

Fernanda Tórtima: O domínio do fato como teoria probatória

01/03/2023

Já vimos esse filme, como disse um magistrado de nossa Suprema Corte, cuja fala foi recentemente reproduzida em nota jornalística [1]. Com efeito, no julgamento do chamado mensalão houve largo recurso à teoria do domínio do fato com vistas a atribuir responsabilidades a determinados acusados. Em certa medida, no entanto, foi a teoria utilizada de forma equivocada, como se domínio do fato tivesse algo que ver com prova do envolvimento (participação *lato sensu*) de alguém nos fatos típicos sob julgamento.



À época, poucos não foram os artigos jurídicos

criticando os fundamentos da referida condenação, precisamente no ponto em que se afirmou que a posição de comando na estrutura hierárquica seria suficiente para demonstrar a implicação nos crimes objeto da acusação. Nada menos verdadeiro. Como já tivemos oportunidade de esclarecer logo após aquele julgamento histórico, a teoria do domínio do fato serve exclusivamente à distinção entre autores e partícipes (instigadores ou cúmplices), em nada dizendo respeito à comprovação de que alguém tenha tomado parte em determinada empreitada criminosa [2]. Também Alaor Leite e Luis Greco, este último hoje professor Catedrático da Universidade de Berlim, afirmaram na ocasião, com absoluta propriedade, que *"a teoria não serve para responsabilizar um sujeito apenas pela posição que ele ocupa"*, acrescentando ainda que *"a teoria do domínio do fato não condena quem, sem ela, seria absolvido; ela não facilita, e sim dificulta condenações"*, bem como que *"sempre que for possível condenar alguém com a teoria do domínio do fato, será possível condenar sem ela"* [3]. Por fim, ainda na mesma época, embora sem se debruçar sobre esse ou qualquer outro caso concreto, o professor Claus Roxin, maior teórico do domínio do fato, esclareceu que *"a posição hierárquica não fundamenta, sob nenhuma circunstância, o domínio do fato"* [4]. Curioso por fim notar que, mais recentemente, a citada entrevista foi mencionada pelo ministro Ricardo Lewandowski em relevante artigo publicado no mesmo periódico, no qual ele criticou a condenação de dirigentes de empresas, à míngua de provas de sua efetiva participação em fatos típicos, em razão justamente do mau uso da teoria do domínio do fato para justificar condenações indevidas no

âmbito empresarial [5].

Pois agora, novamente, torna-se a buscar amparo na celebrada teoria para justificar a imputação de determinados crimes ao ex-presidente Jair Bolsonaro, notadamente daqueles vinculados aos *atos golpistas*, praticados diretamente por seus seguidores e eleitores. Aqui e ali pululam entrevistas e artigos nos quais se afirma que Bolsonaro poderá ser responsabilizado criminalmente por tais atos, com base na teoria do domínio do fato [4]

A tese é esdrúxula, para dizer o mínimo. Por mais graves que sejam os crimes sob investigação — e são — não se pode lançar mão do nome de uma teoria que em nada diz respeito à prova da prática de crimes e que não foi desenvolvida para que se pudesse renunciar à dogmática penal e a regras de processo penal, de forma a realizar imputações absolutamente descabidas

Nunca é demais repetir: para que se impute determinado crime a alguém, é preciso verificar se houve ação ou omissão, que, culposa ou dolosamente, tenha causado o resultado.

Nem mesmo a gravidade dos crimes sob investigação, muito menos a pessoa do investigado, deve fazer com que se subverta o direito e se criem teorias de ocasião. É que, a rigor, teorias nunca são verdadeiramente de ocasião. Os investigados vão, o direito criado, mesmo que para determinado caso específico, fica. Não será a partir de invencionices teóricas que o sistema jurídico penal será aperfeiçoado. Que se investigue de forma aprofundada e que Bolsonaro seja punido, por ação ou omissão, seja como autor, seja como partícipe, se provas houver para tanto.

[1] <https://veja.abril.com.br/coluna/radar/terror-dos-mensaleiros-teoria-do-dominio-do-fato-vai-assombrar-bolsonaro/>

[2] <https://www.conjur.com.br/2012-out-24/fernanda-tortima-teoria-dominio-fato-diferencia-autor-participe>

<https://www.estadao.com.br/alias/poder-mandar-nao-significa-mandei-imp-/>

[3] <https://www.conjur.com.br/2013-out-18/luis-greco-alaor-leite-fatos-mitos-teoria-dominio-fato>

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

[5] <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2019/10/dominio-do-fato.shtml>

[6] <https://www.cartacapital.com.br/politica/o-caminho-para-enquadrar-bolsonaro-por-atos-golpistas-segundo-senador/>



<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/bolsonaro-responsabilizado-saiba-o-que-pode-acontecer-com-o-ex-presidente,c90e0e68c0eb6a8200e9ec2bfc99b0camr8e8hqm.html>

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-mar-01/fernanda-tortima-dominio-fato-teoria-probatoria/>