

Consulta: Conceito de “indício suficiente de autoria” (art. 312 *caput* CPP), domínio do fato e responsabilidade penal decorrente da detenção de uma posição dentro de uma empresa

1. Consulta-nos o advogado Dr. José Carlos Porciúncula Neto a respeito da legalidade material da decisão de 15 de junho de 2015, da 13ª Vara Federal de Curitiba, na qual foi decretada a prisão preventiva de Marcelo Bahia Odebrecht, entre outros (Pedido de Busca e Apreensão Criminal Nº 5024251-72.2015.4.04.7000/PR), confirmada pela decisão monocrática de 25 de junho de 2015, prolatada pelo Desembargador João Pedro Gebran (da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região), indeferindo liminar no Habeas Corpus 5023725-56.2015.4.04.0000/PR, impetrado em favor de Marcelo Odebrecht. A consulta versa, especificamente, sobre a correta fundamentação do chamado *fumus commissi delicti* – isto é, de “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” –, requisito indispensável da decretação de prisão preventiva segundo o art. 312 *caput* do Código de Processo Penal (CPP).

2. A resposta a essa pergunta é *negativa*. A decisão da 13ª Vara Federal de Curitiba cometeu erro fundamental, que tivemos a oportunidade de apontar em anteriores publicações científicas,¹ qual seja: o de derivar da mera ocupação formal de uma posição dentro de uma empresa a realização de tipos penais e, assim, a “autoria” de que fala o CPP, também em seu art. 312 *caput*. A decisão de 25 de junho de 2015 menciona expressamente a teoria do domínio do fato (item 3.8).

3. A decisão da 13ª Vara Federal de Curitiba decretou a prisão de Marcelo Odebrecht, e não da empresa Construtora Norberto Odebrecht S.A. (ainda que esta conste, erroneamente, como “Acusado” no cabeçalho da peça, p. 1). Ocorre que a decisão esforça-se por demonstrar quase que unicamente a comprovação de crimes “cometidos” pela Construtora Norberto

¹ *Greco/Leite*, O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal, in: *Greco/Leite/Teixeira/Assis*, *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 19 e ss. (p. 41); *Greco/Assis*, O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa, no mesmo volume, p. 81 e ss. (p. 84 nota 7); *Greco/Leite*, Die „Rezeption“ der Tat- und Organisationsherrschaft im brasilianischen Wirtschaftsstrafrecht Anmerkungen zur Beteiligungsdogmatik im Urteil des brasilianischen Obersten Bundesgerichts über den Korruptionsskandal in der Bundesregierung („Mensalão-Fall“, Ação Penal Nr. 470, Supremo Tribunal Federal), in: *ZIS* 2014, p. 285 e ss. (290), acessível em http://www.zis-online.com/dat/artikel/2014_6_828.pdf; *Greco/Leite*, Fatos e mitos sobre a teoria do domínio do fato, *Jornal Folha de São Paulo*, 18/10/2013, acessível em <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2013/10/1358310-luis-greco-e-alaor-leite-fatos-e-mitos-sobre-a-teoria-do-dominio-do-fato.shtml>: cf. ademais *Leite*, *Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal*, no citado volume, p. 123 e ss. (p. 151, 157 e ss.).

Odebrecht S.A., a “participação da Odebrecht e da Andrade Gutierrez no cartel e no pagamento de propinas” (p. 3 [citação], pp. 3-9, pp. 9-20, itens 3 e 4). No direito penal (exceção feita ao âmbito da Lei 9.605/1998, chamada Lei de Crimes Ambientais), pessoas jurídicas não agem, não cometem crimes. Quem comete crime é pessoa física, e dentre as pessoas físicas que protagonizam os fatos narrados na decisão não se encontra em quase momento algum Marcelo Bahia Odebrecht. Da pessoa física Marcelo Bahia Odebrecht quase não se fala (item 10, pp. 33-34; e item 4, p. 20), e o que dele se fala não é o bastante para fundamentar indício suficiente de autoria que sustenta a prisão preventiva, na forma do art. 312 *caput* CPP.

4. No item dedicado à fundamentação do “envolvimento dos dirigentes da Odebrecht e da Andrade Gutierrez no esquema criminoso” (item 10, pp. 33-34), comete-se o já amplamente criticado erro de derivar a realização de tipos penais de uma posição formalmente ocupada segundo um contrato social, isto é, de um dever de natureza jurídico-civil. O fato de que Marcelo Bahia Odebrecht ocupava a posição de presidente da Construtora Norberto Odebrecht S.A. (o que é uma imprecisão, uma vez que ele era presidente da holding Odebrecht S.A., que possui investimentos em diferentes áreas e que é controladora da Construtora Norberto Odebrecht S.A.), tornaria, nos termos da decisão, “inviável” que ele desconhecesse um esquema criminoso das dimensões em questão (“duração do esquema criminoso” e “dimensão bilionária dos contratos obtidos”). Com isso, a decisão ignora que só realiza o tipo quem pratica um comportamento ativo ou omissivo, que tipos penais não punem a detenção de uma posição. Nenhum “conhecimento potencial” deduzido de “regras gerais da experiência” pode substituir a referência ao comportamento concreto de um sujeito. Tampouco é suficiente a importância em abstrato do cargo por ele ocupado. Não se descreve qualquer comportamento possivelmente criminoso que teria sido realizado por Marcelo Bahia Odebrecht.

5. O mais próximo de um comportamento que se encontra na decisão que decreta a prisão preventiva está na afirmativa de que “mesmo ganhando a investigação notoriedade, com divulgação de notícias do possível envolvimento da Odebrecht e da Andrade Gutierrez, bem como a instauração de inquéritos, não há registro de que os dirigentes das duas empreiteiras, incluindo os Presidentes, tenham tomado qualquer providência para apurar, em seu âmbito interno, o ocorrido, punindo eventuais subordinados que tivessem, sem conhecimento da presidência, se desviado”. Com isso, reporta-se a decisão, em primeiro lugar, a um comportamento que não apenas não realiza os tipos penais dos arts. 90 da Lei n.º 8.666/1993, 1.º da Lei n.º 9.613/1998, e dos arts. 288 e 333 do CP, como que se situa em

momento posterior à possível realização desses comportamentos por outras pessoas físicas. Não se concebe concurso retroativo em fato criminoso. Em segundo lugar, a decisão acaba por reconhecer a fragilidade de seu juízo de tipicidade, uma vez que fala no comportamento de subordinados que teriam atuado “sem conhecimento da presidência”. Os crimes de que aqui se trata são todos, contudo, dolosos, isso é, passíveis de realização unicamente com conhecimento de que se realiza o tipo objetivo (arts. 18 I e 20 *caput* do Código Penal – CP). Não existe dolo sem conhecimento.

6. Contrariamente ao que se tem repetidamente escutado, os princípios que acabamos de mencionar – de que os tipos penais compreendem ações e omissões, nunca a detenção de uma posição, e de que dolo exige conhecimento real, não potencial – não se encontram “ultrapassados” desde a consolidação da chamada teoria do domínio do fato no direito penal mais moderno. Como já tivemos a oportunidade de esclarecer em publicações científicas prévias a essa consulta, a teoria do domínio do fato apenas se esforça por descrever com maior precisão o comportamento que realiza o tipo² – concretamente, a ação positiva, uma vez que a teoria não se aplica a delitos omissivos. Isso não deixa de ser verdade nem mesmo na hipótese do chamado domínio da organização: aqui, a ação que realiza o tipo é a ordem concreta dada por quem ocupa a posição de comando, e nunca a mera ocupação da posição de comando.³ Observe-se, ademais, que a posição de comando, segundo a opinião que consideramos correta, tem de referir-se a uma organização “dissociada do direito”, isto é, a uma organização de estrutura mafiosa ou terrorista, o que não é o caso diante de uma empreiteira.⁴ A teoria do domínio do fato não transforma – salvo uma única exceção⁵ – um comportamento impunível segundo a concepção tradicional em algo punível, mas apenas faz reconhecer-se a autoria em alguns casos em que, segundo a concepção tradicional alemã,⁶ haveria apenas participação.

7. Diante disso, relativiza-se a relevância do único ponto de apoio especificamente referido à pessoa física Marcelo Bahia Odebrecht a que pode se reportar a decisão – um e-mail, dirigido a ele e a uma série de outros executivos da empresa, em que se mencionava um

² *Greco/Teixeira*, Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro, in: *Greco/Leite/Teixeira/Assis*, Autoria como domínio do fato, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2014, pp. 47 e ss. (p. 55 e ss.).

³ Cf. a nota 1.

⁴ *Greco/Assis*, cit., p. 101 e ss.; cf. ademais *Roxin* Strafrecht Allgemeiner Teil vol. 2 München, Beck, 2006, § 25 nm. 129 e ss. (p. 55 e ss.).

⁵ O caso da chamada coautoria alternativa, cf. *Greco/Assis*, cit., p. 97.

⁶ E não segundo a concepção tradicional brasileira, conforme à qual, com base na leitura mais natural no art. 29 *caput* CP, todos os que concorrem para o crime são autores (cf. já *Greco/Leite*, O que é..., p. 38 e s.; *Greco/Assis*, cit., p. 105 e s.). Observe-se, ademais, que o termo autoria no sentido da teoria do concurso de pessoas não tem o mesmo sentido que no direito processual.

“sobrepreço” (item 4, p. 20). Não apenas parece questionável que se trate de uma referência a propinas, o que a própria decisão reconhece (“embora o fato necessite ser investigado mais profundamente...”, p. 20). Ainda que isso fosse de admitir-se, com isso se chegaria a “indícios de autoria” de um único fato criminoso, e não de envolvimento no complexo e milionário esquema de que se trata. Observe-se que a prisão de Marcelo Bahia Odebrecht, especialmente os demais requisitos admitidos (risco à ordem pública [item 11], à investigação e à instrução [item 12]), fundamentam-se no caráter “sistêmico” dos crimes em que ele estaria envolvido, o que exclui se trate de um único delito.

8. Respondemos brevemente à consulta, portanto, em sentido negativo: o *fumus commissi delicti* exigido pelo art. 312 *caput* CPP para fundamentar a prisão preventiva está ausente, uma vez que faltam indícios suficientes de autoria de Marcelo Bahia Odebrecht dos fatos criminosos descritos na decisão.



Luís Greco

Professor titular de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Penal Econômico da Universidade de Augsburg, Alemanha; mestre, doutor e livre docente pela Universidade de Munique, Alemanha

OAB/RJ 122.885



Alaor Leite

Mestre e doutorando na Universidade de Munique, Alemanha

Consultor – OAB/PR 50.801