

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

**DANIEL FERREIRA DE MELO BELCHIOR**

**A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DE LÍDERES POR HOMICÍDIOS DOLOSOS  
PRATICADOS NO CONTEXTO DO TRÁFICO DE DROGAS: UMA ANÁLISE  
SOBRE CONCURSO DE PESSOAS, DOMÍNIO DO FATO, CAUSALIDADE E  
PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO NO  
*JUDICIUM ACCUSATIONIS***

**VITÓRIA - ES**

**2022**

DANIEL FERREIRA DE MELO BELCHIOR

**A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DE LÍDERES POR HOMICÍDIOS DOLOSOS  
PRATICADOS NO CONTEXTO DO TRÁFICO DE DROGAS: UMA ANÁLISE  
SOBRE CONCURSO DE PESSOAS, DOMÍNIO DO FATO, CAUSALIDADE E  
PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO NO  
*JUDICIUM ACCUSATIONIS***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, Área de Concentração Processo, Justiça e Constituição, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Gueiros Bernardes Dias.

VITÓRIA – ES

2022

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

---

B427r Belchior, Daniel Ferreira de Melo, 1985-  
A responsabilidade criminal de líderes por homicídios dolosos praticados no contexto do tráfico de drogas : uma análise sobre concurso de pessoas, domínio do fato, causalidade e pressupostos processuais para a responsabilização no *judicium accusationis* / Daniel Ferreira de Melo Belchior. - 2022.  
112 f.

Orientador: Ricardo Gueiros Bernardes Dias.  
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Processo Penal. 2. Crime Organizado. 3. Responsabilidade penal. 4. Homicídio - Investigação. 5. Causalidade (Direito). 6. Concurso de pessoas (Direito penal). I. Dias, Ricardo Gueiros Bernardes. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

---

DANIEL FERREIRA DE MELO BELCHIOR

**A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DE LÍDERES POR HOMICÍDIOS DOLOSOS  
PRATICADOS NO CONTEXTO DO TRÁFICO DE DROGAS: UMA ANÁLISE  
SOBRE CONCURSO DE PESSOAS, DOMÍNIO DO FATO, CAUSALIDADE E  
PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO NO  
*JUDICIUM ACCUSATIONIS***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, Área de Concentração Processo, Justiça e Constituição, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Prof. Dr. Ricardo Gueiros Bernardes Dias  
Universidade Federal do Espírito Santo  
Orientador

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Fiammetta Bonfigli  
Universidade Federal do Espírito Santo  
Membro Interno

---

Prof. Dr. Américo Bedê Junior  
Faculdade de Direito de Vitória  
Membro Externo

Vitória (ES), 25 de abril 2022.

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu maior incentivador nos estudos e na vida - meu super-herói - aquele que não media esforços na realização dos meus sonhos e projetos, meu amado Pai, Renato Correa Belchior. A dor ainda é muito grande, mas não maior que a saudade da sua presença, sua voz ao telefone sempre me direcionando para os melhores caminhos quando tudo parecia sem saída. Como sonhei com o momento de apresentar a você este projeto concluído, do sorriso que arrancaria do seu rosto ao ler essa homenagem com os olhos brilhantes de emoção. Saiba que te amo além da vida e sem seu apoio incondicional nada disso seria possível. Obrigado por tudo e por ser a minha força diária, a razão para eu querer ser uma pessoa cada dia melhor (*in memoriam*).

Por fim, dedico aos meus eternos professores Marcellus Polastri Lima e Thiago Fabres de Carvalho. O primeiro por ter acreditado e apostado em mim assim que ingressei no Mestrado. Quem me despertou o interesse para escrever artigos e livros, meu muito obrigado. Ao segundo, por ter me redirecionado e auxiliado de forma fundamental na escolha do tema de minha dissertação, além de todo apoio e contribuição técnica e pessoal, minha eterna gratidão (*in memoriam*).

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu orientador Dr. Ricardo Gueiros Bernardes Dias por toda dedicação e paciência a mim dispensadas, diante de todas as adversidades.

A todos os meus professores do Mestrado da Universidade Federal do Espírito Santo pela excelência da qualidade técnica e a contribuição de cada um na minha formação.

À minha família que sempre esteve ao meu lado me apoiando ao longo de toda a minha trajetória, sobretudo à minha mãe, Maria de Fátima, que tem se mostrado uma grande guerreira nesses momentos difíceis por que estamos passando.

À minha esposa Samyla pela compreensão e paciência demonstradas durante todo o período, desde o início das aulas – quando ainda era aluno especial – até a conclusão deste projeto, sempre me encorajando a não desistir do meu sonho.

E, por fim, agradeço à minha filha Eva que, mesmo sem saber no auge de suas 25 semanas de gestação, representa minha força motriz e a razão para conseguir concluir esta dissertação: Minha Eva, meu sopro de vida e de esperança, te amo.

## RESUMO

A dissertação tem como objetivo principal o aprofundamento do tema envolvendo a responsabilidade criminal dos líderes de Organizações Criminosas voltadas para o tráfico de drogas pela prática de homicídios, analisando, dogmaticamente, a viabilidade jurídica de referida pretensão. Com o desenvolvimento da criminalidade organizada, verifica-se que a responsabilização de líderes de organizações criminosas juntamente com os executores pela prática dos homicídios ainda se revela conturbada no plano doutrinário e jurisprudencial, sobretudo devido à oposição existente entre a aplicação da Teoria do Domínio do Fato e o modelo teórico clássico de Concurso de Pessoas da forma como concebido no Código Penal. Nesse sentido, o estudo direciona-se a examinar, ainda, a formação do vínculo entre a figura do líder e a conduta criminosa que se quer imputar contra este. Diante da especificidade de referidos casos, a construção indiciária e probatória, haja vista a sua complexidade, exige uma análise da atuação dos órgãos de investigação, persecução e julgamento penal. Para tanto, exploram-se, no plano pré-processual e processual, os pressupostos constitucionais e principiológicos para a atribuição de responsabilidade criminal a referidas lideranças, considerando o papel de cada um dos órgãos envolvidos no sistema criminal (Polícia Judiciária, Ministério Público e Poder Judiciário).

**Palavras-chave:** Responsabilidade Criminal; Concurso de Pessoas; Teoria do Domínio do Fato; Causalidade; Pressupostos Processuais.

## ABSTRACT

The dissertation has as main objective the deepening of the theme involving the criminal responsibility of the leaders of Criminal Organizations focused on drug trafficking for the practice of homicides, analyzing, dogmatically, the legal feasibility of that claim. With the development of organized crime, it appears that the accountability of leaders of criminal organizations together with the executioners for the practice of homicides still reveals itself to be troubled in the doctrinal and jurisprudential planes, mainly due to the opposition between the application of the Theory of the Fact's Domain and the classical theoretical model of Concourse of People's as conceived in the Penal Code. In this sense, the study is also directed to examine the formation of the link between the figure of the leader and the criminal conduct that one wants to impute against him. Given the specificity of these cases, the construction of evidence, given its complexity, requires an analysis of the performance of criminal investigation, criminal prosecution and criminal judgement bodies. In order to do so, at the pre-procedural and procedural level, the constitutional and principled assumptions for the attribution of criminal responsibility to these leaders are explored, considering the role of each of the bodies involved in the criminal system (Judiciary Police, District Attorney and Judiciary).

**Keywords:** Criminal Liability; Concourse of people's; Theory of the Fact's Domain; Causality; Procedural Assumptions.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 A CRIMINALIDADE ORGANIZADA E A PRÁTICA DE HOMICÍDIOS.....</b>	<b>14</b>
<b>2 O CONCURSO DE PESSOAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..</b>	<b>24</b>
2.1 A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO .....	32
2.2 O DOMÍNIO DO FATO NO BRASIL .....	42
<b>3 O VÍNCULO ENTRE AS LIDERANÇAS E A PRÁTICA DE HOMICÍDIOS: O NEXO DE APROVEITAMENTO COMO COROLÁRIO DA CAUSALIDADE .....</b>	<b>55</b>
3.1 BREVE HISTÓRICO DA CAUSALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	56
3.2 TEORIAS E PROPOSTAS DE ACEPTÃO DE CAUSA .....	59
3.3 CASUÍSTICAS DE DEMONSTRAÇÃO DO NEXO DE APROVEITAMENTO: CONTEXTO ATRIBUTIVO DE RESPONSABILIDADE POR HOMICÍDIOS LIGADOS AO TRÁFICO DE DROGAS.....	66
3.4 REFLEXÕES CONCLUSIVAS.....	78
<b>4 INVESTIGAÇÃO, PERSECUÇÃO E PRONÚNCIA: PRESSUPOSTOS DE ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS INVESTIDOS NA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DE LIDERANÇAS .....</b>	<b>82</b>
4.1 REFORÇO DEMOCRÁTICO: INVESTIGAÇÕES PRESIDIDAS PELA POLÍCIA JUDICIÁRIA .....	83
4.2 A OPINIO DELICTI COMO PRIMEIRO CRIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO DAS LIDERANÇAS.....	89
4.3 STANDARDS PROBATÓRIOS: A VALORAÇÃO DA PROVA NO JUDICIUM ACCUSATIONIS.....	94
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>104</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>109</b>

## INTRODUÇÃO

Especialmente no que toca aos crimes violentos, ao longo das décadas, vem se exacerbando, no Brasil, o crescimento considerável dos índices de criminalidade. Como resultado, nos dias atuais, o país enfrenta uma das maiores crises na área de segurança pública, atrelada, ainda, à precariedade das demais áreas de atuação do Estado perante a sociedade.

Nesse sentido, à contramão da comunidade global, no ano de 2016, o Brasil superou mais um recorde histórico de violência, alcançando a marca de 62.517 (sessenta e dois mil quinhentos e dezessete) homicídios<sup>1</sup> no período de um ano, desde o início da sua contabilização no país. Com efeito, ocupando posição de destaque como o 13º (décimo terceiro) país mais violento do mundo<sup>2</sup>, no tocante à prática de homicídios, o Estado Brasileiro encontra-se classificado próximo a países como a Venezuela que, hoje, sofre com uma grave crise humanitária.

A conjuntura se demonstra ainda mais catastrófica quando se realiza uma análise de evolução do quadro de homicídios no período compreendido entre os anos de 2007 e 2017, obtendo-se um aumento de 24% (vinte e quatro por cento) no índice de letalidade no país<sup>3</sup>.

Da mesma forma, evidencia-se, ainda, com base nos indicadores de classe social, sexo, cor, idade e gênero das vítimas, que um dos fatores para o aumento da letalidade no Brasil se encontra relacionado à expansão do tráfico de drogas e das organizações criminosas no país<sup>4</sup>, o que desperta a necessidade de se analisar a responsabilidade criminal de líderes de grupos e facções criminosas por homicídios dolosos praticados por seus subordinados, no contexto do comércio ilegal de entorpecentes.

Verifica-se, portanto, que o simples enfrentamento da violência pela atribuição de responsabilidade penal aos respectivos executores não tem se demonstrado

---

<sup>1</sup> Cf. IPEA. *Atlas da violência 2018*. IPEA e FBPS. Rio de Janeiro: 2018. p. 4. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/180604\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2018.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf). Acesso em: 14 jul. 2019.

<sup>2</sup> IGARAPÉ.ORG. *Dado referente ao ano de 2018*. Disponível em: <https://igarape.org.br/em-ranking-mundial-de-homicidios-brasil-ocupa-13o-lugar/>. Acesso em: 18 jul. 2019.

<sup>3</sup> Cf. IPEA. *Atlas da violência 2019*. IPEA e FBPS. Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo: 2019, p. 23. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/190605\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2019.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf). Acesso em: 14 jul. 2019.

<sup>4</sup> Cf. IPEA. *Atlas da violência 2019*. IPEA e FBPS, 2019.

como uma resposta capaz de frear o avanço da violência letal no Brasil em referido cenário.

Decerto, também, que fatores como a falta de investimento em recursos humanos, tecnologia e estrutura básica nos órgãos de investigação da segurança pública<sup>5</sup>, aliada à expansão do domínio do tráfico por facções criminosas, também tem influência determinante no resultado trágico obtido no ano de 2016<sup>6</sup>. Contudo, sob o prisma metodológico, é possível verificar que a forma de se reprimir a prática de homicídios ligados a organizações criminosas pode ser realizada de maneira mais efetiva, notadamente, quando se destaca a atuação da Polícia Judiciária, do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Nesse ponto, a presente dissertação tem como objetivo principal o aprofundamento da temática envolvendo a responsabilidade criminal dos líderes de Organizações Criminosas voltadas para o tráfico de drogas pela prática de homicídios, analisando, dogmaticamente, a viabilidade jurídica de referida empreitada.

Note-se que a responsabilização de líderes de organizações criminosas juntamente com os executores pela prática dos homicídios ainda se revela conturbada no plano doutrinário e jurisprudencial, especialmente, pela dicotomia existente entre a aplicação da Teoria do Domínio do Fato e a utilização do Concurso de Pessoas da forma como concebido no Código Penal. Por essa razão, também, a construção indiciária e probatória de referidos casos, haja vista a sua complexidade, demanda uma análise da atuação dos órgãos de investigação, persecução e julgamento penal.

No tocante à referida controvérsia, é necessário enfrentar, primeiramente, o paradigma da Ação Penal<sup>7</sup> 470 (caso Mensalão) julgada pelo Supremo Tribunal

---

<sup>5</sup> Cita-se, como exemplo, o caso da Polícia Civil de Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI261349,11049-sucateamento+da+Policia+Civil+e+a+baixa+resolucao+de+crimes+em+As> o. Acesso em: 14 jul. 2019.

<sup>6</sup> “Possivelmente, o forte crescimento da letalidade nas regiões Norte e Nordeste, nos últimos dois anos, tenha sido influenciado pela guerra de facções criminosas deflagrada entre junho e julho de 2016 (Manso e Dias, 2018) entre os dois maiores grupos de narcotraficantes do país, o Primeiro Comando da Capital (PCC) e o Comando Vermelho (CV); e seus aliados regionais – principalmente as facções denominadas como Família do Norte, Guardiões do Estado, Okaida, Estados Unidos e Sindicato do Crime [...] Em segundo lugar, conforme apontado por Manso e Dias (2018), houve um processo de expansão geoeconômica das maiores facções penais do Sudeste pelo domínio de novos mercados varejistas locais de drogas, assim como novas rotas para o transporte de drogas ilícitas, que se iniciou em meados dos anos 2000”. (IPEA, *Atlas da violência 2019*. IPEA e FBPS, 2019).

<sup>7</sup> Para Ação Penal, doravante poderá também ser empregado o termo AP.

Federal no ano de 2013. Como possível precedente<sup>8</sup> a ser observado pelos demais órgãos do Poder Judiciário, a dúvida ainda assim permanece quanto a se ter ou não referida teoria como necessária no Ordenamento Jurídico Brasileiro, especialmente, quando consideradas a teoria de concurso de pessoas, adotada no Brasil, e a comparação com a teoria original idealizada na Alemanha<sup>9</sup>.

Nesse ponto, o estudo direciona-se a escrutinar, dogmaticamente, a formação do vínculo de causalidade entre a figura do líder e a conduta contra este imputada. Para tanto, exploram-se, no plano pré-processual, os pressupostos para a construção indiciária destas investigações, em que a atuação do Delegado de Polícia na coleta de elementos de informação visa à formação de um arcabouço probatório que, de fato, evidencie a ligação do homicídio praticado à organização criminosa investigada na figura de seu líder.

A construção de referido lastro, que viabilizará o oferecimento da denúncia em face das lideranças, no entanto, não poderá se olvidar das garantias iminentes ao investigado e aos limites impostos pela assunção de um processo penal democrático.

Já sob o prisma processual, a atribuição de responsabilidade pelo crime de homicídio à figura dos líderes suscita, ainda, os seguintes questionamentos sobre os elementos informativos que compõem o caderno acusatório: Cabe ao órgão ministerial se desincumbir de um ônus probatório maior para alcançar a pronúncia em face dos líderes? O *in dubio pro societate* ainda é um parâmetro a ser observado pelos órgãos de acusação e de julgamento? Se entendido que o Ordenamento Jurídico Brasileiro assimilou a ideia de *Standards* probatórios no âmbito do Processo Penal, conforme tem se verificado em decisões das Cortes Superiores<sup>10</sup>, deve o juiz

---

<sup>8</sup> Para Marinoni, o sistema de precedentes no Brasil, não obstante formalizado com a edição do CPC/15, já possuía respaldo constitucional, retirando o seu fundamento de validade diretamente da Constituição. Para o autor, portanto, determinadas decisões proferidas por uma corte de vértice como as da AP 470, cujo fundamento extrapolava a natureza *inter partes*, permitiriam a formação de precedente para os demais órgãos do Poder Judiciário. Nesse sentido destaca o autor: “As *rationes decidendi* dos julgados proferidos pelo STF têm claro e inocultável efeito vinculante, conforme algumas decisões da própria Corte Suprema já puderam esclarecer” (MARINONI, Luis Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015. p. 3 e 5).

<sup>9</sup> Parcela da doutrina entende que a decisão do STF que admitiu a Teoria do Domínio do Fato no Brasil, não se coaduna com a teoria original idealizada por Roxin. Nesse sentido conferir: GRECO Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: Estudos Introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

<sup>10</sup> Cf. STF - AP 521, Relator Ministra Rosa Weber, julgado pela primeira turma em 02/12/2014 e publicado em 06/02/2015.

da pronúncia estar balizado por um modelo de constatação mais criterioso, considerando a atribuição de responsabilidade criminal promovida?

Tratam-se, portanto, de questionamentos que serão abordados, considerando a evolução do enfrentamento à criminalidade organizada, as concepções dos institutos de Direito Penal no Ordenamento e a incorporação de novos paradigmas relacionados à valoração de indícios e de provas diante dos precedentes atuais, tudo, em conformidade com as limitações inerentes a um processo penal democrático.

## 1 A CRIMINALIDADE ORGANIZADA E A PRÁTICA DE HOMICÍDIOS

Sustentado por recursos técnicos, financeiros, materiais e humanos, o crime organizado tornou-se um dos maiores obstáculos ao enfrentamento da violência no território brasileiro. Principalmente face à globalização dos meios de comunicação, do fluxo capitais e ao avanço da tecnologia, o crime tem se colocado à frente dos órgãos de investigação e persecução penal, dificultando a promoção da justiça no país.

Nesse sentido, ao analisar o quadro atual da violência, Zaluar afirma que este se tornou ainda mais complexo com o surgimento do crime organizado, especialmente, ao racionalizar suas atividades em torno de determinados ilícitos penais<sup>11</sup>.

Nesse ponto, o tráfico de drogas vem se demonstrando como um dos mais lucrativos negócios dentre os que podem ser desenvolvidos e explorados por uma organização criminosa, haja vista que, com a introdução do comércio de substâncias ilícitas em uma estrutura devidamente aparamentada e organizada, consegue-se potencializar os lucros e minimizar os riscos inerentes à atividade<sup>12</sup>.

Ora, mas por que razão, no que toca às organizações que dirigem suas atividades para o comércio ilegal de drogas, verifica-se, conjuntamente, o incremento da violência?

Para os sociólogos, fatores econômicos, sociais e institucionais são os mais utilizados para fazer a associação da violência ao tráfico de drogas. Dessa forma, a análise tem por base duas diferentes perspectivas: microssocial e macrossocial<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> ZALUAR, Alba Maria. Nexos entre droga, violência e crime organizado. In: *Revista Brasileira de Sociologia*. v. 7 n. 17 (2019): set-dez | Dossiê Crime Organizado, p. 64.

<sup>12</sup> "The global drug trafficking market was worth US\$426 billion to \$652 billion in 2014. It represents about one-third of the total retail value of the transnational crimes studied here. Cannabis was responsible for the largest share of drug trafficking, followed in order by cocaine, opiates, and amphetamine-type stimulants (ATS). ATS and cannabis are produced all over the world, while the production of cocaine and opiates is concentrated in South America and Afghanistan, respectively. Drug trafficking organizations (DTOs), organized crime groups (OCGs), guerrilla groups, and terrorist organizations are all involved in drug trafficking. OCGs in West Africa have increased their control of the drug market in the region, and the volume of heroin trafficked from Afghanistan through East Africa is escalating, stoking consumption" (MAY, Channing Sophia. *Transnational Crime and the Developing*. Global Financial Integrity: May, 2017. Disponível em: [https://www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2017/03/Transnational\\_Crime-final.pdf](https://www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2017/03/Transnational_Crime-final.pdf). Acesso em: 15 jan. 2022).

<sup>13</sup> ZALUAR, Alba Maria. Nexos entre droga, violência e crime organizado. 2019, p. 62.

A primeira tem como escopo o consumo compulsivo de drogas que acaba por resultar no crime violento, “quer para obter dinheiro para comprar as drogas, quer para a autodefesa em locais desconhecidos”<sup>14</sup>.

Já a segunda “ênfatisa os efeitos do tráfico transnacional de drogas ilegais”. Explica-se. Pela natureza da atividade do comércio ilegal de substâncias ilícitas, esta, notadamente, “envolve arranjos entre vendedores ambulantes ou de bocas de fumo no varejo, assim como entre estes e os fornecedores do comércio atacadista de drogas e de armas”. Com efeito, muitas vezes, determinadas alterações promovidas em âmbito transnacional, acabam por repercutir em território nacional, fomentando uma concorrência agressiva entre traficantes. Por essa razão, os altos preços que as drogas atingem no mercado conduzem, inevitavelmente, à violência, em especial, no momento de se estabelecer o controle do mercado local, ou de se cobrar dívidas<sup>15</sup>.

É exatamente, nesse contexto, aliado ao fim de se potencializar os lucros com a expansão comercial e territorial do tráfico de drogas, que surgem novas rivalidades e alianças entre organizações criminosas distintas. Como resultado, os índices de homicídios, relacionados ao território ou mercado sob disputa, evoluem consideravelmente.

Nesse sentido, Zaluar demonstra com clareza o exemplo do Estado do Rio de Janeiro:

No RJ, onde ainda operam três facções, traficantes pertencentes a comandos inimigos ou policiais contra eles, mas principalmente contra a facção que era a mais poderosa, engajaram-se em conflitos armados constantemente, o que passa a ser entendido como guerra. Nela, os “soldados do tráfico” ou “falcões” formavam um “bonde” que responderá ao ataque do outro “bonde” constituído da mesma maneira. Por isso, os vizinhos não tinham permissão de cruzar as fronteiras artificiais entre as favelas, que adquiriram a posição de coletividades ou comunidades a serem defendidas contra os inimigos. Muitos homens jovens foram mortos apenas porque passaram de um setor a outro comandado pelas redes beligerantes do tráfico.

Outrossim, o que chama a atenção a partir do exposto é o fato de integrantes do tráfico de drogas, na maioria pobres vinculados ao varejo, também se engajarem

---

<sup>14</sup> ZALUAR, Alba Maria. Nexos entre droga, violência e crime organizado. 2019, p. 62.

<sup>15</sup> ZALUAR, Alba Maria. Nexos entre droga, violência e crime organizado. 2019, p. 62.

em referidos confrontos armados. Diante do exposto, indaga-se: qual seria a motivação que os leva a se inserir em referidos conflitos?

De acordo com Zaluar, em primeiro plano, a dinâmica do crime, por si só, já sugere, como elementos de motivação, as propostas de lucro e de *status* social (adquirido no contexto da atividade criminosa). Em segundo lugar, por outro lado, destaca, como outro fator, as divisões que se identificam na composição de uma organização criminosa voltada para o tráfico de drogas, ou seja, a estrutura de comando entre chefes e subordinados. À luz de Katz<sup>16</sup>, Zaluar assim se posiciona:

A dinâmica própria do mundo do crime e as atrações que exerce, em termos de cálculo racional, da ambição de “ganhar muito” ou “ganhar fácil”, dos valores de um etos da hipermasculinidade que seriam alcançados por meio da atividade criminosa, compõem o quadro das alternativas de atrações, disposições e ganhos colocadas para os jovens pobres. Outras divisões operaram entre os membros das quadrilhas, diferenciando chefes (também chamados “homens de frente”, “cabeças”) dos que deveriam obedecer ao seu comando (também chamados “teleguiados”), mas nem sempre o faziam, entre os que enriqueceram como donos de boca de fumo e os que trabalharam para o chefe como vendedor (“vapores”, “gerentes”, “aviões”). Por isso, as quadrilhas carregavam o nome de seus chefes como seus patronímicos, muito mais do que o nome dos bairros ou nomes de animais selvagens, linhagens aristocráticas africanas e povos guerreiros, como nas gangues estadunidenses.

É importante notar, dessa forma, que, por trás do êxito das atividades de citadas organizações criminosas - e conseqüentemente, também, dos resultados obtidos com os confrontos armados e com os crimes conexos praticados em prol da organização -, evidencia-se uma estrutura muito bem definida hierárquica e estruturalmente. Não sem razão, são conduzidas e geridas por figuras específicas de liderança. Conforme observa Zaluar<sup>17</sup>, no quadro atual do tráfico de drogas, “a perspectiva macrossocial deve considerar o crescimento da produção de substâncias ilegais, o desenvolvimento de redes de distribuição ilegais, atacadista ou varejista, bem como as formas de evitar a repressão policial” e, para referidas tarefas, exigem-se “habilidades ilegais especiais”<sup>18</sup>.

Note-se que o objetivo de referidas tarefas é exatamente o de “desenvolver tais organizações e obter o apoio necessário para proteger o negócio ilegal do

---

<sup>16</sup> KATZ, Jack. *The Seductions of Crime*. New York, Basic Books, 1988 apud ZALUAR, Alba Maria. Nexos entre droga, violência e crime organizado. 2019, p. 63.

<sup>17</sup> ZALUAR, Alba Maria. Nexos entre droga, violência e crime organizado. 2019, p. 62.

<sup>18</sup> ZALUAR, Alba Maria. Nexos entre droga, violência e crime organizado. 2019, p. 66.



controle estatal, contratando simultaneamente forças de execução e resolução de conflitos no interior das próprias organizações”<sup>19</sup>.

Nesse sentido, a identidade de grupo criada e a fungibilidade de agentes de baixa patente, que compõem quase integralmente a organização, permite a retroalimentação de recursos humanos orientados, essencialmente, com os mesmos princípios, valores e objetivos distorcidos da organização, em função do contexto social em que se encontram inseridos. Com efeito, norteadas pelas figuras das lideranças, referidas organizações conseguem efetivamente dificultar o combate ao comércio ilegal de substâncias entorpecentes e crimes conexos, a exemplo dos homicídios.

Verifica-se, nesse ponto, que a figura das lideranças exerce papel essencial dentro das organizações, sendo, portanto, a pedra de toque, não apenas do funcionamento da comercialização de entorpecentes, mas também da manutenção e expansão do domínio territorial e repressão armada em face de rivais e órgãos de segurança.

Ocorre que a responsabilidade criminal de quem exerce a posição de comando, sempre se demonstrou como um grande desafio para os órgãos de investigação e persecução penal. Exatamente em função de sua posição hierárquica, os líderes acabam por não possuir qualquer participação na prática dos atos executórios das ações levadas a cabo pelo grupo criminoso. Nesses casos, sob o aspecto jurídico, a produção de elementos indiciários e probatórios tende a se tornar extremamente dificultosa.

Nessa toada, e cientes desse obstáculo, atualmente, líderes de organizações criminosas, em geral, têm buscado cada vez mais se tornar menos expostos, tanto física quanto juridicamente, no plano de atividades criminosas de suas organizações.

A exemplo do exposto, vale transcrever trecho da entrevista prestada por “Eladio”, integrante do Cartel de Sinaloa no México<sup>20</sup>, em um documentário sobre o

---

<sup>19</sup> ZALUAR, Alba Maria. Nexos entre droga, violência e crime organizado. 2019, p. 66.

<sup>20</sup> Trata-se de uma das mais famosas Organizações Criminosas do México voltada para o Narcotráfico Internacional: “Sinaloa también es la tierra que produjo opio, en el centro, y mariguana al sur desde principios del siglo XX. Creadora de liderazgos criminalizados que van desde Heraclio Bernal hasta Ismael el Mayo Zambada y Joaquín el Chapo Guzmán pasando por el Gitano, Pedro Avilés, Lalo Fernández, Miguel Félix Gallardo, Rafael Caro Quintero, Ernesto Fonseca y muchos otros. Centro de producción de expresiones culturales desde la ilegalidad y de innovaciones empresariales en el mercado negro de drogas. Epicentro del culto a Malverde. Sinaloa es invención de estereotipos que crean y recrean alternativas dentro del modelo económico neoliberal, que se

traficante líder de referida organização criminosa, Ismael Zambada García, vulgo “El Mayo”<sup>21</sup>:

ENTREVISTADOR: ¿Quien es su jefe?

ELADIO: EL señor grande, señor que manda, el ha organizado, dado instrucciones de como nos comemos, de como nos cuidemos... nunca se debe decir el nombre de la persona. Existen protocolos e tenemos que respetar eso... Nosotros aquí tenemos unos 150, 160 elementos... se le pasa un vehículo, hay un que esta coordinado para checar y decir al punto que le paso este vehiculo... tenemos una persona a la entrada, otra en la mitad del camino, otras en el cerro. En el aeropuerto también, que manejan bitácoras y se dan la hora de vuelos, las salidas de vuelos, por todo lado hay información. Tienes que ser que al contrario vienen sorpresas.

Entrevistador: ¿Y usted, no le gusta las sorpresas?

ELADIO: No, eres mucha responsabilidad por la sorpresa. Se mira muy mal un jefe que lo cintarem.

ENTREVISTADOR: ¿Que es el secreto de El mayo por no ser atrapado?

ELADIO: Está bien con la comunidad. Eso es lo más primordial.

Foi exatamente em função desse contexto, aliás, que as legislações passaram a avançar sobre a temática do crime organizado. Nos Estados Unidos, o *Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act (RICO)*<sup>22</sup>, editado na década de setenta, demonstrou ser de suma importância no combate ao crime organizado, em especial, na imputação de responsabilidade penal aos integrantes e chefes das famílias que integravam a *Cosa Nostra*, grupo organizado que dominava Nova York

---

supone inmodificable. Sinaloa es, rematadamente, el símbolo del fracaso de la actual política de combate a las drogas y el narcotráfico en México, símbolo de los beneficios que atrae el libre mercado a los hábiles, a quienes encuentran los huecos del sistema” (OSORNO, Diego Enrique. *El Cártel de Sinaloa – Una historia del uso político del Narco*. 1.ed. México: Grijalbo, 2009, p. 14).

<sup>21</sup> *Os mais procurados do mundo*. NETFLIX. *Ismael Zambada García, o El Mayo: Chefe do Cartel de Sinaloa*. Direção: Christophe Barreyre e Grégory Roudier. Produção: Luc Hermann e Bernard Zekri Ouiddir. EUA. Produtora: Netflix Worldwide Entertainment, 2020.

<sup>22</sup> O *RICO* foi promulgado pela Seção 901 da Lei de Controle do Crime Organizado de 1970 e foi normatizado no Código Federal dos Estados Unidos (U.S.C) que trata, em especial, no título 18, dos *Criminals Procedure* e no capítulo 96, da *Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act*. Segundo referida previsão legal, considera-se *racketeering activity*: “(A) any act or threat involving murder, kidnapping, gambling, arson, robbery, bribery, extortion, dealing in obscene matter, or dealing in a controlled substance or listed chemical (as defined in section 102 of the Controlled Substances Act), which is chargeable under State law and punishable by imprisonment for more than one year; (B) any act which is indictable under any of the following provisions of title 18, United States Code: Section 201 (relating to bribery), section 224 (relating to sports bribery), sections 471, 472, and 473 (relating to counterfeiting), [...] section 1503 (relating to obstruction of justice), section 1510 (relating to obstruction of criminal investigations), section 1511 (relating to the obstruction of State or local law enforcement), section 1512 (relating to tampering with a witness, victim, or an informant), section 1513 (relating to retaliating against a witness, victim, or an informant) [...] any act that is indictable under any provision listed in section 2332b(g)(5)(B)”.

e era responsável pela prática de crimes diversos, inclusive, homicídios relacionados à organização<sup>23</sup>.

No mesmo movimento, as Nações unidas aprovaram, em Assembleia Geral, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo, importante instrumento de combate ao crime organizado transnacional que ainda é complementado por três protocolos que abordam áreas específicas do crime organizado: o Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças; o Protocolo Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea; e o Protocolo contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, suas peças e componentes e munições.

Uma das mais importantes medidas previstas na convenção era de que seus signatários se comprometessem a incluir, em seus respectivos sistemas penais, a tipificação de condutas envolvendo participação em grupos criminosos organizados, lavagem de dinheiro, corrupção e obstrução da justiça, além de outras medidas.

No Brasil, a Convenção de Palermo foi promulgada mediante Decreto Legislativo em 12 de março de 2004, não obstante o Ordenamento Jurídico já contasse, à época, com a Lei 9.034/95 que tratava do tema. Referida norma legal, contudo, por carecer de modernização, foi revogada e substituída pela lei 12.850/13.

Ao contrário do diploma anterior, a Lei 12.850/13, além de adequar o Ordenamento Brasileiro às diretrizes da Convenção de Palermo e outros tratados

---

<sup>23</sup> A título de exemplo, recentemente, mais integrantes da família Genovese, que compunha a estrutura da Cosa Nostra, foram denunciados com base na *Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act (RICO)*, dando início ao julgamento denominado *United States v. Robert DeBello, et al.*, conforme destacado pelo Departamento de Justiça Americano: “Preet Bharara, the United States Attorney for the Southern District of New York, Madeline Singas, the Nassau County District Attorney, Diego Rodríguez, Assistant Director-in-Charge of the New York Field Office of the Federal Bureau of Investigation (“FBI”), William J. Bratton, the Commissioner of the New York City Police Department (“NYPD”), and Thomas C. Krumpert, the Acting Commissioner of the Nassau County Police Department (“NCPD”), announced the unsealing today of a superseding Indictment charging a total of 18 individuals arising out of a multi-year investigation of racketeering activities by members and associates of the Genovese Organized Crime Family of La Cosa Nostra. The Indictment charges four members and associates of the Genovese Family – namely, Genovese Family soldiers ROBERT DEBELLO and STEVEN PASTORE and Genovese Family associates RYAN ELLIS and SALVATORE DELLIGATTI – with racketeering conspiracy, and various of these defendants with involvement in a murder conspiracy, an attempted murder, an extortion conspiracy, and an illegal gambling operation relating to their participation in the criminal affairs of the Genovese Family, and with firearms offenses. The Indictment also charges a number of the remaining 14 defendants with involvement (along with DELLIGATTI) in a murder-for-hire conspiracy, participation in the illegal gambling operation, and firearms offenses. The case, captioned *United States v. Robert DeBello et al.*, is pending before United States District Judge Laura T. Swain of the Southern District of New York”. Disponível em: <https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/genovese-organized-crime-family-members-and-associates-charged-manhattan-federal-court>. Acesso em: 05 fev. 2022.

internacionais<sup>24</sup>, trouxe ainda previsões específicas sobre a figura das lideranças, em especial, atribuindo-lhes medidas mais graves em comparação aos demais integrantes eventualmente processados, sendo estas: agravamento de pena, vedação à celebração de acordo de colaboração premiada<sup>25</sup> e instituição do cumprimento inicial de pena em estabelecimentos penais de segurança máxima<sup>26</sup>.

Note-se, portanto, que trazer referidos chefes à responsabilidade, além de ir ao encontro de uma demanda internacional, coaduna-se, ainda, com um desígnio normativo interno, sobretudo quando as ações de líderes de organizações criminosas - como as voltadas para o tráfico de drogas - colocam em xeque a garantia de segurança dos cidadãos e marginalizam ainda mais uma parcela da sociedade que carece de tutela protetiva do Estado.

Exatamente por essa razão é que a segurança pública foi elevada pelo Constituinte Originário a verdadeiro dever de Estado, cujo exercício tem como finalidade primordial a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas. Nesse sentido, a própria Constituição da República já prevê os mecanismos que asseguram à coletividade, por meio do Estado, o direito fundamental à segurança e à justiça.

Por outro lado, para que isso ocorra, demanda-se, além de uma atuação conjugada entre as diferentes esferas de Poder Estatal, a assunção de determinadas diretrizes hermenêuticas e teorias do direito que efetivamente permitam a responsabilização criminal dos líderes envolvidos na prática de crimes.

---

<sup>24</sup> Importante conferir ainda que, na mesma toada das demais legislações, o Brasil promulgou a Lei 13.260/16 disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização: Art. 1º Esta Lei regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista. Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. [...] Art. 3º Promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista: Pena - reclusão, de cinco a oito anos, e multa.

<sup>25</sup> Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: [...] § 4º Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa.

<sup>26</sup> Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: [...] § 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução. [...] § 8º As lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima.

Não haveria como pensar um Estado Democrático de Direito em que as instituições de investigação, persecução e de justiça não fossem dirigidas a atender a aludido pressuposto. A responsabilização das lideranças, dessa forma, é a materialização de referido ideal no que toca ao combate à prática de homicídios dolosos vinculados à atividade do comércio ilegal de substâncias ilícitas.

O direito e o processo penal, nesse ponto, servem ao propósito de garantir que a justiça seja realizada às partes lesadas de forma plena, viabilizando, ainda, a real contenção do crescimento da prática desses homicídios, especialmente, os praticados por organizações criminosas.

Por essa razão, Mendes, ao discorrer sobre o sistema integral do direito material, processual e probatório, observa que o mote para que cidadãos se abstenham de determinados padrões de conduta envolve a “finalidade comunicativa do direito penal”<sup>27</sup>. O processo Penal, de tal maneira, serviria ao propósito de traduzir as mensagens oriundas do Direito Penal e, no caso de homicídios vinculados ao tráfico de drogas, para que as lideranças sejam, de fato, punidas pelas condutas de seus agentes.

Nesse sentido, Duff, Farmer, Marshal e Tadros destacam que ser chamado à responsabilidade (*to be called to account*) vai além de se buscar estabelecer a verdade do que aconteceu no passado, visando, ainda, determinar o que acontecerá no futuro, isto é, se a pessoa deve ser passível de punição criminal ou de algum outro modo de tratamento oficial coercitivo<sup>28</sup>.

Sendo assim, para que um procedimento com estas características seja promovido, deve-se acolher uma ideia de punição que sirva para comunicar aos acusados quais as consequências que merecem pelos crimes praticados, ou seja, ter em mente não apenas uma visão puramente instrumental do julgamento, mas também uma perspectiva que se concentra nos objetivos e funções comunicativas e simbólicas do procedimento de julgamento<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> MENDES, Paulo Souza. *Causalidade complexa e prova penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 95.

<sup>28</sup> DUFF, Antony; FARMER, Lindsay; MARSHALL, Sandra; TADROS, Victor. *The Trial on Trial: Judgment and Calling to Account*. Vol. 2 Oxford And Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006.

<sup>29</sup> "To say that the trial is a procedure through which alleged wrongdoers are called to account for their alleged wrongdoings is partly to deny that we should see it simply as a procedure for either establishing the truth of what happened in the past (whether this person committed this offence) or determining what is to happen in the future (whether this person should be liable to criminal punishment, or to some other mode of coercive official treatment). It is to give the defendant a central, and at least ideally an active, role in the trial - as the person to whom the criminal charge is addressed; who is summoned to answer that charge, and to answer for his conduct if it is proved to be

Nessa perspectiva, o lastro de seu argumento fundamenta-se, essencialmente, no fato de que o direito penal seria, em verdade, uma instituição política, em que todas as decisões de criminalização começam pela consideração das condutas que se enquadram no domínio público da vida humana numa comunidade<sup>30</sup>.

Referida constatação também foi observada por Vilanova, ao entender que sem o entendimento sobre a criminalização de determinadas condutas, isto é, sem a criação de normas, a vida social se tornaria impossível. Nas palavras do autor: “qualquer órgão do poder político sem pautas (*patterns of behaviour*), detém o máximo despótico”<sup>31</sup>.

Diante de referido argumento, evidenciar-se-ia uma necessidade de entender os diferentes “processos de criminalização”, desde de como a conduta passa a ser criminalizada e prevista em leis (*in the books*) até a sua efetiva repressão, persecução e punição na prática (*on the streets*), cujo processo se dará, especialmente, por meio das vítimas e por intermédio dos protagonistas do sistema de justiça criminal (Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário)<sup>32</sup>.

---

criminal; and who is expected to accept responsibility for what he has done, and to accept the condemnation that a conviction expresses if his guilt is proved. It is, in other words, to begin not with a purely instrumental view of the trial, but with an approach that centres on the communicative and symbolic aims and functions of the trial procedure" (DUFF, Antony; FARMER, Lindsay; MARSHALL, Sandra; TADROS, Victor. *The Trial on Trial: Judgment and Calling to Account*. 2006, p. 3).

<sup>30</sup> DUFF, Antony. Towards a modest Legal Moralism. *Criminal Law & Philosophy* 8, 217-235, 2014.

<sup>31</sup> VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000, p. 320.

<sup>32</sup> “The enactment of a new criminal statute, defining as criminal conduct that was not until then criminal, constitutes criminalization ‘in the books’: the statute is now in the books; the criminal code, if there is one, includes this new offence; those who engage in that conduct are formally liable to be prosecuted, convicted and punished. Whether they are, and how many of them are, actually prosecuted, convicted or punished, however, depends on the decisions of other actors related to the criminal justice system, who help to determine what is treated as criminal ‘on the streets’. The police must decide which crimes to investigate, and what resources to devote to their investigation; which cases to refer to the prosecutor, which to dispose of in other (often informal) ways. Prosecutors must decide which cases to pursue as criminal cases, and which to drop, or to divert from the criminal process. A key question here is how far prosecutors should observe a ‘legality principle’ requiring them to prosecute whenever there is sufficient evidence to do so; or how far should they also attend to ‘the public interest’ in deciding whether or not to prosecute? Both police and prosecutors will make many such decisions on a more or less ad hoc, case by case basis; but they might also adopt policies identifying kinds of case in which, or factors given which, they will or will not generally take a case through as a criminal case. When a policy is adopted of not prosecuting in certain specified types of case, it could be argued that in such cases the conduct is now effectively decriminalized: it is, as a matter of official policy, no longer treated as criminal; if a prosecutor pursued a case, the court might dismiss the prosecution as an abuse of process. Judges, especially in the appellate courts, also play an obvious role in criminalization processes: their interpretations of the laws that they must apply help determine what kinds of conduct are counted as criminal [...]. Nor should we ignore the role played in the processes of criminalization by a variety of non state actors, particularly those who find themselves with the power to treat some type of conduct to which they have been subjected, or which they have

Observa-se, nesse ponto, que o entendimento pela imputação de autoria às lideranças por homicídios praticados por seus subordinados em prol de suas organizações atende aos diferentes processos de criminalização.

Sob o prisma das autoridades, a responsabilização dos líderes, com a consequente condenação e execução da pena, atende à finalidade de prevenção e de reprovabilidade de suas condutas – que, em sua maioria, passam alheias à atuação dos órgãos estatais - repercutindo, com efeito, no meio social em que a respectiva Organização Criminosa se encontra inserida.

Já sob a perspectiva das vítimas, adequa-se aos anseios de justiça preconizados, intimamente, por familiares e, normativamente, pela própria CRFB/88, em especial, quando observadas as críticas direcionadas à impunidade das figuras identificadas como líderes no âmbito de referidas organizações criminosas ligadas ao tráfico de drogas, responsáveis pela prática de diversos homicídios.

Contudo, sob o aspecto legal, verifica-se um nebuloso debate acerca de qual seria o modelo normativo ideal que permitiria a responsabilidade penal das lideranças.

Verifica-se que, não obstante o avanço legislativo no sentido de recrudescer o combate à criminalidade organizada, atribuir responsabilidade às lideranças para crimes conexos, ainda dependeria, em tese, de reflexão no que toca ao modelo a ser encampado pelo Sistema Jurídico Nacional.

Portanto, a questão cinge-se em saber, essencialmente, se o Ordenamento Jurídico Brasileiro já guarda em sua essência normas que permitem a imputação de responsabilidade aos líderes pela prática de homicídios executados por subordinados da Organização ou, se para referido feito, deve-se lançar mão de teorias do direito comparado, a exemplo da Teoria do Domínio do Fato, utilizada no âmbito da Ação Penal 470 do STF<sup>33</sup>.

---

witnessed, or indeed which they have themselves committed, as criminal by informing the police, or not to do so” (DUFF, Antony. *Towards a modest Legal Moralism*. 2014, p. 217-235).

<sup>33</sup> Há parcela da doutrina que entende que a decisão do STF que admitiu a Teoria do Domínio do Fato no Brasil, não se coaduna com a teoria original idealizada por Roxin. Nesse sentido conferir: GRECO Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: Estudos Introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 2014.

## 2 O CONCURSO DE PESSOAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para a devida reflexão sobre a responsabilidade criminal de líderes de Organizações Criminosas no Ordenamento Jurídico Brasileiro, deve-se ter em conta, primeiramente, a evolução do instituto do concurso de pessoas e a sua respectiva contribuição para a defesa de referida construção teórica.

Parte-se, em primeiro lugar, para fins de exame, da versão original do Código Penal de 1940 (Decreto-Lei 2848/40). Note-se que a razão do início da análise, tendo como marco referencial referido diploma, tem como escopo a noção de rompimento dos vínculos do Direito Penal com o Brasil Império<sup>34</sup>, bem como a consequente alteração da política criminal do Estado Brasileiro. Significa dizer que a criação do Código Penal de 1940 provocou verdadeira mudança de paradigma em relação ao concurso de pessoas, ao promover a alteração de um modelo pluralista<sup>35</sup> para um modelo monista<sup>36</sup> inspirado no direito comparado.

Note-se que a mudança veio para trazer o instituto para mais próximo do dinamismo da realidade, uma vez que, se ancorada na Teoria pluralista, não seria possível estabelecer um rol exaustivo de hipóteses de autoria e participação,

---

<sup>34</sup> No Código do Império de 1830 e no Código Penal da Primeira República de 1890, adotava-se o modelo pluralista para o concurso de pessoas. Nesse sentido, vale destacar, a título ilustrativo, algumas previsões do Código de 1890: Art. 17. Os agentes do crime são autores ou cúmplices. Art. 18. São autores: § 1º Os que directamente resolverem e executarem; § 2º Os que, tendo resolvido a execução do crime, provocarem e determinarem outros a executá-lo por meio de dadas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influência de superioridade hierarchica; § 3 Os que, antes e durante a execução prestarem auxílio sem o qual o crime não seria commettido; § 4º Os que directamente executarem o crime por outrem resolvido; Art. 19. Aquelle que mandar, ou provocar alguém a commetter crime, é responsavel como autor; § 1º Por qualquer outro crime que o executor commetter para executar o de que se encarregou; § 2º Por qualquer outro crime que daquelle resultar; Art. 21. [...] § 1º Os que, não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, fornecerem instrucções para com- mettel-o, e prestarem auxilio á sua execução. § 2º Os que antes ou durante a execução, prometerem ao criminoso auxilio para evadir-se, occultar ou destruir os instrumentos do crime ou apagar os seus vestigios; § 3º O que receberem, occultarem, ou comparem cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram ou devendo sabê-lo em razão da qualidade ou condição das pessoas de quem as houverem; § 4º Os que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como taes e o fim para que se reunem.

<sup>35</sup> “A teoria pluralística sustenta que cada um dos concorrentes pratica um crime próprio, sendo eles autônomos e distintos. Não há, para essa teoria, participação, mas sim simultaneidade de delitos. Massari foi ao ponto de afirmar que a ação do partícipe é elemento de um crime que subsiste por si, crime que se poderia denominar com propriedade ‘delito de concurso’” (NORONHA. Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 38. ed. atual. Vol. 1. Saraiva: São Paulo, 2004, p. 213).

<sup>36</sup> “A teoria unitária ou monista prega que a pluralidade de delinqüentes e a diversidade de condutas não são óbices à unidade do crime” (NORONHA. Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 2004, p. 212-213).



considerando as diversas formas de comportamento humano dirigidas a prática de um crime.

Nesse sentido, no plano prático, a incorporação da teoria implicou o fato de que, mesmo que determinado ilícito tenha sido realizado por diversos indivíduos, referida circunstância deveria ser considerada de forma única e indivisível, devendo ser atribuída a todos a responsabilidade para a produção do resultado do respectivo crime. Este, aliás, foi o raciocínio do legislador manifestado na Exposição de motivos do Código Penal de 1940, ao entender, pela primeira vez, a ideia de causação do resultado como um evento único e atribuir uma responsabilidade solidária de forma indistinta a todos os concorrentes<sup>37</sup>. Desse modo, adotando uma concepção extensiva de autoria<sup>38</sup> e eliminando a figura do partícipe, o Código Penal passou a determinar que todos que contribuísem de alguma forma para o resultado seriam considerados autores.

Com o Código Penal de 1940, portanto, o Brasil passou a assumir a teoria monista e extensiva como regra, conforme pode se extrair do próprio título do Capítulo que tratava da matéria (“Da Coautoria”). *In verbis*:

Art. 25. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.

Art. 26. Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

---

<sup>37</sup> Nesse sentido, vale destacar trecho da Exposição de motivos do Código de 1940 elaborada pelo Ministro Francisco Campos quando da edição do Código Penal de 1940: “O projeto aboliu a distinção entre autores e cúmplices; todos os que tomam parte no crime são autores. Já não haverá mais diferença participação principal e participação acessória, entre auxílio necessário e auxílio secundário, entre a *societas criminis* e a *societas in crimine*. Quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele, no pressuposto de que também as outras forças concorrentes entrarem no âmbito da sua consciência e vontade. Não há nesse critério de decisão do projeto senão um corolário da teoria da equivalência das causas adotada no art. 11. O evento, por sua natureza, é indivisível, e todas as condições que cooperam para a sua produção se equivalem. Tudo quando foi praticado para que o evento se produzisse é causa indivisível dele. Há, na participação criminosa, uma associação de causas conscientes, uma convergência de atividades que são, no seu incidível conjunto, a causa única do evento e portanto, a cada uma das forças concorrentes deve ser atribuída, solidariamente, a responsabilidade pelo todo” (CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos (Código Penal de 1940). In: *Revista de informação legislativa*, v. 6, n. 24, out./dez. 1969, p. 130).

<sup>38</sup> “Para uns, os partícipes são autores e as normas a seu respeito são causas de atenuação da pena. Este é o conceito extensivo de autor, que se funda na causalidade e na teoria da equivalência das condições. Se pretendermos fundar a autoria na causalidade, todo aquele que traz alguma contribuição é autor e não há maneira de objetivamente distinguir autor de partícipe. É por isso que este critério a respeito da natureza da participação deve recorrer aos critérios subjetivos de delimitação, dos quais nos ocuparemos em seguida” (ZAFFARONI, Raul Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 9. ed. rev. e atual. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011. p. 575-576).

Art. 27. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado (art. 76, parágrafo único).

Entretanto, em que pesem os avanços promovidos pelo Códex à época, cerca de trinta anos após sua publicação, o anseio do meio jurídico pela edição de um novo Código Penal acabou se concretizando quando, no dia 21 de outubro de 1969, entrou em vigência, o projeto do novo Código Penal, cujas bases se espelharam nos ensinamentos de Nelson Hungria.

Durante sua breve vigência, o Código de 1969 replicou a fórmula do Código de 1940 e, também, adotou a Teoria Monista como parâmetro para o capítulo que tratava do “Concurso de Agentes”, contudo, atenuando o seu rigor, passou a estabelecer, de forma incipiente, a distinção entre autor e partícipe<sup>39</sup>:

Art. 35. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas. (Co-autoria)

§ 1º A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade. Não se comunicam, outrossim, as condições ou circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. (Condições ou circunstâncias pessoais)

§ 2º A pena é agravada em relação ao agente que: (A gravação de pena)

I - promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage outrem à execução material do crime;

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

§ 3º A pena é atenuada em relação ao agente cuja participação no crime é de somenos importância de pena. (Atenuação de pena)

A opção do legislador da época foi esclarecida na respectiva Exposição de Motivos do Código Penal de 1969<sup>40</sup>:

É possível que a unificação de todas as formas de participação e autoria seja, a rigor, incompatível com um Direito Penal da Culpa. São poucas as legislações que não distinguem entre os diversos graus de participação e as distintas situações de autoria. Todavia, o sistema unitário, que se inspira em razões de política criminal, visando a mais eficiente repressão, nunca é adotado em sua inteireza, pois isto conduziria a soluções injustas e intoleráveis. Estão sempre previstos temperamentos à equiparação dos diversos partícipes, de forma a assegurar a justa punição de cada um. Ao contrário do que diz Boekelman (*Die moderne Entwicklung der Begriffe taterschaft und Teilnhme*, In *Stratrechtliche Untersuchungen*. 1957, pág.

<sup>39</sup> NORONHA. Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 2004, p. 214.

<sup>40</sup> GAMA E SILVA, Luís Antônio da. Exposição de Motivos do Ministro Gama e Silva (Código Penal de 1969). In: *Revista de informação legislativa*, v. 6, n. 24, out./dez. 1969, p. 158.

109) a concepção unitária da participação não representa necessariamente uma renúncia do legislador ao tratamento individualizado da personalidade do agente. A aplicação da fórmula unitária do Código vigente não pode ser censurada. Ela tem a seu favor a grande simplicidade no estabelecimento de critérios, grandemente debatidos, quando se procura distinguir entre autoria e participação, e entre cumplicidade primária e secundária. Afinal, a distinção entre autor e cúmplice, em termos práticos, significa apenas garantir a mais leve punição deste, resultado que o sistema de nossa lei assegura. Proclamou o projeto a regra fundamental em tema de concurso de agentes que é a de que a punibilidade de cada um dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade. Isso deve servir como princípio reitor geral para os juízes, na aplicação da pena em caso de concurso. Foi eliminada a regra inadmissível do art. 48, parágrafo único, do Código vigente, que representa brutal aceitação de responsabilidade sem culpa.

Por outro lado, com a revogação do Código de 1969 pela Lei 6.578/78, promoveu-se a ripristinação do Código de Penal de 1940. Naturalmente, pela decorrência de décadas desde a sua edição, o processo de atualização do código passou a ser o tema em pauta, culminando na edição da reforma promovida pela Lei nº 7.209/84 e na atual redação do artigo 29 do Código Penal que, ao tratar do tema em seu capítulo “Do Concurso de Pessoas”, manteve a teoria monista e assumiu a concepção restritiva<sup>41</sup> como regra, reproduzindo também a culpabilidade como medida para se atribuir responsabilidade criminal aos autores e partícipes:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

---

<sup>41</sup> “Essa teoria extensiva do autor deve ser rejeitada, entre outras razões, pela qual se deve rechaçar a tese do 'autor único': se a participação é uma forma de atenuar a pena da autoria, não pode ser partícipe quem não preencha os requisitos para ser autor. Rejeitado o conceito extensivo de autor, resta-nos subscrever o conceito restritivo, que na verdade é assim impropriamente chamado, pois procura ser critério ôntico, real, de autor. Segundo este conceito, é autor aquele que reúne os caracteres ônticos e típicos para sê-lo, sendo a cumplicidade e a instigação formas de extensão da punibilidade”(ZAFFARONI, Raul Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 2011, p. 574-575).

Novamente, a predileção pela manutenção das Teorias no tocante à temática do concurso de pessoas foi elucidada na exposição de motivos nº 211, de 9 de maio de 1983<sup>42</sup> da reforma do Código Penal:

Ao reformular o Título IV, adotou-se a denominação "Do Concurso de Pessoas", decreto mais abrangentes, já que a co-autoria não esgota as hipóteses do *concursum delinquentium*. O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monística do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). Em completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos critérios dessa teoria, ao optar, na parte final do artigo 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria de participação. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas.

Diante de todo o exposto, é possível notar que, historicamente, no que se refere ao instituto do concurso de pessoas, o Brasil tem evoluído e assumido uma tradição de responsabilização igualitária e justa dos agentes ao assumir a teoria monista e restritiva como pedra de toque do Ordenamento Jurídico<sup>43</sup>.

Há, no entanto, quem considere o debate sobre as teorias de concurso de pessoas (monista, dualista e pluralista) uma questão meramente acessória. Segundo Nilo Batista, se “em caso de concurso de agentes, deve considerar-se um delito único (praticado por todos) ou dois delitos (um praticado pelos autores, outro pelos partícipes) ou ainda tantos delitos quantos autores e partícipes”<sup>44</sup>, a essência do tema reside, em verdade, na concepção restritiva ou extensiva de autor. Por essa razão, a teoria adotada, embora possa disfarçar, não influencia ou altera este problema fundamental.

Diante dessa perspectiva, acrescenta ainda o autor que, mesmo após a reforma do Código de 1984 - e lastreado em uma concepção extensiva de autoria de base causal -, o Brasil não teria adotado uma visão diferenciada entre autores e partícipes<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> ABI-ACKEL, Ibrahim. *Exposição De Motivos Nº 211, de 9 De Maio De 1983*. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>. Acesso em: 13 out. 2020.

<sup>43</sup> Destaque para exceções à Teoria Monista.

<sup>44</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 30-31.

<sup>45</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro*. 2005, p. 37.

Contudo, em contrapartida, a *mens legis*, notadamente, explícita na exposição de motivo do Código de 1969 e reforçada na reforma de 1984, foi a de, inequivocamente, incorporar a concepção restritiva de autoria como opção do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Conforme observam Zaffaroni e Pierangeli, esta “é a teoria que se impõe à luz de nossa legislação, porque de outro modo não se explica a razão pela qual a lei seca se ocupa dos que participam (§1º do art. 29), de forma especial, visto que, a ser certo o chamado conceito extensivo, a previsão estaria sobrando”<sup>46</sup>.

Sendo assim, deve-se entender que, para o Código, todos os que concorrem para o crime têm, em princípio, apenas a mesma pena estabelecida para a autoria, não se podendo entender que sejam considerados, de fato, autores. Como resultado, “o Código não se ocupa de definir o autor, o cúmplice e o instigador, apenas estabelece regras de fixação de penas para todos”. *In verbis*:

Autor e Partícipe não são, como vimos, conceitos inventados pelo direito penal, mas recolhidos por este do ôntico, da realidade. Por tal razão, o Código não tem motivos para defini-los, mas remetê-los aos dados ônticos, limitando-se a fixar regras de que em princípio todos tem a mesma pena<sup>47</sup>.

Noutro giro, especificamente quanto a posição adotada na última grande reforma, o constituinte derivado também reafirmou de maneira expressa a relação de interdependência estabelecida entre o modelo de causalidade e o modelo de concurso de pessoas adotados pelo Código. Com efeito, a concepção de autoria e de participação estaria diretamente ligada ao conceito e à abrangência de causa, traduzindo-se a teoria abraçada por nossa lei como verdadeiro corolário da adotada em matéria de causalidade<sup>48</sup>. Isto é, todos os que contribuem para produção do resultado são participantes (autores ou partícipes), podendo fazê-lo desde o *Iter Criminis* até o momento consumativo<sup>49</sup>.

Por outro lado, é importante ressaltar também que “a punição do agente não tem como fator único a eficácia causal, mas também a relevância causal”<sup>50</sup>. Dessa

<sup>46</sup> ZAFFARONI, Raul Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 2011, p. 578.

<sup>47</sup> ZAFFARONI, Raul Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 2011, p. 574-575.

<sup>48</sup> NORONHA. Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 2004, p. 214.

<sup>49</sup> V. Art. 13 do CP – “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

<sup>50</sup> NORONHA. Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 2004, p. 214.

forma, a causalidade abarcada e sugerida na exposição de motivos não estaria adstrita apenas a sua feição mecânica. Pelo contrário, como se verificará oportunamente<sup>51</sup>, para se atribuir responsabilidade penal pela prática de determinado crime, considera-se relevante, sobretudo, o vínculo psicológico que une as várias condutas, ou seja, o compartilhamento de um objetivo comum entre os diversos envolvidos, ainda que um autor adira à ação ou até mesmo à vontade do outro, independentemente, de acordo prévio<sup>52</sup>.

No concurso de pessoas, portanto, deve ser examinada tanto a contribuição objetiva (a que deu causa) quanto a subjetiva (a vontade do agente), pois “participar de um crime não significa somente produzir o resultado, mas a vontade consciente de produzir o mesmo resultado (contribuição subjetiva)”<sup>53</sup>.

Nilo Batista, todavia, critica o modelo adotado pelo legislador ao apontar a incoerência do critério causal utilizado como parâmetro do Art. 29 do CP. Segundo o autor, a utilização de expressões genéricas, aliada à insuficiência de um único critério de natureza causal, seria insuficiente para a determinação da existência ou não de eventual concorrência para o crime, o que, por conseguinte, implicaria a violação ao princípio da reserva legal<sup>54</sup>.

Como resultado, a conclusão pela dispensabilidade da previsão do Art. 29 seria uma consequência reflexa de referida opção, haja vista que “o próprio art. 13 teria força de expansão lógica suficiente para impedir que contribuições não-causais pudessem envolver responsabilidade criminal em hipóteses de execução coletiva de um crime de resultado”. Nessa toada, para não se ter a previsão do Art. 29 como letra morta, seria necessário realizar a sua releitura à luz dos demais dispositivos da parte especial e dos que prevejam formas de participação<sup>55</sup>.

Não obstante os apontamentos de Nilo Batista, a conclusão a que se chega, com base nos fundamentos expostos, desagua na necessidade de assunção tanto da distinção entre Participação e Autoria quanto da interrelação estabelecida entre a

---

<sup>51</sup> Ver capítulo 3 desta dissertação.

<sup>52</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 2004, p. 215.

<sup>53</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 2004, p. 214.

<sup>54</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro*. 2005, p. 54-55.

<sup>55</sup> “‘Quem concorre para o crime’ não pode ser interpretado (apenas) como ‘quem se faz concausa para o crime’. Ou seja: o art. 29 CP diz que quem – de qualquer modo = seja por autoria direta, autoria mediata ou co-autoria, ou por instigação ou cumplicidade – concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas” (BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro*. 2005, p. 43-44).

causalidade e o concurso de pessoas, ambas, premissas trazidas pelo legislador e reconhecidas pelo próprio Ordenamento.

Isto posto, a questão cinge-se, em saber, portanto, qual seria o critério utilizado para definir autoria e participação quando da avaliação do caso concreto, considerando os pressupostos legais estabelecidos no Código Penal e declarados na exposição de motivos.

Sobre a problemática da diferenciação, diversas teorias se aprofundaram a respeito do tema. Com base em referidas teses e buscando firmar os parâmetros que as embasavam para diferenciar as figuras do autor e do partícipe, quando concorrentes em uma prática delituosa, Nilo Batista as resumiu nos seguintes critérios:

i. Critério Objetivo-Formal: entende como autor aquele que executa com sua própria conduta o tipo legal (verbo). Por exclusão, partícipe seria todo “aquele que ‘não executa o tipo legal, mas (cuja conduta) constitui tão só uma ação prévia ou preparatória”<sup>56</sup>.

ii. Critério Material-Objetivo: a diferença essencial entre autor e partícipe é extraída da diferença de eficiência ou relevância causal das respectivas condutas<sup>57</sup>. Isto é, atribui à concepção de causa peso diferencial na ponderação quanto a atribuição do envolvido como autor ou como partícipe.

iii. Critério Subjetivo: a diferença entre autor e partícipe repousa no fato do primeiro atuar com vontade de autor e desejar a ação como própria, enquanto o partícipe deseja atuar com vontade alheia, com vontade de partícipe<sup>58</sup>.

iiii. Critério Final-Objetivo: tem por base a Teoria do Domínio do Fato e considera autor quem “na concreta realização do fato típico, conscientemente o domina mediante o poder de determinar o seu modo, e inclusive, quando possível, de interrompê-lo”<sup>59</sup>.

Majoritariamente, a doutrina e a jurisprudência brasileiras entendem que o Código Penal de 1940, no tocante ao concurso de agentes, adotou o critério

---

<sup>56</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro*. 2005, p. 60.

<sup>57</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro*. 2005, p. 65.

<sup>58</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro*. 2005, p. 67.

<sup>59</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro*. 2005, p. 69.

objetivo-formal<sup>60</sup>. Não sem razão, a exposição de motivos declama de forma clara ter adotado regras precisas que distinguem autor de partícipe em seu Art. 29 do CP e em seus dois parágrafos. Ao mesmo tempo, porém, a exposição de motivos também foi categórica em reafirmar a teoria unitária ou monística, adotada pelo Código, como corolário da teoria da equivalência das causas.

Dessa forma, estabelecidas referidas premissas, a controvérsia recai sobre se diante das opções assumidas pelo Constituinte Derivado, é possível interpretar o conceito de autor além de sua concepção já assimilada, ou seja, também sob o prisma de outro critério doutrinário, a exemplo do Domínio do Fato.

Nesse sentido, a fim de se estabelecer a efetiva possibilidade de referida teoria ser validamente utilizada como critério para a distinção de autores e partícipe, é imperioso analisar o seu conteúdo de origem e as implicações jurídicas de sua assunção no cenário nacional.

## 2.1 A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Considerada como um dos critérios elaborados para sanar a problemática envolvendo a distinção entre autoria e participação, a Teoria do Domínio do Fato teve todo o seu processo de criação, desenvolvimento e aperfeiçoamento, basicamente, ao longo do século XX, na Alemanha.

Não obstante a primeira menção ao instituto tenha se dado, primeiramente, com Hegler, em 1915, a significação do instituto carecia do sentido proposto atualmente<sup>61</sup>.

Nesse sentido, dos filósofos que se debruçaram sobre a temática, Roxin afirma que Lobe foi o primeiro a tratar da distinção entre autoria e participação e a alcançar efetivamente a ideia de Domínio do Fato. Roxin observa que, para Lobe, o que é considerado essencial para configurar autoria não é apenas a existência de uma vontade com o simples conteúdo de cometer determinado ato como próprio. Pelo contrário, a realização desta vontade deve ocorrer de forma que o fato seja realizado sob seu controle. Em outras palavras, a vontade, portanto, domina e dirige

---

<sup>60</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro*. 2005, p. 61.

<sup>61</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal - Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 81.



a execução tendente à sua realização. Como resultado, referido pressuposto permite uma delimitação da participação em relação à autoria. Na participação, dessa forma, faltaria o domínio da ação executiva, visando alcançar o resultado, sendo esta ação desencadeada e dominada pela vontade de outro<sup>62</sup>.

Por outro lado, em que pese Lobe ter sido o primeiro expoente da ideia de Domínio do Fato, foi Welzel o primeiro a dar eficácia à teoria. Sob o prisma do normativismo neokantiano<sup>63</sup>, Welzel passou a entender a concepção de autoria e participação como manifestações características do ato final dentro do mundo social. Para o filósofo, no que concerne aos crimes dolosos, autor é apenas aquele com o domínio final do fato, ou seja, aquele que, ciente do fim, configura-o em sua existência e modo de ser: o senhor do fato. Dessa forma, *“no es autor de una acción dolosa quien solamente causa un resultado, sino quien tiene el dominio conciente del hecho dirigido hacia el fin”*<sup>64</sup>.

Em contrapartida, o partícipe, apesar de ter controle sobre sua participação, não possui poder sobre o fato em si. Nesse sentido, *“el instigador y el cómplice no tienen el dominio del hecho, sino que sólo han inducido a la decisión del hecho o ayudaron en su ejecución. Por eso, una participación auténtica sólo es posible dentro de los tipos dolosos”*<sup>65</sup>.

Assim, o controle efetivo do fato final é o que constitui o critério essencial do domínio do fato, recaindo este sobre aquele que executa sua resolução com vistas a um fim<sup>66</sup>, ou seja, *“se eleva el autor, por la característica del dominio finalista del hecho, por encima de toda otra participación”*<sup>67</sup>.

Como resultado, no que toca à coautoria, esta passa a ser considerada como uma execução de atos parciais interrelacionados finalisticamente, distribuída entre várias pessoas, de decisão para atuar, sustentada conjuntamente por todos. De tal modo, para se comprovar a coautoria, até uma mera ação de auxílio na prática do

<sup>62</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 86.

<sup>63</sup> Sobre o tema destaca Sánchez que “El neokantismo sustituye el método puramente jurídico-formal del positivismo introduciendo consideraciones axiológicas y materiales. En cambio, es lo más común estimar que no trajo consigo un cambio en lo relativo al objeto de la ciencia dogmática del Derecho penal. Según este punto de vista, el neokantismo jurídico tomó como objeto el mismo concepto positivista de Derecho de la fase anterior, convirtiéndose, en palabras de Welzel, en una “teoría complementaria del positivismo” (SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor S.A., 1992, p. 55).

<sup>64</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal - Parte General*. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 104.

<sup>65</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal - Parte General*. 1956, p. 104-105.

<sup>66</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 87-88.

<sup>67</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal - Parte General*. 1956, p. 104.

crime é suficiente<sup>68</sup>. No entanto, para chegar à referida conclusão, Welzel substitui o critério vago da vontade do autor pela exigência de que o autor seja cossustentador da decisão do fato.

Sendo assim, para eventual desconsideração da ação de auxílio, instigação ou induzimento do agente como simples participação e sua respectiva assunção como autoria, exige-se um elemento de compensação, um destaque, traduzido em elementos de prova que comprovarão a coparticipação especial do agente na resolução do crime<sup>69</sup>. Para que isso ocorra, Welzel observa ainda que à autoria devem ser somadas determinadas características gerais e específicas do injusto. *In verbis*<sup>70</sup>:

El concepto finalista de autor resulta de las determinaciones fundamentales del concepto de la acción finalista y del de lo injusto personal, ya que, como se sabe, la teoría de autor no tiene otro fin que el de destacar el centro personal de acción del hecho antijurídico. Por eso pertenece a la autoría en general el dominio finalista del hecho (como elemento general de lo injusto personal de los tipos dolosos); a él se agregan, en muchos casos, como elementos específicos de autoría, las características objetivas y subjetivas personales de lo injusto. Pertenecen al concepto de autor: 1. La característica general de autor: el dominio finalista del hecho. Dueño del hecho es quien lo ejecuta en forma finalista, sobre la base de su decisión de voluntad. 2. Las características específicas de autoría: a) las características objetivas-personales de autor: los especiales deberes del autor, inmanentes a su posición; p. ej., como funcionario, soldado, etc.; b) las características subjetivas-personales de autor: las intenciones especiales, tendencias y formas de ánimo o de sentimiento; p. ej., intención de apropiación, propósito deshonesto, ánimo brutal.

Ademais, de acordo com Roxin, Welzel, em sua concepção de autoria original, denotava a ela um sentido ainda mais amplo, de essência não apenas final. Desse modo, a autoria muitas vezes também dependeria, em todo o seu conteúdo significativo social, de elementos pessoais do autor, como requisitos de natureza objetiva (função ocupada) e subjetiva (busca por lucro, satisfação de lascívia). Somente se esses requisitos também fossem atendidos, o autor teria o Domínio do Fato mais amplo, em um sentido não apenas final, mas também social. No entanto, Welzel, posteriormente, não obstante tenha seguido mencionando esses requisitos como condicionantes para a identificação da autoria pelo Domínio Final do Fato, acabou por abandonar a ideia de Domínio Social<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 88.

<sup>69</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 89.

<sup>70</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal - Parte General*. 1956, p. 105-106.

<sup>71</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 88-89.

Noutro giro, não se deixa de olvidar, ainda, as contribuições de filósofos, como: Langer<sup>72</sup>, Maurach<sup>73</sup> e Gallas<sup>74</sup>, para o aperfeiçoamento do instituto e o desenvolvimento de suas próprias concepções de autoria por Domínio do Fato. Contudo, foi com Roxin que se obteve a assimilação do instituto em sua conotação atual e sua difusão no âmbito do Ordenamento Jurídico Brasileiro e nos demais sistemas jurídicos no mundo.

---

<sup>72</sup> Segundo Roxin, Lange: “se encuadra a sí mismo entre los partidarios de esta teoría al señalar: ‘En la cuestión de la autoría... ha de verificarse siempre si el sujeto actuante ha tenido y ejercido el dominio del hecho’ [...] En la determinación de la coautoría Lange parte de la teoría subjetiva, pero matiza que lo decisivo no es ya la cuestión de si el autor ha querido el hecho como propio, sino sólo la de si a éste se le puede imputar en virtud de la aportación al hecho sustentada por su voluntad. Tal imputación no es posible si esta voluntad es ‘mera suposición o ficción’, sino que tiene que ponerse de manifiesto mediante el dominio del hecho. Pero Lange considera suficiente, como acción ejecutiva - coincidiendo con la jurisprudencia del RG -, ya la actuación externa más insignificante (por ejemplo, fortalecimiento, mediante consejos, de la voluntad del autor), así como el comportamiento que, aisladamente, sólo sería un acto preparatorio, no punible” (ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 97).

<sup>73</sup> Para Roxin, de acordo com os ensinamentos de Maurach, “el dominio del hecho es ‘el mantener en las propias manos, abarcado por el dolo, el curso del hecho típico’. Dominio del hecho lo tiene todo cooperador que puede impedir o hacer continuar, a su albedrío la realización del resultado total; es ‘configuración del hecho sustentada por la voluntad’. A diferencia de Welzel, que propugna excluir estos casos del ámbito de la autoría, Maurach considera que también hay ‘dominio del hecho’ y por tanto autoría mediata en el sujeto de detrás cuando el ejecutor actúa dolosa y culpablemente, por ejemplo, en el caso en que uno hace que su esclavo sexual cometa delitos, sin que en el ‘instrumento’ se den los requisitos de los §§ 51, 52 stGB; reconociendo, pues, la figura del ‘autor de detrás del autor’. Si un sujeto comete un hecho dolosamente, pero sin consciencia de la antijuricidad, Maurach propugna asimismo considerar como coautor - de nuevo contrariamente a Welzel - al que ocasiona el hecho, porque se da cuenta de la situación jurídica, y no sólo en caso de error inevitable, sino también cuando se desconoce evitablemente la prohibición. [...] Los dos criterios suplementarios de la autoría a que Welzel alude - los elementos de la autoría objetivos y subjetivos - no los enumera Maurach como elementos autónomos del concepto de autor” (ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 90-91).

<sup>74</sup> Da mesma forma, Roxin explica que para Gallas: “en los delitos de resultado como el § 212 stGB - a diferencia de en los delitos de mera actividad - propugna no entender caracterizada la acción típica ya por la realización final del resultado, pues también el inductor y el cómplice actúan de modo final; más bien comete, para él, una ‘acción de matar’ en el sentido del § 212 stGB ‘sólo aquel que procede según un programa cuya realización ‘pone en sus manos’ la realización del resultado de muerte’, esto es, aquel que tiene el dominio del hecho [...] Aunque aquí la acción de sustracción sólo final se distingue de las demás formas de participación ya en su sentido social. Gallas, en interpretación extensiva del tipo, pretende considerar como ‘acción de sustracción’ también el originar un desplazamiento posesorio no de propia mano, si el que origina tiene el dominio del hecho. Así señala acerca del jefe de la banda, que se limita a dirigir el ‘golpe’ en el lugar del hecho: ‘Ciertamente él no pone manos a la obra; pero su presencia y función directiva están tan vinculadas al hacer de los compinches, y son tan decisivas a tal efecto, que también él contribuye a dominar el hecho, apareciendo por eso como co-perpetrador en la acción de sustraer’ [...] Así, para Gallas, a diferencia de Welzel, incluso dado el carácter común de la resolución del hecho, no basta cualquier cooperación externa para fundamentar el dominio del hecho. Más bien sólo vienen en consideración aquellas acciones que son equivalentes a la comisión de propia mano, y por ello, interpretando flexiblemente, pueden considerarse aún como acciones típicas en sentido jurídico. Entre ellas no se incluyen la participación en la fase de preparación, de manera que Gallas señala: ‘Quien se limita a sondear la oportunidad para cometer el hecho o a procurar los instrumentos necesitados a tal efecto no obra como codominador del hecho, sino sólo como partícipe, aun cuando haya tomado parte en el acuerdo previo’” (ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 93-94).

Ao tratar do tema, o autor entendeu necessário, primeiramente, concluir com exatidão a concepção do “Domínio do Fato” e, por consequência, saber com propriedade seus limites epistemológicos e de aplicação, diante das diferentes versões apresentadas do mesmo instituto. Em segundo lugar - e como consequência da própria busca pelo conteúdo do Domínio do Fato -, buscou obter um conceito geral de autoria, considerando as divergências existentes mesmo entre os seus próprios adeptos.

Dessa forma, acerca da Autoria, Roxin estabeleceu como pressuposto essencial, a assunção de autor *“como la figura central del acontecer en forma de acción”*. A expressão *“figura central”*, sob o prisma do contraponto entre autoria e participação, permitiria designar, ao mesmo tempo, uma escala de diferenciação pré-jurídica e uma forma de delimitação sob uma perspectiva legal<sup>75</sup>. Isto é, o conceito da *“figura central”* significaría *“el recurso a una idea plástica, que anida en la conciencia común: el autor, el coautor o el autor mediato son las figuras principales del suceso; el inductor y el cómplice están en los márgenes”*<sup>76</sup>.

Contudo, segundo o próprio filósofo, referida concepção de autor também atenderia a determinados critérios de conteúdo, que poderiam variar de acordo com a estrutura dos tipos individuais e do comportamento subjacente e as bases valorativas fixadas pelo legislador.

Nessa toada, dentre as formas de se empregar o conceito de Domínio do Fato diante da figura central do autor, Roxin desenvolveu e expôs argumentativamente três diferentes raciocínios: i. O Domínio do Fato como um conceito indeterminado<sup>77</sup>; ii. O Domínio do Fato como um conceito fechado<sup>78</sup>; iii. O Domínio do Fato como um conceito aberto.

---

<sup>75</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 45.

<sup>76</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 45.

<sup>77</sup> Ao discorrer sobre o Domínio do Fato como um conceito indeterminado, Roxin explica sua ideia central: “Como primera posibilidad de emplear el concepto de dominio del hecho se ofrece la idea de renunciar por completo a elementos determinables y decidir la cuestión de quién tiene el dominio del hecho en cada caso en función de una visión global de todas las circunstancias del supuesto de hecho concreto”. Da mesma forma, contudo, aponta também as incoerências e as desvantagens de referida concepção: “Un concepto de dominio del hecho que - orientado a la directriz del autor como figura central - sin verificar más elementos conceptuales se tuviera que llenar de contenido sólo a la vista del concreto supuesto de hecho tendría la ventaja de posibilitar una decisión justa, acomodada a la individualidad del caso concreto; pero tendría la desventaja de que (como ya hoy en parte ocurre en la praxis judicial, según los datos indicados supra) la teoría de la participación se convertiría, en términos generales, en feudo de Derecho judicial y, dada la poca claridad de los haremos a aplicar, sufriría una considerable merma la seguridad jurídica” (ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 116).

Segundo Roxin, a verificação da autoria pelo domínio do fato como um conceito fechado e como um conceito indeterminado, todavia, acabaria por colocá-la em dois extremos que não atenderiam à dinâmica do instituto. Dessa forma, assumir o Domínio do Fato como um conceito aberto permitiria encontrar um procedimento, com o auxílio do qual seria possível complementar o instituto com conteúdo, de forma que, por um lado, fosse possível assimilar possíveis variáveis, e por outro, também se atingisse um grau suficiente de determinação<sup>79</sup>.

Estabelecida referida premissa, verificou, porém, que, mesmo diante dos pressupostos da figura central do autor, não seria possível fixar o que se entenderia como domínio do fato, considerando as diferentes formas de intervenção no evento criminoso. Com efeito, a fim de dar a profundidade à temática e explorar os diferentes modos de intervenção, Roxin elegeu, como forma para proceder com a análise e consequente conclusão sobre o instituto, estabelecer e criar os seguintes conceitos e distinções: autoria única ou imediata (Domínio da ação), autoria mediata (Domínio da vontade) e coautoria (Domínio funcional do fato)<sup>80</sup>.

Como ponto inicial de análise, com base no Domínio da ação, tem-se como autor aquele que “*no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano*”<sup>81</sup>. Seria o modelo de autoria mais claro e a manifestação mais óbvia da figura central. Não se poderia dominar um fato com mais clareza do que quando se realiza o tipo sozinho e quando se age com as próprias mãos.

Conforme bem exemplificado por Greco, Leite, Teixeira e Assis, “quem aperta o gatilho tem o domínio da ação e nunca poderá ser mero partícipe [...] Aquele que domina a ação permanece autor, ainda que aja a pedido ou a mando de outrem, ou mesmo sem erro de proibição inevitável determinado por terceiro”<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> Roxin aborda também o que se entenderia por Domínio do Fato como um conceito fechado: “De concepto ‘fijado’ cabe hablar cuando su definición puede referirse a elementos individuales determinados, que son captables por la vía de un acto de subsunción objetivamente verificable y con ayuda de los cuales es posible resolver sin más todo supuesto concreto mediante un procedimiento deductivo”. No entanto, lança também argumentos contrários, do ponto de vista da autoria, sobre referido conceito, valendo citar: i. o perigo que o conceito jurídico de não se ajustar ao conteúdo material; ii. a impossibilidade de se fixar elementos de significado; iii. Abstração esquematizadora desnecessária (ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 143-145).

<sup>79</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 146.

<sup>80</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 149.

<sup>81</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 151.

<sup>82</sup> GRECO Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoría como domínio do fato: Estudos Introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 2014, p. 25-26.

Por outro lado, no que tange ao conceito de autor com base no Domínio da Vontade, deve ser considerado como aquele que, mesmo não tendo executado a ação com suas próprias mãos, é responsabilizado pelo resultado.

Note-se que enquanto no Domínio da Ação o desempenho da ação típica de mão própria fundamenta a autoria, no Domínio da Vontade, lida-se com casos em que precisamente não se verifica ação executiva do sujeito detrás. Pelo contrário, nessa modalidade, o Domínio do Fato só pode basear-se no poder da vontade orientadora do sujeito anterior<sup>83</sup>.

Como resultado, segundo Roxin, diferentes manifestações passariam a se apresentar como formas de Domínio da Vontade, tendo referido autor as separado em grupos específicos de casos: i. Domínio da Vontade em virtude de coação<sup>84</sup>; ii. Domínio da Vontade em virtude de erro<sup>85</sup>; iii. Domínio da Vontade na utilização de menores e inimputáveis<sup>86</sup>; iiiii. Domínio da Vontade em virtude de Estruturas de Poder Organizadas.

Especialmente sobre a figura do Domínio da Vontade em virtude de Estruturas de Poder Organizadas - considerando o objeto do presente estudo - é importante observar que esta se caracteriza pelo fato do sujeito detrás ter a sua

---

<sup>83</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 165-166.

<sup>84</sup> "Aquí los casos necesitan ulterior diferenciación: en primer plano se encuentra el supuesto académico del estado de necesidad coactivo (i); a su lado, aparecen algunos casos particulares del ámbito del estado de necesidad simple, § 54 SIGB (n); asimismo, el estado de necesidad supralegal exculpante (iii), las situaciones análogas al estado de necesidad (iv) y algunas relaciones de obediencia militar (v). [...] El análisis de todos los supuestos coactivos ha dado lugar a una solución unitaria. Una coacción que presta al sujeto de detrás el dominio de la voluntad, convirtiéndolo en autor mediato, se da siempre que (pero sólo cuando) el ordenamiento jurídico exonera al agente de responsabilidad penal por su actuación, merced a la situación creada por el sujeto de detrás (ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 167 e 193).

<sup>85</sup> "La situación en que el sujeto de detrás se sirve de un instrumento bajo error para cometer un delito pasa por ser el segundo caso clásico, e indiscutido en lo fundamental, de autoría mediata. [...] También los múltiples supuestos de error cabe solucionarlos desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho con arreglo a una idea unitaria". (ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 194 e 258).

<sup>86</sup> "Entre los casos principales de autoría mediata se cuentan desde siempre, junto a los de coacción y de aprovechamiento de error, los de empleo de un ejecutor inimputable o menor. En éstos hay que distinguir entre la plena inimputabilidad (i, 1) y la imputabilidad disminuida (i, 2), entre niños (ii) y adolescentes (ii), entre autodaño y daño a otro (a y b, respectivamente) [...] La cuestión del dominio del hecho en la utilización de inimputables y menores ha de resolverse, por tanto, con ayuda de los mismos criterios a los que ya se recurrió para las situaciones de coacción y de error. Aquí se trata de una peculiar zona mixta: el dominio de la voluntad del sujeto de detrás puede basarse o en que (como en las situaciones coactivas) domina la formación de voluntad del ejecutor directo o en que (como en los casos de error) es capaz de dirigir el suceso en virtud de supradeterminación configuradora de sentido" (ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 259 e 269).

disposição uma estrutura de poder pessoal, com a ajuda da qual pode cometer crimes sem ter que delegar sua realização a uma decisão autônoma do executor<sup>87</sup>.

Para referida circunstância que inclui, além dos Crimes de Guerra e de Estado, os crimes praticados por Organizações Criminosas, as figuras jurídicas de autoria, indução e cumplicidade, concebidas de acordo com parâmetros de delitos individuais, não seriam suficientes a atender situações envolvendo a prática de crimes como os mencionados<sup>88</sup>. Por essa razão, Roxin aponta a necessidade de analisar os comportamentos dos intervenientes diante de referido contexto de evento coletivo em que se inserem a prática desses crimes<sup>89</sup>.

E qual seria o diferencial dessa modalidade de autoria, ora sob análise, que possibilitaria aos operadores do direito imputar responsabilidade criminal ao sujeito detrás, sem implicar a subsunção a outras figuras normativas previstas em lei, a exemplo da própria participação por indução do modelo alemão?

Para Roxin, um dos fatores decisivos para fundamentar o Domínio da Vontade em virtude de Estruturas Organizadas de Poder como forma de Autoria (mediata) traduz-se na ideia da fungibilidade do executor. Este se apresenta, em verdade, como figura anônima e ao mesmo tempo substituível<sup>90</sup>. *In verbis*:

Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje - sustituible en cualquier momento - en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer.

<sup>87</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 270.

<sup>88</sup> “Quando formulou a teoria da organização, na década de 60, Roxin estudava o caso paradigmático de Adolph Eichmann, funcionário do regime nazista responsável por localizar, deter e transportar judeus desaparecidos, encaminhando-os à Auschwitz, onde seriam assassinados (ARENDR, 1999). Aquilo que chamou a atenção da comunidade jurídica nesse caso foi o fato de Eichmann nunca ter matado por ato comissivo qualquer vítima do holocausto. A tarefa sanguinária era delegada a seus subordinados. Roxin defendeu tese no sentido da responsabilização jurídica do acusado em seu artigo “Rahmen organisatorischer Machtapparate”, publicado em 1963, mesmo ano que seu monumental “Täterschaft und Tatherrschaft”. MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; NASSAR, Bruno Nazih Nehme. *Autoria como um conceito aberto: Teoria do Domínio do Fato, Teoria da Organização e o combate às novas formas de criminalidade no Brasil*. In: *Fronteiras Interdisciplinares do Direito*. v. 1 n. 1 (2019). Disponível em: [Autoria como um conceito aberto: teoria do domínio do fato, teoria da organização e o combate às novas formas de criminalidade no Brasil | Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito \(pucsp.br\)](#). Acesso em: 09 fev. 2022.

<sup>89</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 270.

<sup>90</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 272-273.

Ressalte-se que isso não significa, entretanto, que crimes praticados no âmbito de referidas Estruturas Organizadas não impliquem, por vezes, a figura da participação. Pelo contrário, quando o sujeito, por exemplo, que sem ter o poder de decisão, simplesmente, intervém, aconselhando ou proporcionando os meios para a prática do crime, incorre, sim, em uma forma de participação<sup>91</sup>.

Por outro lado, para Roxin, o segundo elemento decisivo para se atribuir autoria com base no Domínio da Vontade em virtude de Estruturas de Poder Organizadas é a necessidade de se ter citadas organizações à margem do Ordenamento Jurídico. Com efeito, referida situação ocorreria, essencialmente, em duas hipóteses: i. Quando os que possuem o Poder Estatal se servem de organizações subordinadas a este poder para cometer crimes. É o caso de Estados Totalitários e Ditaduras, em que as garantias individuais não se encontram mais vigentes. ii. Quando os crimes ocorrem no contexto de organizações secretas, movimentos clandestinos ou grupos semelhantes. É o caso de Organizações criminosas voltadas para o Tráfico de Drogas, Grupos Terroristas, Milícias Privadas entre outros<sup>92</sup>.

Noutro giro, estabelecidos os pressupostos que fundamentam o Domínio da ação e o Domínio da Vontade, passa-se a analisar a última forma de intervenção no evento criminoso, definida por Roxin como o Domínio Funcional do Fato (Coautoria).

Segundo o autor, existe um amplo espaço de atividade criminosa, dentro do qual o agente não tem nenhum tipo de domínio e, ainda assim, é possível considerar sua atuação como forma de autoria. Sob esse prisma, o elemento de cooperação demonstra-se como componente decisivo para a realização do crime e, conseqüentemente, o acordo das partes envolvidas, no que diz respeito à execução do fato e seu resultado, evidencia-se como requisito essencial para a configuração dessa modalidade de autoria<sup>93</sup>.

No entanto, não se pode concluir que o Domínio Funcional do Fato se perfaz em toda e qualquer forma de cooperação. Roxin, portanto, diferencia o resultado da cooperação em suas diferentes fases: a de execução e a de preparação do crime.

Na primeira, a figura do cooperador satisfaz o critério decisivo de ser a figura central do acontecimento da ação, mesmo sem contar com o domínio da ação e da

---

<sup>91</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 276.

<sup>92</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 277-278.

<sup>93</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 316.



vontade. Para que isso ocorra, todavia, as contribuições parciais dos envolvidos na ação devem ser sobrepostas de tal forma que eventual abandono de um destes, possa acabar por frustrá-la como um todo<sup>94</sup>.

Por outro lado, na fase preparatória, entende-se não ser possível afirmar que a ação do cooperador, tão somente em referido lapso antecedente, implique o domínio do resultado pretendido com a ação criminosa. Pelo contrário, se o cooperador da fase preparatória depende da iniciativa, decisões e do próprio ato de execução do executor direto - que trabalha livre e autonomamente - ele não conta com o Domínio Funcional do Fato. Por essa razão, para Roxin, "*quien sólo contribuye a auxiliar en la preparación en algún momento tiene que 'dejar de su mano' el hecho y confiar a partir de entonces en el otro*"<sup>95</sup>. Como resultado, o domínio sobre os atos preparatórios não podem servir de fundamento ao Domínio do Fato<sup>96</sup>, haja vista que "*planificar y preparar no es realizar el hecho que está castigado y con arreglo al cual se determina la posición del interviniente*".

Resta evidenciado, com base em todo o exposto, que a concepção de Domínio do Fato, idealizada por Roxin, abrange diferentes versões de um mesmo instituto jurídico<sup>97</sup> e não se confunde com as concepções apresentadas pelos doutrinadores que o antecederam.

Na mesma toada, é imprescindível esclarecer que as diferentes espécies e subespécies da teoria, definidas por Roxin, também se tratam de modalidades jurídicas diversas, oriundas, porém, de uma única nomenclatura de gênero denominada Domínio do Fato.

Portanto, exatamente a fim de se evitar incorrer em um equivocado emprego do instituto, deve-se verificar com cautela os critérios e os pressupostos para a utilização da teoria, especialmente quando o *nomen iuris* do gênero tende a abarcar as diferentes espécies e subespécies que gozam de diferentes modais de aplicação e interpretação. Isso, aliás, é o que se observará ter ocorrido em âmbito brasileiro, especificamente, no denominado caso Mensalão.

---

<sup>94</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 326.

<sup>95</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 325-326.

<sup>96</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 332.

<sup>97</sup> "El concepto de dominio del hecho no es, pues, algo listo desde el principio, cerrado en sí mismo, a lo que quepa someter cualquier supuesto de hecho por la vía de la mera subsunción, sino que sólo obtiene su forma concreta discurriendo por los distintos ámbitos de la materia de regulación, cada uno de los cuales añade al concepto no cerrado de autor nuevos rasgos concreto" (ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 279).

## 2.2 O DOMÍNIO DO FATO NO BRASIL

Há pouco menos de uma década, a Teoria do Domínio do Fato passou a gozar de grande notoriedade e destaque na esfera jurídica, em função do julgamento da Ação Penal 470, no conhecido caso denominado “Mensalão”, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Decerto, que a temática não se trata de uma novidade no tocante ao seu estudo pela Doutrina Nacional<sup>98</sup>, tampouco quanto à sua aplicação pelos Tribunais<sup>99</sup>, contudo, a representatividade do julgamento em referência deu início à análise mais aprofundada do instituto quando passou a servir de vetor para o julgamento dos operadores do esquema de corrupção.

Em resumo, a Ação Penal buscava imputar responsabilidade criminal aos agentes responsáveis por um arranjo de compra de votos de parlamentares do Congresso Nacional, mediante o pagamento de propina. Os réus, que ao todo somavam 40 (quarenta) denunciados, foram acusados pela Procuradoria Geral da República pelos crimes de lavagem de dinheiro, corrupção ativa, corrupção passiva, evasão de divisas, peculato, Associação Criminosa, entre outros.

Nessa toada, considerando a quantidade de crimes envolvidos e de réus no processo em questão, demonstrou-se imprescindível delimitar o grau de envolvimento dos denunciados na prática criminosa, sendo eligido como um dos principais critérios para a referida aferição se os acusados possuiriam, ou não, o Domínio do Fato.

É importante observar, porém, que, ao se analisar o conteúdo do acórdão condenatório da Ação Penal 470, a menção ao “Domínio do Fato”, verificada em diversos trechos do acórdão, é utilizada de maneira reiterada sem a devida atenção, por vezes, às diferentes versões e subespécies do instituto. Nesse sentido, é possível notar que, até mesmo em manifestações de um mesmo ministro, diferentes referências de conteúdo do que se entende por “Domínio do Fato” são colacionadas. Referidas citações, contudo, lastreiam-se em concepções do instituto idealizadas por autores que, juridicamente, diferem quanto às suas características.

---

<sup>98</sup> Doutrinadores como Damásio de Jesus e Nilo Batista, entre outros mais modernos, já abordavam a matéria, ainda que de forma superficial.

<sup>99</sup> Cf. STF - AO 1047, relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, julgado pelo Pleno em 28/11/2007 e STF - INQ. 2245, relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, julgado pelo pleno em 28/11/2007.

A título de exemplo, em um mesmo trecho destacado do acórdão, evidenciam-se menções às concepções idealizadas tanto por Welzel quanto por Roxin<sup>100</sup>:

Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que 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. [...] 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 común del hecho de la coautoría. A su juicio, “basta una resolución de ajustarse, por medio de la cual el interviniente que no ejecuta 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 común 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) Essa resolução consciente e conjunta partiu, na espécie, da direção do Banco Rural, como atesta a prova colhida.

Dessa forma, apesar do acórdão se valer essencialmente dos critérios desenvolvidos por Roxin para fins do julgamento, simultaneamente faz alusão também às demais concepções idealizadas por outros doutrinadores, a exemplo Welzel.

No mesmo sentido, é também a conclusão de Aflen<sup>101</sup>, ao entender que a Corte fundamentou a autoria dos acusados, valendo-se, em verdade, de transcrições de passagens doutrinárias absolutamente incompatíveis entre si. Para o autor, a fundamentação foi realizada sem sequer fazer referência ao próprio conteúdo da teoria e aos critérios utilizados para afirmar por que alguém detinha o domínio do fato. *In verbis*:

<sup>100</sup> STF - AP 470, relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, julgado pelo Pleno em 17/12/2012, p. 52776-52778.

<sup>101</sup> AFLEN. Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileiras*. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/2826/0>. Acesso em: 01 nov. 2021.

Isso fica evidenciado, sobretudo, em razão de que, em determinado momento, orientando-se nitidamente por uma concepção welzeliana, afirma-se que um dos acusados detinha “o domínio final dos fatos” e, logo em seguida, afirma-se que o mesmo acusado detinha “o domínio funcional dos fatos. [...] Em outras palavras, a decisão é embasada em doutrina brasileira orientada pela concepção welzeliana, mas, com isso, procura fundamentar a teoria a partir dos critérios desenvolvidos por Roxin (o que constitui uma *contradictio in adjecto*). Pode-se observar, por exemplo, que a Corte fundamenta a decisão, ainda, na doutrina de Cezar Bitencourt, o qual segue expressamente a concepção de Welzel e sequer faz referência, em sua obra, à teoria do domínio do fato de Roxin.

Sobre referida problemática envolvendo o julgamento da AP 470 e a utilização da Teoria, da mesma forma, Leite destaca que “simplesmente não há uma posição unitária do STF a respeito da teoria do domínio do fato”. Conclui o autor, inclusive, que por essa razão não seria possível atribuir a referido acórdão o efeito vinculante de um precedente<sup>102</sup>.

Por outro lado, é importante observar que com a Ação Penal 470 se tornou possível não apenas revisitar algumas temáticas relacionadas ao concurso de pessoas e à causalidade no cenário jurídico nacional, mas também verificar se referida teoria, no modelo idealizado por Roxin, seria, de fato, compatível com o Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Nessa toada, dos diversos pontos debatidos acerca do Domínio do Fato relacionados à AP 470, essencialmente, dois se destacaram como de maior relevância. O primeiro diz respeito ao que realmente se deve entender como Domínio do Fato para o Ordenamento Jurídico pátrio.

Conforme exposto, apesar da ausência de clareza sobre as diferentes versões de um instituto idealizado e aperfeiçoado por autores distintos, os critérios utilizados pelo STF foram lastreados especialmente nos ensinamentos de Roxin, expoente de maior notoriedade sobre a teoria. A presente afirmação tem como escopo as reiteradas citações ao autor e as referências de conteúdo utilizadas por diversas vezes, a fim de traduzir o conceito de Domínio do Fato empregado pela Corte e previstas, originariamente, em sua obra, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*.

Por outro lado, é importante lembrar que Roxin desenvolveu três diferentes formas de se empregar o conceito de Domínio do Fato diante da figura central do autor. Para tanto, definiu as seguintes formas de intervenção em um evento

---

<sup>102</sup> GRECO Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: Estudos Introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 2014, p. 129.

criminoso: o Domínio da ação (autoria única ou imediata), o Domínio da Vontade (autoria mediata) e o Domínio Funcional do fato (coautoria)<sup>103</sup>.

De tal modo – e a fim de fundamentar a imputação de autoria a determinados investigados em posição de liderança nas empresas envolvidas no esquema criminoso – os ministros da Suprema Corte lançaram mão de diversos argumentos que subsidiavam, especificamente, uma das subespécies de Domínio da Vontade: o Domínio da Vontade em virtude de Estruturas Organizadas de Poder ou Domínio da Organização<sup>104</sup>. Ocorre, porém, que, ao fazê-lo, incorreram, em tese, em algumas impropriedades sob prisma da teoria em sua versão original.

Mais especificamente no âmbito do Domínio da Vontade, para Roxin, uma de suas possíveis manifestações se daria em virtude de Estruturas Organizadas de Poder que teriam como pressuposto essencial que "*la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico*", ou seja, que a organização hierarquicamente organizada fosse dissociada do direito.

Nesse sentido, além de trazer a ideia de fungibilidade de executores, o desenvolvimento de referida subespécie de Domínio do Fato objetivou abarcar delitos que envolvessem, tão somente, Estados Totalitários, Ditaduras, Organizações Criminosas e Movimentos Clandestinos. Sendo assim, conforme destacam Grecco e Assis, por não serem estruturas dissociados do Direito e ainda estarem sujeitas a diversas formas de controle por órgãos estatais, “não se pode

---

<sup>103</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 149.

<sup>104</sup> Exemplificando: “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. [...] 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”. STF - AP 470, relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, julgado pelo Pleno em 17/12/2012, p. 56816-56822.

falar em um Domínio da Organização nos casos de crimes cometidos a partir de uma empresa”<sup>105</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, para Aflen, o resultado do arranjo obtido na Ação Penal 470 dimanou em verdadeiro “*mixtum compositum*’ entre a concepção de Welzel e a forma de domínio do fato em virtude de aparatos organizados de poder (*‘Organisationsherrscha’*), de Roxin”<sup>106</sup>.

Em sentido contrário, porém, é possível verificar, nos debates orais realizados no âmbito da Ação Penal 470, uma lúcida e consciente manifestação das teorias definidas por Roxin, pelo Ministro Celso de Mello. Demonstrando pleno conhecimento do histórico e da aplicabilidade das distintas versões do Domínio Fato, justificando corretamente a utilização da Domínio da Organização para fins de sua aplicação no caso, inclusive, no que concerne à criminalidade de empresa<sup>107</sup>, destacou o ministro<sup>108</sup>:

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, Senhor Presidente, 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,

<sup>105</sup> GRECO Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: Estudos Introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 2014, p 102.

<sup>106</sup> E continua o autor: “A afirmação de que um determinado indivíduo “detinha o domínio final dos fatos” supõe uma tomada de posição pela concepção welzeliana, a qual é absolutamente incompatível com a ideia de domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder (domínio por organização), sendo que a ideia de ‘cargo elevadíssimo’, igualmente citada na decisão, é utilizada claramente no sentido referido por Bloy, ‘de que uma conduta coordenada verticalmente em regra aponte em direção à autoria mediata, cujo argumento foi desenvolvido com a finalidade de fundamentar a teoria do domínio por organização, de Roxin”. AFLEN. Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileiras*.

<sup>107</sup> Na própria jurisprudência Alemã foi reconhecida aplicabilidade do Domínio da Vontade em virtude de Estruturas de Poder Organizadas às Organizações Empresariais. GRECO Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: Estudos Introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 2014, p. 101-102.

<sup>108</sup> STF - AP 470, relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, julgado pelo Pleno em 17/12/2012, p. 56586-56587.

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).

De toda forma, em que pese a discussão acerca da possibilidade, ou não, de ter a sua aplicação na esfera empresarial ou desta ter sido fundamentada de forma controversa por alguns ministros na Ação Penal 470, fato é que o Domínio da Organização, como subespécie do Domínio do Fato, a princípio, possui emprego no que toca à criminalidade organizada ligada à prática de homicídios relacionados ao Tráfico de Drogas, haja vista que, realmente, “propõe-se a tratar do problema da responsabilização penal de sujeitos que gozam de poder de mando”<sup>109</sup>.

Com efeito, não seria equivocado concluir que a Teoria em seu gênero possuiria aplicabilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro; no entanto, desde que devidamente fundamentada, adaptada e utilizada dentro dos limites estabelecidos para a subespécie em questão<sup>110</sup>. No mesmo sentido, aliás, foi a observação do Ministro Celso de Mello em outro trecho dos debates orais referentes à Ação Penal 470<sup>111</sup>:

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.

Noutro giro, um segundo ponto de debate resultante da utilização da teoria diz respeito ao fato de o Brasil adotar o sistema unitário e o conceito restritivo de autoria<sup>112</sup>, diferentemente, da Alemanha, país de origem da teoria, que encampa o sistema diferenciador.

<sup>109</sup> GRECO Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: Estudos Introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 2014, p. 141.

<sup>110</sup> Existe uma tendência de não se reconhecer no Domínio da Organização uma parte integrante do Domínio do Fato. No entanto, Roxin é claro ao demonstrar o Domínio da Organização como uma das formas de Domínio da Vontade que, por sua vez, trata-se de uma das manifestações do Domínio do Fato. Nesse sentido cf. tópico anterior.

<sup>111</sup> STF - AP 470, relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, julgado pelo Pleno em 17/12/2012, p. 56816.

<sup>112</sup> Como veremos a seguir, há quem discorde.

Sobre o assunto, em termos gerais, defendendo a incompatibilidade do Domínio do Fato (gênero) com o sistema jurídico brasileiro, Aflen aponta dois argumentos: i. Roxin desenvolveu a sua teoria do domínio do fato sobre o pilar do sistema diferenciador, afastando a adoção de um sistema unitário (caso do Ordenamento Brasileiro); ii. A versão de domínio do fato (tanto finalista quanto funcionalista-normativista) está lastreada no absoluto rechaço a premissas causais-naturalistas, as quais, diferentemente, são o pilar de sustentação do sistema unitário (este adotado pelo Brasil)<sup>113</sup>.

Para Busato e Cavagnari, contudo, não obstante, de *lege ferenda*, coubesse, de fato, ao legislador observar a melhor técnica para elaborar a norma prevendo o critério do Domínio do Fato de acordo com o sistema diferenciador, os dispositivos legais contidos no Código Penal Brasileiro (arts. 29-31) - sem pensar no sistema utilizado pela lei - autorizam, de *lege lata*, o uso dos critérios pelos quais a Teoria do Domínio do Fato distingue autores de partícipes. De acordo com os autores, o Código Penal “não impede o uso dos critérios da teoria do domínio do fato para delimitar o conceito de autor e de partícipe, como igualmente não impede que nenhum outro tipo de critério seja utilizado para este fim. Na verdade, bem ao contrário, ele exige a diferenciação”<sup>114</sup>.

Da mesma forma, Nilo Batista defende que “nenhum obstáculo teórico existe contra a utilização desse critério para os crimes comissivos dolosos”. De tal maneira, para fins de Domínio do Fato, a diferenciação entre autoria e participação se daria nos tipos da parte especial, isto é, “na apreciação individualizada de cada caso”, cabendo ao juiz verificar quem possui o domínio do fato (nas suas diferentes formas de se exprimir) e quem o não possui, discernindo autores e partícipes<sup>115</sup>.

Por outro lado, em sintonia com o posicionamento de Aflen, Greco e Leite também reconhecem que a Teoria do Domínio do Fato é incompatível com o Ordenamento Jurídico Nacional<sup>116</sup>. Para chegar à referida conclusão, porém, partem da premissa de que o Código Penal não traz a necessária distinção entre autor e

<sup>113</sup> AFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileiras*.

<sup>114</sup> BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. A Teoria do Domínio do Fato e o Código Penal Brasileiro: The Theory of The Fact's Domain and The Brazilian Criminal Code. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, Vol. 2, Nº2, Jan.-Jun. 2017, 83-132. Disponível em: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i2.21>. Acesso em: 27 dez. 2021.

<sup>115</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro*. 2005, p. 73.

<sup>116</sup> GRECO Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: Estudos Introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 2014, p. 136.



partícipe<sup>117</sup>, afirmando que, de acordo com o Art. 29 do CP, todos que concorrem para o delito são considerados autores.

Com efeito – e nesse ponto analisando mais especificamente a subespécie Domínio da Organização –, concluem que, para um Sistema Penal que possui apenas a figura do autor, a teoria não se faz útil, tendo em vista que o efeito jurídico da adoção de referida derivação teórica é, exatamente, a de transformar instigadores (‘homens de trás’) em autores mediatos. Por essa razão, ou seja, em virtude da inexistência da figura dos participantes, a função de transformar cúmplices e instigadores em autores mediatos não se opera<sup>118</sup>.

Ao contrário do que é sustentado por referidos autores, no entanto, é possível verificar, conforme já observado<sup>119</sup>, que o art. 29 do Código Penal, ao equiparar todos que, de qualquer forma concorrem para o delito, mitiga seus efeitos ao estabelecer fórmulas pelas quais a punição de cada um está condicionada ao seu grau de culpabilidade. Por essa razão, “o Código Penal não diz que todos os concorrentes no crime sejam autores, mas sim que todos respondem pelo resultado, na medida de sua participação”, tornando possível, assim, determinar os casos de autoria e de participação<sup>120</sup>, esvaziando referida alegação.

Por outro Lado, em que pesem as controvérsias levantadas sobre a compatibilidade da Teoria do Domínio do Fato com o Ordenamento Jurídico Brasileiro, é importante observar, em primeiro lugar, que referida análise crítica parte do pressuposto de que a assunção de institutos jurídicos oriundos do Direito

---

<sup>117</sup> “A teoria do domínio do fato, como toda teoria jurídica, direta ou indiretamente, o deve ser, é uma resposta a um problema concreto. O problema que a teoria se propõe a resolver, como já se insinuou, é o de distinguir entre autor e partícipe. Em geral, assim, não se trata de determinar se o agente será ou não punido, e sim se o será como autor, ou como mero partícipe. Os Códigos penais alemães, tanto o vigente à época da monografia de Roxin, como o atual, exigem que se faça essa distinção. O CP brasileiro (art. 29, caput), todavia e como já se observou, não o exige, e mesmo insinua uma interpretação segundo a qual todo aquele que concorre para o crime – quem efetuou o disparo, quem convenceu esse primeiro a que cometesse o delito, quem emprestou a arma é simplesmente autor do homicídio. Haveria mesmo autores de maior ou menor importância (cf. art. 29, § 1.º, do CP), mas todos os concorrentes seriam autores. O atual CP alemão (StGB) já exclui de antemão essa possibilidade e exige que se diferencie entre autor e partícipe” (GRECO Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 2014, p. 22).

<sup>118</sup> GRECO Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: Estudos Introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 2014, p. 142.

<sup>119</sup> Conforme se discute no início deste capítulo.

<sup>120</sup> NORONHA. Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 2004, p. 214.

Comparado deve, necessariamente, ser realizada de forma estanque, traduzindo-se em verdadeiro “Transplante Legal”<sup>121</sup> para o sistema jurídico brasileiro.

No entanto, conforme observa Langer, a “metáfora de um transplante é muito rígida para explicar as transformações que as ideias e instituições jurídicas sofrem quando elas se deslocam para novos sistemas jurídicos”<sup>122</sup>.

Portanto, não obstante se tratar de uma prática comum usada por pesquisadores e operadores do Direito Comparado, com o fim de analisar a importação de práticas jurídicas estrangeiras, o “Transplante Legal” apresenta o problema de transmitir a ideia de que institutos podem ser recortados e colados de um sistema jurídico para o outro, o que tem se demonstrado um grande equívoco.

Por essa razão, para Langer, tem-se como melhor proposição a utilização da metáfora “Tradução Legal” para tratar das consequências dos intercâmbios operados entre os sistemas jurídicos. Exatamente por permitir a explicação da transformação que ideias e instituições jurídicas podem sofrer quando transferidas entre ordenamentos distintos, a “Tradução Legal” funciona “como um dispositivo heurístico alternativo para ser empregado na análise da transferência de ideias e institutos entre sistemas jurídicos”<sup>123</sup>.

É possível concluir, com base no exposto, que a adoção do Domínio do Fato, até o presente momento, tem-se traduzido como verdadeiro “transplante legal” operado no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Em primeiro lugar, pelo próprio Supremo no âmbito da Ação Penal 470, ao promover a assunção de diversos fundamentos da Teoria do Domínio do Fato, em suas diferentes versões, para justificar, ao final, uma das subespécies de Domínio do Fato de Roxin (o Domínio da Organização). Em segundo lugar, pela própria doutrina, por se valer, exatamente, da mesma operação de transplante para poder criticar o posicionamento do Pretório Excelso, ao realizar uma análise comparativa da teoria, tendo como lastro sua concepção originária em um país estrangeiro.

É imprescindível notar, contudo, que exatamente por se tratar de um “Transplante Legal” e ser oriundo de um Ordenamento histórico, cultural, social,

---

<sup>121</sup> LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito. Vol. 2. Número 3. Belo horizonte: Centro de Investigações Interdisciplinares sobre o Delito, Jul.-Dez. / 2017.

<sup>122</sup> LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. 2017.

<sup>123</sup> LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. 2017.

político, e legalmente diferente do Brasil, o Domínio do Fato, idealizado por Roxin, ou por qualquer outro jurista que se tenha mencionado na presente pesquisa, não se adequará de forma irretocável ao Sistema Jurídico Nacional.

Decerto, não se objetiva com referida afirmação que se entenda ser possível construir e incorporar teorias *ad hoc*, sob o argumento de que se tratam de adaptações jurídicas de institutos importados. Pelo contrário, o que se busca é estabelecer que o Direito Comparado como fonte do direito também deve contar com parâmetros para a sua utilização, seja como fundamento para decisões, seja como fundamento para críticas a estas decisões. Afinal, qual é o critério para se valer de Teorias Estrangeiras?

A resposta já foi observada por Langer. Na “Tradução Legal”, permite-se a incorporação de Teorias com a devida adaptação ao Sistema Normativo Nacional<sup>124</sup>. Esse, aliás, também é o posicionamento de Busato e Cavagnari<sup>125</sup>:

Há uma razão para se utilizar os critérios da teoria do domínio para justificar a fundamentação da autoria e participação. Ao trabalhar com o que temos, não podemos esperar que o legislador altere o código para um sistema harmônico diferenciador, para só então utilizar tais filtros interpretativos. E, se, os critérios lançados pela teoria do domínio do fato são úteis para estabelecer tais diferenciações, propondo resultados mais justos, simplesmente, não há razão que vede sua utilização.

---

<sup>124</sup> Nesse sentido, Neves também observa que: “Na América Latina, há também uma velha tradição de referências a dispositivos, jurisprudências e doutrinas constitucionais estrangeiras. Embora a influência dos Estados Unidos, especialmente em virtude da forte influência do modelo constitucional desse país na origem do constitucionalismo latino-americano, tenha sido por muito tempo dominante, o direito constitucional dos países europeus e a respectiva jurisprudência passaram a ser invocados crescentemente, cabendo destacar a influência recente do constitucionalismo alemão. [...] Na experiência brasileira mais recente, o transconstitucionalismo com outras ordens jurídicas estatais tem-se desenvolvido sensivelmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Em decisões de grande relevância em matéria de direitos fundamentais, a invocação da jurisprudência constitucional estrangeira não se apresenta apenas nos votos singulares dos ministros, mas se expressa nas Ementas dos Acórdãos, como parte da *ratio decidendi*. [...] É bom, porém, que se tenha cuidado para que a invocação frequente da jurisprudência americana, alemã e de outras ordens jurídicas não constitua mais um episódio histórico de 'colonialismo' no campo da cultura jurídica” (MONTORO, 1973; NEVES, 1992, p. 206). Passaríamos, então, da 'importação' acrítica de modelos legislativos e doutrinários para uma incorporação inadequada de precedentes jurisprudenciais. O que mudaria seria apenas o acesso mais fácil à jurisprudência estrangeira. Fundamental é, portanto, que sejam 'feitas as devidas adaptações', para que não caiamos no velho rótulo das 'ideias fora de lugar' (SCHWARZ, 2008, p. 9-31), ou seja, da jurisprudência e da doutrina constitucional deslocadas do seu contexto jurídico e social”. NEVES, Marcelo. *Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina*. Revista de Informação Legislativa. Ano 51. Número 201 jan./mar. 2014. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35965.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2022.

<sup>125</sup> BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. *A Teoria do Domínio do Fato e o Código Penal Brasileiro: The Theory of The Fact's Domain and The Brazilian Criminal Code*. 2017, p. 83-132.

Deve-se acrescentar, contudo, que a incorporação de determinados institutos ao nosso Ordenamento não pode ter o condão de subverter as matrizes jurídicas em que foram lastreados os fundamentos básicos que norteiam o Direito Penal Democrático. No caso do Domínio do Fato, portanto, não se vislumbra qualquer óbice em assumir a teoria, a fim de trazer mais um marco delimitativo entre a autoria e participação, no entanto, desde que este se opere de maneira a resguardar as garantias fundamentais do acusado e do investigado<sup>126</sup>. No mesmo sentido, também foi a manifestação do ministro Celso de Mello nos debates orais da Ação Penal 470<sup>127</sup>:

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.

Notadamente, no que se relaciona à proposta da presente pesquisa, o “Domínio da Vontade em virtude de Estruturas Organizadas de Poder” - idealizada por Roxin e citada por diversas vezes em trechos da Ação Penal 470 -, de fato, teria o condão de permitir ao operador do direito imputar a prática de homicídios à figura do “homem de trás” das Organizações Criminosas ligadas ao Tráfico de Drogas.

No entanto, cabe refletir se o próprio Sistema Penal Brasileiro, por si só, já não possuiria em seu âmago institutos jurídicos para proceder com referida responsabilização. Isto é, se a relação de interdependência entre a causalidade e o modelo de concurso de pessoas, concebida pelo Código Penal, já não legitimaria essa pretensão.

Isso porque o que se pretende com a Teoria do Domínio do Fato é, exatamente, demonstrar referida causalidade, porém, evidenciada pela concorrência

---

<sup>126</sup> Nesse ponto é importante destacar que o próprio Roxin, em entrevista à Folha de São Paulo acerca da adoção da Teoria do Domínio do Fato no âmbito da Ação Penal 470, em nenhum momento afirma que esta seria juridicamente incompatível com o Ordenamento Jurídico Brasileiro. Pelo contrário, destaca como crítica, tão somente, que a posição hierárquica do réu, por si só, não serve como fundamento para condenação pela participação presumida em uma atividade criminosa. Isto é, para se ter a comprovação do envolvimento afirmou que “a pessoa que ocupa a posição no topo de uma organização tem também que ter comandado esse fato, emitido uma ordem”. (Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-nov-11/clus-roxin-teoria-dominio-fato-usada-forma-errada-stf>. Acesso em: 19 jan. 2022).

<sup>127</sup> STF - AP 470, relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, julgado pelo Pleno em 17/12/2012, p. 56819.

das pessoas apontadas como líderes, para os resultados produzidos por seus subordinados em proveito da Organização Criminosa.

Referido fato, contudo, não implica a existência de um nexo de causalidade presumido em que a figura dos líderes será para sempre responsável por toda e qualquer ação de seus subordinados. Pelo contrário, no tocante à matéria de responsabilidade penal, os princípios democráticos que estruturam o Ordenamento Jurídico afastam qualquer interpretação que proponha a transgressão do dogma de que não haverá culpa penal por presunção.

Significa dizer que o modelo constitucional pátrio não registra qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, atribuir responsabilidade penal ao réu<sup>128</sup>.

Esse, aliás, tem sido o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de se evitar a denominada Responsabilidade Penal Objetiva, a qual o agente responde pelo resultado, ainda que agindo com ausência de dolo ou culpa:

Não é inepta a denúncia que, em respeito ao art. 41 do Código de Processo Penal, descreve o fato imputado ao réu com todas as circunstâncias que possibilitem a individualização da conduta e o exercício da ampla defesa. Precedentes. 2. Deve-se reconhecer a nulidade absoluta de sentença que, em descompasso com os limites traçados pela exordial acusatória, condena o réu por fatos não narrados na denúncia. A sentença incongruente padece de vício irremediável, na medida em que compromete as garantias de direito de defesa, devido processo legal e ainda usurpa o monopólio da ação penal, concedido constitucionalmente ao Ministério Público. Precedentes. 3. Não são enquadráveis como notórios, ao ponto de prescindir de maior substrato probatório, fatos que demandam tarefa intelectual do autor para serem compreendidos e aceitos, como é o caso de irregularidades relacionadas a complexo procedimento licitatório. 5. Deve ser refutada imputação centrada, unicamente, na posição de um dado agente na escala hierárquica governamental, por inegável afinidade com o Direito Penal Objetivo. 6. Não se admite a invocação da teoria do domínio do fato com vistas a solucionar problemas de debilidade probatória ou a fim de arrefecer os rigores para a caracterização do dolo delitivo, pois tais propósitos estão dissociados da finalidade precípua do instituto. 7. Não tendo o órgão acusatório se desincumbido do ônus probatório, de forma necessária e suficiente, e não tendo logrado demonstrar, de modo conclusivo, a autoria delitiva, a absolvição é medida que se impõe. 8. Apelação provida, a fim de, preliminarmente, declarar a nulidade parcial da sentença condenatória, por afronta ao princípio da correlação, e no mérito, absolver o réu, por ausência de provas de ter concorrido para o delito (art. 386, V, do CPP)<sup>129</sup>.

<sup>128</sup> Cf. STF - HC 84.580/SP, Relator Ministro Celso de Mello, julgado pela Segunda Turma em 25/08/2009 e publicado em 18/09/2009.

<sup>129</sup> STF - AP 975 / AL Relator Ministro Edson Fachin, julgado pela Segunda Turma em 03/10/2017 e publicado em - 02/03/2018.

A mesma lógica também é seguida pelo Superior Tribunal de Justiça. *In verbis*:

A teoria do domínio do fato funciona como uma *ratio*, a qual é insuficiente, por si mesma para aferir a existência do nexó de causalidade entre o crime e o agente. É equivocado afirmar que um indivíduo é autor porque detém o domínio do fato se, no plano intermediário ligado à realidade, não há nenhuma circunstância que estabeleça o nexó entre sua conduta e o resultado lesivo<sup>130</sup>.

Conforme destacado na decisão do STJ, realizando uma interpretação a *contrario sensu*, evidencia-se o quão importante e indispensável é demonstrar o vínculo existente entre a ação praticada pelos executores da conduta com a figura do líder. Dito de outra forma, demonstra-se imperioso revelar como a ação dos subordinados, na extremidade da organização, projeta-se nas lideranças, alçando-as.

Nesse sentido, a pretensão de se criar referido elo entre o líder de uma organização criminosa e um homicídio praticado na ponta da respectiva organização, com base na Teoria do Domínio do Fato, exige não apenas a comprovação da posição da figura do líder dentro da estrutura, mas também a circunstância fática que o vincule à prática delitiva empreendida por seu subordinado.

No âmbito da presente pesquisa, envolvendo crimes de homicídio relacionados ao tráfico de drogas, referida circunstância, que se evidencia como verdadeira ligação entre o líder e o homicídio praticado, propõe-se ser entendida como Nexó de Aproveitamento.

Ocorre que, a aferição de referido instituto que balizará o estabelecimento do vínculo das lideranças com os homicídios praticados no contexto do tráfico, por si só, já seria suficiente a permitir lhes imputar responsabilidade. Conforme se verá adiante, tendo por base a moderna concepção de causação do resultado, aliada ao já analisado modelo de concurso de pessoas, adotado no sistema nacional, a princípio, já seria possível imputar aos líderes de organizações desse gênero a responsabilidade pelos homicídios executados por seus subordinados em prol desta.

---

<sup>130</sup> STJ - Resp. 1.854.893/SP (2018/0316778-9), Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, julgado pela Sexta Turma em 08/09/2020 e publicado em 14/09/2020.

### 3 O VÍNCULO ENTRE AS LIDERANÇAS E A PRÁTICA DE HOMICÍDIOS: O NEXO DE APROVEITAMENTO COMO COROLÁRIO DA CAUSALIDADE

Naturalmente, para a atribuição de responsabilidade pela prática de ilícitos penais, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, exige-se a presença dos elementos essenciais caracterizadores do fato típico: conduta, resultado e nexos causal (ou relação de causalidade).

Especificamente sobre a conduta, o primeiro elemento integrante do fato típico, ela é entendida como sinônimo de ação (movimento corpóreo voluntário) ou omissão (abstenção de movimento corpóreo voluntário)<sup>131</sup> considerada penalmente relevante.

Já o resultado tem como definição o dano ou perigo de dano que implica uma ameaça ou lesão a um bem jurídico tutelado pelo Direito penal. Nesse sentido, conforme a implicação ao Bem Jurídico, o dano pode ser considerado real ou potencial<sup>132</sup>.

Ocorre que, para a atribuição da ocorrência de um resultado a determinada conduta, é necessário que entre estes seja estabelecido um vínculo de relação de causa e efeito. O nexos causal, portanto, trata-se desse indispensável elo necessário à imputação de um resultado (real ou potencial) a uma conduta, ou seja, a relação de causa efeito que deve existir entre ação (ou omissão) e resultado<sup>133</sup>. Por sua natureza, constitui verdadeira garantia individual, tendo sua importância humana e social extraída do princípio da personalidade da pena, haja vista ter o condão de limitar a imputabilidade penal a quem efetivamente tenha produzido um dano ou perigo de dano previsto no tipo legal de ilícito<sup>134</sup>.

Em função da sua importância, diversas teorias se destacaram no âmbito do Direito Penal para tratar da relação de causalidade. No entanto, dentre as opções, sobrelevou-se a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais<sup>135</sup>, adotada

---

<sup>131</sup> HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal*. Vol. 1. Tomo 2. 7. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 6.

<sup>132</sup> HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal*. 2016, p. 425.

<sup>133</sup> HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal*. 2016, p. 13.

<sup>134</sup> HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal*. 2016, p. 429.

<sup>135</sup> “Teoria da equivalência dos antecedentes causais ou da *conditio sine qua non* (Von Buri): não há diferença entre causa no plano natural e causa no plano jurídico. Causa é toda condição do resultado e todas as condições se equivalem. Não há distinguir entre causa e condição (ensejo ao funcionamento da causa), entre causa e ocasião (o que provoca, acidentalmente, a produzir o seu

atualmente pelo Código Penal. Dessa forma, para o legislador, ao adotar referida teoria no Art. 13 do Código Penal, entendeu-se como causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. A vinculação do sujeito ao crime, portanto, pressupõe a comprovação de que o resultado de sua prática tem como causa ou condição, a conduta da pessoa a que se quer imputar responsabilidade.

Outrossim, ainda no que diz respeito aos posicionamentos adotados no Código Penal, é imperioso observar que o legislador afirmou expressamente a relação de interdependência estabelecida entre o modelo de concurso de pessoas e a causalidade. Sendo assim, a concepção de autoria e de participação estaria umbilicalmente atrelada ao conteúdo e à abrangência de causa, evidenciando-se como verdadeira consequência da adotada em matéria de causalidade.

### 3.1 BREVE HISTÓRICO DA CAUSALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Visando trazer maior esclarecimento quanto à figura do nexo de aproveitamento, verifica-se indispensável debater o que se entende como causalidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro e os reflexos advindos do modelo adotado pelo legislador pátrio.

Primeiramente, deve-se destacar a evolução do entendimento de Causa e Relação de Causalidade, considerando sua transformação ao longo do século passado até a sua compreensão atual, nos moldes firmados na doutrina e nos precedentes dos Tribunais Superiores.

No Ordenamento Jurídico Brasileiro, a primeira análise mais detida do tema se deu com a edição do Código Penal de 1940. À época, o ministro Francisco Campos, responsável pela exposição de motivos do Código, pontuou que o projeto, a exemplo do modelo italiano, assumiu a responsabilidade de resolver problemas graves de jurisprudência no tocante ao que chamou de “problema da causalidade”.

---

feito), entre causa e concausa (condição preexistente, concomitante ou superveniente que coopera com a ação ou omissão): tudo quanto contribui para a produção do resultado é causa incidível dele. Existe relação causal entre a ação ou omissão e o evento sempre que este não teria ocorrido sem aquela, isto é, quando não se possa, mentalmente, supor excluída na série causal a ação ou omissão, sem admitir - se que, in concreto, o resultado teria deixado de ocorrer” (HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal*. 2016, p. 43).



Nesse sentido, confirmou que o Código teria adotado a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais:

Seguindo o exemplo do Código italiano, o projeto entendeu de formular, no art. 11, um dispositivo geral sobre a imputação física do crime. Apresenta-se aqui, o problema da causalidade, em torno do qual se multiplicam as teorias. Ao invés de deixar o problema às elucubrações da doutrina, o projeto pronunciou-se expressis verbis, aceitando a advertência de Rocco, ao tempo da construção legislativa do atual Código italiano: “...adosare la responsabilità dela resolução di problemi gravissimi ala giurisprudenza è, da parte del legislatore, uma vegliaccheria intellettuale” (Lav. Prep., IV, 2º, 117). O projeto adotou a teoria chamada da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non*. Não distingue entre causa e condição: tudo quanto contribui, in concreto, para o resultado é causa. Ao agente não deixa de ser imputável o resultado, ainda quando, para a produção deste, se tenha aliado à sua ação ou omissão uma concausa, isto é, uma outra causa preexistente, concomitante ou superveniente. Somente no caso em que se verifique uma interrupção de causalidade, ou seja, quando se sobrevém uma causa que, sem cooperar propriamente com a ação ou omissão, ou representando uma cadeia causal autônoma, produz, por si só, o evento, é que este não poderá ser atribuído ao agente, a quem, em tal caso, apenas será imputado o evento que se tenha verificado por efeito exclusivo da ação ou omissão.

Embora assumida a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais como o ponto de partida para a relação de causalidade no Direito Penal – não distinguindo causa e condição como formas diferentes de se contribuir para o resultado –, a previsão legal, no entanto, acedeu uma concepção reduzida e mecânica de causa, vinculada, por conseguinte, ao comportamento humano, cujas formas básicas de manifestação se dariam por uma ação ou uma omissão.

Ao longo dos anos, contudo, o fato do Código ter sido elaborado décadas atrás, ainda sob a égide do Estado Novo, foi reforçada a demanda do corpo jurídico e social pela edição de um novo Código Penal. A tentativa, no entanto, restou frustrada com o Código de 1969<sup>136</sup> que, após ser revogado, implicou a reprivatização do Código de 1940.

Com o retorno à vigência do Código Penal de 1940 e a inexistência de outro projeto de Código, a atualização do diploma se tornou uma consequência lógica e restou concretizada com a reforma operada pela Lei 7.209/84, que modificou substancialmente o Decreto Lei 2.848/40.

Especificamente no tocante à causalidade, não obstante a influência dos debates no âmbito internacional, o legislador da última grande reforma do Código

---

<sup>136</sup> O Código Penal de 1969 foi modificado substancialmente pela Lei 6.016 de 31.12.1973 e, ao final, revogado pela Lei 6.578, de 11.10.1978.

Penal, acabou reproduzindo o posicionamento adotado pelo Ministro Francisco Campos quando de sua versão original em 1940, em que também entendeu que a ideia de causa no âmbito da relação de causalidade no Direito Penal padeceria de uma inconsistência conceitual, haja vista as diversas teorias que abordavam o assunto.

Por essa razão, diante de referida incongruência, optou o Constituinte Derivado por tangenciar o tema e copiar o conteúdo do antigo Artigo 11 do Código Penal<sup>137</sup> (versão original do Código) no atual e vigente Artigo 13 do diploma, sem reconhecer expressamente, porém, a adoção da Teoria da Equivalências dos Antecedentes Causais como base para tanto:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Essa conclusão extrai-se da visão defendida na Exposição de Motivos<sup>138</sup> da reforma do Código Penal (Lei 7.209/84), ao reiterar o conteúdo original do Código. *In Verbis*:

Pareceu-nos inconveniente manter a definição de causa no dispositivo pertinente à relação de causalidade, quando ainda discrepantes as teorias e conseqüentemente imprecisa a doutrina sobre a exatidão do conceito. Pôs-se, portanto, em relevo, a ação e a omissão como as duas formas básicas do comportamento humano. Se o crime consiste em uma ação humana, positiva ou negativa (*nulum crimen sine actione*), o destinatário da norma penal é todo aquele que realiza a ação proibida ou omite a ação determinada, desde que, em face das circunstâncias, lhe incumba o dever de praticar o ato ou abster-se de fazê-lo.

Note-se, portanto, que, desde a primeira versão do Código Penal, o debate acerca da conceituação de causa se demonstra um tanto quanto controverso, uma vez que, a depender da acepção de causa adotada, consequências poderiam acabar por se tornar uma irreversível realidade, tanto para vítimas quanto para acusados.

Sob o prisma dos investigados, eventual alargamento da definição de causa poderia implicar uma responsabilidade criminal sem limitação estabelecida, resultando, reflexamente, na extensão do conceito de concurso de pessoas, bem

---

<sup>137</sup> Art. 11. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

<sup>138</sup> ABI-ACKEL, Ibrahim. *Exposição De Motivos Nº 211, de 9 De Maio De 1983*.

como a promoção do repudiado regresso ao infinito. Já na ótica das vítimas, a redução da concepção de causa poderia se traduzir em um sentimento de impunidade, uma vez que a justiça não alcançaria figuras mais distantes dentro de estruturas organizadas concebidas para a prática de crimes complexos.

De toda forma, o que restou evidenciado é que no âmbito do legislativo, sempre se buscou tratar o conceito de causa de forma separada do modelo de análise da Relação de Causalidade adotado para fins de imputação de responsabilidade criminal, o que, na prática, como se verifica a seguir, não parece ter a sido a melhor opção, exigindo-se um maior esforço da doutrina e da jurisprudência na determinação do contorno hermenêutico necessário para garantir a segurança jurídica dos operadores do direito.

### 3.2 TEORIAS E PROPOSTAS DE ACEPTÃO DE CAUSA

Acerca da problemática em questão, diversas teorias foram elaboradas, no direito comparado, a fim de explicar o fenômeno da causa no mundo jurídico. Com base na premissa de cada uma destas teorias, foram também idealizadas diferentes fórmulas jurídicas que pudessem determinar a causação do resultado. O exemplo mais conhecido e difundido no Sistema Jurídico Brasileiro funda-se, conforme observado, na fórmula da *conditio sine qua non* e tem por base a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, considerando a previsão do Art. 13 §2º do CP. Para Julius Glaser<sup>139</sup>, original idealizador de referida teoria nos idos do século XIX<sup>140</sup>:

se da série dos antecedentes se eliminar com o pensamento o autor e se concluir que a cadeia das causas intermédias se mantém a mesma, então é porque o resultado não aconteceu por causa do autor (fórmula negativa). Ao invés, se eliminando mentalmente o autor se chegar à conclusão que o resultado não se teria verificado ou se teria verificado de forma totalmente diversa: então é legítimo pensar que subsiste um nexo de condicionamento entre a sua ação e o evento como seu efeito (fórmula positiva)<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> GLASER *apud* MENDES, Paulo Souza. *Causalidade complexa e prova penal*. 2019, p. 181.

<sup>140</sup> Embora tenha ganhado notoriedade com Von buri, foi Julius Glaser seu primeiro expoente.

<sup>141</sup> Note-se, porém, que muito embora a fórmula tenha surgido na dogmática jurídica associada à Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, não depende desta, podendo ser usada por qualquer outra teoria relacionada à causa, desde que possua uma estrutura lógica (MENDES, Paulo Souza. *Causalidade complexa e prova penal*. 2019, p. 128).

Assim como antecipado, uma das problemáticas envolvendo referida teoria seria a possibilidade de, na busca pela responsabilidade criminal, se regressar ao infinito imputando culpa a todos que tiverem colaborado de alguma forma com o desdobramento do resultado alcançado.

Embora tenha contribuído significativamente para os estudos da causalidade, a evolução do tema, somada às críticas relacionadas ao regresso ao infinito e à redução do conceito de causa a uma ação mecânica conduziram ao aprofundamento sobre a problemática da causação jurídica sob distintas perspectivas e, como resultado, o surgimento de novas propostas<sup>142</sup>.

Nessa toada, merece destaque a concepção de causa defendida por John Stuart Mill, filósofo e estudioso da causalidade que passa a abordar o tema de forma diferenciada dos demais filósofos. Para o autor, a definição de causa deveria incorporar a noção de “condição suficiente”, entendendo esta como o somatório das condições positivas (eventos) e negativas (ausência de condições impeditivas) “consideradas em conjunto como suficiente para a produção do evento”<sup>143</sup>.

Partindo dessa premissa, seria inclusive incorreto e impróprio determinar como causa apenas uma das condições que proporcionaram determinado evento, sem considerar as demais. Por outro lado, porém, deixar-se-ia aberta a possibilidade de que a ideia ordinária de causalidade pode ter características que variam de contexto para contexto, a depender dos diferentes tipos de investigação causal, implicando, por consequência, um conjunto de conceitos relacionados de causalidade<sup>144</sup>.

Outrossim, segundo Mill, nada poderia mostrar melhor a ausência de qualquer fundamento científico para a distinção entre a causa de um fenômeno e suas condições, do que a maneira com que se seleciona dentre as condições aquilo que se escolhe para denominar a causa. Por mais numerosas que sejam as condições, dificilmente haverá qualquer uma delas que não possa, de acordo com o propósito do discurso imediato, obter essa preeminência nominal<sup>145</sup>. Apenas com a condição

---

<sup>142</sup> HUME e outros filósofos entendiam que um dos fatores determinantes para ser considerada como causa para a ocorrência de um efeito é que esta fosse também necessária. A pesquisa, no entanto, irá se ater apenas às propostas que serão abordadas em seguida e que nesse ponto se distinguem destes.

<sup>143</sup> MENDES, Paulo Souza. *Causalidade complexa e prova penal*. 2019, p. 126-127.

<sup>144</sup> HART, A. L. A.; HONORÉ, A. M. *Causation in the law*. London: Oxford University Press, 1959. p. 17.

<sup>145</sup> “Nothing can better show the absence of any scientific ground for the distinction between the cause of a phenomenon and its conditions, than the capricious manner in which we select from among the

suficiente, portanto, permitir-se-ia a “identificação de sistemas causais fechados e a formulação de leis compatíveis com a ideia de conjunção constante de eventos”<sup>146</sup>.

Dessa forma, de acordo com Mill, seria possível reconhecer a possibilidade de um conseqüente derivado de causa distintas, isto é, a causalidade nunca teria um só antecedente. É o que poderia ser denominado como Pluralidade de Causas, em que para produzir um efeito não se encontraria uma única condição suficiente, mas um conjunto de condições que juntas são suficientes. A configuração do nexos, portanto, ocorreria entre um conseqüente e a soma de vários antecedentes, sendo referida afluência indispensável para produzir o conseqüente<sup>147</sup>.

Por outro lado, embora haja quem defenda que a ideia de Mill também permitisse a condução de um regresso *ad infinitum*<sup>148</sup>, para o autor, nem toda e

---

conditions that which we choose to denominate the cause. However numerous the conditions may be, there is hardly any of them which may not, according to the purpose of our immediate discourse, obtain that nominal pre-eminence”. (MILL, John Stuart, *Collected Works of John Stuart Mill*. Vol. 7. p. 329).

<sup>146</sup> MENDES, Paulo Souza. *Causalidade complexa e prova penal*. 2019, p. 126-127.

<sup>147</sup> “The cause of a phenomenon is the assemblage of its conditions. It is seldom, if ever, between a consequent and a single antecedent, that this invariable sequence subsists. It is usually between a consequent and the sum of several antecedents; the concurrence of all of them being requisite to produce, that is, to be certain of being followed by, the consequent. In such cases, it is very common to single out one only of the antecedents under the denomination of Cause, calling the others merely Conditions. Thus, if a person eats of a particular dish, and dies in consequence, that is, would not have died if he had not eaten of it, people would be apt to say that eating of that dish was the cause of his death. There needs not, however, be any invariable connexion between eating of the dish and death; but there certainly is, among the circumstances which took place, some combination or other on which death is invariably consequent: as, for instance, the act of eating of the dish, combined with a particular bodily constitution, a particular state of present health, and perhaps even a certain state of the atmosphere; the whole of which circumstances perhaps constituted in this particular case the conditions of the phenomenon, or, in other words, the set of antecedents which determined it, and but for which it would not have happened. The real Cause, is the whole of these antecedents; and we have, philosophically speaking, no right to give the name of cause to one of them, exclusively of the others. What in the case we have supposed, disguises the incorrectness of the expression, is this: that the various conditions, except the single one of eating the food, were not events (that is, instantaneous changes, or successions of instantaneous changes) but states, possessing more or less of permanency; and might therefore have preceded the effect by an indefinite length of duration, for want of the event which was requisite to complete the required concurrence of conditions: while as soon as that event, eating the food, occurs, no other cause is waited for, but the effect begins immediately to take place: and hence the appearance is presented of a more immediate and close connexion between the effect and that one antecedent, than between the effect and the remaining conditions. But though we may think proper to give the name of cause to that one condition, the fulfilment of which completes the tale, and brings about the effect without further delay; this condition has really no closer relation to the effect than any of the other conditions has. All the conditions were equally indispensable to the production of the consequent; and the statement of the cause is incomplete, unless in some shape or other we introduce ‘them all’”. (MILL, John Stuart, *Collected Works of John Stuart Mill*. p. 327-328).

<sup>148</sup> Segundo Biding: “A promoção de cada condição ao estatuto de causa não só agrava esse erro como introduz até uma profunda contradição no âmago da própria teoria porque torna o inteiro processo causal numa coisa monstruosa: a causa enfileira na causa e nenhuma conquista para si o resultado”. BINDING *apud* MENDES, Paulo Souza. *Causalidade complexa e prova penal*. 2019, p. 170.

qualquer condição figuraria no rol das condições que merecem a designação de causa<sup>149</sup>. Segundo Mill, não seria possível “integrar a descrição material de todas as circunstâncias do fenômeno, no complexo de condições que lhe deram origem”.

Ora, mas qual seria a justificativa para se ignorar determinadas condições?

A melhor resposta quanto a referido questionamento passa, especificamente, pelo estabelecimento de critérios erigidos de acordo com a conjuntura de inquirição causal, sendo esses critérios elencados, porém, de forma não arbitrária. Isto é, o que se propõe é a identificação da causa de acordo com o seu fator de relevância à produção de determinado resultado. Referido processo de identificação, contudo, deve se dar sem a intercorrência de arbitrariedades, dependendo, assim, tão somente do seu contexto de inquirição causal. Conforme observado por Mendes, no decorrer de “uma investigação ou julgamento criminal, o apuramento de uma relação de causalidade serve única e exclusivamente para fazer um agente moral responder pela produção de um resultado lesivo”, tratando-se, pois, de um “contexto atributivo de responsabilidade”<sup>150</sup>.

Vale citar, a título de exemplo, duas diferentes avaliações ligadas a um mesmo fato, contudo, sob perspectivas de inquirição distintas. A análise da morte de uma pessoa pelo médico do Hospital de Emergência observará que a causa está relacionada à ação perfuro-contundente de um projétil de arma de fogo que, ao atingir o crânio da vítima, provocou um traumatismo cranioencefálico e, por consequência, uma hemorragia intracraniana, causando sua morte. Já para o Delegado de Polícia responsável pela investigação concluída, a causa deste mesmo evento estará vinculada ao fato de que dois indivíduos do tráfico de drogas da facção rival, mediante emboscada, executaram a vítima, a fim de garantir o projeto de expansão territorial da Organização Criminosa de que fazem parte.

Para Hart e Honore, o estudo desenvolvido por Mill, de fato, apresenta um importante modelo central de conceito causa, demonstrando-se, inclusive, de grande valia no que se refere a declarações causais comuns. No entanto, quando envolvendo situações complexas e condições causais específicas, também tende a não refletir a realidade, haja vista não considerar as chamadas “transações

---

<sup>149</sup> Nesse sentido, destaca o autor: “In most cases of causation a distinction is commonly drawn between something which acts, and some other thing which is acted upon; between an *agent* and a *patient*. Both of these, it would be universally allowed, are conditions of the phenomenon; but it would be thought absurd to call the latter the cause, that title being reserved for the former” (MILL, John Stuart, *Collected Works of John Stuart Mill*. p. 334).

<sup>150</sup> MENDES, Paulo Souza. *Causalidade complexa e prova penal*. 2019, p. 128.

interpessoais”, estas entendidas como as relações entre pessoas em que as palavras ou ações da primeira constituem a razão ou parte da razão pela qual uma segunda agiu<sup>151</sup>. Na obra dedicada ao assunto, destacam os autores<sup>152</sup>:

For the analysis of this use of causal language an altogether different model from that presented by MILL is required. The Lawyer has frequently occasion to assert that one man caused another to do something; and it is often said with the less formality, that one man ‘made’ another do something. These specific causal expressions are appropriate where one man exercises coercion, for example, by threats or authority over another, but the language of consequence is used in a wider range of cases, as when we say that one man did something in a consequence of another’s advice or promise of reward or false statement. The central common notion in these various relationships between persons (which we term ‘interpersonal transactions’) is that the first person’s words or actions constitute the reason or part of the reason why the second acted as he did. [...] Its most important feature is that a person acted for a given reason does not require for its defence generalizations asserting connexions between types of events. When we assert that one person acted as he did because of another’s threats our point is that this was his conscious reason, and an honest account from him of his deliberations would settle the question of its truth or falsity. It is no part of the meaning of such a statement that if the same circumstances recurred he would do the same again.

Dessa forma, de acordo com Hart e Honoré, devem ser reconhecidos, essencialmente, dois novos modelos de declaração causal. Em primeiro lugar, um modelo mecânico de causa, em que um evento físico é causado por outro evento ligado a uma ação humana. Em segundo lugar, um modelo sensível ao contexto de inquirição, ligado a uma intervenção humana, em que as transações interpessoais permitem inferir a razão de uma pessoa ter agido:

---

<sup>151</sup> Mill encontra dificuldade em entender transações interpessoais e o elemento volitivo, por si só, como uma condição suficiente para um resultado. O autor à época ainda se encontrava muito ligado ao conceito de causa como uma ação mecânica. *In verbis*: “To my apprehension, a volition is not an efficient, but simply a physical cause. Our will calves our bodily actions in the same sense, and in no other, in which cold causes ice, or a spark causes an explosion of gunpowder. The volition, a state of our mind, is the antecedent; the motion of our limbs in conformity to the volition, is the consequent. This sequence I conceive to be not a subject of direct consciousness, in the sense intended by the theory. The antecedent, indeed, and the consequent, are subjects of consciousness. But the connexion between them is a subject of experience. I cannot admit that our consciousness of the volition contains in itself any *priori* knowledge that the muscular motion will follow. If our nerves of motion were paralysed, or our muscles stiff and inflexible, and had been so all our lives, I do not see the slightest ground for supposing that we should ever (unless by information from other people) have known anything of volition as a physical power, or been conscious of any tendency in feelings of our mind to produce motions of our body, or of other bodies [...] And from this judgment I am unable to except the theory, that Volition is an Efficient Cause. I am unwilling to leave the subject without adverting to the additional fallacy contained in the corollary from this theory; in the inference that because Volition is an efficient cause, therefore it is the only cause, and the direct agent in producing even what is apparently produced by something else. Volitions are not known to produce anything directly except nervous action, for the will influences even the muscles only through the nerves” (MILL, John Stuart, *Collected Works of John Stuart Mill*. p. 355 e 362).

<sup>152</sup> HART, A. L. A.; HONORÉ, A. M. *Causation in the law*. 1959, p. 21.

Hence if we are to understand the causal language of common discourse, we must free ourselves from Mill's model and recognize (among others) two main types of causal statement. Statements that a physical event was caused by another such event by a human action often approximate to Mill's account: but statements of interpersonal transactions involve the notion of a person's reason for acting and have no such dependence on general connexions between events as the first type of statement<sup>153</sup>.

Sob esse prisma, portanto, por trás da norma veiculada no tipo penal do Homicídio – considerando a estrutura hipotético condicional nela apresentada –, evidencia-se uma prescrição proibitiva de matar, cuja causa, a depender do modelo de declaração causal adotado, pode ser atribuída tanto a quem executou a conduta, quanto a quem autorizou ou determinou que esta fosse realizada<sup>154</sup>.

Essa também foi a conclusão a que chegou Vilanova, ao observar que, embora na causalidade jurídica também ocorram seqüências regulares cuja expressão lógica é a simples implicação formal (correspondente a declaração causal mecânica), “é o sistema jurídico positivo que estatui, preceitua, preestabelece dentre as possíveis hipóteses e as possíveis conseqüências as relações que devem ser”<sup>155</sup> (equivalente ao modelo de declaração causal sensível ao contexto de inquirição).

Nessa última hipótese, o vínculo entre as conseqüências (responsabilidade penal) e pressupostos (hipóteses fáticas) é a relação de implicação entre antecedente e conseqüente, ou seja, a “juridicidade da relação decorre do contexto material, da concreção fática em que as estruturas relacionais se encontram”<sup>156</sup>.

O entendimento de referida acepção para a realidade do crime de homicídio, como resultado, permite inferir que o tipo do Art. 121 do CP – divergindo da concretude da relação jurídica – traz em seu conteúdo um fato jurídico sem individualização e dotado de objetividade e generalidade. E exatamente em razão dessa ausência de individualização é que se permite, dentro desse mesmo modal proibitivo, estabelecer “variáveis (indeterminadas) de fatos, variáveis de indivíduos (os sujeitos-de-direito) e variáveis de conduta (pretensões e prestações, em sentido amplo)”<sup>157</sup>.

Essa também foi a conclusão de Vilanova, ao entender que os tipos penais provêm não apenas das fontes formais, mas especialmente da experiência social.

<sup>153</sup> HART, A. L. A.; HONORÉ, A. M. *Causation in the law*. 1959, p. 21-22.

<sup>154</sup> “It is however true that behind such simple forms of statement as ‘X caused Y’s death’ either one or a combinations of both these causal concepts may lie: it may be that X simply shot Y or it may be that he made a soldier under his command shoot him”. (HART, A. L. A.; HONORÉ, A. M. *Causation in the law*. 1959, p. 21).

<sup>155</sup> VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 2000, p. 94.

<sup>156</sup> VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 2000, p. 199.

<sup>157</sup> VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 2000, p. 147.



Para o autor, o sistema jurídico é “aberto aos suportes fáticos, que nele ingressam, muitas vezes, já normativamente configurados sobre os quais retrooperam as regras sintáticas do próprio sistema, que os recolhem como dados-da-experiência, e os reformam ou transformam”, configurando o que denomina ser o “Direito dos códigos”<sup>158</sup>.

Note-se que as propostas ora exploradas são uma tendência das modernas teorias da causalidade. Abandona-se o reducionismo da relação de causa e efeito a uma mera causalidade mecânica e assume-se uma visão intervencionista atributiva da causalidade, ou seja, busca-se apontar e imputar responsabilidade ao autor pelo fato cujos efeitos lesivos encontravam-se dentro de seu espectro de atuação. Diante de referida lógica, permite-se abranger, conseqüentemente, as causas remotas da mesma forma que as causas mais próximas<sup>159</sup>.

Nessa toada, para fins de investigação criminal, sobretudo no que tange a homicídios ligados ao tráfico de drogas, o domínio/expansão pela respectiva organização, por meio da prática de crimes dolosos contra vida, permite inferir o contexto atributivo de responsabilidade a seus líderes. Primeiramente, porque tanto os executores quanto a liderança da Organização se aproveitam do resultado lesivo produzido, provocando, por consequência, a transcendência da noção de causa mecânica, no tocante à prática do crime. Em segundo lugar, a prática destes homicídios não está adstrita de forma estanque apenas à atuação dos executores, que, sem o devido aparato organizacional, não seriam capazes de realizar referidas empreitadas criminosas.

Portanto, de forma objetiva, é possível verificar que homicídios dessa natureza, quando praticados, contam com todo o apoio logístico e estrutural da figura dos líderes, por meio do fornecimento de material bélico, recursos humanos, identidade de grupo, incentivo e estratégia, com o objetivo único e exclusivo de beneficiar aos líderes e à organização a qual comandam.

Com efeito, pode se afirmar que as lideranças se valem da estrutura orgânica do tráfico de drogas para dissimular o seu envolvimento e, adicionalmente, viabilizar a seus subordinados os meios necessários para garantir o domínio e a expansão da Organização, mediante a prática de homicídios em face de rivais ou até mesmo de aliados e subordinados em situações de desacordo.

---

<sup>158</sup> VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 2000, p. 315.

<sup>159</sup> MENDES, Paulo Souza. *Causalidade complexa e prova penal*. 2019, p. 169 e 171.

### 3.3 CASUÍSTICAS DE DEMONSTRAÇÃO DO NEXO DE APROVEITAMENTO: CONTEXTO ATRIBUTIVO DE RESPONSABILIDADE POR HOMICÍDIOS LIGADOS AO TRÁFICO DE DROGAS

É importante observar que, mesmo para adoção de uma visão atributiva de responsabilidade, o nexo que operará o elo entre resultado e causa a permitir a atribuição de autoria às figuras dos líderes também deverá ser devidamente confirmado por meio de material probatório.

Contudo, diante da complexidade das estruturas criminosas voltadas para a prática de homicídios, os órgãos de investigação criminal têm enfrentado grandes dificuldades em angariar elementos que comprovem de forma direta a existência de referida relação.

Para Taruffo, nessas hipóteses, em que a existência do nexo causal não consegue ser provada de forma direta, a causalidade pode ser comprovada por inferência, isto é, demonstrando a existência de uma “lei de cobertura” em que o caso específico poderá se subsumir. Trata-se, em verdade, de evidenciar de forma geral que determinados fatos do tipo X causam fatos do tipo Y e sobre esta base se pode concluir que X causou Y<sup>160</sup>. Entretanto, a existência da lei de cobertura também deve necessariamente ser comprovada, pois se não se demonstra a existência da “lei de cobertura” não se efetiva a comprovação do nexo causal inferido<sup>161</sup>.

Por essa razão, durante a fase de investigação, diversos elementos informativos são colhidos, a fim de subsidiar a ação penal no sentido de trazer clareza e objetividade à imputação penal referente às lideranças, buscando, especialmente, comprovar não apenas a posição hierárquica dos líderes, mas a circunstância fática (nexo de aproveitamento) que os vinculem à prática delitiva.

Nesse contexto, o Nexo de Aproveitamento aperfeiçoa-se como verdadeiro corolário da causalidade, com o respectivo direcionamento do material probatório a ser produzido à comprovação dessa circunstância fática que confirma de forma

---

<sup>160</sup> Infere-se de modo geral que fatos do primeiro tipo causam fatos do segundo tipo. Referida inferência tem natureza nomológica, porque se funda em uma lei de cobertura, e dedutiva, pois esta lei de cobertura é, ao menos em princípio, geral e, portanto, inclui o caso particular que é objeto de demonstração. Se em todos os casos se dá que X causa Y, então, no caso particular, X terá causado Y. TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 262.

<sup>161</sup> TARUFFO, Michele. *La Prueba*. 2008, p. 263.

direta a "Lei de Cobertura" e de maneira inferida a responsabilização do líder pela prática do homicídio.

Ratificando o exposto, a título ilustrativo, foram criados exemplos, com inspiração em alguns casos reais, para demonstrar como se sucede referida relação. Cumpre destacar, no entanto, que, do ponto de vista científico, não se pretende validar, empiricamente, os pressupostos teóricos expostos por meio de referidos exemplos, mas tão somente ilustrar de que forma a argumentação jurídica debatida na pesquisa tende a se aplicar no caso concreto<sup>162</sup>.

### CASO 1: Tráfico da FAVELA ALFA

No termo de interrogatório do investigado CAIO, evidencia-se que as armas de fogo utilizadas no tráfico local são de propriedade dos líderes, sendo estas compartilhadas pelos traficantes subordinados e repassadas a cada assunção de plantão. Outrossim, o apontamento de uma autorização implícita para matar inimigos expõe também o elo das lideranças com a prática dos homicídios:

QUE perguntado se tem advogado, respondeu que não; QUE perguntado se tem filhos menores de idade ou pessoas que dependam financeiramente do interrogado, respondeu que tem um filho menor de idade, com 2 anos, este que fica sob a responsabilidade da mãe na sua ausência; QUE perguntado se conhecia o TICIO, respondeu que sim, dizendo que o conhecia da FAVELA ALFA; QUE o "TICIO ERA TRABALHADOR"; QUE ele trabalhava em um lava jato; QUE o TICIO não tinha envolvimento com o tráfico de drogas; QUE perguntado se tomou conhecimento da morte do TICIO, respondeu que sim, isso no mesmo dia; QUE ficou sabendo da morte através de comentários no bairro, já que ele era conhecido e trabalhador, então a notícia da morte dele se espalhou rápido; QUE perguntado se foi um dos autores do homicídio do TICIO, respondeu que não; QUE perguntado se tinha envolvimento com o tráfico de drogas na Boca de Fumo da FAVELA ALFA, respondeu que já foi "GERENTE" do tráfico de drogas dessa "BOCA"; QUE era gerente na época que o "MÉVIO" era vivo; QUE após a morte do "SEMPRONIO" abandonou o tráfico de drogas por conta da "GUERRA" e porque sua "FAMÍLIA ESTAVA SOFREENDO"; QUE perguntado se continuou no bairro após a morte do "SEMPRONIO", respondeu que sim, mas não mais no tráfico; QUE perguntado se na época em que o "TICIO" foi morto o interrogado tinha envolvimento no tráfico de drogas da FAVELA ALFA, respondeu que as vezes "PEGAVA UM PLANTÃOZINHO PARA FAZER UM DINHEIRO"; QUE no dia em que o "TICIO" foi morto "ESTAVA DE PLANTÃO NA BOCA DE FUMO COMO VAPOR"; QUE nesta época "APENAS VENDIA DROGAS NA BOCA"; QUE perguntado se estava armado neste dia, respondeu que "COM UM REVÓLVER CALIBRE 38"; QUE perguntado se tinha conhecimento de

<sup>162</sup> Conforme apontado na introdução, a presente pesquisa pretende abordar apenas dogmaticamente as questões a que se pretender debater. Por essa razão, inclusive, as casuísticas elaboradas devem ser observadas tão somente como exemplos e não como dados empíricos.

uma "PISTOLA .40" que também ficava no tráfico, respondeu que sim; QUE era da "BOCA DE FUMO" e "FICAVA RODANDO NA MÃO DE ALGUNS"; QUE esta pistola foi "PEGA NO DIA DA MORTE DO ABEL"; QUE o interrogado andava armado "POR CONTA DA BOCA DE FUMO", pois "NENHUMA BOCA DE FUMO FUNCIONA HOJE SEM ARMA DE FOGO"; QUE perguntado se entregou essa arma fogo (revólver calibre 38) para alguém no dia da morte do TÍCIO, respondeu que não, tendo ficado com a arma o tempo todo; QUE apenas passou a arma depois que terminou seu plantão para a pessoa de DRAGO, mais tarde; QUE perguntado se entregou alguma arma de fogo para outro integrante dessa organização criminosa no dia da morte do TICIO, respondeu que não; QUE perguntado se entregou a pistola .40 neste dia, respondeu que "NÃO ESTAVA COM ESSA ARMA DE FOGO NESTE DIA NÃO"; QUE perguntado se sabe quem estava com a pistola .40 no momento do crime, respondeu que pelo que se lembra "PETER" e um menor recém chegado no morro cujo nome acredita ser "ROCKY"; QUE perguntado se teria sido a pessoa que mandou matar o "TÍCIO", respondeu que "JAMAIS", que não tinha motivo para isso; QUE perguntado se sabe quem teria matado o TÍCIO, respondeu que "PETER" e a pessoa citada como "ROCKY"; QUE perguntado se haveriam mais pessoas junto com os adolescentes mencionados no momento do crime disse não saber dizer, porque não foi até o local; QUE na data do crime esclarece que "DRAGO" chegou na "BOCA" e disse "TICIO TÁ BOIANDO LÁ NO BECO LÁ, QUEM QUISEIR IR MATAR QUE MATE... SÓ ASSINA DEPOIS ... EU NÃO TENHO NADA A VER"; QUE nesse momento DRAGO puxou a pistola .40 oferecendo a quem quisesse; QUE perguntado se a pistola .40 citada pelo interrogado é mesma pega quando da morte do ABEL, respondeu que sim; QUE PETER e ROCKY, logo em seguida, se ofereceram, pegaram a arma e saíram em direção ao beco; QUE perguntado se depois disso o interrogado continuou na presença de DRAGO, respondeu que não; QUE imediatamente após os menores saírem, DRAGO também saiu; QUE o interrogado continuou no mesmo lugar; QUE perguntado se conhece a pessoa de ZETA respondeu que sim; QUE "ZETA" é um dos chefes do tráfico, junto com DRAGO; QUE depois que DRAGO foi preso acredita que ZETA passou a tomar conta de tudo; QUE tomou conhecimento que ZETA também acabou preso depois; QUE perguntado se ZETA estava no dia da morte do TÍCIO, respondeu não saber dizer; QUE perguntado se conhece a pessoa de NEON, respondeu que sim, irmão de DRAGO; QUE perguntado se NEON é do tráfico da FAVELA ALFA, respondeu que sim; QUE perguntado se NEON estava no dia da morte do TÍCIO, respondeu não se lembrar; QUE perguntado se conhece MARTIN, respondeu que sim, mas que ele é trabalhador; QUE perguntado se MARTIN estava no dia do homicídio investigado, respondeu não saber informar; QUE perguntado se conhece, KIKO, respondeu que sim; QUE perguntado se KIKO é do tráfico da FAVELA ALFA, respondeu que "ACHA QUE ELE JÁ TRABALHOU COM OS CARAS JÁ"; QUE perguntado se KIKO estava no dia da morte do TICIO, responder achar que não; QUE perguntado se conhece a pessoa de CRATO, respondeu que sim; QUE perguntado se CRATO é do tráfico da FAVELA ALFA, respondeu que sim, "DE VEZ EM QUANDO ELE PEGAVA UNS PLANTÕES LÁ"; QUE perguntado se CRATO estava no dia da morte do TICIO, responder achar que não, "MAS ELE MORA NO MORRO"; QUE perguntado se sabe o motivo pelo qual o TICIO morreu, respondeu que "O BOATO QUE CHEGOU FOI QUE ELE ESTAVA ESCOLTANDO" para os caras "DA FAVELA BETA"; QUE esse "BOATO" chegou antes da morte dele; QUE depois da morte do TICIO também ouviu conversas que a polícia teria, inclusive, encontrado "ARMAS DE FOGO NA CASA DELE"; QUE não acredita nessas "CONVERSAS", pois até onde sabe o TICIO era "TRABALHADOR"; QUE perguntado se as mortes ocorridas no bairro precisam de autorização dos chefes para ocorrer, respondeu que as vezes sim; QUE no entanto "OS INIMIGOS, ELES PODIAM MATAR A

VONTADE", pois era "LIBERADO"; QUE "ARMAS UTILIZADAS SÃO DO TRÁFICO E OS DONOS DO TRÁFICO SÃO DRAGO E ZETA"; QUE reitera que não possui qualquer envolvimento na morte investigada; QUE apenas integrou o tráfico durante um período e não tem qualquer participação em homicídio; QUE perguntado se tem alguma lesão corporal, respondeu que não; QUE perguntado se sofreu algum tipo de tortura física ou psicológica neste dia, respondeu que não.

Verifica-se que a informação narrada em sede de interrogatório tem sua confirmação por outros elementos indiciários produzidos em sede policial. *In casu*, uma das armas de fogo citadas foi apreendida na posse do integrante (CRATO) do grupo criminoso (Tráfico da FAVELA ALFA), tendo sido utilizada, anteriormente, na prática do homicídio investigado. Abaixo, Laudo de Exame de Microcomparação Balística entre as munições extraídas do corpo da vítima e a arma apreendida com o integrante da Organização.

NATUREZA: Exame de arma de fogo, microcomparação balística e percussão  
 LOCAL DO FATO: FAVELA ALFA  
 DATA DA OCORRÊNCIA: N/C  
 ENVOLVIDOS: CRATO x TÍCIO

[...]

Resultados:

Os dois projetis de calibre .40 (ponto quarenta) extraídos de TÍCIO. (RG/DMLUNº 1055/2018) foram confrontados microscopicamente com projetis padrões propelidos pelo cano da arma examinada e foram encontradas CONVERGÊNCIAS em seus elementos específicos (ranhuras e microrranhuras) em quantidade suficiente para formação de plena convicção, sendo o resultado POSITIVO.

Foram observadas DIVERGÊNCIAS, já no exame macroscópico, entre os elementos genéricos (calibre) do projétil extraído da vítima de homicídio TÍCIO de calibre 38 (ponto trinta e oito), e do cano da arma examinada de calibre 40 (ponto quarenta), sendo o resultado NEGATIVO. O projétil de calibre 40 (ponto quarenta) recolhido no local do homicídio de TÍCIO foi confrontado microscopicamente com projetis padrões propelidos pelo cano da arma examinada e foram encontradas CONVERGÊNCIAS em seus elementos específicos (ranhuras e microrranhuras) em quantidade suficiente para formação de plena convicção, sendo o resultado POSITIVO. O estojo recolhido pela Perícia Oficial Criminal, de calibre .40 (ponto quarenta), foi confrontado microscopicamente com estojos padrões percutidos pelo pino percutor da arma examinada e foram encontradas CONVERGÊNCIAS em seus elementos específicos (ranhuras, microrranhuras e marca de percussão) em quantidade suficiente para formação de plena convicção, sendo o resultado POSITIVO.

CONCLUSÃO:

Assim, face ao acima exposto, conclui-se que:

-Os 02 (dois) projetis de calibre 40 (ponto quarenta) extraídos do cadáver de TÍCIO, e o projétil recolhido pela Perícia Oficial Criminal no local do crime foram propelidos pelo cano da arma examinada.

-O estojo de calibre .40 (ponto quarenta) recolhido pela Perícia Oficial Criminal no local do crime de TÍCIO foi percutido pelo pino percutor da arma examinada, conforme explicitado no corpo do laudo.

Para o primeiro caso analisado, verifica-se que a materialidade decorrente da apreensão da arma de fogo, somada ao laudo de microcomparação balística com resultado positivo corroboram a exposição prestada nas declarações de CAIO, transparecendo a contribuição, o proveito e o interesse das lideranças na prática do homicídio de TÍCIO, rival cuja morte era buscada.

### CASO 2: Aliança do Tráfico da COMUNIDADE BETA

No termo de depoimento da vítima de tentativa de homicídio, demonstra-se a estrutura da organização criminosa com o apontamento das lideranças que compõem aliança do tráfico da região da Comunidade BETA. Por já ter integrado referida organização e atuado como gerente de um dos líderes, a vítima demonstrou ter profundo conhecimento do *modus operandi* do grupo criminoso, especificamente, quanto às questões ligadas à hierarquia e à tomada de decisão pelos líderes.

QUE estava dentro de casa com sua esposa, quando "TULIO LÁ DA IMPERATRIZ CHEGOU"; QUE o depoente teria vendido uma bicicleta para TULIO; QUE TULIO chegou falando que não conseguiu a peça para colocar na bicicleta; QUE quando saiu do portão, TULIO estava mais a frente de sua casa; QUE dos lados estavam DONI e LOBO; QUE não lembra o nome do LOBO, mas sabe que ele é do bairro PADRE MIGUEL; QUE todos os três passaram a atirar contra o depoente; QUE o ao fundo do Beco se encontravam GOTARDO e PANTERA, fazendo a contenção e calando os moradores; QUE a função deles era a de pegar o depoente caso tentasse revidar ou fugisse; QUE quando correu para os fundos é que viu PANTERA e GOTARDO; QUE ambos estavam armados; QUE chegaram a apontar a arma para o depoente, mas acabaram não conseguindo atirar porque o depoente teria passado muito rápido e sangrando muito, pois já havia sido atingido; QUE o declarante chegou, inclusive, a cair dentro da vala e acabou mergulhando; QUE ouviu de um deles "JÁ TÁ MORTO JÁ ... CAIU IGUAL JACA"; QUE em seguida correu para o VIRADOURO; QUE moradores ajudaram o declarante; QUE chegou a ouvir mais tiros e por isso pensou que teriam matado sua esposa também; QUE perguntado o motivo do crime, explica que até setembro integrava o tráfico do SALGUEIRO mas acabou saindo; QUE a saída do depoente do tráfico gerou desconfiança com relação aos demais integrantes que participam do tráfico da região; QUE o depoente tem fama de que "FALA DEMAIS" e que deveria ouvir mais e falar menos; QUE sabe que os autores do homicídio do ZAGALO foram, basicamente, as mesmas pessoas que atentaram contra a vida do depoente; QUE teriam participado do homicídio de ZAGALO, o TULIO, o LOBO e o PANTERA; QUE a morte de ZAGALO ocorreu porque RAI não gostava do ZAGALO; pois ele já tinha integrado o tráfico de PILARES, que é inimigo; QUE mesmo assim ZAGALO acabou indo trabalhar para o RAI na IMPERATRIZ por decisão dos chefes; QUE quando o declarante se reuniu

com ZAGALO e BEBETO para anunciar a sua saída “DO MOVIMENTO”, ZAGALO avisou para os dois para tomarem cuidado pois “TINHA TRAÍRA NO GRUPO”; QUE três dias depois ZAGALO foi morto; QUE tem certeza que BEBETO contou para os chefes a conversa que aconteceu entre eles e que partir daí veio a ordem para matar ZAGALO; QUE quando ZAGALO morreu o depoente chegou a conversar com BEBETO sobre o homicídio e deu a entender a ele que poderia ter sido o próprio pessoal deles; QUE quando falou com BEBETO falou em tom de reclamação; QUE acredita que BEBETO acabou “BATENDO PROS CABEÇAS” e a partir daí veio a ordem para matar o depoente; QUE perguntado como funciona o tráfico na região e as alianças entre pontos do tráfico, disse que o pessoal da MANGUEIRA é aliado do tráfico da IMPERATRIZ, do SALGUEIRO, da PORTELA e do VIRADOURO; QUE todos acabam ajudando um ao outro, principalmente “PARA DAR ATAQUES NOS INIMIGOS E MATAR ALGUÉM”; QUE qualquer morte que acontece na região, os chefes tem conhecimento, pois “ELES SABEM E DECIDEM SOBRE TUDO”; QUE as vezes para matar uma pessoa “FORMAM UMA BATERIA GRANDE PARA DAR O ATAQUE E NÃO SAÍREM PERDENDO”; QUE A MANGUEIRA tem como chefe ROMARIO, RIVALDO e RONALDO; QUE sabe que RONALDO foi para o Rio de Janeiro e é o responsável “POR VENDER PESO”, trazendo droga do Rio; QUE RIVALDO foi preso; QUE ROMARIO se encontra escondido e aparece de vez em quando no bairro; QUE ainda assim o tráfico continua sob a chefia deles; QUE o chefe do tráfico da IMPERATRIZ é BRANCO, mas como BRANCO está com mandado por conta de um homicídio que aconteceu na Rua Teixeira de Freitas, quem está à frente para o BRANCO é o RAI; QUE RAI, inclusive, montou um bar para tentar passar despercebido para a polícia, mas continua mandando no local; QUE, inclusive, pode afirmar que a esposa do RAI foi presa com munição recentemente, “FAZENDO O CORRE PARA RAI”; QUE no SALGUEIRO “QUEM MANDA É PARREIRA”; QUE PARREIRA está no semiaberto e continua como chefe do tráfico; QUE o depoente era gerente do PARREIRA na época em que atuava no tráfico; QUE o depoente era “GERENTE DA PEDRA” e o GOTARDO era “GERENTE DA PEDRA TAMBÉM”; QUE depois que o depoente saiu do tráfico GOTARDO assumiu TUDO e PANTERA virou gerente da MACONHA; QUE no tráfico da PORTELA, antes quem era o dono era o ALDAIR, mas depois que foi preso acabou perdendo o ponto quando os gerentes foram mortos; QUEM “CONTROLA A PORTELA É O VIOLA”; QUE VIOLA está no semiaberto e “VIVE DANDO TIRO LÁ NO BAIRRO”; QUE “QUANDO VIOLA SAIR DE VEZ, NINGUÉM VAI TER MAIS PAZ”; QUE o tráfico do VIRADOURO é chefiado por “ZINHO” e “DUNGA” QUE tudo passa pelos chefes e “SE VOCES PRENDEREM PELO MENOS O ROMÁRIO E O RAI JÁ VAI ADIANTAR MUITO O LADO DE VOCES”.

Note-se que as informações prestadas também são confirmadas por outros meios de prova. Especificamente, *in casu*, a perícia e a respectiva extração de dados do aparelho celular de um dos investigados, apontado como um dos líderes da Organização Criminosa, permitiram validar e aprofundar todas as afirmações que deram início à investigação, a saber, o modelo de gestão compartilhada pelos líderes, a demonstração da estrutura hierarquizada da organização criminosa, a onipresença da liderança na tomada de decisão ou delegação desta e a serventia da prática de homicídios e outros crimes aos interesses do grupo.

Nessa toada, assim como no citado exemplo, o conteúdo do aparelho periciado serviu ainda à elucidação de outros homicídios praticados pela mesma organização. Por essa razão, abaixo foram destacados alguns trechos do relatório de análise, apontando de forma detalhada os elementos que permitiram construir o conceito de responsabilidade das lideranças, bem como a demonstração do nexo de aproveitamento da prática dos homicídios à Organização investigada.

Nos primeiros trechos, demonstra-se que o alicerce da Organização Criminosa voltada para o tráfico de drogas se baseia na presença de lideranças fortes que exerçam a sua posição no grupo. A fim de se viabilizar a manutenção do domínio territorial e garantir a lucratividade com a comercialização de armas e drogas, a prática de homicídios contra grupos rivais e a costura de alianças entre líderes, evidenciam-se como conseqüência lógica dos objetivos buscados por estes. Senão, veja-se:

Conversa entre BRANCO e JAIRZINHO (dia/mês/ano): No trecho destacado BRANCO afirma para JAIRZINHO a relevância de se ter um líder forte como o próprio e a importância da aliança firmada entre ambos para o melhor da Comunidade BETA, no que tange ao combate aos inimigos.

BRANCO: "Mas, graças a Deus que você saiu também po, você um cara com a mente aberta entendeu, é um cara criminoso, tem a sua opinião, tem seu ponto de vista, e e ajudou bastante nisto ae ne meu mano, você saiu ai já procurou ver a melhor forma disto dai a gente também já tava procurando esta melhor forma, só tava faltando um cara do lado delá uma liderança do lado delá, pra poder facilitar as coisas, mas, graças a Deus ta desta forma ae, e vai ta cada dia melhor meu mano, cada dia melhor que a gente ta na pureza, a gente sente pureza em você também, sente pureza nos cara, e o cenário hoje no estado ae ta desse jeito é facção novas que tão surgindo, são inimigos que tão se unindo, então a gente somo Comunidade BETA a gente tem que ta juntão mesmo defendendo nossa favela defendendo nossa casa entendeu e vamo que vamo".

Especificamente quanto à estrutura da organização, observa-se o reconhecimento da hierarquia pelos subordinados, bem como o profundo respeito às determinações de prática de crimes e diretrizes fixadas pela cúpula da ORCRIM. Nesses sentido, destaca-se o seguinte diálogo:

Conversa entre BRANCO e JAIRZINHO (dia/mês/ano): Nos áudios transcritos, JAIRZINHO explica entender que existe uma hierarquia na Organização Criminosa e reconhece na figura de BRANCO e das demais, a liderança, os "donos da favela", por essa razão sabe que deve acatar as ordens dos superiores hierárquicos, no entanto, reclama sobre a extrema pressão dos chefes.



JAIRZINHO: “depois foi outro dia, nois no maior corre com o cara lá, eu colocando maior pressão no cara, pra poder da o dinheiro, o cara falou que iria dá, e tal e pá, ai ele foi tipo falou para o cara, que tipo se nois não desse o tiro na cara do cara nervosão, que ele ia dá um na nossa cara, tá ligado se o cara não morresse e tal pow, pressiona, tá doido só criminoso na parada, bagulho maior blindão vei”.

JAIRZINHO: “pow irmão tirando não tipo eu sei que você é dono da favela, que cada um é dono da favela que cada um que a gente e abaixo tem superior e tal tem que ter respeito, tá ligado, tem que tá ligado tem que acatar isso ai, nois sabe mano, todo mundo sabe do crime pow, tá ligado, mais em cima, ai na Venezuela é mais severo, tá ligado, no Venezuela é mais severo esse tipo de coisa não tem pá, sobre a hierarquia mesmo, carai irmão, não sei o que aconteceu o irmão tava maior diferentão, sei lá mano, pow achei isso maior pá, magou pra caralho não tem, pois querendo ou não a gente sempre foi pá nois nunca pow sei lá”.

BRANCO: “é irmão é um problema que não é só você que tá chateado com ele não, tem varios amigo, tá ligado, tá meio arrogante, meio ignorante, tá foda né irmão, eu já mais vou trata um irmão assim tá ligado, só que ele deve tá passando por uma momento dificil, pegou uma cadeia alta ai, ele e o irmão dele, de lá para cá, eu ficou meio, to esperando ele volta ai vê se eu dou umas ideias nele pow, pra vê se ele fica mais tranquilo também, tá ligado mais é isso irmão, to ligado que você é uma cara tranquilão e esse problema não é só contigo não, tá assim com todo mundo tá ligado, pra você não pensar que é nada pessoal tá ligado, é foda meu irmão, se vê ai entendeu, mas é foda, faz, faz, faz final das contas é isso ai oh, é o preço que tem que fazer, que faz pela gente mesmo”.

A seguir, apresenta-se novamente a importância da figura dos líderes, agora, na tomada de decisão das ações dos subordinados, bem como na delegação de funções, especialmente, na prática de homicídios contra inimigos de grupos de tráfico de drogas rivais que ameacem ou turbem o domínio territorial da Organização:

Conversa entre BRANCO e RONALDO (dia/mês/ano): No diálogo, evidencia-se a insatisfação de RONALDO e BRANCO com a situação da favela pois, além de terem perdido um ponto do tráfico, BEBETO, soldado do tráfico da Organização criminosa teria tomado uma surra de inimigos. Não entendem porque seus traficantes não mataram os inimigos se sabiam onde eles estavam. Ao final, chegam à conclusão de que talvez tenham que sair um pouco de onde estão e voltar para a favela para colocar as coisas no eixos, ou seja, matar os inimigos e dar o exemplo para os subordinados.

RONALDO – “Coe irmão heim ... caralho os cara tomou a favelinha viado ... os cara da Acadêmicos ... Mirim, os caras tão tudo lá pai...tudo lá viado... quebraram o bebeto na parede, em frente a casa do Garrincha não tem... aquela parede amarela virando a esquina aqui... Bebeto na parede ali mano os cara num foi peitudo e num vieram de lá a pé, chegaram ali quebraram o Bebeto no pau mano... o Mirim”.

BRANCO – “Eu não sei oq esses cara pensão”

BRANCO – “Tem q tirar esses capeta de lá agora”

BRANCO – “Os cara sabia onde esse Mirim morava e não foram matar”

RONALDO - “ Rapaz sabe oq eu fk bolado que nessa fvl só quem parece bandido e vc, Ronaldo, Gatito q não tá na fvl mano pq o resto não tá servindo pra muita coisa não”

BRANCO – “Só lixo mano”

BRANCO – “Tem q voltar faz maior falta”

RONALDO: “Mirim, é... o Edmundo, aquele Luizão, num tem, que os cara boto pra correr... os muleque tudo, que era forasteiro tão tudo lá, todos que era forasteiro tão tudo lá”.

RONALDO – “Triste isso sim perde espaço na fvl por falta de criminoso”

BRANCO – “É mermo mano”

BRANCO – “Porra”

BRANCO – “Eu acho q eles quer q eu desço pra meter bala só pode”

RONALDO – “Tenho certeza se vc desse eu tbm desso só pra administrar”

BRANCO – “Crrt”

BRANCO – “C só preciso vai ter q c isso msm”

[...]

Conversa entre BRANCO e GANDULA (dia/mês/ano): No diálogo, além da conversa sobre drogas, BRANCO pede a GANDULA que mate um inimigo e informa que DIDA fornecerá o carro para o crime. GANDULA reclama que só eles estão dando ataques e pede para BRANCO para o "pessoal" do Viradouro matar também.

BRANCO – “Bom dia irmão”

BRANCO – “Tem q matar esse mlk”

BRANCO – “Já está fácil assim”

GANDULA - “Pow irmão é foda tá traçando até na favela ai querendo ou não e ninguem tá tomando uma providênica pow, mais cedo os caras, a Ivete deu um tiro na Portela, ai os caras lá na Academicos deu quatro, ai depois mais de noite madrugada agora os caras deu uns tiros pergunta a Rocha, ali perto do lava-jato ali eles foi e deu”.

GANDULA - “Uma bomba, entendeu soltaram uma granada, ai é foda os cara tão aprontando, os caras foram lá no Leoldinense e no Pilares lá, deu um monte de tiro lá quando o velório do muleque tava saindo”.

[...]

Conversa entre BRANCO e SÓCRATES (dia/mês/ano): No diálogo, BRANCO conversa com SÓCRATES sobre a necessidade de matar um inimigo que estaria distraído. Sócrates, reclama, solicitando que outros também participem do homicídio.

BRANCO – “E ai Sócrates, e a menina parceiro nada?! Precisando ativar o óleo lá mané entendeu senão vou ficar até sem dinheiro pra comprar bala parceiro”

SÓCRATES: “Caralho irmão, é tanto corre, pow é pra você me lembra eu fico doido mano, eu vou vê aqui calma aê”.

SÓCRATES: “Muita coisa mesmo”

SÓCRATES - “Heim deixa eu te falar aqui a menina tá perguntando se vai receber para buscar essa parada”.

SÓCRATES - “Irmão que nem eu falei com vocês ai, o cara tá lá boiando lá mané, vê ai com os caras ai que o horas vai pintar o cara, senão vai ficar

difícil, o cara, o Cafu lá da Acadêmicos mano”  
SÓCRATES – “Os cara tem q mata esse cara”

BRANCO – “Aê Dida falou que bota o carro na mão pow, que mais tá faltando?! Uma peça vou jogar a glocada na mão, mas aê tá precisando fala pra mim, tá precisando dos atirador também?”.

SÓCRATES - “sabe onde que mora, sei tudo mano, o bagulho lá, tá os caras tão esperando o que, os caras se mudar os caras vim e matar um, dois”.

SÓCRATES - Tem q coloca alguém do Viradouro pra mata irmão e pow tem q coloca esses cara pra mata, só agente é foda

BRANCO – “Sócrates, não é tirando, mas é pouco no Viradouro ali que tem como, tipo assim, não vou falar que não é parceiro, que parceiro eu tenho todos, porque no coletivo todos são nossos parceiro, mas não é todo mundo do Viradouro, ali que eu tenho uma intimidade de passe não, bota fé, eu tenho intimidade com varios cria, mas os cara do Viradouro ali sei lá mano, tem uns amigos ali que são meio inrustidos, não tem, eu não gosto de ficar pedindo desgraça nenhuma a ninguém, por causa disso quando estou ai, faço eu mesmo não tem sem essa porra, fico de mandado porque eu não gosto de pedir porra nenhuma a ninguém”.

No próximo trecho, destaca-se de forma expressa a instituição da chamada “Cartas Brancas” por parte de um dos líderes a um subordinado, para o cometimento de um homicídio de um integrante do grupo rival. *In verbis*:

Conversa entre BRANCO e SÓCRATES (dia/mês/ano): No diálogo, BRANCO dá “Carta Branca” a SÓCRATES para cometer um homicídio.

SÓCRATES: “Então coloca na cabeça de Romario se nois fomos invadir de noite a gente que vamos tomar ataque, agora de dia não mano, de dia a gente cai pra dentro do problema”.

BRANCO: “Correto parceiro, correto”.

SÓCRATES: “Heim coloca na cabeça de Romario aqui ai, que de noite irmão não dá pra atacar assim pow, to ligado que aqui é o miolo nois vai ganhar de qualquer jeito, mas a parada tem que ser de dia pow”.

SÓCRATES: “Imagina irmão de noite, os caras já esperando o ataque”.

BRANCO: “Tranquilidade irmão, fica tranquilo to chegando em casa vou resolver essa parada entendeu, vou conversar com o mano pra te dar carta branca ai pra tu fazer do jeito que tu que irmão, da paz na favela, hora que tu puxa, tu puxa, Sócrates a gente bota fé na sua capacidade”.

Já a ideia de gestão compartilhada e a busca por lucro da Organização Criminosa como atividade fim são evidenciadas pela demonstração de arrecadação dos pontos de comercialização de drogas, a prestação de conta aos líderes e o reinvestimento do lucro na própria organização para defesa e expansão:

Conversa entre BRANCO e GANDULA (dia/mês/ano): Destaque novamente para o modelo de gestão compartilhada. No diálogo, BRANCO solicita prestação de contas sobre o movimento de "pó novo" dos pontos do tráfico que compõem a aliança entre os líderes para assim repassar aos demais líderes.

BRANCO – “Está tudo andando?”

GANDULA – “Óleo não sei como tá n, ontem pra hj virou uma de pino de 10 aq da carga nova”

GANDULA – “Maconha acabou ontem anoite, como eu falei”

GANDULA – “Tou o corre de arrumar um chá aq, tá difícil, aq só tem Xuxu msm”

GANDULA – “Vou tentar arruma um Comercial”

BRANCO – “Vê como foi o andamento do pó novo das 5 bocas e me passa a idéia”

GANDULA – “Bom”

GANDULA – “Tem 400”

BRANCO – “Estou aguradando aq tbm da braba”

GANDULA – “1 de 5 e de 10 na Portela”

GANDULA – “Até aq está sem’

GANDULA – “E uma de 10 Pilares”

BRANCO – “Vamos mandar só as brabas”

BRANCO – “Agora vai faltar nada pra gente mais não”

BRANCO – “Faz o levantamento do andamento do andamento de todas as boca e me manda”

GANDULA – “Ok”

BRANCO – “Pra eu passa pros outros manos”

[...]

Conversa entre entre BRANCO e GANDULA (dia/mês/ano): Assim como todo dono de "empresa" o chefe também possui seus dividendos, objetivo finalístico que visam os líderes e que os levam a cometer homicídios, tráfico de drogas, venda de armas, corrupção de menores entre outros crimes:

GANDULA - “Oba meu mano”

BRANCO - “Leva 500 reais lá pra minha esposa pra mim”

BRANCO - “Depois vc desconta todo do meu lucro”

[...]

Da mesma forma, o lucro obtido também pode, por vezes, ser reaplicado na própria "empresa", conforme evidenciado em conversa abaixo entre BRANCO e GANDULA (dia/mês/ano):

GANDULA – “Eai, vamos tirar algum lucro desses 2K?”

BRANCO - “O lucro”

BRANCO – “E pq eu tô sem pegar o lucro do oil”

BRANCO – “Aí o Tite tbm não tiro o lucro dele de gerente no caso do oil tbm”

GANDULA – “Seu lucro”

BRANCO – “E dps manda meu lucro”

BRANCO – “Quantos de lucro deu

GANDULA – “Esse 3900 foi o Kilo do Chá, que virou 54 caixa de lucro”

BRANCO – “Fazer oil geral sem lucro agente comprar duas de vez”

BRANCO – “Agente tem q abrir mão de tirar um lucro e comprar arma”

BRANCO – “C os mlk fexase na ideia de até o vapor sem lucro”.

Note-se que os elementos indiciários referenciados nos trechos dos diálogos destacados permitem concluir que a relação de condição e resultado dos homicídios, praticados no contexto de guerra entre grupos rivais, pelo domínio do tráfico de drogas, indubitavelmente, transcende o vínculo ordinário estabelecido entre a conduta dos executores e a morte da vítima. A motivação, por conseguinte, não é estanque à mera causalidade física (ato de matar).

Pelo contrário, o teor dos diálogos, aliado aos demais elementos indiciários evidenciam a existência de um núcleo duro de pessoas de onde emanam decisões, ordens e até mesmo “cartas brancas” para a prática de homicídios. A busca pela morte de rivais, portanto, funciona como atividade meio para garantir a manutenção e expansão do tráfico de drogas, que vai garantir, como atividade fim, o proveito e lucratividade ao grupo criminoso formado pelos líderes.

Nesse sentido, é exatamente diante de situações como a apresentada que a visão intervencionista atributiva da causalidade viabiliza que os agentes morais na figura de líderes sejam chamados a responder por um fato determinado cujas consequências lesivas se encontravam no seu raio de ação<sup>163</sup>.

Por outro lado, conforme já apontado, não se deve entender que as investigações que atribuem responsabilidade aos líderes delimitam de forma aleatória os eventos que determinaram a relação de causa e efeito do homicídio. Pelo contrário, os eventos que constituem a relação de causalidade são altamente sensíveis ao contexto em que está inserida a ocorrência do ilícito, dependendo diretamente dos elementos de informação obtidos durante a investigação que direcionem a referido contexto.

No caso da COMUNIDADE BETA e da FAVELA ALFA, o contexto do tráfico de drogas e a necessidade de manutenção e expansão das atividade ilícitas em prol da Organização é a própria causação em concreto do resultado. Assim como

---

<sup>163</sup> MENDES, Paulo Souza. *Causalidade complexa e prova penal*. 2019, p. 169 e 171.

observado nos trechos destacados, ao longo da coleta de material para instruir as investigações, foram evidenciados diversos indícios que permitiram identificar de forma inequívoca o planejamento e a movimentação da estrutura da Organização Criminosa pela figura das lideranças para a prática de homicídios por seus subordinados, desde o consentimento até a delegação dos atos preparatórios e executórios.

### 3.4 REFLEXÕES CONCLUSIVAS

Tendo em vista todo o conteúdo teórico e os exemplos apresentados, independentemente do modelo de responsabilização adotada, constata-se, a toda evidência, a relevância da causalidade, sob as vestes do nexu de aproveitamento, para a imputação de responsabilidade às Lideranças de Organizações criminosas.

Sob o prisma do concurso de pessoas – e cuja dimensão é parametrizada pela causalidade –, é possível confirmar, dentro do contexto dos homicídios praticados por integrantes de organizações criminosas ligadas ao tráfico, o vínculo estabelecido por meio das transações interpessoais dentro da própria estrutura hierarquizada. Isto é, mediante a demonstração destas relações, permite-se inferir, de forma inequívoca, o comando exercido pelos líderes sob seus subordinados como causa efetiva para a prática dos homicídios.

Conforme observaram Hart e Honoré, todos os casos de transação interpessoal envolvem a noção de que uma pessoa fornece intencionalmente a outra uma razão para fazer algo<sup>164</sup>. Nesse sentido, em quase todos os casos, as palavras ou atos do primeiro agente (líder) constituem ao menos parte das razões do segundo agente (subordinado) para praticar o ato em questão. Já nos casos restantes, a razão implica que o primeiro agente (líder), por suas palavras ou atos, faça algo para tornar, aos olhos do segundo agente (subordinado), algum curso de ação mais adequado do que teria sido de outra maneira<sup>165</sup>.

Dessa forma, diante de um contexto atributivo de responsabilidade, a

---

<sup>164</sup> HART, A. L. A.; HONORÉ, A. M. *Causation in the law*. 1959, p. 54.

<sup>165</sup> “In nearly all these cases the first actor's words or deeds constitute at least part of the second actor's reasons for doing the act in question; and in all cases but those of disinterested advice and the grosser forms of incitement by non-rational means, the reason is of a special kind; for it entails that the first actor should by his words or deeds have done something to render some course of action more eligible in the eyes of the second actor than it would otherwise have been. This element is most obvious in the cases where one person induces another to act by bribes, threats or offers of reward”. HART, A. L. A.; HONORÉ, A. M. *Causation in the law*. 1959, p. 50.

implicação dos respectivos líderes decorre da conseqüente reunião de elementos que comprovam não apenas as posições hierárquicas, mas principalmente as circunstâncias fáticas (nexo de aproveitamento) que os vinculam à prática de crimes dolosos contra a vida.

Nesse ponto, considerando a interrelação estabelecida entre a causalidade e o concurso de pessoas, especificamente sob o ângulo do critério Objetivo-formal, assumido como prevalecente em âmbito nacional, ser autor ou ser partícipe, no tocante ao *quantum* de pena a ser aplicada aos líderes pelo crime praticado, não implicará um fator diferencial do ponto vista pragmático. A conclusão é inferida do próprio conteúdo do Código Penal, que atribui reprovabilidade reduzida, tão somente, aos agentes cuja participação no ilícito tenha sido considerada de menor importância ou entendida como destinada a participar de crime diverso (inteligência do Art. 29, §1º e §2º), o que, notadamente, não se coaduna à figura do líder, principal provedor da prática de homicídios no contexto evidenciado.

Como resultado, ao magistrado, inclusive, seria possível imputar à liderança uma pena maior que a de eventual executor, desde que sua contribuição, ainda que sob a nomenclatura de partícipe, seja considerada de maior relevância para o resultado, não havendo qualquer impeditivo legal que obste referida pretensão. Esse também foi o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 575.684/ SP<sup>166</sup>, cujo trecho da ementa se passa a transcrever:

No ordenamento penal em vigor, não há obrigatoriedade de redução de pena para o partícipe, em relação à pena do autor, considerada a participação em si mesma, ou seja; como forma de concorrência diferente da autoria (ou co-autoria). A redução obrigatória da pena para o partícipe se dá apenas em face daquela que a Lei chama de "menor importância" - o que já está a revelar que nem toda participação é de menor importância e que, a princípio, a punição do partícipe é igual a do autor. A diferenciação está "na medida da culpabilidade" e, nessa linha, o partícipe pode, em tese, vir até mesmo a merecer pena maior que a do autor, como exemplo, no caso do inciso IV, do artigo 62, do CP. Sem o reexame do conjunto probatório, impossível nesta via, não há como aferir-se o grau de importância da participação do Recorrente em relação a cada um dos delitos. Improcedência da alegação de contrariedade aos artigos 13 e 29, do código penal.

Dessa forma, o fato de o critério objetivo-formal ter como elemento essencial, para determinar o conceito de autoria, a sua vinculação aos atos executórios, não

---

<sup>166</sup> STJ - Sexta Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 05/04/2005 e publicado em 23/04/2007.

significa dizer que ao autor, presumidamente, será atribuída uma reprovação maior. Conforme já destacado, o art. 29 do CP, da mesma forma que equipara todos os que intervêm no delito, mitiga seus efeitos ao estabelecer fórmulas pelas quais a punição de cada agente que concorre para o crime, esteja condicionada ao seu grau de culpabilidade<sup>167</sup>.

Noutro giro, seguindo o mesmo raciocínio, porém sob a ótica do Domínio do Fato – manifestada em sua versão denominada Domínio da Organização –, o vínculo hierárquico estabelecido entre o líder do tráfico, em uma das extremidades da Estrutura Organizada de Poder, e seus demais agentes subordinados – estes fungíveis quanto à ação praticada –, também depende de circunstâncias fáticas (nexo de aproveitamento) que o vincule à prática de crimes dolosos contra a vida. Portanto, a demonstração de referida ligação também se evidenciará por intermédio das transações interpessoais dentro da própria estrutura hierarquizada.

É importante consignar, também, que o padrão de exigência do nexo de aproveitamento acabará por se repetir, sempre que se vise assumir teorias ou interpretações que, independentemente de sua origem, tenham por objetivo atribuir responsabilidade criminal aos líderes de Organizações Criminosas, por crimes executados por seus subordinados em contextos como o ora exposto<sup>168</sup>.

Em verdade, a causalidade, traduzida nestes casos na figura do Nexo de Aproveitamento, é uma garantia constitucional do investigado e do acusado, da qual os órgãos de investigação, persecução e justiça penais não podem abrir mão, sob pena de subversão de todo o sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais.

Por outro lado, para que isso se verifique de forma natural e com maior carga de isenção e legitimidade no âmbito da investigação preliminar e na esfera do

---

<sup>167</sup> No mesmo sentido, destacam Busato e Cavagnari: “O Código Penal brasileiro, em obediência à adoção do conceito de causa próprio da teoria da equivalência dos antecedentes, logicamente, caminhou para a adoção de uma teoria unitária do concurso eventual de pessoas, admitindo que todas as contribuições para uma prática delitiva geram responsabilidade por ela. Entretanto, igualmente se adiantou em reconhecer a pertinência de certas críticas à referida teoria, promovendo matizações à ideia de igualdade absoluta das contribuições para o crime e o fez mediante a adição de regras obrigando a diferenciar certas participações (BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. *A Teoria do Domínio do Fato e o Código Penal Brasileiro: The Theory of The Fact's Domain and The Brazilian Criminal Code*. 2017, p. 83-132).

<sup>168</sup> Sob o prisma do critério material-objetivo e do critério subjetivo, líderes inseridos em referido contexto seriam, inequivocamente, considerados autores e não partícipes. No primeiro caso, em função da relevância causal de sua conduta para a prática dos homicídios. E no segundo, em decorrência de, subjetivamente, possuir o *animus* de realização do crime, ou seja, interesse que o autor tem na obtenção do resultado.



sistema acusatório, demanda-se, contudo, que referidos órgãos que compõem o sistema penal do Estado estejam predispostos à observância de alguns pressupostos específicos de ordem principiológica e constitucional.

#### **4 INVESTIGAÇÃO, PERSECUÇÃO E PRONÚNCIA: PRESSUPOSTOS DE ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS INVESTIDOS NA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DE LIDERANÇAS**

A Constituição da República, além de tutelar direitos e garantias fundamentais prevê mecanismos que asseguram à coletividade, por meio do Estado, a efetividade da justiça.

No caso do processo penal, referida acepção – sob o prisma instrumental – traduz-se na atuação dos órgãos de investigação, persecução e justiça penal, que trazem à sociedade uma resposta à violação aos bens jurídicos tutelados pelas normas de Direito Penal do Ordenamento.

Com base em referido paradigma, portanto, tem-se, na atribuição de responsabilidade penal às lideranças de Organizações Criminosas pela prática de homicídios, um consectário lógico da pretensão constitucional que, naturalmente, deve ser buscada pelos órgãos de atuação criminal.

Verifica-se, dessa forma, que a conexão entre as provas e a imputação de responsabilidade a referidos líderes, diante de uma análise constitucional, viabiliza a concretização do acesso à justiça e às garantias constitucionais de inviolabilidade ao direito à vida e à segurança.

Contudo, a forma de atuação de referidos órgãos envolvidos – considerando a complexidade e a responsabilidade envolvendo a construção indiciária e probatória para se criar o vínculo entre o crime analisado e o chefe da organização criminosa –, deve ser pautada em alguns pressupostos de ordem legal e principiológica. Isso, exatamente, a fim de se evitar eventuais excessos<sup>169</sup> que possam resultar na distorção do objetivo do constituinte originário e, conseqüentemente, em investigações<sup>170</sup> e persecuções penais infundadas.

---

<sup>169</sup> Pelo Delegado de Polícia no tocante ao indiciamento, pelo Órgão Ministerial no que tange à acusação e pelo magistrado no que se refere à pronúncia

<sup>170</sup> Como assinala Dezam, “a investigação por meio do inquérito policial indistintamente direcionado à aferição da ‘verdade’ persecutória penal, a perpassar pela aferição dos elementos do conceito estratificado de ilícito penal, é reflexo dessa modernidade a dar justa causa à ação penal, de modo a servir de ‘filtro’, o inquérito policial, às acusações arbitrárias” (DEZAM, Sandro Lúcio. Os contornos jurídicos da cognição no indiciamento do investigado no inquérito policial. Breves notas sobre o caráter objetivo e subjetivo mitigado, limitado e não exauriente do ato de indiciamento. In: ZANOTTI, Bruno Taufner e SANTOS, Cleopas Isaías (Org.). *Temas Atuais de Polícia Judiciária*. 2.ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 255).

Nesse ponto, sobleva observar que nenhum órgão estatal pode, “em qualquer das múltiplas atividades da administração, assumir por vontade da lei, atitudes vexatórias, e, conseqüentemente, não é tolerável que a pretensão punitiva do Estado possa ser entendida como um direito de perseguir um inocente”<sup>171</sup>.

#### 4.1 REFORÇO DEMOCRÁTICO: INVESTIGAÇÕES PRESIDIDAS PELA POLÍCIA JUDICIÁRIA

Primeiramente, é importante observar que o argumento a ser explorado tem aplicação válida não apenas às investigações que envolvam crimes dolosos contra vida praticados no âmbito de Organizações Criminosas voltadas para o tráfico de drogas, mas a toda e qualquer investigação que venha a ser conduzida pela Polícia Judiciária.

É certo que “com a construção do Estado constitucional, especialmente a do Estado democrático de Direito Brasileiro, um novo paradigma investigatório foi imposto ao nosso ordenamento jurídico”<sup>172</sup>. Partindo de referido pressuposto, deve-se entender o inquérito policial como verdadeiro *plus* no rol de garantias do investigado, já que, além da instrumentalidade, “a investigação preliminar também atende a uma patente de interesse garantista, para evitar as acusações e os processos infundados”<sup>173</sup>.

Nesse sentido, aliás, em 1941, o ministro Francisco Campos, ao elaborar a exposição de motivos do Código de Processo Penal, já afirmava que o inquérito policial como instrução provisória que antecede a propositura da ação penal, seria, em verdade:

uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas<sup>174</sup>.

<sup>171</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol 2. Campinas: Bookseller, 1997, p. 52.

<sup>172</sup> SOUZA, Pedro Ivo de. *Investigação Criminal no Estado Constitucional: Reflexões sobre um novo paradigma investigatório*. In: ZANÓTTI, Bruno Taufner e SANTOS, Cleopas Isaías (Org.). *Temas Atuais de Polícia Judiciária*. 2.ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 56.

<sup>173</sup> LOPES JR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 39.

<sup>174</sup> CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do CPP*, item IV. Disponível em: [https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf) Acesso em: 20 fev. 2022.

Não sem razão, em uma visão moderna do processo penal, parcela da doutrina já defende, inclusive, que a investigação preliminar presidida pelo Delegado de Polícia e formalizada por meio do inquérito policial possui inexorável caráter indispensável<sup>175</sup>. Como resultado, a afirmação de que o inquérito policial também teria como característica intrínseca uma natureza unidirecional<sup>176</sup>, visando tão somente subsidiar a atuação ministerial, passa também a ser reconsiderada.

Segundo Hoffman, a missão do inquérito policial “não se resume a angariar substrato probatório mínimo para a acusação”. Para o autor, a “polícia judiciária, por ser órgão imparcial (e não parte acusadora, como o Ministério Público), não tem compromisso com a acusação ou tampouco com a defesa”<sup>177</sup>.

À Polícia Judiciária, portanto, cabe a condução da investigação criminal com objetivo de apurar as circunstâncias, a materialidade e autoria das infrações penais, exatamente, como previsto no Art. 2º da Lei 12.830/13. Nesse sentido, e por uma consequência lógica, à Polícia Judiciária também cabe isentar suspeitos em investigações preliminares, quando o resultado obtido com as diligências não permita atribuir a estes a responsabilidade penal no plano pré-processual.

Ademais, dentre os órgãos com atribuição para investigar, tem-se que a polícia judiciária é a que goza de maior legitimidade e isenção para a condução de

---

<sup>175</sup> Acerca da indispensabilidade do inquérito policial, afirma Hoffman que “muito embora seja possível o oferecimento de denúncia desacompanhada de inquérito, a esmagadora maioria dos processos penais é antecedida da investigação policial. Afinal, trata-se de garantia do cidadão, no sentido de que não será processado temerariamente. A própria Exposição de Motivos do CPP destaca que o inquérito policial traduz uma salvaguarda contra apressados e errôneos juízos, formados antes que seja possível uma precisa visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. A instrução preliminar é a ponte que liga a *notitia criminis* ao processo penal, retratando a transição do juízo de possibilidade para probabilidade pela via mais segura. E, justamente por esse motivo, mesmo quando o Ministério Público já dispõe dos elementos mínimos para propor a ação penal sem o inquérito policial, na maior parte das vezes prefere requisitar a sua instauração, não abrindo mão desse filtro processual. De mais a mais, não se deve perder de vista que, nos crimes de ação penal pública incondicionada (que são a maioria), a regra é a obrigatoriedade de instauração do inquérito policial, e esse procedimento deve acompanhar a peça acusatória sempre que servir de suporte à acusação” (Cf. <https://www.conjur.com.br/2017-fev-21/academia-policia-inquerito-policial-sido-conceituado-forma-equivocada> Acesso em: 20 mai. 2020).

<sup>176</sup> Para Paulo Rangel, o direcionamento do inquérito é exclusivamente o Ministério Público. Sobre o tema discorre o autor: “O inquérito policial tem um único escopo: apuração dos fatos objeto de investigação (cf. art. 4º, in fine, do CPP c/c art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.830/13). Não cabe à autoridade policial emitir nenhum juízo de valor na apuração dos fatos, como, por exemplo, que o indiciado agiu em legítima defesa ou movido por violenta emoção ao cometer o homicídio. A autoridade policial não pode (e não deve) se imiscuir nas funções do Ministério Público, muito menos do juiz, pois sua função, no exercício das suas atribuições, é meramente investigatória [...] A característica de ser o inquérito policial unidirecional (cf. item 3.3.4 supra) deixa claro que a *opinio delicti* é do promotor de justiça e não da autoridade policial, não podendo esta dispor de uma coisa que não lhe pertence”. (RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 27ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2019).

<sup>177</sup> Cf. <https://www.conjur.com.br/2017-fev-21/academia-policia-inquerito-policial-sido-conceituado-forma-equivocada> . Acesso em: 20 mai. 2020.

procedimentos investigativos. Referida afirmação tem como premissa o fato de que, considerando a fiscalização dos diversos órgãos atuantes na seara criminal – seja o ministério público no exercício de sua função de controle externo da atividade policial, seja a OAB ou a Defensoria Pública por meio de seus advogados/defensores que oficiam em âmbito criminal, seja o próprio Poder Judiciário controlando a validade da atuação policial nos respectivos provimentos judiciais –, a Polícia Judiciária é a que mais sofre controle dentre as entidades aptas a presidir investigações.

Note-se que, em sentido contrário, no que tange a investigações presididas por órgãos diversos, não se verifica o mesmo nível de fiscalização. Especificamente no tocante a investigações capitaneadas pelo Ministério Público, por exemplo, é necessário se fazer duas indagações:

- i. Quando o órgão fiscalizador preside a investigação, quem o fiscaliza?
- ii. Considerando as balizas estabelecidas pelo sistema acusatório consagrado pela Constituição, de que forma se observa a paridade de armas quando se tem uma das partes que concentra a investigação e a titularidade da ação penal ao mesmo tempo?

Observe-se que inobstante o precedente do Supremo Tribunal Federal no sentido de autorizar a realização de investigações presididas pelo *parquet*<sup>178</sup>, o “distanciamento que a Constituição da República de 1988 impôs ao Ministério Público é coerente com a sua função de fiscal das atividades de polícia judiciária, criando estrutura confiável de controle dirigida à redução dos abusos”<sup>179</sup>.

Nesse sentido, quando o Ministério Público abre mão dessa prerrogativa, combinando diferentes funções, acaba por retornar ao passado, haja vista que o problema não envolve a nomenclatura da instituição que realiza a investigação, mas

---

<sup>178</sup> Nesse sentido, foi fixada tese, em repercussão geral, assim sumulada: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas das profissões de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade - sempre presente no Estado democrático de Direito - do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição”. Cf. STF - RE 593727, Relator Ministro Cezar Peluso - Repercussão Geral - Mérito (Tema 184), julgado pelo Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015 e publicado em 08/09/2015.

<sup>179</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

sim a função exercida por essas instituições. Portanto, quando o órgão ministerial passa a investigar, faz as vezes da Polícia Judiciária; por conseguinte, se houver investigação, “será necessário criar estruturas de controle dessa investigação e não fará sentido pensar em um outro Ministério Público do Ministério Público”<sup>180</sup>. Esse é o escólio defendido por Prado cujo teor merece destaque:

O sistema de controle das atividades processuais, que se desdobra em função dos meios e recursos colocados à disposição das partes, termina por alcançar também a atividade de polícia judiciária, na medida em que tal atividade representa, por si só, uma espécie de poder capaz de afetar gravemente o patrimônio de direitos da pessoa investigada. A atividade de polícia judiciária, que consiste na apuração das infrações penais e sua autoria, amiúde invade a esfera de privacidade alheia e atenta, legalmente, contra a reputação pessoal da pessoa sob suspeita. É muitas vezes imprescindível que seja dessa maneira, pois a aquisição de informações demandará pesquisa a respeito da vida privada do investigado. As fronteiras entre o permitido e o proibido durante uma investigação criminal aparecem, pois, marcadas por balizas tênues e não raro, em busca de maior eficiência, o investigador cede à tentação de violar determinadas normas jurídicas de proteção da intimidade e da vida privada do investigado. Quanto mais grave a infração penal e mais convencido o investigador a respeito da procedência da sua suspeita, maiores são as chances de não ser rigoroso quanto à obediência aos direitos fundamentais do indiciado. Por conta disso, os parâmetros de legalidade na investigação criminal são sempre bem definidos e em praticamente todos os ordenamentos jurídicos que seguem a linha do brasileiro há uma instituição, a rigor o Ministério Público, que fica encarregada de fiscalizar os atos de investigação. Em vista dessa opção legislativa, o Ministério Público não pode investigar diretamente, prescindindo da polícia, sem atentar contra o princípio republicano de controle<sup>181</sup>.

Por essa razão, verifica-se que a atuação da Polícia Judiciária se evidencia, hoje, também como verdadeira garantia do investigado, considerando toda a fiscalização e filtro por que passará a atuação investigatória.

Sem embargo, é de suma importância ter consciência, também, de que até mesmo a concepção de um modelo de investigação, pautado em um paradigma garantista, deverá atender, inevitavelmente, aos interesses e aos direitos do Estado, da sociedade e de seus integrantes, permitindo, de forma efetiva, o desempenho eficiente das atividades, com a respectiva elucidação dos fatos<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2005.

<sup>181</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2005.

<sup>182</sup> SOUZA, Pedro Ivo de. *Investigação Criminal no Estado Constitucional: Reflexões sobre um novo paradigma investigatório*. 2016, p. 59-60.

Conforme observa Souza, “o Paradigma garantista deve assim ser construído sobre o pressuposto fundamental da tutela dos direitos de todas as pessoas envolvidas no conflito, e não somente da tutela do(s) investigado(s)”<sup>183</sup>.

Decerto que referida busca, notadamente, deverá se dar sem a utilização de mecanismos investigatórios considerados ilegítimos e promover o apontamento do efetivo autor do crime, para que este possa exercer a sua defesa de forma apropriada e para que não seja responsabilizado de maneira injusta. Contudo:

o paradigma garantista precisa também ser edificado sobre o pressuposto fundamental da eficiência das suas atividades, com foco na sua missão constitucional de elucidar os atos criminosos, impondo-se um desempenho de ação que seja mais coerente com as novas dinâmicas das relações<sup>184</sup>.

Todas estas premissas, portanto, estarão adstritas as investigações presididas por Delegados de Polícia, inclusive, as que tenham por objetivo promover a responsabilização de líderes de Organizações Criminosas pela prática de homicídios no contexto do tráfico de drogas<sup>185</sup>. Isto é, respaldada por uma carga maior de isenção, a função que o delegado exerce no comando de referidas investigações criminais, como primeiro garantidor da legalidade e da justiça<sup>186</sup> e sob os fundamentos do Estado Democrático de Direito, viabiliza uma carga maior de legitimidade da investigação preliminar do ponto de vista de um processo penal democrático.

Como assinala Dezam, “a investigação por meio do inquérito policial indistintamente direcionado à aferição da ‘verdade’ persecutória penal, a perpassar pela aferição dos elementos do conceito estratificado de ilícito penal, é reflexo dessa

---

<sup>183</sup> SOUZA, Pedro Ivo de. *Investigação Criminal no Estado Constitucional: Reflexões sobre um novo paradigma investigatório*. 2016, p. 61.

<sup>184</sup> SOUZA, Pedro Ivo de. *Investigação Criminal no Estado Constitucional: Reflexões sobre um novo paradigma investigatório*. 2016, p. 61.

<sup>185</sup> Nesse sentido, observa Dezam que “a autonomia investigativa e o exercício com juridicidade em prol da persecução criminal não perfazem um “cheque em branco” entregue ao Estado para seus fins punitivos, na medida em que encontram limites impostos pelo princípio constitucional do devido processo legal e pelos direitos e garantias fundamentais do acusado” (DEZAM, Sandro Lúcio. *Os contornos jurídicos da cognição no indiciamento do investigado no inquérito policial*. Breves notas sobre o caráter objetivo e subjetivo mitigado, limitado e não exauriente do ato de indiciamento. 2016, p. 269).

<sup>186</sup> Nesse sentido, foi a manifestação do ministro Celso de Mello no julgamento do HC. 84548 STF. (STF - HC 84.548/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado pelo Tribunal Pleno em 04/03/2015 e publicado em 10/04/2015).

modernidade a dar justa causa à ação penal, de modo a servir de ‘filtro’, o inquérito policial, às acusações arbitrárias”<sup>187</sup>.

Dessa forma, será por intermédio do indiciamento, ato privativo do Delegado de Polícia, é que se verificará – mediante uma análise técnico jurídica devidamente fundamentada –, se foi auferida justa causa suficiente, durante a instrução da investigação preliminar, a amparar a atribuição de responsabilidade criminal aos investigados<sup>188</sup>.

Sob esse prisma, o indiciamento, como técnica de valoração e de aperfeiçoamento da imputação do ilícito, se apresenta ao presidente do inquérito como verdadeiro dever e poder “de análise e de valoração do fato típico e dos seus elementos ‘conduta’, ‘resultado’, ‘relação de causalidade’ e ‘tipicidade’ e o fato culpável”<sup>189</sup>.

É seguro concluir, portanto, que igualmente para os líderes de organizações criminosas responsabilizados por crimes executados por seus subordinados, o ato de ponderação sobre o indiciamento se apresenta também como verdadeiro dever-poder do Delegado de Polícia.

Isto é, traduzindo-se em autêntica hipótese de dizer o direito ao caso concreto, abordando os elementos do conceito estratificado do ilícito penal, o presidente da investigação preliminar justificará motivadamente e com base nos elementos informativos colhidos durante a instrução, a subsunção dos fatos imputados ao indivíduo à hipótese legal prevista como crime<sup>190</sup>.

---

<sup>187</sup> DEZAM, Sandro Lúcio. *Os contornos jurídicos da cognição no indiciamento do investigado no inquérito policial. Breves notas sobre o caráter objetivo e subjetivo mitigado, limitado e não exauriente do ato de indiciamento.* 2016, p. 258.

<sup>188</sup> Art. 2º da Lei 12.830/13: “As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado. [...] § 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”.

<sup>189</sup> DEZAM, Sandro Lúcio. *Os contornos jurídicos da cognição no indiciamento do investigado no inquérito policial. Breves notas sobre o caráter objetivo e subjetivo mitigado, limitado e não exauriente do ato de indiciamento.* 2016, p. 274.

<sup>190</sup> DEZAM, Sandro Lúcio. *Os contornos jurídicos da cognição no indiciamento do investigado no inquérito policial. Breves notas sobre o caráter objetivo e subjetivo mitigado, limitado e não exauriente do ato de indiciamento.* 2016, p. 274-275.



## 4.2 A *OPINIO DELICTI* COMO PRIMEIRO CRIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO DAS LIDERANÇAS

Como característica do Ordenamento Jurídico Brasileiro, a Constituição Federal em seu Art. 129, inciso I, atribui ao Ministério Público a exclusividade do exercício da ação penal. Nesse ponto, com o fito de sustentar o monopólio da administração da justiça e garantir ao Estado o exercício do *ius puniendi*, a obrigatoriedade da ação penal passa a ser uma exigência lógica do pressuposto de nenhum crime ficar impune (*nec delicta maneant impunita*)<sup>191</sup>.

Nesse cenário, representando o Estado na relação jurídico-substantiva entre este e o réu, o Ministério Público, como verdadeiro titular do *jus actionis* e do *jus puniendi*, é parte em sentido formal. Isto é, sujeito da relação processual instaurada com a ação penal, em sentido material e formal<sup>192</sup>.

Sendo assim, uma vez atingido um bem juridicamente tutelado pelo direito penal, surge para o Estado, por meio do órgão ministerial, a pretensão acusatória. Todavia, especialmente quando em pauta a complexidade envolvendo a responsabilidade de lideranças do crime organizado pelos ilícitos executados por seus subordinados, os critérios para a formação da *Opinio Delicti* pelos membros do Ministério Público merecem melhor atenção.

Note-se que a acusação decorrerá necessariamente da análise do promotor natural, cujo lastro decisório se baseará nos elementos informativos apresentados diretamente ao *parquet* ou nos indícios de autoria e materialidade apurados em investigação preliminar.

A formação da *Opinio Delicti* demandará, portanto, justa causa suficiente a subsidiar o oferecimento da ação penal, ou seja, a existência de um suporte probatório mínimo com o fim de legitimar uma acusação penal, considerando que a instauração de um processo pode causar danos irreparáveis ou de difícil reparação para o réu<sup>193</sup>.

Dessa forma, quando “no inquérito policial ou nas peças de informação, encontramos alguma prova da existência material da infração penal, de sua autoria

---

<sup>191</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 2019.

<sup>192</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. 2. 1997, p. 51.

<sup>193</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *A originalidade como condição para o regular exercício do direito de ação*. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 7, n. 13, p. 223-230 jul./dez. 2015.

ou participação e também prova mínima da ilicitude e culpabilidade, estará correto o exercício daquela ação penal condenatória”<sup>194</sup>.

Especificamente nos casos de crimes dolosos contra a vida, o objetivo da denúncia será sempre o de obter uma declaração de que a pretensão ministerial é admissível<sup>195</sup>. Referida análise se depreenderá da acusação admitida pela sentença de pronúncia, permitindo ao Ministério Público deduzir a pretensão punitiva de acordo com referida decisão.

Nesse ponto, as exigências para se formalizar uma denúncia em face de líderes de organizações criminosas, por seu turno, não será diferente. Contudo, a materialização do vínculo entre o líder de uma organização criminosa e o fato criminoso levado a cabo por seus integrantes tende a demandar um esforço investigativo consideravelmente maior, já que a imputação de autoria passa, necessariamente, pela identificação da hierarquia da Organização Criminosa.

Observe-se que a responsabilização das lideranças pela prática de crimes conexos ao de Organização Criminosa, a exemplo do próprio homicídio, não demanda uma condenação prévia pelo crime previsto na Lei 12.850/13. Em verdade, o que se exige é material probatório suficiente a subsidiar uma ação penal pautada no comando e no domínio exercido pelo líder e na atuação dos subordinados dirigidas ao proveito da Organização. Nesse ponto, não se pode confundir a exigência de substrato probatório mínimo a habilitar a proposição de responsabilidade a referidas figuras, com a pretensão de se criar um ônus da prova especial<sup>196</sup> a que o órgão ministerial teria que se desincumbir.

Sobre a temática, inclusive, parcela da doutrina salienta não se demonstrar aconselhável transpor categorias dogmáticas do processo civil, como a concepção do ônus da prova, para a esfera do processo penal. Partem do pressuposto de que o Ministério Público não seria parte e, por essa razão, não seria sua função “sustentar «a todo o custo» a acusação contra o arguido, mas sim auxiliar o juiz na descoberta da verdade material”. Significa dizer, que não recairia sobre o órgão ministerial “um «dever de acusação», mas antes um «dever de objectividade»”. Logo, não se

---

<sup>194</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *A originalidade como condição para o regular exercício do direito de ação*. 2015.

<sup>195</sup> Importante observar que, não obstante se tratar de um procedimento bifásico, para fins da presente pesquisa, se analisará, tão somente, a primeira etapa do procedimento do Tribunal do Júri. O delineamento se faz necessário, a fim de se evitar eventual desvirtuamento da proposta de pesquisa, diante das implicações que envolveriam os jurados na segunda etapa do procedimento.

<sup>196</sup> Leia-se de grau mais elevado, ou seja, muito além do necessário para ratificar as alegações da denúncia.

tratando de parte, não teria um interesse necessariamente contraposto ao do arguido<sup>197</sup>.

Nessa toada, seria até mesmo equivocado afirmar que, no caso de eventual absolvição por falta de provas, referida decisão seria desfavorável à acusação, já que “a absolvição por falta de prova, em todos os casos de persistência de dúvida no espírito do tribunal, não é consequência de qualquer ônus da prova mas sim da intervenção do princípio *in dubio pro reo*”<sup>198</sup>.

Em que pese esse posicionamento, o modelo acusatório adotado pelo Constituinte Originário parece inviabilizar a visão de imparcialidade que ainda se busca atribuir ao Ministério Público no Brasil<sup>199</sup>. Por essa razão, considerando a opção do legislador de se ter um “processo no qual haja uma dualidade de partes, em igualdade de condições, mas com interesse distintos [...] é perfeitamente possível afirmar que ao Ministério Público incumbe o ônus da prova dos fatos necessários para a condenação penal”<sup>200</sup>.

Nesse sentido, é incompatível com a concepção de um processo penal acusatório a visão do Ministério Público “como parte imparcial e portadora de um dever de descoberta da verdade, visando à correta aplicação da lei”<sup>201</sup>.

Com efeito, sob o prisma da persecução penal envolvendo a responsabilidade criminal de líderes pela prática de homicídios, elementos informativos que comprovem a hierarquia e o nexos de aproveitamento, por exemplo, são componentes que necessariamente deverão constar do caderno indiciário, a fim de respaldar a pretensão acusatória.

Dessa forma, é exatamente na formação da *Opinio delicti* que o promotor natural observará se referidas condicionantes foram granjeadas na investigação e materializadas formalmente no inquérito policial. Conforme bem observado por Marques, “embora a ação penal pública seja obrigatória, não se pode recusar certa margem de liberdade ao Ministério Público, relativamente ao exercício ou não

---

<sup>197</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Clássicos jurídicos: Direito Processual penal*. 2004, reimpressão. Vol. 1. 1.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. p. 212-213.

<sup>198</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Clássicos jurídicos: Direito Processual penal*. 2004, p. 212-213.

<sup>199</sup> Especialmente quando exerce a sua função de titular da ação penal.

<sup>200</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 215 e 240.

<sup>201</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. 2003, p. 240.

exercício da ação penal. Ora, que melhor instrumento para isso que o inquérito policial?”<sup>202</sup>.

Note-se, portanto, que o mero ato de imputar ao acusado uma conduta típica, ilícita e culpável, contempla tão somente o aspecto formal da peça acusatória. Para o efetivo e regular exercício da ação penal, demanda-se ainda que os fatos narrados na denúncia apresentem ressonância com os elementos informativos constantes do inquérito<sup>203</sup>, conforme assinala, Tornaghi<sup>204</sup>:

Refere-se o Código à exposição minuciosa, não somente do fato infringente da lei, como também de todos os acontecimentos que o cercaram; não apenas de seus acidentes, mas ainda das causas, efeitos, condições, ocasião, antecedentes e conseqüentes. A narrativa circunstanciada ministra ao juiz elementos que o habilitam a formar um juízo de valor. Para que o ato humano seja considerado bom, força é que o seja tanto no essencial quanto no accidental. No terreno do Direito punitivo a circunstância por si só não determina a punibilidade, exatamente por não ser essencial. Mas a consideração dela permite uma retribuição jurídica mais perfeita porque adequada à gravidade do delito. As circunstâncias estão admiravelmente resumidas no verso latino: Quis? Quid? Ubi? Quibus auxiliis? Cur? Quomodo? Quando?

O juízo valorativo exercido pelo promotor, com efeito, terá como condão as peças informativas que subsidiaram a ação penal. Destarte, denúncias que busquem responsabilizar, além dos executores, também os seus respectivos líderes como autores pela prática de homicídios no contexto do tráfico de drogas, estarão vinculadas a referidas premissas.

Será por meio da formação da *opinio delict* que o promotor natural analisará o conteúdo do caderno indiciário e a viabilidade jurídica da ação penal, notadamente, livre em sua independência funcional, para adotar a proposta jurídica de responsabilização<sup>205</sup> que entender adequada.

Nesse ponto, o órgão ministerial tem como parâmetro de avaliação o critério traduzido no brocardo *in dubio pro societate*. Com base nesse pressuposto, cabe ao órgão ministerial, em havendo suporte mínimo e considerando a efetiva

---

<sup>202</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol 1. Campinas: Bookseller, 1997, p. 153.

<sup>203</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 97.

<sup>204</sup> TORNAGHI, Helio Bastos. *Curso de Processo Penal*. Vol. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 43.

<sup>205</sup> Tratam-se das hipóteses já debatidas na presente pesquisa.

probabilidade de procedência da ação penal, no caso de eventual dúvida, oferecer denúncia<sup>206</sup>.

Trata-se, inclusive, de uma conclusão lógica do sistema, uma vez que o próprio juízo competente, quando da análise da denúncia oferecida pelo *parquet*, para fins de recebimento da peça inicial, também se encontra balizado pelo mesmo critério. É o que ensina o Superior Tribunal de Justiça no AgRg no AREsp 620058 / DF da 5ª turma<sup>207</sup>:

NULIDADE DA INCOATIVA. APONTADA OFENSA AOS ARTIGOS 158 E 159, AMBOS DO CPP. IMPRESTABILIDADE DE PROVA PERICIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. 1. O juízo de admissibilidade da ação penal é norteado pelo princípio do *in dubio pro societatis*, de forma que, na presença de indícios de autoria e prova da materialidade dos fatos, a denúncia deve ser recebida para que se dê regular processamento ao feito. 2. As Instâncias de origem concluíram que, para fins de recebimento da incoativa, oportunidade na qual é realizado um juízo perfunctório de admissibilidade da ação penal, a perícia oficial pretendida pela defesa seria prescindível, na medida em que haveria outras provas suficientes a comprovar a materialidade delitiva. 3. O juízo definitivo sobre a materialidade, apta a lastrear uma condenação, é realizado após a regular instrução probatória e não por ocasião do juízo perfunctório de admissibilidade da ação penal, circunstância que afasta a arguida nulidade da peça de acusação e o indigitado malferimento dos dispositivos infraconstitucionais referidos.

À vista do exposto, apesar de criticado por parcela da doutrina<sup>208</sup>, o *in dubio pro societate* – seja na análise do inquérito policial pelo promotor natural para o oferecimento da denúncia, seja pelo juízo da instrução para o recebimento da peça

<sup>206</sup> Nesse sentido, destaca-se o precedente a seguir: HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO VERIFICADA. AUSÊNCIA DE DOLO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS. ORDEM DENEGADA. 1. A denúncia atende os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, dando aos réus o pleno conhecimento do fato típico que lhes é imputado e permitindo o amplo exercício do direito de defesa. 2. Só se admite o trancamento da ação penal em casos excepcionais, quando é manifesta a ausência de tipicidade ou de indícios mínimos de autoria e de materialidade, ou quando há causa extintiva da punibilidade. 3. A ausência de dolo só pode ser declarada se for possível aferi-la de plano e de modo irrefutável. A ação penal, na fase do oferecimento da denúncia, é regida pelo princípio *in dubio pro societatis*. No caso dos autos, seria necessário amplo revolvimento probatório para verificar a tese defensiva, o que não se admite em habeas corpus. 4. Ordem denegada. (STF - HC 93341, relatoria Ministro Joaquim Barbosa, julgado pela Segunda Turma em 05/08/2008 e publicado em 06/02/2009). No mesmo sentido conferir ainda: STJ RHC 120.607/MG; HC 465.240/PR e STF: AO 2.275; AO 2.075.

<sup>207</sup> Relatoria do Ministro Jorge Mussi, julgado em 14/03/2017 e publicado em 22/03/2017.

<sup>208</sup> Assim observa Rangel: “Não aceitamos mais o princípio do *in dubio pro societate* como inspirador do oferecimento de denúncia quando o Promotor estiver na dúvida se oferece ou não a petição inicial e, portanto, o ato de recebimento da peça exordial deve estar lastreado pelo *fumus comissi delicti* que irá autorizar sua fundamentação. De nada adiantaria a Constituição Federal assegurar a motivação das decisões judiciais se o magistrado pudesse receber a denúncia sem motivar sua decisão. Ou se garante ao cidadão a ciência dos motivos pelos quais o Estado-administração o está processando ou de nada vale a garantia da motivação das decisões judiciais” (RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri – Visão Linguística, histórica, social e jurídica*. 2.ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, p. 107).

acusatória –, evidencia-se como parâmetro incorporado efetivamente ao sistema processual penal brasileiro.

Em verdade, assim como no procedimento ordinário, a assunção do *in dubio pro societate* na etapa inicial do procedimento do júri, – leia-se, oferecimento e recebimento da denúncia –, coaduna-se com o grau de ponderação passível de exigência, respectivamente, tanto do promotor quanto do magistrado, diante dos indícios que se encontram colacionados ao processo. Isto é, quando se têm nos autos elementos informativos colhidos na investigação preliminar, notadamente, sem a presença do contraditório, não haveria razão para, em havendo justa causa, não se dar continuidade ao procedimento, reconhecendo-se, por conseguinte, a importância do juízo valorativo na esfera policial, por intermédio do ato de indiciamento do Delegado de Polícia<sup>209</sup>.

#### 4.3 STANDARDS PROBATÓRIOS: A VALORAÇÃO DA PROVA NO JUDICIUM ACCUSATIONIS

Conforme já destacado, mesmo no caso da responsabilização de lideranças, numa perspectiva instrumental, o processo penal por meio de investigações e processos criminais permite à sociedade responder às violações dos interesses protegidos pelas normas do Código Penal e pela própria Constituição.

Sob o prisma do Poder Judiciário Brasileiro, contudo, indaga-se, hoje, se além de vinculado ao seu caráter instrumental, estaria o processo penal – e consequentemente as ações penais vinculadas ao tema – também ainda adstrito à busca de uma chamada verdade real.

Observe-se que a resposta para o questionamento passa necessariamente pelos elementos fundantes do processo penal e pela ideia de Justiça assumida no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Nesse ponto, ao contrário do Sistema Norte-

---

<sup>209</sup> Nesse ponto, evidencia-se a importância da investigação preliminar conduzida pela Polícia Judiciária, na figura do Delegado de Polícia, como fator diferencial para a legitimação do *in dubio pro societate* nas etapas de oferecimento e de recebimento da Denúncia. Nesse sentido, como se verificará a seguir, na sentença de pronúncia, já com o contraditório efetivo, entende-se que do magistrado passa-se a exigir um grau de convencimento maior, traduzido no *Standard* da preponderância de provas. Quanto à temática, vale transcrever importante observação de Tornaghi: “a afirmação do Ministério Público na denúncia difere da afirmação do juiz na sentença, não só pelo aspecto jurídico, mas também pelo prisma lógico: o juiz afirma a responsabilidade do réu de maneira apodítica, o Ministério Público afirma de maneira assertória ou mesmo problemática. A conclusão do juiz é categórica, a do ministério público é hipotética” (TORNAGHI, Hélio Bastos. *Comentários ao Código de Processo Penal*. vol 1. Tomo 2. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, p. 45-46).

Americano, que traz a tradição do processo penal como elemento de pacificação social de conflito, fruto da adoção de um modelo adversarial, trabalhando, assim, com a ideia de uma “verdade provável” (*probable truth*), a matriz brasileira repousa na descoberta da verdade real como elemento de Justiça e fator de legitimação das decisões judiciais<sup>210</sup>. Conforme destaca Badaró, “ainda que a verdade seja uma utopia, uma justiça sem ela como norte seria um sistema de arbítrio”<sup>211</sup>.

No caso brasileiro, portanto, a busca por referida verdade evidencia-se como consequência dos resquícios de um modelo inquisitorial, considerando o contexto histórico e social de edição do estatuto processual penal, que atribuía à figura do julgador natureza de grande destaque<sup>212</sup>. Nesse sentido, não obstante a assunção de um modelo acusatório na CF/88, as raízes da figura do “juiz diretor” ainda se mostram fortes no Ordenamento Jurídico Brasileiro<sup>213</sup>, conforme se verifica da própria exposição de motivos do CPP<sup>214</sup>:

o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade.

Diante do exposto, pode-se afirmar que ambos modelos de processo “perseguem a verdade como objetivo”. Nesse sentido, “a suposta identidade entre o *telos* do processo inquisitório e acusatório assenta-se no fato de que ambas as formas processuais convergem para a escolha política de escorar a decisão judicial em provas”<sup>215</sup>.

---

<sup>210</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>211</sup> BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coord. José Roberto dos Santos Bedaque et al. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

<sup>212</sup> Sobre o tema, destaca Gomes Filho: “Com relação às provas, não é difícil constatar a aberta adesão ao sistema inquisitório, visto como um progresso ou ‘forma superior do ordenamento processual’, pois reconhecia a ‘verdadeira essência do processo, isto é, uma indagação crítica imparcial da verdade’. A busca obsessiva dessa verdade, que caracterizava a inquisição canônica e dos Estados absolutos, e que sempre teve indisfarçados objetivos políticos, passava então a encontrar uma justificação racional, haurida do positivismo criminológico” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. 1997).

<sup>213</sup> Um dos maiores exemplos do exposto é o fato de que mesmo após a Constituição de 1988, novos dispositivos legais continuam a atribuir à figura do juiz, poderes instrutórios.

<sup>214</sup> CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do CPP*, item VII.

<sup>215</sup> PRADO, Geraldo. *Prova Penal e Sistema de controle epistêmicos*. São Paulo: Marcial Ponz, 2014, p. 24.

Note-se, conforme destacado acima, que um dos reflexos diretos da opção por um determinado sistema processual se dá diretamente na forma de Valoração de Provas adotado nos processos de natureza criminal.

Consoante previsão expressa no CPP, no sistema da Livre Convicção, “o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção” sendo, de tal maneira, “restituído a sua própria consciência” – o que não significa, porém, que o livre convencimento se traduz em puro capricho de opinião ou simples arbítrio na apreciação das provas. O juiz criminal, portanto, “está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença”<sup>216</sup>.

Ressalte-se que, para Ordenamentos que seguem a tradição romano-germânica<sup>217</sup>, a adoção da Livre Convicção do magistrado como lastro do sistema de valoração de provas apresenta-se, realmente, como melhor opção, considerando as vantagens inerentes ao modelo (fundamento na razão, inteligência e tirocínio do julgador)<sup>218</sup>. Isso não significa, entretanto, que o modelo esteja isento de falhas.

Pelo contrário, muito se crítica sobre o alto risco de subjetivismo e arbitrariedades nas decisões que têm por base, tão somente, a convicção do magistrado sobre as provas produzidas, sem a existência, por conseguinte, de critérios objetivos que funcionem como balizas para o juiz.

Nesse contexto, aliás, é que surge na doutrina vertente que defende a prescrição de regras para a investigação da verdade por meio de provas<sup>219</sup>, ou seja, regras orientadoras que tenham o condão de “limitar a discricionariedade, em um procedimento complexo que precede a tomada de decisão [...] a saber: a análise da legalidade da prova, a determinação de sua pertinência e utilidade, o peso das distintas proposições e a construção do relato judicial de justificação”<sup>220</sup>.

<sup>216</sup> CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do CPP*, item VII.

<sup>217</sup> Sobre a tradição de Civil Law no Brasil, destaca Buriel: “No direito brasileiro, tributário da tradição de *civil law*, era muito comum a exaltação da lei como expressão única do Direito e a compreensão da interpretação como ato de revelação da vontade do legislador, ou seja, seria exigido que o intérprete se colocasse no lugar do legislador e executasse o seu pensamento” (MACEDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2ª ed. Salvador: Juspodvm, 2017, p. 135). Em sentido contrário, porém, defendendo o hibridismo da tradição brasileira, alicerçado em um “paradoxo metodológico” em função da incorporação de influências tanto do Common Law quanto do Civil Law, cf. ZANETI JUNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre Processo e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16-20.

<sup>218</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense 2007, p. 1.

<sup>219</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. 2007, p. 1.

<sup>220</sup> PRADO, Geraldo. *Prova Penal e Sistema de controle epistêmicos*. 2014, p. 39-40.



Nesse sentido, referida liberdade de apreciação pelo magistrado demandaria uma valoração dentro de parâmetros racionais objetivos e controláveis, perfazendo, com efeito, a potencialização da segurança jurídica, a redução da ocorrência de arbitrariedades e o impedimento de deformidades de cognição. Para tanto, o modelo de *Standards* típico de países com tradição no *Common Law*, figuraria como melhor critério a ser utilizado<sup>221</sup>.

Por outro lado, não se nega haver certa relutância por países de cultura no sistema de *Civil Law* em incorporar a ideia de *Standards* em seus Ordenamentos Jurídicos. Primeiramente, por haver uma excessiva dileção ao conceito abstrato de livre apreciação de provas. Quanto à referida afirmação, no entanto, cumpre ressaltar que a verdade real, cuja busca norteia a atuação do magistrado na valoração das provas no processo, também pode ser alcançada dentro de parâmetros racionais e objetivos de apreciação da prova. A adoção de *Standards*, portanto, não significaria o fim da busca pela verdade, mas sim a criação de limites cognitivos dentro de um contexto processual<sup>222</sup>.

Em segundo lugar, a regra em países com tradição no sistema de *Civil Law* é a de não se trabalhar, aprioristicamente, com o sistema de precedentes. No tocante a este segundo argumento, de fato, esse fator se evidencia como elemento de dificuldade nesses ordenamentos, uma vez que a própria formação de balizas objetivas de valoração da prova em determinados contextos processuais – lastreadas na construção de precedentes formados ao longo de anos de julgamentos de casos paradigmáticos nos Tribunais de vértice – não encontra respaldo e legitimidade típicos da experiência do sistema de *Common Law*.

Para a realidade brasileira, portanto, a dúvida cinge-se em saber se o conceito de *Standards* foi ou não assimilado pelo Ordenamento Jurídico. O questionamento merece o devido aprofundamento, haja vista não ser incomum, em decisões de natureza criminal, a utilização de *Standards* como fundamento para justificar a condenação ou absolvição proferida pelo magistrado diante do arcabouço probatório construído nos autos.

Em resposta ao questionamento, verifica-se que com o advento da Lei 13.964/19 se sanou qualquer dúvida sobre a incorporação ou não da ideia de

---

<sup>221</sup> COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e Standards de prova. In: *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. Coord.: Camilo Zufelato e Flávio Luis Yarshell. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 356-365.

<sup>222</sup> COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e Standards de prova. 2013, p. 374.

*Standards* no processo penal brasileiro. Isso porque, assim como o CPC/2015, o CPP passou a incorporar o sistema de precedentes no processo penal, não se podendo negar o reconhecimento de determinados *Standards* fixados por meio de julgados no âmbito dos tribunais de vértice (inteligência do Art. 315, §2º, V e VI do CPP<sup>223</sup>).

Nesse sentido, vale destacar o precedente do Supremo Tribunal Federal que reconhece de forma expressa o *Standard* da “prova acima de qualquer dúvida razoável” (AP 521 - Rel. Min. Rosa Weber, DJe 05.02.2015) como baliza à atuação do magistrado:

A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a melhor formulação é o 'standard' anglo-saxônico - a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável -, consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Porém, a mesma lógica não é seguida quando observados os precedentes formados em processos que abrangem os demais ramos do direito. O apontamento se faz relevante, haja vista que, no direito comparado, original do sistema *Common Law*<sup>224</sup>, os modelos de *Standards* variam de acordo com o grau de probabilidade de ocorrência do fato alegado em consonância com o objeto discutido na matéria. Isto é, quanto mais cara a matéria discutida, maior será a exigência no tocante à demonstração de probabilidade de ocorrência do alegado sob o prisma probatório.

Nestes ordenamentos, no caso de temas de âmbito civil, por exemplo, sobressai o *Standard* da “preponderância de provas”. Já no âmbito civil especial<sup>225</sup>, impera o *Standard* da “prova clara e evidente”. Na esfera criminal, por outro lado, prevalece o *Standard* da “prova além da dúvida razoável”<sup>226</sup>.

Mais importante, no entanto, é que os modelos de *Standards*, além de possuírem uma techedura aberta, permitindo, por conseguinte a sua adequação a

<sup>223</sup> “Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. [...] § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;”

<sup>224</sup> Direito Norte-americano e Anglo-saxônico.

<sup>225</sup> V.g. Improbidade administrativa.

<sup>226</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. 2007, p. 37-45.

cada caso concreto<sup>227</sup> de acordo com suas especificidades – pressupõe a sua fixação como questão de direito antecedente para as partes, funcionando referida condição como verdadeiro requisito de validade. Isso, contudo, leva a outro questionamento: se no Brasil não existe questão de direito antecedente sobre o *Standard* fixado para fins de julgamento, cabe, ainda assim, afirmar este como um critério válido nas sentenças proferidas ou significaria a sua utilização mero argumento retórico?

Observa-se, portanto, que a incorporação da ideia de *Standards* no Brasil se deu de forma diferente. Primeiramente, porque não há correspondência no Brasil da etapa conhecida como *Discovery* do direito Norte Americano. Como resultado, a matéria probatória a ser apresentada e debatida pelas partes de forma prévia, incluindo nesta fase a ciência do *Standard* que será utilizado no julgamento, não ocorre, maculando definitivamente o requisito de antecedência inerente ao instituto.

Em segundo lugar, pois não há o reconhecimento oficial de *Standards* nos demais ramos do direito, fazendo que se tenha apenas uma única referência de *Standard* oficialmente reconhecida pelos Tribunais no Ordenamento, no caso, o da “prova além da dúvida razoável” no processo penal<sup>228</sup>.

A situação se agrava, ainda mais, quando se verifica que o CPC/15 ao tratar sobre a tutela provisória no âmbito do processo civil enuncia como uma das hipóteses para a concessão de tutela de evidência que a petição inicial “seja instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”.

Analisando o artigo, evidencia-se a utilização de um *Standard* originariamente do processo penal para uma hipótese de tutela provisória no processo civil, o que vai de encontro com toda a sistemática do instituto, cujos parâmetros são estabelecidos conforme o grau de probabilidade de determinado fato a ser comprovado, de acordo, também, com o bem jurídico tutelado pelo ramo do direito em questão. Isto é, existe toda uma lógica para que, no âmbito criminal, o *Standard* probatório possua grau maior de exigência para o convencimento do magistrado: no processo penal, opera-se com a presunção de inocência.

---

<sup>227</sup> Cita-se como exemplo o modelo de “prova excludente de qualquer hipótese de inocência” utilizado para processos penais, fundados em “*circunstancial evidences*” (provas indiciárias). Nesse sentido, KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. 2007, p. 42.

<sup>228</sup> Verificaremos, a seguir, doutrina que sustenta a existência de outras hipóteses de *Standards* no processo penal brasileiro, inclusive, prevista, em tese, pelo próprio Legislador.

Sendo assim, novamente, deve-se analisar com cautela a incorporação de institutos do direito comparado no Ordenamento Brasileiro, haja vista que estes devem passar por uma adaptação diante do contexto local, havendo, com efeito, verdadeira “tradução” e não o devido “transplante” da matéria ao país incorporador<sup>229</sup>.

Não se desconhece também quem sustente que o próprio Sistema processual penal pátrio já prevê hipóteses de *Standards* probatórios<sup>230</sup>. Sobre a questão, porém, é de observar que a formação do *Standard* se dá com base na experiência dos precedentes construídos a partir de julgamentos e não em formatos abstratos fixados na legislação.

Diante de todo o exposto, pergunta-se: entendido que o Ordenamento Jurídico Brasileiro assimilou a ideia de *Standards* probatórios no âmbito do Processo Penal, conforme se tem verificado nas decisões supracitadas, deve o juiz, no momento da pronúncia, estar balizado em um modelo de constatação mais criterioso?

Especificamente sobre o *Standard* de prova além da dúvida razoável, principal parâmetro na esfera do processo penal, Taruffo<sup>231</sup> destaca a necessidade de um altíssimo grau de confirmação na relação estabelecida entre as provas e todos os elementos que compõe o nexos causal estabelecido, conforme destaca o autor:

O standard da prova ‘além de qualquer dúvida razoável’ exprime a exigência de que a culpabilidade do imputado seja demonstrada com um

---

<sup>229</sup> LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. 2017.

<sup>230</sup> Nesse sentido destaca Badaró: “Apenas a título exemplificativo, elencam-se alguns standards ou ‘modelos de constatação’, diversos da ‘prova além da dúvida razoável’, frequentemente utilizados no processo penal brasileiro: para a prisão temporária bastam ‘fundadas razões ... de autoria’ (Lei nº 7.960/89, art. 1º, inc. III), enquanto que para a prisão preventiva é necessário ‘indício suficiente de autoria’ (CPP, art. 312); já para a pronúncia não basta – no singular – indício suficiente, sendo exigidos ‘indícios suficientes de autoria’ (CPP, art. 413, caput); por outro lado, para o sequestro, ‘indícios veementes de proveniência ilícita dos bens’ (CPP, art. 126). No incidente de insanidade mental, basta a ‘dúvida sobre a integridade mental do acusado’ (CPP, art. 149, caput). Nas diversas situações mencionadas há variações do grau de probabilidade exigida, desde uma simples preponderância de uma hipótese sobre a outra, até uma probabilidade reforçada ou qualificada” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ano 2011 - Prisão em flagrante delito e liberdade provisória no Código de Processo Penal: origens, mudanças e futuro de um complicado relacionamento*. Disponível em: <http://www.badaroadvoogados.com.br/ano-2011-prisao-em-flagrante-delito-e-liberdade-provisoria-no-codigo-de-processo-penal-origens-mudancas-e-futuro-de-um-complicado-relacionamento.html> Acesso em: 20 ago. 2019).

<sup>231</sup> TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 295.

altíssimo grau de confirmação, praticamente equivalente àquele da certeza. A aplicação desse critério à prova do nexa causal acarreta consequências relevantes, dado que – como já se disse – o standard probatório deve valer para todos os componentes do enunciado relativo ao nexa causal. É necessário, portanto, que se demonstre além de qualquer dúvida razoável não só a afirmação relativa ao fato indicado como causa e aquela relativa ao fato indicado como efeito, mas também a existência de uma lei de cobertura idônea para fundamentar a inferência por meio da qual se afirma a existência do nexa causal específico. Por conseguinte, além de não ser suficiente que o juiz conjecture ou invente lei de cobertura, a sua existência deve ser demonstrada além de dúvida razoável.

Ocorre, porém, que o próprio Supremo Tribunal Federal, ao se manifestar sobre as balizas a que o magistrado está adstrito na primeira fase do procedimento do Júri, já se posicionou no sentido de não ser possível atribuir à decisão de pronúncia o mesmo peso de uma decisão condenatória. Por essa razão, no *judicium accusationis*, estaria o magistrado pautado por um *Standard* inferior, baseado na preponderância de provas incriminatórias<sup>232</sup>, conforme se verifica do conteúdo do informativo de jurisprudência 935 do Tribunal<sup>233</sup>:

É certo que, para a pronúncia, não se exige certeza além da dúvida razoável, diferentemente do que necessário para a condenação. Contudo, a submissão de um acusado a julgamento pelo tribunal do júri pressupõe a existência de lastro probatório consistente no sentido da tese acusatória, ou seja, requer-se um standard probatório um pouco inferior, mas, ainda assim, dependente da preponderância de provas incriminatórias. No caso em comento, conforme reconhecido pelo juízo de primeiro grau e também em conformidade com os argumentos aportados pelo tribunal, verifica-se a existência de preponderância de provas no sentido da não participação dos imputados nas agressões que ocasionaram o falecimento da vítima. Ainda que se considerem os elementos indicados para justificar a pronúncia em segundo grau e se reconheça a existência de estado de dúvida diante de lastro probatório que contenha elementos incriminatórios e absolutórios, igualmente a impronúncia se impõe. Isso porque, se houver dúvida sobre a preponderância de provas, deve ser aplicado o *in dubio pro reo*: CF, art. 5º, LVII (5); Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8.2 (6); e CP arts. 413 e 414 (7).

Cumprе rememorar que, na primeira fase do procedimento do júri, a pretensão acusatória busca tão somente declarar admissível a acusação em face dos denunciados, isto é, “o Ministério Público formula a acusação, mas não pede a

---

<sup>232</sup> Não se desconhece também que o próprio Supremo, assim como ocorre na decisão de recebimento da denúncia, já se posicionou no sentido de que na pronúncia o magistrado deverá ter como norte o *In dubio pro societate*, posição contudo com a qual não se concorda por uma questão lógica de avanço das etapas processuais e instrução dos autos com maior carga probatória sob o crivo do contraditório. Nesse sentido conferir: STF: ARE 1.250.182-AgR; ARE 986.566-AgR; ARE 873.294-AgR.

<sup>233</sup> STF - ARE 1067392/CE, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado pela Segunda Turma em 26/03/2019 e publicado em 02/07/2020.

aplicação de qualquer *sanctio juris*, pois se limita a pleitear, do juiz, que declare fundada a causa petendi e a imputação do crime ao denunciado”<sup>234</sup>.

É, portanto, com a sentença de pronúncia que o juízo decide se a pretensão acusatória em face de um réu irá a Júri ou não. Uma vez pronunciado o acusado, o próprio juízo delimitará o que deverá circunscrever a pretensão punitiva. Em verdade, o que se verifica nesta fase é “um controle jurisdicional prévio da acusação, para que o juiz a declare, ou não, apta a ser apresentada perante o Tribunal do Júri”<sup>235</sup>.

Nessa primeira etapa do procedimento do Júri, portanto, ainda que vigente, para parcela mais tradicional da doutrina o princípio do *in dubio pro societate*<sup>236</sup>, há reconhecidamente a prevalência de um *Standard* de preponderância de provas. Isto é, no tocante ao juízo valorativo formado para o proferimento da sentença de pronúncia se exige um razoável arcabouço probatório para o convencimento magistrado, ao contrário do que ocorre na hipótese de um juízo condenatório.

Dessa forma, com relação aos casos de atribuição de responsabilidade criminal de lideranças de organizações criminosas pelos homicídios praticados por seus subordinados, o raciocínio jurídico será o mesmo. Sendo assim, independentemente, da argumentação jurídica construída para se trazer referidos líderes à responsabilidade, não se vislumbra nestes acusados uma condição diferenciada, senão a de qualquer outro réu.

Portanto, assim como os demais autores/executores, devem ser apresentados, nos autos e durante a instrução, elementos (diretos ou indiretos) suficientes que comprovem o vínculo das lideranças com o crime investigado. Em outras palavras, material probatório o bastante a ratificar a posição de hierarquia do acusado na estrutura da Organização Criminosa e o denominado nexo de aproveitamento que estabelecerá o vínculo da prática do homicídio com a

---

<sup>234</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 314.

<sup>235</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol 1. 1997, p. 314.

<sup>236</sup> Criticando referido posicionamento destaca RANGEL: “Entendemos que, se há dúvida, é porque o Ministério Público não logrou êxito na acusação que formulou em sua denúncia, sob o aspecto da autoria e materialidade, não sendo admissível que sua falência funcional seja resolvida em desfavor do acusado, mandando-o a júri, onde o sistema que impera, lamentavelmente, é o da íntima convicção. O processo judicial, em si, instaurado, por si só, já é um gravame social para o acusado, que, agora, tem a dúvida a seu favor e, se houve dúvida quando se ofereceu denúncia, o que, por si só, não poderia autorizá-la, não podemos perpetuar essa dúvida e querer dissipá-la em plenário, sob pena dessa dúvida autorizar uma condenação pelos jurados” (RANGEL. Paulo. *Tribunal do Júri – Visão Linguística, histórica, social e jurídica*. 2009, p. 167).

organização. Referidos elementos, aliados às demais provas que compõem o caderno acusatório irão compor os requisitos indispensáveis para a prolação da pronúncia, previstos no Art. 413 do CPP<sup>237</sup>: materialidade do fato e indícios suficientes de autoria e participação.

É exatamente nesse ponto que o magistrado deverá se debruçar sobre o modelo jurídico de que se valerá para tratar da imputação de responsabilidade à figura dos líderes. Ou seja, justificar, uma vez presentes os requisitos, a *ratio decidendi* que permitiu imputar às lideranças das organizações criminosas responsabilidade criminal pela prática de homicídios executados por seus subordinados.

Consigne-se, contudo, que a pronúncia, em si, funciona também como verdadeiro freio que o Estado-Juiz coloca à disposição do acusado contra eventual acusação fora dos limites informativos do inquérito policial ou que eventualmente não encontre consonância com os elementos probatórios colhidos na instrução processual<sup>238</sup>.

Todavia, a despeito de referida garantia que a sentença de pronúncia resguarda ao acusado, o parâmetro a que estará adstrito o magistrado na apreciação do referido material probatório coligido aos autos, nesta fase do procedimento do Júri, terá como base o *Standard* da Preponderância de provas.

---

<sup>237</sup> Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. § 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

<sup>238</sup> RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri – Visão Linguística, histórica, social e jurídica*. 2009, p.167.

## CONCLUSÃO

Como se aúfere da presente abordagem, diante do incremento da criminalidade violenta oriunda da estruturação de organizações criminosas, em especial, a voltada para o tráfico de drogas, os Estados colocaram-se a debater sobre mecanismos aptos a regredir o avanço de referidas estruturas que contribuem para o aumento dos índices de violência.

No plano internacional, em primeiro lugar, a ideia de combate a referidas organizações e respectivas lideranças inicia-se a partir da década de 1970<sup>239</sup> e aperfeiçoa-se com a celebração de tratados internacionais<sup>240</sup> pela maioria dos países que buscavam o recrudescimento do enfrentamento da criminalidade organizada.

No âmbito nacional, o advento da Lei 9.034/90 e da Lei 12.850/13 demonstrou o compromisso brasileiro no que toca a referido desafio, atendendo ainda a uma diretriz de ordem constitucional, considerando os paradigmas do acesso à justiça e da garantia da segurança pública aos cidadãos.

Por outro lado, conforme observado, em especial com relação às figuras dos líderes das organizações criminosas, a responsabilização deles pelos crimes de seus subordinados em prol dessas organizações, decorreria, além dos pressupostos constitucionais supracitados, também da concepção de uma função comunicativa do Direito Penal.

Nesse ponto, o “processo de criminalização”<sup>241</sup> - adequado tanto sob o prisma das vítimas, quanto das autoridades -, passaria a ser questionado tão somente com relação ao seu panorama legal, já que atribuir responsabilidade às lideranças, para crimes conexos como o de homicídio, ainda dependeria, em tese, de uma análise minuciosa no que toca ao modelo adotado pelo Sistema Jurídico Nacional.

Primeiramente, diante da análise da evolução do instituto do concurso de pessoas, verificou-se que o Brasil já contava com normas que viabilizariam a imputação de responsabilidade criminal aos líderes pela prática de homicídios executados por subordinados em prol da Organização. As escolhas feitas pelo

---

<sup>239</sup> O *RICO* (*Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act*) foi promulgado pela Seção 901 da Lei de Controle do Crime Organizado de 1970 e foi normatizado no Código Federal dos Estados Unidos (U.S.C).

<sup>240</sup> A exemplo da Convenção de Palermo.

<sup>241</sup> DUFF, Antony. *Towards a modest Legal Moralism*. 2014.



legislador e pelos intérpretes nos tribunais de vértice estabeleceram de forma clara a distinção entre Participação e Autoria bem como a interrelação estabelecida entre a causalidade e o concurso de pessoas.

A questão passou a ter relevância, em verdade, diante da utilização da Teoria do Domínio do Fato pelo Supremo Tribunal Federal como critério para o julgamento dos acusados da Ação Penal 470 (caso Mensalão). Nesse ponto, evidenciou-se verdadeira incoerência interpretativa da teoria por alguns ministros do STF, o que fez surgir a dúvida quanto à validade da aplicação da teoria em âmbito nacional para os casos *a posteriore*.

Como resultado, analisando o conceito, a finalidade e o histórico do Domínio do Fato, aliados ao propósito da presente pesquisa, concluiu-se que a versão idealizada por Roxin, denominada Teoria do Domínio da Organização e subespécie do Domínio do Fato, é a que seria supostamente passível de aplicação no âmbito da AP 470; contudo, não da forma aplicada pela maioria dos ministros.

Não obstante, da forma adequada, reconheceu-se que esta poderia, a princípio, servir ao objetivo de trazer à responsabilidade os líderes de organizações criminosas pelos homicídios praticados por seus subordinados no contexto do tráfico de drogas. Para tanto, seria necessário, porém, entender a teoria na forma de uma “tradução jurídica”<sup>242</sup> a ser adaptada à realidade legal, social e histórica brasileira, conforme assinalado por Langer, Busato e Cavagnari<sup>243</sup>, demandando-se, por consequência, um esforço argumentativo maior por parte do Magistrado em sua *ratio decidendi*. Outrossim, seria necessária ainda, conforme jurisprudência pacífica no âmbito dos Tribunais Superiores, a comprovação efetiva em processos dessa natureza das circunstâncias fáticas que pudessem vincular o líder à prática do crime.

Em referida circunstância, que se denominou Nexo de Aproveitamento, encontrar-se-ia uma das condicionantes de imputação de responsabilidade, que nada mais seria do que um consectário lógico do nexos de causalidade. Ocorre que, considerando a moderna concepção de causação do resultado e o modelo de concurso de pessoas adotado no sistema nacional, a aferição de referido instituto já seria bastante a permitir imputar responsabilidade aos líderes em referido contexto, o que dispensaria a utilização do Domínio da Organização para referido objetivo.

---

<sup>242</sup> LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. 2017.

<sup>243</sup> Ver Capítulo 2 desta dissertação.

Conforme assentou-se, ao se revisitar a temática do concurso de pessoas, nos termos do Código Penal, restou consignado que a concepção de autoria e de participação estaria umbilicalmente relacionada ao conceito e à abrangência de causa. Nessa toada, partindo de um contexto atributivo de responsabilidade, abandonou-se o reducionismo da relação de causa e efeito a uma mera causalidade mecânica e, por conseguinte, assumiu-se uma visão intervencionista atributiva da causalidade. Nesses casos, a demonstração da transação interpessoal, ou seja, da hipótese em que as palavras ou atos do líder constituem ao menos parte das razões do subordinado praticar determinado crime, permite abranger, conseqüentemente, as causas remotas da mesma forma que as causas mais próximas<sup>244</sup>. Com efeito, a implicação dos líderes de organizações criminosas decorreria automaticamente da conseqüente reunião de elementos que comprovam não apenas as posições hierárquicas, mas principalmente as circunstâncias fáticas que os vinculam à prática de crimes dolosos contra a vida.

Inspirando-se em casos reais, foram elaborados ainda exemplos concretos dos argumentos apresentados e a conclusão de que, independentemente da forma de se atribuir responsabilidade - seja pelo Domínio da Organização, seja pelos institutos já previstos no Código Penal, a que se entende mais adequada -, a presença de determinados elementos, a exemplo do Nexo de Aproveitamento, é imprescindível à referida pretensão.

Sob esse prisma, a demonstração do Nexo de Aproveitamento e demais elementos que permitem a responsabilização se traduzem em verdadeira garantia dos investigados/acusados a que os órgãos que compõem o sistema criminal deverão se ater.

Nesse sentido, buscando trazer maior legitimidade e isenção ao trabalho de referidos atores na responsabilização de líderes, alguns pressupostos foram elencados como primordiais no âmbito da investigação preliminar e na esfera processual.

Primeiramente, no tocante à investigação, a atuação da Polícia Judiciária na presidência de investigações do gênero se demonstra como mais uma garantia do investigado, considerando toda a fiscalização e filtros por que passará a atuação do órgão pelos demais integrantes do sistema de justiça. Outrossim, partindo-se de um

---

<sup>244</sup> MENDES, Paulo Souza. *Causalidade complexa e prova penal*. 2019, p. 169 e 171.

paradigma garantista de investigação, lastreado sobre a premissa de tutela dos direitos de todas as pessoas envolvidas no conflito e aliado à necessidade de uma investigação eficiente, vislumbra-se a importância do indiciamento para o juízo valorativo a ser emitido na formação da *opinio delicti* e no recebimento da denúncia.

Em segundo lugar, ao órgão ministerial caberá o primeiro filtro de avaliação da investigação conduzida pela polícia judiciária, ou seja, o *parquet* verificará se dos autos constam elementos informativos suficientes a subsidiar uma denúncia pautada no comando exercido pelo líder sob seus subordinados com relação à prática de crimes dirigidos ao proveito da Organização. Acerca de referida análise, pontuou-se que não nasce para o órgão ministerial, entendido como parte processual no sistema acusatório, um incremento no ônus da prova a ser produzido, mas tão somente a necessidade de verificação das condicionantes para a imputação de responsabilidade às lideranças. Em outras palavras, justa causa que traga respaldo à natureza da acusação. Nesse contexto, apresentou-se o *in dubio pro societate* como critério balizador para fins de oferecimento da denúncia, considerando o estágio processual ainda sem a observância do contraditório.

Em última análise, sob a perspectiva do Poder judiciário, o juízo competente, por intermédio da decisão de recebimento da denúncia, realizará o primeiro controle sobre a ação penal para aferir a presença de indícios de autoria e materialidade suficientes a justificar a ação penal. Note-se que em referido estágio processual - ainda de natureza incipiente, desprovido de contraditório efetivo e pautado pelo *in dubio pro societate* -, a decisão lastreia-se essencialmente nos elementos indiciários colhidos na investigação preliminar e no filtro prévio da *Opinio Delicit* emada do Ministério Público.

Dessa forma, uma vez recebida a denúncia e superadas as demais etapas da instrução processual, surge para o magistrado, munido das provas produzidas a partir do contraditório, o dever de proferir a sentença de pronúncia. Nesse contexto, no que toca às balizas a que o magistrado está adstrito na primeira fase do procedimento do júri, foi apontado que, não obstante se entender que nesse momento não se aplica o *in dubio pro societate*, também não seria possível atribuir a referida sentença o mesmo peso de uma decisão condenatória.

Nesse sentido, assumido que o Ordenamento Jurídico Brasileiro adotou a concepção de *Standards* probatórios no âmbito do Processo Penal, consignou-se com base em precedente do Supremo Tribunal Federal que o magistrado no

momento da pronúncia deve pautar-se em um *Standard* de preponderância de provas. Outrossim, o fato de a ação penal envolver a responsabilidade criminal de lideranças de organizações criminosas pelos homicídios praticados por seus subordinados no contexto do tráfico de drogas não implica a assunção de um *standard* diferenciado.

Contudo, caberá ao magistrado, havendo conteúdo probatório suficiente a ratificar a posição de hierarquia do acusado na estrutura da Organização Criminosa e o denominado nexo de aproveitamento que estabelecerá o vínculo da prática do homicídio com a organização, prover a decisão de pronúncia com o modelo jurídico adotado para atribuir a responsabilidade ao líder. Nesse ponto é que o magistrado justificará as premissas jurídicas que o permitiram entender que o líder de determinada organização criminosa é também considerado autor ou partícipe do homicídio que resultou na ação penal em julgamento.

Sendo assim, seja pela “tradução jurídica” do Domínio do Fato<sup>245</sup> em sua subespécie denominada Domínio da Organização<sup>246</sup>, seja pelo instituto do concurso de pessoas, orientado pela abrangência do conceito de causa – adotado legalmente pelo Ordenamento Pátrio e o que se demonstra pragmaticamente mais adequado –, a motivação e o raciocínio jurídico desenvolvidos pelo magistrado deverão constar necessariamente de sua decisão.

---

<sup>245</sup> LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. 2017.

<sup>246</sup> Qualquer outra teoria ou precedente que queira se utilizar para trazer responsabilidade criminal na forma de autoria a referidos líderes demandará uma justificativa e um esforço argumentativo ainda maior.

## REFERÊNCIAS

ABI-ACKEL, Ibrahim. *Exposição De Motivos Nº 211, de 9 De Maio De 1983*. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>. Acesso em: 15 jan. 2022.

AFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileiras*. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/2826/0>. Acesso em: 15 jan. 2022.

BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coord. José Roberto dos Santos Bedaque et al. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo. *Ano 2011 - Prisão em flagrante delito e liberdade provisória no Código de Processo Penal: origens, mudanças e futuro de um complicado relacionamento*. Disponível em: <http://www.badaroadvogados.com.br/ano-2011-prisao-em-flagrante-delito-e-liberdade-provisoria-no-codigo-de-processo-penal-origens-mudancas-e-futuro-de-um-complicado-relacionamento.html>. Acesso em 20 set. 2021.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2005.

BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. A Teoria do Domínio do Fato e o Código Penal Brasileiro: The Theory of The Fact's Domain and The Brazilian Criminal Code. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, Vol. 2, Nº2, Jan.-Jun. 2017, 83-132. Disponível em: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i2.21>. Acesso em: 27 dez. 2021.

CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos (Código Penal de 1940). In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 6, n. 24, out./dez. 1969.

CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do CPP*. Disponível em: [https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf) Acesso em: 20 fev. 2022.

COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e Standards de prova. In: *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. Coord.: Camilo Zufelato e Flávio Luis Yarshell. São Paulo: Malheiros, 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Clássicos jurídicos: Direito Processual penal*. 2004, reimpressão. Vol. 1. 1.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

DEZAM, Sandro Lúcio. Os contornos jurídicos da cognição no indiciamento do investigado no inquérito policial. Breves notas sobre o caráter objetivo e subjetivo mitigado, limitado e não exauriente do ato de indiciamento. In: ZANOTTI, Bruno Taufner e SANTOS, Cleopas Isaías (Org.). *Temas Atuais de Polícia Judiciária*. 2.ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodium, 2016.

DUFF, Antony; FARMER, Lindsay; MARSHALL, Sandra; TADROS, Victor. *The Trial on Trial: Judgment and Calling to Account*. Vol. 2. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006.

DUFF, Antony. Towards a modest Legal Moralism. *Criminal Law & Philosophy* 8, 217-235, 2014.

GAMA E SILVA, Luís Antônio da. Exposição de Motivos do Ministro Gama e Silva (Código Penal de 1969). In: *Revista de informação legislativa*, v. 6, n. 24, out./dez. 1969.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: Estudos Introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

HART, A. L. A.; HONORÉ, A. M. *Causation in the law*. London: Oxford University Press, 1959.

HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal*. Vol. 1. Tomo 2. 7. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016.

IGARAPÉ.ORG. *Dado referente ao ano de 2018*. Disponível em: <https://igarape.org.br/em-ranking-mundial-de-homicidios-brasil-ocupa-13o-lugar/>. Acesso em 18 jul. 2019.

IPEA. *Atlas da violência 2018*. IPEA e FBPS. Rio de Janeiro: 2018. p. 4. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_instiucional/180604\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2018.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_instiucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf). Acesso em 14 jul. 2019.

IPEA. *Atlas da violência 2019*. IPEA e FBPS. Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo: 2019. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_instiucional/190605\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2019.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_instiucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf), p. 23. Acesso em 14 jul. 2019.

JARDIM, Afrânio Silva. A originalidade como condição para o regular exercício do direito de ação. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 7, n. 13, p. 223-230 jul./dez. 2015.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense 2005.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense 2007. Cap. I e II, p. 3-48.

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*. Vol. 2. Número 3. Belo horizonte: Centro de Investigações Interdisciplinares sobre o Delito, Jul.-Dez. / 2017.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LOPES Jr., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MACEDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: Juspodvm, 2017.

MARINONI, Luis Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. 1. Campinas: Bookseller, 1997.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. 2. Campinas: Bookseller, 1997.

MAY, Channing Sophia. *Transnational Crime and the Developing*. Global Financial Integrity: May, 2017. Disponível em: [https://www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2017/03/Transnational\\_Crime-final.pdf](https://www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2017/03/Transnational_Crime-final.pdf). Acesso em: 15 jan. 2022.

MENDES, Paulo Souza. *Causalidade complexa e prova penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

MILL, John Stuart. *Collected Works of John Stuart Mill*. Vol. 7.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; NASSAR, Bruno Nazih Nehme. Autoria como um conceito aberto: Teoria do Domínio do Fato, Teoria da Organização e o combate às novas formas de criminalidade no Brasil. *In: Fronteiras Interdisciplinares do Direito*. v. 1 n. 1 (2019). Disponível em: [Autoria como um conceito aberto: teoria do domínio do fato, teoria da organização e o combate às novas formas de criminalidade no Brasil | Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito \(pucsp.br\)](#). Acesso em: 15 jan. 2022.

NETFLIX. *Os mais procurados do mundo. Ismael Zambada García, o El Mayo: Chefe do Cartel de Sinaloa*. Direção: Christophe Barreyre e Grégory Roudier. Produção: Luc Hermann e Bernard Zekri Ouiddir. EUA. Produtora: Netflix Worldwide Entertainment, 2020.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 51. Número 201 jan./mar. 2014. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35965.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2022.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 38. ed. atual. Vol. 1. Saraiva: São Paulo, 2004.

OSORNO, Diego Enrique. *El Cártel de Sinaloa – Uma história del uso político del Narco*. 1.ed. México: Grijalbo, 2009.

PRADO, Geraldo. *Prova Penal e Sistema de controle epistêmicos*. São Paulo: Marcial Ponz, 2014.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 27ª ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2019.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri – Visão Linguística, histórica, social e jurídica*. 2.ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal - Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor S.A., 1992.

SOUZA, Pedro Ivo de. Investigação Criminal no Estado Constitucional: Reflexões sobre um novo paradigma investigatório. In: ZANOTTI, Bruno Taufner e SANTOS, Cleopas Isaías (Org.). *Temas Atuais de Polícia Judiciária*. 2.ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodium, 2016.

TARUFFO, Michele. *A prova*. tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008.

TORNAGHI, Helio Bastos. *Curso de Processo Penal*. Vol. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TORNAGHI, Helio Bastos. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Vol. 1. Tomo 2. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4 ed. rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000.



WELZEL, Hans. *Derecho Penal - Parte General*. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

ZAFFARONI, Raul Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 9. ed. rev. e atual. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011.

ZALUAR, Alba Maria. Nexos entre droga, violência e crime organizado. In: *Revista Brasileira de Sociologia*. v. 7 n. 17 (2019): set-dez | Dossiê Crime Organizado.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre Processo e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

USC. *United States Code*. Disponível em <https://uscode.house.gov/>. Acesso em: 15 jan. 2021.