. (...) O segundo milênio foi o do sistema penal e o terceiro milênio será o da quebra do discurso punitivo e do sistema penal. Não estamos falando em termos de um otimismo irresponsável. *No terceiro milênio, a humanidade vai sobreviver, e para isso terá que acabar com o sistema penal. Mas, antes de acabar com o sistema penal, vai ter que acabar com o discurso punitivo e achar soluções reais para os problemas, não ilusões para solucioná-los.* (...) A luta para acabar com o sistema penal e

com o seu exercício vertical do poder de vigilância e do poder político também será uma luta dura. Mas, no final, o bem sempre vai triunfar. Então, o sistema penal vai sumir. O terceiro milênio será o último milênio do sistema penal”. ([6])

É preciso acabar com a mistificação do discurso penal. Basta identificar o perfil etário, sócio-econômico e cor de pele da tradicional clientela do sistema de justiça criminal. Pura e simples dominação. Basta, também, perceber que ainda hoje há mais países que criminalizam a homossexualidade do que nações onde a união homoafetiva é regulamentada. Puro e simples controle moral. Basta, ainda, notar que não há como escapar das sanções criminais referentes ao furto de uma simples bicicleta, mas, para apagar todas as consequências penais da sonegação de milhões de reais em tributos, é só fazer um acordo administrativo e quitar os débitos anos depois. Pura e simples conveniência econômica. Basta, por fim, perceber o uso despuerado que tem se feito das estruturas do processo penal, à exemplo desta prisão arbitrária de Guilherme Boulos, para viabilizar e sustentar um golpe parlamentar, financeiro, jurídico e midiático em nosso país. Pura e simples perseguição política seletiva, manipulada pelas estruturas de poder. Vivemos em constante evolução e o direito penal é um freio autoritário de dominação e controle. À resistência, à liberdade!

[1] DOMÍNIO DO FATO, DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE PENAL POR FATOS DE TERCEIROS. SOBRE OS CONCEITOS DE AUTOR E PARTÍCIPE NA APN 470 DO STF – Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 106/2014 | p. 47 – 90 | Jan – Mar / 2014 DTR2014303

[2] <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2012/11/1183721-participacao-no-comando-de-esquema-tem-de-ser-provada-diz-jurista.shtml>

[3] <http://www.conjur.com.br/2013-mar-04/julgar-mensalao-stf-nao-deixou-claras-regras-compliance-analista>

[4] O QUE É E O QUE NÃO É A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE AUTOR E PARTÍCIPE NO DIREITO PENAL – Revista dos Tribunais | vol. 933/2013 | p. 61 | Jul / 2013 DTR20133797.

[5] Discurso Sobre a Servidão Voluntária (1549).

[6] Desafios do direito na era da globalização – Revista da AMB, nº 5, 2º semestre/1998, p. 203.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2017-jan-19/autoritarismo-dominio-fato-justificar-prisao-boulos/>