

## HABEAS CORPUS 127.397 BAHIA

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI  
PACTE.(S) : ALVARO FERNANDES DA CUNHA FILHO  
IMPTE.(S) : DORA CAVALCANTI CORDANI E OUTRO(A/S)  
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### RELATÓRIO

#### O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

**Habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado pela advogada Dora Cavalcanti Cordani e outros, em favor de Álvaro Fernandes da Cunha Filho, apontando como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao RHC nº 51.564/BA, Relator o Ministro **Gurgel de Faria**.

Narra a impetração que

“[n]os autos da ação penal nº 36486-27.2011.4.01.3300, em curso perante a 2ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia, o ora paciente foi denunciando, juntamente com outras duas pessoas, pela suposta prática do crime inscrito no parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 7.492/86 (doc. 01, e-STJ 21/30). Eis o que, em resumo, preconiza a inicial

*‘I.1. No ano de 2005, Auditores Fiscais da Receita Federal que empreendiam fiscalização no Grupo Parmalat descobriram uma seqüência de operações de câmbio atípicas, envolvendo operações de compra e venda de títulos da dívida pública norte-americana (United Treasury Bills, conhecidos como T-Bills).*

*I.2. Esta denúncia versa especificament acerca daquelas que permitiram aos dirigentes da OPP PETROQUÍMICA S.A. (CNPJ n. 89.546.063/0001-51) e OPP POLIETILENOS S.A. (CNPJ n. 16.313.363/001-17) – posteriormente incorporadas pela BRASKEM S.A. –, remeter divisas, sem o devido registro no Banco Central do Brasil, para as empresas LANTANA TRADING COMPANY e PSA TRADING AVV, companhias off shore pertencentes ao mesmo grupo empresarial. As*

*aludidas empresas eram sediadas, respectivamente, na King & Georges Street, Nassau, Bahamas e na 62, Lloyd G. Smith Boulevard, Oranjestad, Aruba.*

*(...) Em suma, do ponto de vista da OPP PETROQUÍMICA S.A. e OPP POLIETILENOS S.A. – que é o que interessa a esta denúncia –, as operações com T-Bills representavam uma forma dissimulada de conversão de reais, presentes no país, em dólares norte-americanos, que já se encontravam no exterior. Tudo isto sem o registro/fiscalização do Banco Central do Brasil e, malgrado tal conduta não seja objeto desta denúncia, sem a incidência de IOF.’ (doc. 01, e-STJ 22 e 25/26).*

A denúncia foi recebida, em caráter precário, no dia 05 de outubro de 2011, tendo sido determinada a citação de ÁLVARO para responder à acusação, conforme dispõe o artigo 396 do Código de Processo Penal (doc. 01, e-STJ 32/33).

Em sua resposta, o paciente requereu a pronta extinção do processo (doc. 01, e-STJ 35/66). Isso porque, entre outros motivos, a denúncia que lhe deu início contém em si a incontornável mácula da **inépcia**, tornando-a absolutamente imprestável em sua função primordial de narrar com clareza, em todas as suas circunstâncias, os fatos tidos por criminosos.

Ao incluir o paciente entre os indigitados autores do suposto crime, **a exordial passa ao largo da mais remota individualização de sua hipotética conduta. Em passagem alguma de seu conteúdo descreve – como lhe incumbia – qualquer conduta do paciente pela qual ele teria concorrido para a execução da pretensa evasão de divisas; ao reverso, parte única e exclusivamente do cargo por ele então ocupado para lhe atribuir tão grave delito.**

Sucede que, fechando os olhos para a palpitante mácula, o culto Magistrado de piso houve por bem dar prosseguimento à ação penal (doc. 01, e-STJ 139/143).

Ao assim fazer, julgando admissível peça vestibular que desatente ao mister de estabelecer vínculo empírico entre o

paciente e a conduta delitiva a ele imputada, o MM. Juízo singular praticou clamoroso constrangimento ilegal, com indiscutível repercussão – ainda que potencial – no direito de locomoção de ÁLVARO.

Daí porque os ora subscritores impetraram o remédio heroico perante o augusto Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com o fito de ser reconhecida a imprestabilidade da acusação proposta em desfavor do o paciente e, em consequência, trancada a ação penal nº 36486-27.2011.4.01.3300 ou, quando menos, anulada a denúncia em relação a ele. Todavia, a ordem restou denegada pelo e. Tribunal Regional Federal, que repisou e encampou os fundamentos invocados pelo nobre Magistrado (doc. 01, e-STJ 218/226).

Diante disso, tornou-se imperativa a interposição do competente Recurso Ordinário perante o e. Superior Tribunal de Justiça.

Não obstante a clareza da ilegalidade, a c. Sexta Turma negou-lhe provimento (doc. 01, e-STJ 368/375), mais uma vez sob os mesmos fundamentos invocados pelo Magistrado de piso (...)” (grifos dos autores).

Defendem os impetrantes que

“(…) uma imputação criminal deve indicar – e demonstrar – a existência de vínculo concreto entre os denunciados e a infração penal irrogada. Conduta criminosa deve ser descrita e minimamente comprovada, ainda que de forma indiciária; nunca, porém, deduzida com base em inadmissível raciocínio presuntivo, fundado no cargo ocupado por determinada pessoa em uma organização.

Para o cumprimento do mister de acusar, mesmo nos chamados “crimes societários”, não basta a simples alusão ao posto do denunciado em empresa envolvida no evento que se tem por criminoso.

Ainda que em tais situações possa haver uma maior flexibilidade do dever de particularizar condutas, não é

facultado ao acusador silenciar sobre quais teriam sido os atos ou omissões imputáveis aos denunciados.

Necessário, pois, que a peça exordial reporte – ainda que de maneira superficial – a participação individual e concreta de cada agente na prática do suposto crime, como exige o artigo 41 do Código de Processo Penal. Caso contrário, a inicial acusatória nenhuma validade terá”.

Ao ver dos impetrantes,

“[n]o presente caso, contudo, a denúncia fez tábula rasa da necessária individualização de como e quando teria o paciente contribuído para as operações tidas como delituosas – ou mesmo sabido de sua ocorrência!

O pretense delito pelo qual o paciente e os corréus JOSÉ RICARDO e NEY ANTÔNIO<sup>2</sup> foram denunciados haveria se configurado com duas operações envolvendo títulos do tesouro norte-americano (*T-Bills*), realizadas nos idos de 2000 e 2001, uma pela empresa OPP Petroquímica S.A. e outra pela OPP Polietilenos S.A.

No curso da investigação, **JOSÉ RICARDO e NEY ANTÔNIO foram identificados como os signatários dos documentos por meio dos quais a operação foi realizada (contratos e ordens de transferência da titularidade das cédulas estadunidenses).**

Em seus depoimentos no inquérito policial (doc. 01, e-STJ 184/188), ao mesmo tempo em que asseguraram a licitude das operações, **tanto JOSÉ RICARDO quanto NEY ANTÔNIO confirmaram que foram os efetivos responsáveis por elas – o primeiro no desempenho da função de “prover recursos para as empresas do grupo”, e o segundo como “diretor da área financeira”.**

Certamente por esse motivo, ambos restaram indiciados ao final do inquérito, ao contrário do paciente (doc. 01, e-STJ 279).

**A delimitação da responsabilidade pelas operações, por**

sinal, restou estampada na própria denúncia. Depois de atribuí-las genericamente às duas empresas<sup>3</sup>, a exordial enunciou o liame entre **aqueles dois corréus** e o pretense delito:

*‘À época dos fatos, JOSÉ RICARDO CUSTÓDIO DE MELO (segundo denunciado), atual Coordenador de Tesouraria da BRASKEM, já laborava para o grupo empresarial, desempenhando a importante função de captar recursos para as empresas (cf. depoimento, fl. 233).*

*Agindo em nome da OPP PETROQUÍMICA S.A., ele assinou ‘o contrato de compra e venda de notas do tesouro dos Estados Unidos’ junto à PARMALAT PARTICIPAÇÕES DO BRASIL LTDA. (fls. 52-54) e a ‘transfer instruction’ de fl. 48 (autorizando o repasse de T-Bills para a LANTANA TRADING COMPANY), como admitiu em seu depoimento, às fls. 234. E. atuando pela OPP POLIETILENOS S.A., ‘contrato de compra e venda de notas do tesouro do Estados Unidos’ com a PARMALAT (fls. 154-156), bem como a ‘transfer instruction’ de T-Bills pra a PSA TRADING AVV (fls. 159)’ (doc. 01, e-STJ 28).*

*“Ao tempo dos crimes, NEY ANTONIO DE SOUZA SILVA (terceiro denunciado) era diretor da área financeira da OPP PETROQUÍMICA S.A. e da OPP POLIETILENOS S.A. e, nessa condição, superior hierárquico do segundo denunciado. Destarte, teve atuação crucial na escolha empresarial pela estratégia de transferência de capital, via ‘compras’ de T-Bills, para as duas subsidiárias sediadas em ‘paraísos fiscais’ (LANTANA TRADING COMPANY e PSA TRADING AVV).*

*Impende registrar que, em sede policial, NEY SILVA afirmou ter assinado, pela LANTANA TRADING COMPANY, o purchase agreement mediante o qual a off shore supostamente ‘vendeu’ os T-Bills para o Crédit Lyonnais uruguaio e a ‘transfer instruction’ de fl. 48 (cf. depoimento, fl. 238)’ (doc. 01, e-STJ 28/29).*

Todavia, a despeito de haver identificado aqueles que

assinaram os documentos, ocupavam postos na área financeira das empresas e se disseram responsáveis pelas operações – explicando-as e defendendo fundamentadamente sua legalidade –, o Ministério Público Federal entendeu por bem incluir também o ora paciente no polo passivo da ação penal.

E assim o fez de modo **manifestamente arbitrário**, como se depreende do singelo trecho da denúncia que tratou do paciente:

*‘Álvaro Fernandes da Cunha Filho era Diretor-Presidente tanto da OPP POLIETILENOS S.A. quanto da OPP PETROQUÍMICA S.A. (cf. fls. 186-192 e depoimento, fl. 211). Em razão disto, detinha o domínio do fato concernente às principais ações das referidas empresas. E, muito embora tenha negado, no exercício da autodefesa, ter tido ciência das operações com T-Bills, simplesmente não é crível que lhe passassem despercebidas negociações tão vultosas, que remontavam a cerca de 1% de todo o capital social do grupo’* (doc. 01, e-STJ 29).

Fácil ver que, em relação a ÁLVARO, a denúncia **confessa presumir sua participação apenas e tão somente a partir do cargo que ocupava na época dos fatos**. Esse o exclusivo (e pífio) liame que a acusação estabelece entre o paciente e o suposto delito increpado!

E é com base nesse único dado que a vestibular afirma que ÁLVARO, na condição de Diretor-Presidente, *“em razão disto detinha o domínio do fato concernente às principais ações das referidas empresas”*.

A assertiva, contudo, está muito longe de equivaler ao imprescindível relato de como o paciente teria efetivamente contribuído para o fato tido por criminoso. Para legitimamente acusar o paciente como detentor do *“domínio do fato”* em tese delituoso, a denúncia deveria indicar e detalhar, partindo dos elementos probatórios ou indiciários dos autos, uma concreta e efetiva ordem dada por ÁLVARO para que os coautores

executassem o imaginado crime.

(...)

Entretanto, o eventual liame subjetivo entre ÁLVARO e a hipotética evasão de divisas passou ao largo da denúncia, que nem sequer enunciou uma suposta ordem que houvesse partido do paciente. A esdrúxula alusão à teoria do domínio do fato serviu somente para que a Procuradoria presumisse que o paciente tivera ciência das operações – não a partir de alguma circunstância empírica identificada na exordial, mas simplesmente porque ‘não é crível que lhe passassem despercebidas negociações tão vultosas’.

Vale dizer: de um lado, a denúncia não imputa a ÁLVARO qualquer ato de execução do delito; de outro, não descreve a mais remota circunstância pela qual ele teria ordenado a seus subordinados que o praticassem. Mais além, nem mesmo um pretenso comando emanado do paciente é narrado, mas tão somente uma singela e presumida ciência da alegada conduta típica atribuída aos corréus.

E, como se tudo isso não bastasse, a premissa de a denúncia parte para presumir que o paciente saberia do hipotético delito retira qualquer lógica da acusação.

Supõe o *Parquet* Federal que ÁLVARO necessariamente conheceria as condutas irrogadas aos corréus porque “*simplesmente não é crível que lhe passassem despercebidas negociações tão vultosas, que remontavam a cerca de 1% de todo o capital social do grupo*”.

Ora, ainda que fosse aceitável, por absurdo, uma **responsabilidade penal matemática (!)**, a denúncia infirma a si própria quando a utiliza: operações correspondentes a singelo 1% do patrimônio social de um grupo econômico são manifestamente insuficientes para denotar uma obrigatória ciência do Diretor-Presidente.

Por tudo isso, avulta-se a impossibilidade de se saber o que o paciente haveria feito ou deixado de fazer para a consecução do imaginado crime. Mais além, impossível até saber em quais circunstâncias ele teria tomado conhecimento

dos fatos em tese criminosos – o que, de todo modo, estaria muito distante de caracterizar seu concurso para o cometimento do pretense delito.

**Em realidade, a denúncia extrapola a já inaceitável responsabilidade objetiva, para propor descabro ainda maior: a responsabilidade penal por (hipotético) fato de terceiros, dos quais – na dicção da própria exordial – o paciente não teria sequer participado, mas unicamente tomado ciência!”**

Segundo os impetrantes,

“[n]esse cenário, ao desacolher o recurso ordinário interposto por ÁLVARO, o Superior Tribunal de Justiça encampou acusação completamente despida de descrição acerca de sua atuação ou concorrência para a prática delitativa. E, ao assim fazer, findou por dar cores ainda mais fortes à ilegalidade.

Com todas as letras, logo em seu início, o r. voto condutor assim resumiu a imputação feita ao paciente: *“Na inicial acusatória descrita acima, a argumentação trazida é a de que o ora recorrente, Diretor-Presidente da OPP POLIETILENOS S.A. e da OPP PETROQUÍMICA S.A., pelo volume dos recursos movimentados, que representaria em torno de 1% de todo o capital social do grupo, **teria que ter conhecimento** dessas operações pela Teoria do Domínio do Fato”* (doc. 01, e-STJ 373).

Ora, fácil ver que, na dicção do próprio v. acórdão, a imputação dirigida contra o paciente pauta-se na **confessada presunção** de que ele *“teria que ter conhecimento dessas operações pela Teoria do Domínio do Fato”!*

Com a devida vênia, poucas vezes viu-se tamanha deturpação da tão propalada teoria. Como já visto, **o domínio do fato não se presta a legitimar acusação contra quem “teria que ter conhecimento” de um crime.** Pelo contrário, ela foi criada para permitir a responsabilização criminal de quem **tinha efetivo conhecimento e, mais que isso, efetiva**



**determinação para a consecução do delito**, mas se ocultou nas engrenagens de uma organização estruturada de poder.

Mesmo a doutrina invocada pelo r. voto é clara nesse sentido de que “[...] *autor é aquele que detém o controle final do fato, dominando toda a realização delituosa, com plenos poderes para decidir sobre sua prática, interrupção e circunstâncias. Por essa razão, o mandante, embora não realize o núcleo da ação típica, deve ser considerado, uma vez que **detém o controle final do fato até a sua consumação, determinando a prática delitiva. Da mesma forma, o chamado ‘autor intelectual’ de um crime é, de fato, considerado seu autor, pois não realiza o verbo do tipo, mas **planeja toda ação delituosa, coordena e dirige a atuação dos demais*****” (doc. 01, e-STJ 373).

Ora, não há na denúncia a mais remota descrição de que o paciente teria determinado a prática tida por delitiva, e muito menos em quais circunstâncias o teria feito. Não relata a exordial, tampouco, se e em quais circunstâncias ÁLVARO teria planejado a ação em tese delituosa, ou coordenado e dirigido a atuação dos corréus.

No mais, com todo o respeito que merece seu eminente prolator, o v. acórdão foi tão genérico quanto a denúncia impugnada.

Assinalou que “*observa-se que, ao contrário do alegado pela impetrante, a exordial acusatória atende aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, porquanto descreve de forma razoável a conduta ilícita imputada ao paciente, contendo elementos suficientes para garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório*”. E continuou: “*Assim, verifico a presença dos requisitos aptos à deflagração da persecução penal, porquanto o fato típico e a autoria delitiva imputados ao acusado estão calcados em indícios convincentes, com a descrição de todos os elementos essenciais. Não logrou êxito o recorrente em apresentar motivação hábil a inviabilizar o processamento do feito criminal*” (doc. 01, e-STJ 373/374).

Trata-se, a toda evidência, de uma daquelas decisões que, na feliz expressão do eterno Ministro Sepúlveda Pertente, “*serve a qualquer julgado, o que vale por dizer que não serve a nenhum*”.

Ao final, o v. acórdão aduziu que *“em casos de delitos de autoria coletiva, a jurisprudência desta Corte admite que a peça acusatória, embora não possa ser totalmente genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o agir do paciente e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, caso em que estão preenchidos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal”*.

*Não especificou, contudo, em qual passagem da exordial acusatória estaria essa demonstração de “liame entre o agir do paciente e a suposta prática delituosa”*. E não o fez pelo elementar motivo de que tal “liame” passou longe da peça ministerial.

Daí porque é de todo inconcebível afirmar, como faz o v. acórdão, que *“a questão, na verdade, deve ser esclarecida no decorrer da ação penal”*.

**Ora, não é o decorrer da ação penal que deve propiciar a regularização de uma acusação formalmente imprestável; ao reverso, é uma acusação adequadamente formulada que deve permitir a tramitação de uma ação penal compatível com o direito de ampla defesa do réu!”** (grifos dos autores).

Em suma, argumentam os impetrantes que

*“não há como o paciente defender-se individualmente da imputação sem saber de que forma teria concorrido individualmente para o evento que se supõe criminoso. Não há como reagir à imputação de que teria evadido divisas, sem saber de que maneira a acusação crê que ele assim teria agido.*

*(...)*

O constrangimento ínsito ao trâmite do processo traz em seu âmago, também, dano irreparável ao princípio da ampla defesa. Isso porque a precariedade da imputação que lhe é formulada obriga o paciente a contradizer acusação absolutamente indefinida. Assim, à medida em que avança a instrução, maior o prejuízo ao exercício da defesa”.

Requerem o deferimento da liminar para suspender o andamento da “ação penal nº 36486-27.2011.4.01.3300 – pelo menos em relação ao paciente –, até o julgamento final (...)” e, no mérito, pedem a concessão da ordem para **“trancar a ação penal, ou, quando menos, anular-se a denúncia na parte que lhe é pertinente”** (grifos dos autores).

Indeferi o pedido de liminar e solicitei informações ao juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia, as quais foram devidamente prestadas.

O Ministério Público Federal, pelo parecer da Subprocuradora-Geral da República **Cláudia Sampaio Marques**, opinou pelo não conhecimento do *writ*, por ser substitutivo de recurso extraordinário. No mérito, sustenta não existir situação de constrangimento ilegal que autorize a concessão, de ofício, da ordem.

É o relatório.

## HABEAS CORPUS 127.397 BAHIA

### VOTO

#### O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Álvaro Fernandes da Cunha Filho, apontando como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao RHC nº 51.564/BA, Relator o Ministro **Gurgel de Faria**.

Transcrevo a ementa do julgado ora impugnado:

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TIPO PENAL DESCRITO NO ART. 22 DA LEI N. 7.492/1986. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. CRIME DE AUTORIA COLETIVA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA.

1. O trancamento da ação penal, no âmbito do *habeas corpus*, somente é possível quando se constatar, *primo ictu oculi*, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou graves violações a requisitos processuais.

2. Nos crimes de autoria coletiva, a jurisprudência desta Corte admite que a peça acusatória, embora não possa ser totalmente genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o agir e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa.

3. Hipótese em que a exordial acusatória atende aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, porquanto descreve de forma razoável a conduta ilícita imputada ao paciente, contendo elementos suficientes para garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório.

4. Inviável fazer um juízo a respeito da Teoria do Domínio do Fato na via estreita do *habeas corpus*, por se tratar de matéria de prova. A questão deve ser esclarecida no decorrer da ação

penal.

5. Recurso ordinário desprovido”.

Essa é a razão por que se insurgem os impetrantes no presente **writ**, insistindo no reconhecimento da inépcia da denúncia em relação ao paciente.

Como sabido, o trancamento da ação penal em **habeas corpus** é medida excepcional, a ser aplicada quando evidente a inépcia da denúncia (HC nº 125.873/PE-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 13/3/15).

Transcrevo a denúncia oferecida contra o paciente e corrêus:

“(…)

#### **I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS:**

**I.1.** No ano de 2005, Auditores Fiscais da Receita Federal que empreendiam fiscalização no Grupo Parmalat descobriram uma sequência de operações de câmbio atípicas, envolvendo operações de compra e venda de títulos da dívida pública norte-americana (United States Treasury Bills, conhecidos como T-Bills).

**I.2** Esta denúncia versa especificamente acerca daquelas [operações] que permitiram aos dirigentes da OPP PETROQUÍMICA S.A. (CNPJ n. 89.546.063/0001-51) e OPP POLIETILENOS S.A. (CNPJ n. 16.313.363/0001-17) – posteriormente incorporadas pela BRASKEN S/A -, remeter divisas, sem o devido registro no Banco Central do Brasil, para as empresas LANTANA TRADING COMPANY e PSA TRADING AVV, companhias off shore pertencentes ao mesmo grupo empresarial. As aludidas empresas eram sediadas, respectivamente, na King & Georges Street, Nassau Bahamas e na 62, Lloyd G. Smith Boulevard, Oranjestad, Aruba.

**I.3** Conforme narra a Representação Fiscal para Fins Penais – Outros Crimes n. 16327.000322/2006-18, a aquisição de T-Bills normalmente representa uma compra de ativos, ou seja,

uma aplicação financeira. Contudo, as desveladas pela auditoria em verdade tinham por objetivo a troca de moedas, com o propósito de servir de instrumento para mandar dólares para o exterior. Aqueles que participavam do esquema agiam articuladamente, realizando sucessivas compras e vendas, de modo a dissimular a natureza cambial dos negócios.

Em tais operações, o banco interveniente era o Crédito Lyonnais (Uruguay) S/A, representante do Crédit Lyonnais New York (Estados Unidos da América). Este último figurava como a instituição que, na condição de custodiante, pois estava legalmente habilitada pela legislação norteamericana a transferir a titularidade de T-Bills a seus “adquirentes”, ainda que tal “titularidade” perdurasse por lapso de tempo inferior a um dia.

Como narram os Auditores,

(...) Além do Crédit Lyonnais, as operações contam com pelo menos mais dois atores: o primeiro negociou os T-Bills diretamente ou através de uma vinculada no Exterior; o segundo adquirente no Brasil compra os T-Bills do primeiro e os revende, em geral no mesmo dia (diríamos até que no mesmo instante) diretamente ou através de vinculadas. Nos pólos inicial e final, figura sempre o mesmíssimo Crédit Lyonnais (Uruguay) S/A.

(...) Preliminarmente (...), vale salientar que se o governo brasileiro autorizasse (e esta autorização nunca existiu) que títulos da dívida pública de outros países viessem fazer concorrência com títulos da nossa própria dívida pública, certamente não permitiria que simples particulares, e ainda menos que um banco sediado no Uruguai, inteiramente fora de seu controle, assumissem o papel de intermediários financeiros. Na verdade, todos os que participaram das aquisições e das vendas aqui referidas agiram em completo desacordo com a Lei 4.595/1964 (especificamente com seu artigo 18), que regula o Sistema Financeiro Nacional, e com a Lei 6.385/1976, que

cuida dos negócios com valores mobiliários, uma vez que a compra e venda de valores mobiliários dentro do Brasil devem ser feitas sempre através de instituição especificamente autorizada.

14) Outro ponto a ser observado é que as pessoas jurídicas que, por suposto, compraram os papéis diretamente da Crédit Lyonnais (Uruguay), não exibem qualquer comprovante do respectivo pagamento.

15) A rapidez das transações: os títulos eram comprados e vendidos quase sempre num mesmo dia, possivelmente num mesmo horário, todos os interessados reunidos numa mesma sala; se essas operações fossem realmente sérias, no sentido de aquisição de uma aplicação financeira, não haveria sequer tempo para a troca de titularidades em Nova York, neste exíguo espaço de tempo.

16) Também chama a atenção a inexistência de ganhos nessas operações. Na prática, observam-se prejuízos. Embora, em todos os casos, o preço de aquisição e de venda em reais seja sempre o mesmo, em todos os casos, constata-se perda, em dólares, para os supostos “aplicadores”, uma vez que o Crédito Lyonnais recomprava o título por valor menor do que o recebido no momento da venda.

17) os Primeiros adquirentes no Brasil tampouco comprovaram a realização de qualquer pagamento; em seu lugar, apresentam contratos de mútuo com coligadas, frequentemente firmados no Brasil pela mesma pessoa, que numa linha assina como representante da adquirente brasileira e na outra como mandatário da vendedora uruguaia.

18) Mais importante, porém, é perceber que os “purchase agreements”, referenciados aos T-Bills, funcionam apenas como um artifício, um instrumento para realizar o negócio efetivamente desejado e afinal realizado pelos contratos: uma operação da câmbio.

19) Nos momentos em que a operação revela sua verdadeira natureza cambial, aí sim o dinheiro aparece; os mútuos arranjados com vinculada, como forma de esconder a origem do primeiro “purchase agreement”, cedem espaço a depósitos bancários, de reais do Brasil, e de dólares, em uma conta no Exterior.

(...) 21) A aparente perda em dólares observada entre o primeiro e o segundo “purchase agreements” torna-se então explicável, como sendo a comissão paga ao banco, por ter efetuado o câmbio (sem negrito no original – fls. 70/71).

(...)

Em suma, do ponto de vista da OPP PETROQUÍMICA S.A e OPP POLIETILENOS S.A – que é o que interessa a esta denúncia, as operações com T-Bills representavam uma forma dissimulada de conversão de reais, presentes no país, em dólares norte-americanos, que já se encontravam no exterior. Tudo isso sem o registro/fiscalização do Banco Central do Brasil, e, malgrado tal conduta não se objeto desta denúncia, sem a incidência de IOF.

## II. DAS CONDUTAS CRIMINOSAS PROPRIAMENTE DITAS

II.1. A primeira cadeia de tais operações cambiais dissimuladas, ocultadas por supostas e sucessivas ‘aquisições’ de T-Bills, tem seus respectivos instrumentos de contrato reproduzidos às fls. 48-58 (...).

(...)

Mediante esse estratagema, a OPP Petroquímica S.A conseguiu converter R\$ 3.929.754,00 (três milhões novecentos e vinte e nove mil setecentos e cinquenta e quatro reais - cf. cheque do Banco Bradesco S.A., emitido em 22 de dezembro de 2000, fl. 34) em depósito no **Crédit Lyonnais (Uruguay)**, no



**valor de US\$ 1,990,941.69** (um milhão novecentos e noventa mil novecentos e quarenta e um dólares norte-americanos e sessenta e nove cents), **sem o correspondente registro no Banco Central do Brasil** (cf. o Ofício/DECIC/BA/REPRE-2010/72 - BACEN, de 31 de agosto de 2010, que se encontra á fl. 331 e Relatório de Análise subscrito por Othon Rehm, Analista Pericial da Procuradoria da República na Bahia, datado de 17-11-2010).

Para tanto, utilizou-se exatamente do *modus operandi* descrito pelos Auditores Fiscais e pelo MPF em São Paulo: as operações foram todas feitas no mesmo dia, mediante instrumentos de contrato dotados de idêntica formatação e do mesmo tipo de fonte de caracteres. E tudo isto; sem contar com o injustificado e inusitado prejuízo sofrido pela Parmalat, que, em verdade, se tratava de maneira de ocultar o desconto da comissão de corretagem, faturada pelo Crédit Lyonnais.

**II.2.** A *segunda* sequência de operações cambiais dissimuladas é documentada pelos instrumentos |de contrato de fls. 59-65, 159 e 160-164, cujos principais dados foram resumidos no quadro abaixo:

(...)

Em outras palavras, à **OPP Polietilenos S.A.**, lançando mão da forma de atuação idêntica à descrita no item anterior, **cambiou R\$ 5.776.510,00** (cinco milhões setecentos e setenta e seis mil reais| e quinhentos e dez reais) **em depósito** mantido no Crédit Lyonnais (Uruguay), **no valor de US\$ US\$ 2,935,670.00** (dois milhões novecentos e trinta e cinco mil seiscentos e setenta dólares norte-americanos), **sem o correspondente registro no Banco Central do Brasil** (cf. o Ofício/DECIC/BA/REPRE-2010/72 - BACEN, de 31 de agosto de 2010, que se encontra a fl. 331 e Relatório de Análise subscrito por Othon Rehm, Analista Pericial da Procuradoria da República na Bahia, datado de 17-11-2010).

**II.3.** À época dos fatos, **JOSÉ RICARDO CUSTÓDIO DE**

**MELO** (segundo denunciado), atual Coordenador de Tesouraria da BRASKEM, já laborava para o grupo empresarial, desempenhando a importante função de captar recursos para as empresas (cf. depoimento, fl. 233).

Agindo em nome da OPP PETROQUÍMICA S.A., ele assinou o "contrato de compra e venda de notas do tesouro dos Estados Unidos" junto à PARMALAT PARTICIPAÇÕES DO BRASIL LTDA. (fls. 52-54) e a "transfer instruction" de fl. 48 (autorizando o repasse de T-Bills para a LANTANA TRADING COMPANY), como admitiu em seu depoimento, às fls. 234. E, atuando pela OPP POLIETILENOS S.A., "contrato de compra e venda de notas do tesouro dos Estados Unidos" com a PARMALAT (fls. 154-156), bem como a "transfer instruction" de T-Bills para a PSA TRADING AW (fl. 159).

Ao tempo dos crimes, **NEY ANTÔNIO DE SOUZA SILVA (terceiro denunciado)** era diretor da área financeira da OPP PETROQUÍMICA S.A. e da OPP POLIETILENOS S.A. e, nessa condição, superior hierárquico do segundo denunciado. Destarte, teve atuação crucial na escolha empresarial pela estratégia de transferência de duas subsidiárias sediadas em "paraísos fiscais" (LANTANATRADING COMPANY e PSA TRADING AVV).

Impende registrar que, em sede policial, **NEY SILVA** afirmou ter assinado, pela ILANTANA TRADING COMPANY, o *purchase agreement* mediante o qual a *offshore* supostamente "vendeu" os T-Bills para o *Crédit Lyonnais uruguaio* e à "transfer instruction" de fl. 48 (cf. depoimento, fl. 238).

Por seu turno, **ÁLVARO FERNANDES DA CUNHA FILHO (primeiro denunciado)** era Diretor-Presidente tanto da OPP POLIETILENOS S.A. quanto da OPP PETROQUÍMICA S.A. (cf. fls. 186-192 e depoimento, fl. 211). Em razão disto, detinha o domínio do fato concernente às principais ações das referidas empresas. E, muito embora tenha negado, no exercício da autodefesa, ter tido ciência das operações com T-Bills, simplesmente não é crível que lhe passassem despercebidas negociações tão vultosas, que montavam a cerca de 1% de todo

o capital social do grupo, consoante percuciente observação do Analista Pericial Othon Rehm, no Relatório de Análise/NAP/PRBA de 4 de março de 2010 (fl. 322).

Vê-se, pois, que, todos os **denunciados** contribuíram dolosa e decisivamente, na medida do poder (= domínio do fato) que detinham dentro do grupo empresarial, para que se dessem as remessas de numerário ao exterior, sem registro no Banco Central do Brasil.

**II.4.** O substrato material dos delitos restou comprovado pelos instrumentos de contrato de fls. 49-65 e 1604164 e pelo cheque xerocopiado à fl. 34.

Ademais, conquanto o laudo de exame documentoscópico de fls. 287-293 não tenha sido totalmente conclusivo, diante da ausência da apresentação dos documentos originais (relativamente ao **segundo denunciado**) e da falta de riqueza gráfica da rubrica examinada (quanto à pertencente ao **terceiro**), é de se notar que foram constatadas diversas convergências, a saber

a) ataque em colchete para baixo e remate em gancho (setas), gladiolagem, espaçamentos intergramaticais, no que concerne a **NEY ANTÔNIO DE SOUZA) SILVA** (cf. fl. 292),

b) morfogênese da letra "R", ataque idiográfico da letra "C", morfogênese da letra "C", morfogênese da letra "M", remates em gancho das letras "M" e "l", gênese da letra "o", com ataque na região inferior e sua forma, aberta à esquerda, para **JOSÉ RICARDO CUSTÓDIO DE MELO** (Cf. fl. 292).

De qualquer sorte, conforme visto no item **II.3** desta denúncia, ambos admitiram serem os autores das assinaturas, em depoimentos prestados perante a Polícia Federal.

(...)"

Nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal, um dos requisitos essenciais da denúncia é "a exposição do fato, com todas as suas circunstâncias".

Segundo **José Frederico Marques**,

“[o] que deve trazer os caracteres de *certa e determinada*, na peça acusatória, é a *imputação*. Esta consiste em atribuir à pessoa do réu a prática de determinados atos que a ordem jurídica considera delituosos; por isso, imprescindível é que nela se fixe, com exatidão, a conduta do acusado descrevendo-a o acusador, de maneira precisa, certa e bem individualizada.

Uma vez que no fato delituoso tem o processo penal o seu objeto ou causa material, imperioso se torna que os atos, que o constituem, venham devidamente especificados, com a indicação bem clara do que se atribui ao acusado. A denúncia tem de trazer, de maneira *certa e determinada*, a indicação da conduta delituosa, para que em torno dessa imputação o juiz possa fazer a aplicação da lei penal, por meio do exercício de seus poderes jurisdicionais” (**Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997.v. II, p. 152-153).

Para **Gustavo Badaró**,

“a imputação é a afirmação do fato que se atribui ao sujeito, a afirmação de um tipo penal e a afirmação da conformidade do fato com o tipo penal. Em síntese, trata-se da afirmação de três elementos: o fato, a norma e a adequação ou subsunção do fato à norma. Seu conteúdo, pois, só pode ser atribuição do fato concreto que se enquadra em um tipo penal.

(...)

Se o processo serve para verificação da imputação, a sentença, como momento máximo de conclusão do processo, deve confirmar ou refutar a imputação. Assim, a sentença não pode fundar-se ou ter em consideração algo diverso, ou que não faça parte da imputação” (*Correlação entre acusação e sentença*. 3ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2013, pp. 76/77).

Na espécie, como exposto, a denúncia **individualizou** as condutas imputadas:

i) ao corréu José Ricardo Custódio de Melo, “atual Coordenador de

Tesouraria da BRASKEM”, então responsável por “captar recursos para as empresas”, o qual teria assinado os contratos de compra e venda de notas do tesouro dos Estados Unidos, bem como as denominadas “transfer instructions”; e

ii) ao corréu Ney Antônio de Souza Silva, então diretor da área financeira da OPP Petroquímica S.A e da OPP Polietilenos S.A., o qual, além de superior hierárquico do corréu José Ricardo, “teve atuação crucial na escolha empresarial pela estratégia de transferência de duas subsidiárias sediadas em ‘paraísos fiscais’ (LANTANATRADING COMPANY e PSA TRADING AVV)”, além de “ter assinado, pela ILANTANA TRADING COMPANY, o *purchase agreement* mediante o qual a offshore supostamente ‘vendeu’ os T-Bills para o Crédit Lyonnais uruguaio e à ‘*transfer instruction*’ de fl. 48.”

No tocante ao ora paciente, a denúncia, embora tenha narrado em que teriam consistido as operações de evasão de divisas, se limitou a imputar-lhe o suposto concurso para o crime em razão de ser, à época dos fatos, diretor-presidente da OPP Petroquímica S.A e da OPP Polietilenos S.A., cargo que lhe conferiria “o domínio do fato concernente às principais ações das referidas empresas”. Ainda de acordo com a denúncia, “não [serial] crível que lhe passassem despercebidas negociações tão vultosas, que montavam a cerca de 1% de todo o capital social do grupo”.

**Nesse contexto, a denúncia, em relação ao paciente, não atende ao comando do art. 41 do Código de Processo Penal, por não conter o mínimo narrativo exigido por esse dispositivo legal.**

Não me olvido de que, conforme tem decidido o Supremo Tribunal Federal,

“não [é] inepta a denúncia que contém descrição mínima dos fatos imputados aos acusados, principalmente considerando tratar-se de crime imputado a administradores de sociedade, não exigindo a doutrina ou a jurisprudência descrição pormenorizada da conduta de proprietário e administrador da empresa, devendo a responsabilidade individual de cada um deles ser apurada no curso da instrução

criminal (HC nº 101.286/MG, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 25/8/11).

No mesmo sentido:

**“Habeas corpus. Processual Penal. Apropriação indébita previdenciária. Denúncia. Inépcia. Não ocorrência. Gestão compartilhada. Ausência de dolo. Inadequação da via eleita. Ordem denegada. 1. Tratando-se de crimes societários, não é inepta a denúncia em razão da mera ausência de indicação individualizada da conduta de cada indiciado. 2. Configura condição de admissibilidade da denúncia em crimes societários a indicação de que os acusados sejam de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos. Precedentes. 3. O debate acerca da ausência de dolo, em sede de habeas corpus, é inadequado, pois demanda incursão no seio da prova, análise vedada na via estreita do writ. 4. Habeas corpus denegado”** (HC nº 101.286/MG, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 25/8/11).

A meu sentir, a **inexigibilidade** de individualização, na denúncia, das condutas dos dirigentes da pessoa jurídica pressupõe a **indiferenciação** das responsabilidades, no estatuto ou no contrato social, dos membros do conselho de administração ou dos diretores da companhia, ou dos sócios ou gerentes da sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

Dito de outro modo, **quando se afigurar possível a diferenciação de responsabilidades, a denúncia não poderá se lastrear genericamente na condição de dirigente ou sócio da empresa.**

Como destacado no voto condutor do HC nº 85.579/MA, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 24/6/05

“com relação à alegação de que haveria necessidade do estabelecimento do ‘vínculo de cada sócio ou gerente ao ato

ilícito que lhe está sendo imputado' (HC nº 79.399/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 01.06.2001), **creio que tal medida somente se faz obrigatória nas circunstâncias em que, de plano, as responsabilidades de cada um dos sócios ou gerentes são diferenciadas em razão do próprio contrato social relativo ao registro da pessoa jurídica envolvida**".

Nesse mesmo sentido, vide HC nº 89.985/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 19/12/06, de cuja ementa destaco:

"Tratando-se de crimes societários em que não se verifica, de plano, que 'as responsabilidades de cada um dos sócios ou gerentes são diferenciadas, em razão do próprio contrato social relativo ao registro da pessoa jurídica envolvida', não há inépcia da denúncia pela ausência de indicação individualizada da conduta de cada indiciado, sendo suficiente a de que 'os acusados sejam de algum modo responsáveis pela condução da sociedade sob a qual foram supostamente praticados os delitos' (HC 85.579, 2ª T., 24.5.05, Gilmar, DJ 24.6.05)".

Na espécie, a denúncia pode individualizar condutas, ao atribuir fatos específicos ao diretor financeiro das empresas (corrêu Ney Antônio de Souza Silva) e ao seu subordinado (corrêu José Ricardo Custódio de Melo), razão por que não poderia se limitar a imputar ao paciente o concurso para o crime de evasão de divisas em razão, tão somente, do seu suposto poder de mando e decisão derivado da sua condição de diretor-presidente, sem a indicação de sua contribuição concreta para o crime.

É certo que a denúncia, para imputar ao paciente a prática do crime, invocou a teoria do domínio do fato,

"segundo [a] qual autor é aquele que detém o controle final do fato, dominando toda a realização delituosa, com plenos poderes para decidir sobre a sua prática, interrupção e circunstâncias. Não importa se o agente pratica ou não o verbo

descrito no tipo legal, pois o que a lei exige é o controle de todos os atos, desde o início da execução até a produção do resultado” (**Fernando Capez**. Curso de direito penal. Parte geral. 18ª ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 357).

A teoria do domínio do fato foi objeto de ampla discussão no Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da AP nº 470.

Rememoro alguns dos votos então proferidos, assentando a compatibilidade dessa teoria com o ordenamento jurídico brasileiro e balizando a sua aplicação.

De acordo com o Ministro **Joaquim Barbosa**, Relator da AP nº 470,

“[e]m 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 podem 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.

Nisso está a ação final.

Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria. Volta-se ao magistério do uruguaio Raul Cervini:

*“En ese caso, el ejecutor es un mero instrumento ciego del hombre de atrás y, entonces parece posible imputar la autoria mediata a éste.”* (ob. cit. p. 146)

Importante salientar que, nesse estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. Disso resultam



duas consequências: a) é viável ao acusado comprovar que inexistia o poder de decisão; b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma presunção *juris tantum* de autoria.

Tais considerações são feitas em função da suscitada – e rechaçada – nulidade da denúncia por não individualizar as condutas dos delitos imputados aos dirigentes à testa da empresa, especialmente do Banco Rural.

Ora, se a vontade do homem de trás, sobre quem recai a presunção de autoria do crime, constitui a própria ação final da ação delituosa da empresa, o que se há de descrever na denúncia é como referida empresa desenvolveu suas ações. Basta isso. A autoria presumida do ato é de seus dirigentes. Isso, como se viu, não se aplica aos auxiliares cujo comportamento em nível de colaboração tem de ser esclarecido na peça inicial do acusador.

Na hipótese *sub judice*, é de clareza meridiana o que a denúncia atribui ao Banco Rural, especificando todo o roteiro das atuações no sentido de desacatar as regras exigíveis no tráfico regular das operações bancárias, de modo a tipificar o crime de gestão fraudulenta.

Presumidamente, aos detentores do controle das atividades do Banco Rural, conforme dispõe o ato institucional da pessoa jurídica, há de se imputar a decisão (ação final) do crime. Nessa ação coletiva dos dirigentes é interessante a lição de CLAUS ROXIN sobre a configuração do domínio do fato:

*“Bajo la influencia de su maestro, JAKOBS, han discutido DERKSEN y LESCH la necesidad de resolución comun del hecho de la coautoría. A su juicio, “basta una resolución de ajustarse, por médio de la cual el interviniente que no executa directamente, pero colabora configurando, enlaza su aportación con el obrar del executor”. En la acción conjunta de varias partes del hecho, estos autores llevan a cabo una imputación objetiva en la que no há de atenderse a elementos subjetivos como el de la resolución comun del hecho. No cabe compartir*

*este planteamiento, puesto que la “comisión conjunta” requerida por la ley (§ 25.2) presupone un dominio del hecho conjunto y, por tanto, una división del trabajo consciente por ambas partes.” (Autoria y Dominio Del Hecho en Derecho Penal, Ed. Marcial Pons, 2000, Barcelona, p. 733)”.*

Em momento subsequente do julgamento da AP nº 470, Ministro **Joaquim Barbosa** assim se manifestou:

“Como salienta o penalista JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, a definição de autor baseada na teoria do domínio do fato é a que se adota na dogmática penal desde que Hans Welzel, pela primeira vez, mencionou-a, em 1939. Veio a ser desenvolvida por Claus Roxin e, nas palavras do abalizado estudioso brasileiro, é a teoria que define “*todas as formas de realização ou de contribuição para a realização do tipo de injusto*”, segundo a autoria pode ser:

- “(a) direta, como realização pessoal do tipo de injusto;*
- (b) mediata, como utilização de outrem para realizar o tipo de injusto;*
- (c) coletiva, como decisão comum e realização comum do tipo de injusto”.*

Ensina, ainda, CÉZAR ROBERTO BITENCOURT:

*“5.3. Teoria do domínio do fato  
(...) Autor, segundo esta teoria, é quem **tem o poder de decisão sobre a realização do fato**. É não só o que executa a ação típica como também aquele que se utiliza de outrem, como instrumento, para a execução da infração penal (autoria mediata) [56].*

Consequências da teoria do domínio do fato

A teoria do domínio do fato tem as seguintes consequências:

- 1<sup>a</sup>) **a realização pessoal e plenamente responsável**

**de todos os elementos do tipo fundamentam sempre a autoria;**

2ª) é autor quem executa o fato utilizando outrem como instrumento (autoria mediata);

3ª) é autor o co-autor que realiza uma parte necessária do plano global (“domínio funcional do fato”), embora não seja um ato típico, desde que integre a resolução delitiva comum.”

Veja-se, ainda, a lição de Damásio E. de Jesus, na obra “Teoria do Domínio do fato no Concurso de Pessoas”:

*“(...) Trata-se do chamado “domínio funcional do fato”, assim denominado porque alude à repartição de atividades (funções) entre os sujeitos. Os atos executórios do iter criminis são distribuídos entre os diversos autores, de modo a que cada um é responsável por uma parte do fato, desde a execução até o momento consumativo. As colaborações são diferentes, constituindo partes e dados de união da ação coletiva, de forma que a ausência de uma faria frustrar o delito. É por isso que cada um mantém o domínio funcional do fato.” (in, Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas/ Damásio E. de Jesus. – 2. ed. Ver. – São Paulo: Saraiva, 2001. p. 22-23)*

Por fim, os eminentes penalistas ZAFFARONI e PIERANGELLI salientam que o domínio “sobre o curso do fato é proporcionado tanto pela forma em que se desenvolve a causalidade em cada caso como pela direção que é imprimida a ela”, podendo se estabelecer uma **divisão de tarefas** em que cada autor tem, em maior ou menor escala, de acordo com o papel a ele atribuído, o domínio funcional dos fatos típicos e ilícitos a ele imputados. Os autores descrevem, ainda, a “**autoria de escritório**”:

*“Essa forma de autoria mediata pressupõe uma ‘máquina de poder’, que pode ocorrer tanto num Estado em que se rompeu*

*com toda a legalidade como numa organização paraestatal (um Estado dentro do Estado), ou como uma máquina autônoma 'mafiosa', por exemplo. (...) A particularidade que isto apresenta está em que aquele que dá a ordem está demasiadamente próximo do domínio do fato, para ser considerado um simples instigador, com a particularidade de que quando o **determinador** se encontra mais distante da vítima e da execução material do fato, **mas próximo ele está das suas fontes de decisão.***

*Parece bem pouco discutível que, em tal hipótese, têm o domínio do fato tanto o executor ou determinado como o determinado, conquanto sejam ambos culpáveis, o que daria lugar a uma forma de autoria mediata especial – como já o dissemos – em que a inserção de ambos os autores no aparato de poder antijurídico coloca ambos na posição de autores responsáveis, com pleno domínio do fato.”*

Por sua vez, o Ministro **Celso de Mello** principiou seu voto rememorando

*“(...) algumas premissas sobre as teorias examinadas por nossos doutrinadores quanto ao concurso de pessoas para fins de constatação – e identificação – **de quem pode ser autor, coautor ou partícipe** de uma determinada ação delituosa, **notadamente** sob a perspectiva da “Teoria do Domínio do Fato”.*

*DAMÁSIO E. DE JESUS, em sua “Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas” (p. 13/17, item n. 3, 2ª ed., 2001, Saraiva), **destaca** as teorias que considera mais importantes sobre o conceito de quem **deve ser considerado autor** da conduta punível, **fazendo menção** à teoria extensiva, à teoria restritiva (objetivo-formal e objetivo-material) e, *finalmente*, à teoria do domínio do fato.*

*Para os adeptos da teoria extensiva, é considerado autor (sem qualquer distinção quanto ao partícipe) aquele que produz o resultado, **não importando** em que consistiu a conduta. **Ressalta-se, porém**, que a doutrina penal **refuta** essa teoria.*

Quanto à teoria restritiva, tem-se como autor do delito aquele que executa materialmente o fato, que pratica a conduta expressamente tipificada no ordenamento positivo. **Subdivide-se** em (a) objetivo-formal, que **faz distinção** entre autoria e participação, na perspectiva de que esta compreende a realização de ação ou omissão **não contidas no núcleo central** do tipo penal, “*tornando-se típica em face de norma de ampliação temporal (art. 29, ‘caput’, do CP)*”, e em (b) objetivo-material, segundo a qual **a distinção** entre partícipe e autor **é feita em razão da maior contribuição do segundo** (autor) “*na causação do resultado*”. **Adverte**, no entanto, DAMÁSIO que **a teoria restritiva** “*recebeu críticas, tendo em vista que, não obstante reconhecer a diferença entre autor e partícipe, não resolve a questão da denominada ‘autoria mediata’ ou ‘autoria de escritório’, em que o sujeito serve-se de outra pessoa, como instrumento executório, para a prática delituosa*” (grifei).

Muito embora nosso Código Penal adote a teoria restritiva (eis que os seus arts. 29 e 62 distinguem entre autor e partícipe), esse eminente penalista **assinala** que referida distinção (“*Quem executa o crime é autor; quem induz, instiga ou auxilia considera-se partícipe*”) **mostra-se incapaz** de resolver determinados problemas, **notadamente** “*o da autoria mediata, em que o sujeito se vale de outrem para cometer o delito. Daí a necessidade de a doutrina socorrer-se da teoria do domínio do fato, que, aliada à restritiva, dá adequação apropriada aos casos concretos*”.

Na realidade, e **considerada** essa formulação teórica **concernente ao domínio do fato**, **é de referir** a concepção idealizada por Hans Welzel (1939), **para quem**, apoiando-se na teoria restritiva **como ponto de partida** de seu estudo, “*autor é quem tem o controle final do fato, domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstâncias (‘se’, ‘quando’, ‘onde’, ‘como’ etc) (...). Agindo no exercício desse controle, distingue-se do partícipe, que não tem o domínio do fato, apenas cooperando, induzindo, incitando etc*” (grifei).

**Ressalto**, Senhor Presidente, por isso mesmo, **a importância** deste julgamento, **eis que, nele, estamos a proceder a ampla**

reflexão e análise em torno de indagação relevante imposta pelo exame da compatibilidade, ou não, da teoria do domínio do fato – que **não** constitui uma teoria de exceção (como erroneamente sustentado por alguns) – com o modelo e a disciplina que o Código Penal brasileiro estabeleceu em tema de concurso de pessoas e respectivo tratamento jurídico.

É interessante registrar, no ponto, buscando as origens históricas da teoria do domínio do fato, que essa doutrina teria tido sua primeira abordagem, em 1915, pelo alemão HEGLER, em sua monografia “Los elementos del delito”, **valendo mencionar** que, em referido trabalho monográfico, **introduziu-se** o termo “domínio do fato” como conceito básico da sistemática do Direito Penal (CLAUS ROXIN, “Autoria y Dominio del Hecho”, p. 81, 7ª ed., 2000, Marcial Pons).

A teoria do domínio do fato, a que já se referia HEGLER e que, posteriormente, mais precisamente em 1920, por ele continuou a ser elaborada para conferir base científica à noção de autoria mediata (com apoio na teoria da culpabilidade), **constitui** resultado de um processo de lenta e progressiva construção doutrinária desenvolvida por outros autores (FRANK, 1931; HERMANN BRUNS, teoria da adequação, 1932; LOBE, 1933; HERLLMUTH VON WEBER, justificação da teoria subjetiva da participação, 1935; EB. SCHMIDT, ideia de dever, 1936; e GOLDSCHMIDT, 1939), **registrando-se**, no tema, em 1939, como outro significativo marco histórico, a obra de HANS WELZEL, cuja lição traz, pela primeira vez, a ideia de domínio do fato no contexto da doutrina da ação.

**Cabe assinalar**, no entanto, que, após esse momento inaugural, que concorre para a consolidação da teoria do domínio do fato, tal doutrina – ultrapassadas aquelas formuladas por VON WEBER (1948), BUSCH (1949), MEZGER (1949), SCHRÖDER (1949), LESS (1951), NIESE (1952), MAYER (1953), SAUER (1955), JESCHECK (1956), NOWAKOWSKI (1956), BOCKELMANN (1957), SAX (1957), GALLAS (1957), MAURACH (1958) e BAUMANN (1961) – **veio a projetar-se** com grande impacto no Direito Penal, em 1963, quando

aperfeiçoada por CLAUS ROXIN (“**Autoria y Domínio del Hecho**”, 7ª ed., p. 149, 2000, Marcial Pons), que **não** **ousou conceituar**, *no entanto*, de forma definitiva, **em que consistiria** “o domínio do fato”, **mas**, ao contrário, **buscou demonstrar** *a maneira mais adequada* de aplicá-la a um caso concreto.

**É importante destacar**, neste ponto, **fragmento** da lição exposta por LUIZ REGIS PRADO (“**Curso de Direito Penal Brasileiro**”, vol. 1/475-476, item n. 2, 6ª ed., 2006, RT), **na qual**, *com muita propriedade*, **enfocou** a matéria ora em exame:

*“e) Teoria objetiva final, objetiva-subjetiva ou do domínio do fato – de base finalista, conceitua autor como aquele que tem o domínio final do fato (conceito regulativo), enquanto o partícipe *carece* desse domínio. O princípio do domínio do fato significa ‘tomar nas mãos o decorrer do acontecimento típico compreendido pelo dolo’. *Pode ele se expressar em domínio da vontade* (autor direto e mediato) e *domínio funcional do fato* (co-autor). *Tem-se como autor* aquele que *domina finalmente* a realização do tipo de injusto. *Co-autor* aquele que, *de acordo* com um plano delitivo, *presta* contribuição independente, *essencial* à prática do delito – não obrigatoriamente em sua execução.*

*Na co-autoria*, o domínio do fato é comum a várias pessoas. Assim, todo co-autor (que é também autor) deve possuir o co-domínio do fato – **princípio da divisão de trabalho.**” (grifei)

**Nesse sentido**, *vale por em relevo as observações* de ALBERTO SILVA FRANCO “*et alii*” (“**Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**”, vol. 1, 7ª ed., 2001, RT), CEZAR ROBERTO BITENCOURT (“**Código Penal Comentado**”, p. 119/120, item n. 5.3, 3ª ed., 2005, Saraiva), ROGÉRIO GRECO (“**Curso de Direito Penal**”, vol. 1/434-437, item n. 4.4, 11ª ed., 2009, Impetus), MIGUEL REALE JÚNIOR (“**Instituições de Direito Penal**”, p. 311/315, itens ns. 13.1 e 13.2, 3ª ed., 2009, Forense), NORMA BONACCORSO (“**Autoria Mediata e**

**Criminalidade Organizada**”), KAI AMBOS (“**Domínio do Fato pelo Domínio da Vontade em Virtude de Aparatos Organizados de Poder**”, Revista Brasileira de Ciências Criminais ano 10, n. 37/41-72, jan/mar 2002, RT), LEONARDO MASSUD (“**O domínio do fato e as provas**”, Carta Capital, 26/09/2012, p. 32/33), GUSTAVO SVESON (“**Observações suscitadas pela Teoria do Domínio do Fato: a Responsabilidade Jurídico-penal do ‘Homem de Trás’ no âmbito da criminalidade organizada**”) e RÓGER AUGUSTO FRAGATA TOJEIRO MORCELLI (“**Teoria do Domínio do Fato**”).

**Há que se destacar**, ainda, *por necessário*, **que a adoção**, pela legislação brasileira, **da teoria unitária em matéria de concurso de pessoas não afasta** a possibilidade de reconhecimento, em nosso sistema jurídico-penal, **da teoria do domínio do fato**.

*Na realidade*, uma teoria **não exclui** a outra, **pois** o reconhecimento de uma **ou** de outra apenas poderá influenciar no “*quantum*” a **ser definido** na operação de dosimetria penal, **nos termos** do art. 29 do CP.

**Esse entendimento**, que decorre do reconhecimento da compatibilidade, **em face** da legislação nacional, **da teoria do domínio do fato** – cuja aplicação **deve sempre reger-se segundo as premissas que informam o Direito Penal da culpabilidade** –, **reflete-se** no magistério jurisprudencial firmado, *há décadas*, pelo Poder Judiciário brasileiro (JTACrSP, LEX 92/49 – RJTJSP 37/288 – RT 514/302 – RT 375/340):

*“Co-autoria – Caracterização – Colaboração importante para a execução do latrocínio – Agente que sabia estar o comparsa armado e aceitou os desdobramentos consequenciais do evento, à luz do moderno Direito Penal da culpabilidade – Condenação decretada – Recurso provido – ‘O apelado detinha o domínio funcional do fato, ao lado do comparsa. Era-lhe fácil prever as consequências que poderiam surgir, como realmente surgiram. Ele aceitou,*



claramente, todos os desdobramentos consequenciais do evento criminoso, de modo que, **mesmo à luz do moderno Direito Penal da culpabilidade** perfilhada a inspiração da teoria finalista, **impõe-se reconhecer a decisiva e importante cooperação do apelado, para o resultado.** A característica básica da teoria finalista é esta: 'a vontade está dirigida a um fim e integra a própria ação', segundo o magistério do Prof. Manoel Pedro Pimentel (*O Crime e a Pena na Atualidade*, Ed. RT, 1983, p. 113)'''

(**RJTJSP 103/429**, Rel. Des. MARINO FALCÃO – grifei)

*“Co-autoria caracterizada – Irrelevante não ter o apelante praticado **nenhum ato material de execução** dos crimes – **Ocorrência da chamada divisão do trabalho**, cabendo-lhe complementar com sua parte a execução da empreitada criminosa, **passando a ter o domínio funcional do fato.**”*

(**RT 722/436**, Rel. Des. SEGURADO BRAZ – grifei)

*“Agente que **não atuou na execução material** dos delitos. Possibilidade de ser **considerado co-autor**, se na empreitada criminosa concertada por prévio acordo de vontades, lhe foi incumbida atividade complementar para a obtenção da 'meta optata', **cabendo-lhe parte do 'domínio funcional do fato'.***

***Divisão do trabalho** que importa na responsabilidade pelo todo, independentemente de não ter o agente atuado na execução material dos crimes em sua totalidade, mas todos **conducentes à realização do propósito comum”***

(**Boletim IBCCrim 29/999**, Rel. Des. SEGURADO BRAZ – grifei)

*“**CONCURSO DE PESSOAS** – Roubo – Reconhecimento de participação de menor importância de agente*

*que de forma decisiva para o êxito da empreitada criminosa – Caso em que não há necessidade do mesmo comportamento por parte de todos os meliantes – Apelo do MP provido.*

*Na co-autoria, não há necessidade do mesmo comportamento por parte de todos, podendo haver a divisão quanto aos atos executivos. No roubo, um agente vigia, o outro ameaça e o terceiro despoja.”*

(JTACrSP, LEX 95/110, Rel. p/ o acórdão Des. HÉLIO DE FREITAS – grifei)

(...)

Salientei, então, que a teoria do domínio do fato, cuja formulação vem sendo **progressivamente** construída pela doutrina penal, **tem um de seus marcos inaugurais** situado no período **que se segue** ao término da Primeira Guerra Mundial, **muito embora** as reflexões em torno de seu conceito e de sua aplicabilidade tivessem merecido maior aprofundamento a partir de 1939 **com Hans Welzel**, que buscou desenvolvê-la **no contexto da doutrina do finalismo**, **bem assim com outros autores** voltados ao seu estudo (Richard Lange, Hans-Heinrich Jescheck, Johannes Wessels, Reinhart Maurach, Kai Ambos, “*inter alios*”), **vindo a ser aperfeiçoada**, já na década de 1960, por Claus Roxin, cuja obra (“**Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal**”, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2000), editada em 1963, **representa** notável avanço científico **no trato** da tormentosa questão concernente à noção de autoria em Direito Penal, **posta em perspectiva e análise com as outras formas de intervenção humana no fenômeno delituoso**.

O fato relevante, eminente Ministro LUIZ FUX, **é que a utilização** da teoria do domínio do fato **já vem sendo examinada**, pela doutrina penal brasileira, há algum tempo (NILO BATISTA, “**Concurso de Agentes**”, 1979, Liber Juris; DAMÁSIO E. DE JESUS, “**Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas**”, 1999, Saraiva, v.g.), **sendo certo**, ainda, **que a própria jurisprudência** dos Tribunais – a desta Suprema

Corte, *inclusive* – **não tem sido indiferente** a essa construção teórica, **mas**, *ao contrário*, **vem dela se utilizando** em diversos julgados, **considerando-a** sob diversas perspectivas: (a) a do domínio de ação, (b) a do domínio de vontade, (c) a do domínio funcional e (d) a do domínio das organizações (ou dos aparatos organizados, **tanto** os aparatos governamentais **quanto** os aparatos empresariais).

**Trata-se**, *em suma*, de formulação doutrinária **compatível** com a organização política de Estados, *como o Brasil*, **revestidos de perfil democrático** e cuja aplicabilidade **não supõe** a ocorrência de *situações anômalas ou de exceção*, **para lembrar**, *quanto a esse aspecto*, **observação** feita pelo próprio Claus Roxin em sua conhecida monografia, **cabendo enfatizar**, *ainda*, **por necessário**, que essa concepção doutrinária **não se coloca** em relação de antagonismo *com o direito penal da culpabilidade nem elide*, *porque inadmissível*, *a presunção constitucional de inocência*, **inerente** ao nosso modelo constitucional.

**Cabe insistir** na observação *de que a mera invocação* da teoria do domínio do fato **não basta**, *só por si*, **para exonerar** o Ministério Público *do gravíssimo ônus de comprovar*, para além de qualquer dúvida razoável, **e sempre** com apoio em prova idônea, **licitamente** produzida *sob a égide do contraditório*, a **culpabilidade** do réu, **pois** – *nunca é demasiado reafirmá-lo* – **o princípio do estado de inocência**, em nosso ordenamento jurídico, **qualifica-se**, *constitucionalmente*, **como insuprimível direito fundamental** de qualquer pessoa, *que jamais se presumirá culpada em face de acusação penal contra ela formulada*, **tal como esta Suprema Corte tem sempre proclamado** (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*):

**“(…) A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE COMO SE CULPADO FOSSE AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.**

**- A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui**

extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – **não pode ser ofendida** por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que, **fundadas** em **preocupante** discurso de conteúdo autoritário, **culminam por consagrar**, paradoxalmente, **em detrimento** de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, **a ideologia da lei e da ordem**.

**Mesmo que se trate** de pessoa acusada **da suposta prática** de crime hediondo, e **até que sobrevenha** sentença penal condenatória **irrecorrível**, **não se revela possível** – por efeito de **insuperável** vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – **presumir-lhe a culpabilidade**.

**Ninguém**, absolutamente ninguém, **pode ser tratado como culpado**, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, **sem que exista**, a esse respeito, decisão judicial condenatória **transitada em julgado**.

*O princípio constitucional do estado de inocência, tal como delineado em nosso sistema jurídico, **consagra uma regra de tratamento que impede** o Poder Público de agir e de se comportar, **em relação** ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado **ou** ao réu, **como se estes** já houvessem sido condenados, **definitivamente**, por sentença do Poder Judiciário. **Precedentes.**"*

(HC 95.290/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

(...)

**Prosseguindo** nas observações **que venho expendendo**, **gostaria de destacar a lição** do ilustre doutrinador e penalista DAMÁSIO E. DE JESUS ("Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas", 1999, Saraiva), cujo magistério **bem demonstra** que a *legislação brasileira* **adota** a teoria do domínio do fato **e que não existe incompatibilidade** com o modelo e a disciplina que o Código Penal **estabeleceu** em tema *de concurso*

de pessoas e respectivo tratamento jurídico a ele dispensado.

**Vale referir**, no que concerne a esse aspecto, o **preciso magistério** de FERNANDO A. N. GALVÃO DA ROCHA (“Direito Penal, Curso Completo”, p. 431, item n. 5.1, 2ª ed., 2007, Del Rey):

*“Sem dúvida, **a teoria do domínio do fato é a opção teórica que melhor identifica** a contribuição penalmente relevante e, por conseqüência, **aquela que justifica a qualidade de autor**. Não está adstrita às formalidades da descrição típica, mas observa a potencialidade lesiva ao bem jurídico. (...)” (grifei).*

**Em suma: não** há qualquer **incompatibilidade** na aplicação **da teoria do domínio do fato** com o que disciplinado, sobre o tema do concurso de pessoas, pelo nosso Código Penal, **cabendo referir**, no ponto, **a conclusão** exposta por GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO (“Autoria e Participação Delitiva: Da Teoria do Domínio do Fato à Teoria da Imputação Objetiva”, ano 94, vol. 839/480, RT):

*“Dessarte, rechaçadas as críticas mais veementes que profligam a convivência teórica, é de rigor **admitir**, pelas razões apontadas, que os princípios retores **da teoria do domínio do fato são compatíveis com os postulados da teoria da imputação objetiva** e, mais que isso, que os complementam. Daí porque **nada tolhe** à boa doutrina o caminho da convergência, propiciando tratamento mais adequado e unívoco aos supostos da co-delinquência. **Afinal, não é apenas na Física que certos modelos, quando aparentam repelir-se, funcionam melhor em conjunto. Isso se dá também no Direito – e, no Direito Penal, este é um exemplo propício.**” (grifei)*

**De outro lado, e uma vez reconhecida a plena compatibilidade** dessa formulação teórica com o sistema constitucional **e com a**

regulação normativa, *pelo Código Penal*, do concurso de pessoas, **e tendo em vista, sobretudo, o que venho de acentuar em torno da jurisprudência desta Corte que ampara, sem restrições quaisquer, a presunção constitucional de inocência, cabe repelir a alegação, de todo inadmissível, de que a teoria do domínio do fato poderia ensejar o reconhecimento da responsabilidade penal objetiva dos réus.**

**Tenho para mim, consideradas as espécies de autoria em matéria penal, que a acusação formulada pelo Ministério Público contra os denunciados que compõem o núcleo político e o núcleo operacional, examinada, inclusive, a questão pertinente à coautoria, afasta qualquer hipótese, no caso, tal como bem o demonstrou o eminente Relator, de responsabilidade penal objetiva dos réus, de resto inexistente em nosso sistema constitucional.**

**Lapidar, sob tal aspecto, a autorizada lição de DOUGLAS FISCHER (“Requisitos de Denúncias Penais que envolvam Delitos Complexos e/ou com Autoria Delitiva”, item n. 4, 2012), que, ao referir-se ao tema da teoria do domínio do fato, em coautoria, acentua que “é preciso compreender a realidade das coisas para se ter como premissa importante de que, muitas vezes, pelo modo e por quem praticadas (ou por quem ordenadas as práticas delitivas), não há como descrever detalhes e minúcias sobre o nexo causal entre o autor e o fato. Mas é possível se afirmar que o fato não se realizaria sem a ação (controle) daquele que detinha o domínio dele (...)” (grifei).**

**Essa orientação é consagrada pela doutrina e vem evoluindo no sentido de reconhecer, na discussão do tema pertinente ao concurso de pessoas, a noção de domínio da organização, que representa umas das vertentes em que se pluraliza a teoria do domínio do fato, notadamente como critério teórico, fundado no domínio da vontade, que permite formular o conceito de autor mediato, o qual, atuando na cúpula da organização criminosa, comanda a vontade do agente incumbido do cometimento direto da prática delituosa, valendo destacar, *por se revelar expressivo a propósito dessa matéria*, o magistério de PAULO AFONSO BRUM VAZ e de RANIER SOUZA MEDINA**

“Direito Penal Econômico e Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional”, p. 55, item n. 1.4.2, 2012, Modelo):

*“O Direito Penal brasileiro adota a teoria monista (unitária) quanto ao concurso de agentes, conhecendo as figuras do autor e do partícipe. Mas é remansosamente acolhida a teoria do domínio do fato como critério definidor da autoria. Teoria esta que, na perspectiva roxiniana, assim divide: domínio da ação, domínio funcional do fato e domínio da vontade. Os dois primeiros fundamentam a coautoria, enquanto essa última serve de base para a autoria mediata, subdividindo-se em domínio do erro, domínio da coação e domínio da organização. A teoria do domínio da organização, baseada no domínio da vontade é, portanto, uma vertente da teoria do domínio do fato, amplamente acolhida pelo sistema penal pátrio.”* (grifei)

Mostra-se extremamente valioso, a esse respeito, precedente emanado do E. TRF/4ª Região, no exame da Apelação Criminal nº 2005.71.00.003278-7/RS, Rel. Juiz PAULO AFONSO BRUM VAZ, impondo-se, por relevante, a reprodução textual de fragmento de mencionada decisão:

*“A noção de domínio do fato é contemporânea ao finalismo de Hans Welzel, que propugnava ser o autor, nos crimes dolosos, aquele que detém o controle final do fato. Superando as teorias puramente objetivas e subjetivas, a teoria do domínio do fato atua no plano objetivo-subjetivo, que pressupõe o controle final do ponto de vista subjetivo, sem desconsiderar que a posição objetiva do sujeito determine o efetivo domínio da circunstância (ou da organização). (...) Disso decorre que a criminalidade contemporânea, sobretudo nos delitos ditos empresariais, é caracterizada, quase sempre, por um verdadeiro e intrincado sistema de divisão do trabalho delituoso no qual são repartidas, entre os agentes executores a ação criminosa, uma*

*multiplicidade de tarefas, cada qual fundamental à consecução do fim comum. As categorias tradicionais de co-autor e partícipe, assim, em vista do modelo organizacional que passou, na época moderna, a caracterizar a prática delitosa societária, não se mostram mais suficientes para a atribuição da responsabilidade penal individual. Foi assim que, a partir de uma formulação idealizada por Claus Roxin em sua monografia 'Täterschaft und Tatherrschaft' ('Autoria e Domínio do Fato') para esclarecer a responsabilidade oriunda dos crimes cometidos pelo Estado nacional-socialista alemão, construiu-se o conceito de autor mediato, ou seja, aquele que, atuando na cúpula da associação criminosa, dirige a intenção do agente responsável pela prática direta do ato delituoso. O autor mediato não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o domínio da organização, que, segundo o vaticínio de Jorge de Figueiredo Dias, 'constituye una forma de dominio-de-la-voluntad que, indiferente a la actitud subjetivo-psicológica del específico ejecutor, no se confunde com el dominio-del error com el dominio-de-la-coacción, integrando um fundamento autônomo de la autoria mediata' (Autoria y Participación em el Dominio de la Criminalidad Organizada: el 'Dominio de la Organización'. In: OLIVÉ, Juan Carlos Ferre e BORRALLO, Enrique Anarte. Delincuencia organizada – Aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva: Universidad de Huelva, 1999)."* (grifei)

**Nessa perspectiva, a teoria do domínio do fato – plenamente compatível com situações de normalidade institucional (não constitui teoria "ad hoc" nem de exceção) – não ofende o ordenamento brasileiro, eis que, além de se revelar compatível com a disciplina que o nosso Código Penal estabeleceu em tema e no tratamento jurídico do concurso de pessoas, a sua aplicação não enseja a consagração de uma inadmissível hipótese de responsabilidade penal objetiva".**



Para o Ministro **Ricardo Lewandowski**,

“[t]rata-se de uma tese, embora já antiga, ainda controvertida na doutrina. Não obstante a discussão que se trava em torno dela, muitas vezes é empregada pelo *Parquet* como uma espécie de panaceia geral, ou seja, de um remédio para todos os males, à míngua do medicamento processual apropriado.

No caso de processos criminais em que a produção da prova acusatória se mostre difícil ou até mesmo impossível, essa teoria permite buscar suporte em um raciocínio não raro especulativo com o qual se pretende superar a exigência da produção de evidências concretas para a condenação de alguém.

Não quero dizer com isso que tal teoria não tenha espaço em situações especialíssimas, como na hipótese de sofisticadas organizações criminosas, privadas ou estatais. Permito-me destacar, no entanto, por relevante, a criteriosa advertência feita pelo jurista Lenio Streck quanto ao uso abusivo dessa teoria, em artigo recentemente publicado sobre o tema:

*“(...) Como um mantra, repete-se a teoria do ‘domínio do fato’. Já não se fala de outra coisa. (...)”*

*(...)*

*(...) O que me preocupa nisso tudo é a possibilidade de vulgarização de algumas teses. Mais: talvez o mais importante nesse julgamento não seja ‘o caso’ do ‘inominável’, mas o modo como serão julgadas, no futuro, causas semelhantes no restante do Brasil.*

*(...)*

*Mas fixemo-nos no exemplo da tese do Domínio do Fato. Trata-se de uma tese complexa. (...) No plano da cotidianidade das práticas jurídicas, essa tese tem sido citada de soslaio.*

*(...)*

(...) Mas, com certeza, uma pequena pesquisa nas suas origens pode ajudar na elucidação e na tomada de um cuidado na sua aplicação. Portanto, a pretensão destas reflexões é auxiliar na compreensão da tese. Nada mais do que isso. Vamos lá: sua origem está em Welzel, mas foi Claus Roxin quem deu a ela uma efetiva direção/especificidade. Com certeza, há razões ideológicas sustentando as posições de cada um (Welzel e Roxin), devendo ser levada em conta, ainda, a distância temporal.

(...)

Pois bem. A tese é do longínquo ano de 1963, quando Claus Roxin escreveu o artigo **Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate** (que quer dizer crimes como parte das estruturas de poder organizadas) na Revista **Goldammer's Archiv für Strafrecht**, pp. 193 e segs. (...) Veja-se, por exemplo, a aplicação da tese pelo Supremo Tribunal Federal (**Bundesgerichtshof**) alemão em 1994, tratando de crimes relacionados à ex-República Democrática Alemã (foram condenados os autores mediatos — por exemplo, o ministro do Interior — e os soldados atiradores). Trata-se de entender, nesse contexto, a importância da determinação da autoria dos mandantes (autoridades políticas) que, por exemplo, determinavam, embora não diretamente, que se atirassem nas pessoas que tentassem fugir da DDR, no famoso caso **Der Mauerschützen-Prozesse** – o processo dos atiradores do muro (...). O ex-ditador Alberto Fujimori também foi condenado com a utilização da tese do Domínio do Fato. Também o julgamento da Junta Militar Argentina albergou a tese.

A tese tem, digamos assim, no seu nascedouro, uma forte especificidade 'política', porque mais destinada – o que não quer dizer exclusivamente – a acusar os mandantes de crimes políticos ou de violadores de direitos humanos. Explico melhor isso: Roxin mesmo diz que escreveu a tese em virtude do 'caso Eichmann' (...).

*Por isso, a responsabilidade da comunidade jurídica com teorias, teses ou posturas (...)*”.

Em que pese essas limitações, muitos juristas adotam tal teoria como uma “complementação” à chamada “teoria restritiva” – dominante entre os criminalistas -, em situações excepcionais, extremas, quando se coloca em xeque o próprio Estado de Direito.

A mais abalizada doutrina, porém, rejeita quaisquer experimentalismos nesta delicada área da Dogmática Jurídica, qual seja, no Direito Penal, em que estão em jogo as liberdades fundamentais dos cidadãos. Nesse sentido, tem-se, por exemplo, o ensinamento de Fernando Capez, segundo o qual:

*“A posição mais correta é a restritiva. Dentro dela, o critério formal-objetivo, ainda que padecendo de certas deficiências, é o que mais respeita o princípio da reserva legal. Com efeito, conduta principal não é aquela que o operador do direito acha que é relevante, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto. Conduta principal é aquela que o tipo elegeu para descrever como crime. Assim, a realização do verbo da conduta típica é, por opção político-criminal da sociedade, a ação considerada principal. Todas as demais, incluídas aí a autoria intelectual, a do mandante, a do instigador ou indutor, etc., por mais importantes que se revelem, são acessórias e devem, por isso, ser consideradas modalidades de participação”* (grifos meus).

Existem, ainda, aqueles que restringem a utilização da referida teoria a casos muito específicos, na linha, aliás, da formulação inicial de Roxin, tal como o fazem Zaffaroni e Pierangeli. Confira-se:

*“Esta forma de autoria mediata pressupõe uma ‘máquina de poder’, que pode ocorrer tanto num Estado em que se rompeu com toda a legalidade, como uma organização*

*paraestatal (um Estado dentro do Estado), ou como uma máquina de poder autônoma 'mafiosa', por exemplo. Não se trata de qualquer associação para delinquir, e sim de uma organização caracterizada pelo aparato de seu poder hierarquizado, e pela fungibilidade de seus membros (se a pessoa determinada não cumpre a ordem, outro a cumprirá; o próprio determinador faz parte da organização). Serviria de exemplo a 'SS' no nacional-socialismo alemão, ou um Estado totalitário que se vale de um agente para cometer um crime no exterior" (grifei).*

O próprio Claus Roxin, autor que criou a citada teoria em 1963, ao proferir aula inaugural na Universidade de Lucerna, na Suíça, em 21 de junho de 2006, manifestou preocupação com o alcance indevido que alguns juristas e certas cortes de justiça, em especial o Supremo Tribunal Federal alemão, estariam dando a ela, especialmente ao estendê-la a delitos econômicos, sem observar que os pressupostos essenciais para sua aplicação - dentre os quais a fungibilidade dos membros da organização delituosa - "*existem apenas no injusto do sistema estatal, no 'Estado criminoso dentro do Estado', assim como a Máfia e formas semelhantes de manifestação da criminalidade organizada*".

Feitas essas considerações, e analisados todos os elementos constantes dos autos, especialmente as condutas descritas na denúncia, chego à inelutável conclusão de que os fatos nela descritos não se revestem da excepcionalidade que o *Parquet* pretende lhes atribuir, razão pela qual tenho que a dita "teoria do domínio do fato" não comporta aplicação ao caso sob exame".

Em outra ocasião, em aparte ao Ministro **Celso de Mello**, o Ministro **Ricardo Lewandowski** asseverou

"(...) não [ter dito] que a Teoria do Domínio do Fato se aplicaria apenas em momentos de anormalidade institucional. O que eu disse é que ela se aplica a situações excepcionais.

Vossa Excelência fez um retrospecto histórico da aplicação dessa Teoria do Domínio do Fato; eu acrescentaria mais um, o da Argentina, quando foram condenados os generais responsáveis pelas mortes, torturas e desaparecimentos no regime de exceção, aplicou-se essa teoria. Mas o que eu quis dizer, eminente Decano, foi o seguinte: o próprio Claus Roxin, que foi um dos mais conspícuos elaboradores dessa teoria, há alguns anos, assustado com o emprego indevido dela, chamou atenção, inclusive do Supremo Tribunal Federal de seu país, quanto ao uso exagerado que está se fazendo dessa teoria, sem os devidos parâmetros. E ele diz, inclusive, que é preciso que os requisitos para aplicação dessa teoria estejam claramente presentes; e um desses requisitos, dos vários que ele arrola, é exatamente o requisito da fungibilidade. O que é esse requisito da fungibilidade? Segundo este requisito, o agente final, o agente imediato que perpetra o crime deve ser fungível, como acontece nas grandes organizações criminosas. Ou seja, eu disse, na minha fala, que esta é uma teoria que se aplica, por exemplo, aos crimes da máfia, a exemplo daquele que está na ponta final de todo o sistema. Digamos assim, aquele que trafica drogas, é um caso típico, o chamado "aviãozinho" ou "mula", ele pode ser fácil e simplesmente substituído por outro agente.

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?

**Então é isso, eminente Decano, sem querer divergir de Vossa Excelência, quero apenas expressar essa minha**

preocupação, que foi a preocupação do próprio Claus Roxin, porque, se essa teoria for aplicada sem nenhum temperamento, amanhã, por exemplo, o presidente da Petrobras poderá ser responsabilizado por um vazamento numa plataforma de petróleo, porque teoricamente ele tinha o Domínio do Fato; ou um chefe de redação ser responsabilizado por um artigo, que algum jornalista publique, ofensivo a algum cidadão; e assim por diante, os exemplos seriam múltiplos.

Então é muito importante, eminente Decano, eu quero expressar, mais uma vez, a minha preocupação com relação à possível banalização dessa teoria e a aplicação que será feita não apenas pelos juízes brasileiros, mas também, por membros do Ministério Público” (grifei).

Ao ver do Ministro **Gilmar Mendes**,

“(…) a *teoria do domínio do fato* não constitui uma retórica argumentativa estrangeira para abarcar situações carentes de prova ou justificativa para elastecer o conceito de autoria.

Em verdade, a *teoria do domínio do fato*, que atribui a autoria a “*quem detém em suas mãos o curso, o ‘se’ e o ‘como’ do fato, podendo decidir preponderantemente a seu respeito; dito mais brevemente, o que tem o poder de decisão sobre a configuração central do fato*”, “*exige sempre uma valoração que deve ser concretizada frente a cada tipo e a cada forma concreta de materializar uma conduta típica. Não pode ter fundamento em critérios puramente objetivos nem puramente subjetivos, mas abarca ambos aspectos e requer uma concretização no caso efetivamente dado*”. (Eugênio Zaffaroni, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 670).

Observo, por fim, que, diferentemente do sustentado, a *teoria do domínio do fato* não é algo novo, casuisticamente empregado. Aliás, para uma parcela da doutrina nacional, “o legislador de 84 não se definiu explicitamente por nenhuma das posições dogmáticas relativas ao conceito de autoria e da distinção entre autoria e participação. No entanto, à medida que introduziu o

*dolo na ação típica final, como se pode depreender da conceituação do erro de tipo, à medida em que aceitou o erro de proibição e, finalmente, à medida em que abandonou o rigorismo da teoria monística em relação ao concurso de pessoas, reconhecendo que o agente responde pelo concurso na medida de sua culpabilidade, deixou entrever sua acolhida às mais relevantes teses finalistas, o que leva à conclusão de que abraçou também a teoria do domínio do fato” (Alberto Silva Franco, O Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, p. 164).*

A própria denúncia oferecida no Inq. nº 2.245, no qual se lastreou a AP nº 470, de acordo com o seu Relator, o Ministro **Joaquim Barbosa**,

“se baseia, sempre, na **teoria do domínio do fato**, principalmente em razão do amplo concurso de agentes narrado pelo Procurador-Geral da República. Assim, cada denunciado teria, em maior ou menor escala, de acordo com o papel a ele atribuído, o domínio *final* dos fatos típicos e ilícitos a eles imputados”.

Logo, não haveria nenhum óbice, no caso concreto, a que a denúncia invocasse a teoria do domínio do fato para validamente lastrear a imputação penal deduzida contra o paciente, **desde que apontasse indícios convergentes no sentido de que ele não somente teve conhecimento da prática do crime de evasão de divisas, como também dirigiu finalisticamente a atividade dos demais acusados.**

Com efeito, não basta invocar que o paciente se encontrava numa posição hierarquicamente superior para se presumir tivesse ele dominado toda a realização delituosa, com plenos poderes para decidir sobre a prática do crime de evasão de divisas, sua interrupção e suas circunstâncias, **máxime considerando-se a estrutura das empresas da qual era diretor-presidente, que eram dotadas de uma diretoria financeira, no âmbito da qual se realizaram as operações ora incriminadas.**

Exigível na espécie, portanto, que a denúncia descrevesse atos concretamente imputáveis ao paciente, constitutivos da plataforma

indiciária mínima reveladora de sua contribuição dolosa para o crime.

A propósito, a denúncia contra o paciente, essencialmente, se lastreia na assertiva de que “não [seria] crível que lhe passassem despercebidas negociações tão vultosas [aproximadamente cinco milhões de dólares], que montavam a cerca de 1% de todo o capital social do grupo”.

Nesse ponto, a insuficiência narrativa da denúncia é manifesta, por se amparar numa mera conjectura, numa criação mental da acusação.

O Supremo Tribunal Federal, no HC 73.371/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJ de 4/10/96, assentou que

“[o] Ministério Público, para validamente formular a denúncia penal, deve ter por suporte uma necessária base empírica, a fim de que o exercício desse grave dever-poder não se transforme em instrumento de injusta persecução estatal. O ajuizamento da ação penal condenatória supõe a existência de justa causa, que se tem por inócua quando o comportamento atribuído ao réu ‘nem mesmo em tese constitui crime, ou quando, configurando uma infração penal, resulta de pura criação mental da acusação’ (RF 150/393, Rel. Min. OROZIMBO NONATO)”.

Parafraseando o Ministro **Teori Zavascki**, em manifestação no julgamento da AP nº 465/DF, Pleno, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 30/10/14,

“(…) há aqui um déficit probatório bem significativo, que não pode ser suprido simplesmente pela chamada teoria do domínio do fato. A teoria do domínio do fato nunca dispensou a comprovação de que aquele que tem o domínio do fato, de alguma forma, tenha concorrido para um dos atos do plano global, vamos dizer assim, por ação ou por omissão”.

Registro que, no julgamento da AP nº 565/RO, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 23/5/14, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, para condenar o parlamentar federal e então Prefeito Municipal por



fraudes à licitação, assentou que ele,

“(…) na condição de Chefe do Poder Executivo de Rolim de Moura/RO, **determinou e realizou (ao participar das etapas de homologação e adjudicação do objeto licitado) diversos processos licitatórios pela modalidade correspondente aos valores fracionados, conforme exposto e demonstrado, detendo o domínio final das ações dos membros da comissão de licitação para a utilização de modalidade de certame diverso (convite) daquele exigido pela lei (tomada de preços ou concorrência)**” (grifei).

Como se observa, a conclusão de que o agente detinha o domínio final do fato não derivou exclusivamente de sua posição de mando, mas de prática de atos concretos, dotados de relevância causal, que concorreram para o crime.

Nesse diapasão, parece-me claro que a deficiência na narrativa da denúncia, no que tange ao paciente, inviabilizou a compreensão da acusação e, conseqüentemente, o escoreito exercício da ampla defesa.

Como aduzem **Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini**, em lição que, embora trate do crime de lavagem de dinheiro, é inteiramente aplicável à espécie, *“do ponto de vista do julgamento, facilmente se poderá violar a regra da correlação entre acusação e sentença, se não houver uma imputação precisa, delimitando o objeto do processo (...)”* (*Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*, 2ª ed. São Paulo : RT, 2013, p. 276, grifei).

Relembre-se que, na conhecida lição de **Joaquim Canuto Mendes de Almeida**, **“a primeira peça de defesa consiste na acusação”**.

Com efeito, é o conhecimento preciso da imputação que permitirá ao denunciado exercer, de forma plena, o direito de defesa.

Como destacado no HC nº 70.763/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJe de 23/9/94.

“O processo penal de tipo acusatório repele, por ofensivas à garantia da plenitude de defesa, quaisquer imputações que se mostrem indeterminadas, vagas, contraditórias, omissas ou ambíguas. Existe, na perspectiva dos princípios constitucionais que regem o processo penal, um nexo de indiscutível vinculação entre a obrigação estatal de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta e o direito individual de que dispõe o acusado à ampla defesa.

A imputação penal omissa ou deficiente, além de constituir transgressão do dever jurídico que se impõe ao Estado, qualifica-se como causa de nulidade processual absoluta.

A denúncia - enquanto instrumento formalmente consubstanciador da acusação penal - constitui peça processual de indiscutível relevo jurídico. Ela, ao delimitar o âmbito temático da imputação penal, define a própria res in judicio deducta.

A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso, em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que não descreve adequadamente o fato criminoso é denúncia inepta (RTJ 57/389)“.

No mesmo sentido, HC nº 73.271/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJ de 4/10/96.

No Inq. nº 3.752/DF, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 22/10/14, assentou-se que

“[n]ão é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Daí, a necessidade de rigor e prudência por parte daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso.

Em suma, **denúncia imprecisa, genérica e vaga, além de**

**traduzir persecução criminal injusta, é incompatível com o princípio da dignidade humana e com o postulado do direito à defesa e ao contraditório.**

Ou seja, a denúncia deve projetar todos os elementos – essenciais e acidentais – da figura típica ao caso concreto, descrevendo as circunstâncias dessa projeção” (grifo nosso).

Note-se que não se está a perquirir da presença ou não de justa causa para a ação penal, vale dizer, da existência ou não de base empírica idônea para a imputação, avaliação reservada para momento ulterior.

**O que se está a assentar** – e que antecede a aferição da existência ou não de justa causa – **é a ausência de descrição mínima da conduta delituosa.**

O vício, ora reconhecido, é de natureza estritamente formal, razão por que nada obstará que outra denúncia, que melhor individualize a conduta em questão, seja deduzida contra o paciente.

Com essas considerações, concedo a ordem de **habeas corpus** para determinar, em relação ao paciente, o trancamento da ação penal, por inépcia da denúncia.

É como voto.