

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC/SP**

Cíntia Marangoni

Domínio da Organização Criminosa e ônus da prova

Mestrado em Direito

São Paulo

2023

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP
Faculdade de Direito
Departamento de Direito Penal

Cíntia Marangoni

Domínio da organização criminosa e ônus da prova

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal, sob orientação do Professor Dr. Antonio Carlos da Ponte.

São Paulo

2023

Cíntia Marangoni

Domínio da organização criminosa e ônus da prova

Banca Examinadora

Professor Doutor Antonio Carlos da Ponte

Professor Doutor Pedro Henrique Demercian

Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida

Ao meu amor, Amaury, pelo apoio e parceria de vida, por vibrar com minhas vitórias e me incentivar constantemente a crescer e buscar meus objetivos.

Aos meus pais, pelo exemplo de honestidade, compromisso com a verdade e dedicação aos filhos, sempre incentivando o progresso nos estudos e meu desenvolvimento como pessoa, sendo para mim referências de amor à família.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço aos meus pais, Márcia e Mário Marangoni, por todo amor e dedicação em minha criação e formação, sempre incentivando e vibrando com cada vitória e etapa alcançada. Aos meus irmãos e cunhados, pelo carinho e incentivo, além da amizade fortalecida ao longo dos anos.

Também agradeço ao meu amor, Amaury, que com seu apoio e companheirismo me proporcionou a força e tranquilidade necessária nesse período.

Aos meus sobrinhos, afilhado e enteado, pela lembrança da importância das raízes fortes de uma base familiar, bem como por me trazerem esperanças de um futuro melhor.

Agradeço ao meu Professor Orientador, Dr. Antonio Carlos da Ponte, pela confiança e oportunidade, pelos ensinamentos essenciais para a confecção desta dissertação, bem como pelo modelo e exemplo de colega de Ministério Público de São Paulo, motivo pelo qual tanto me orgulhei de escrever e publicar artigos com sua coautoria.

Aos professores Eloisa de Sousa Arruda e Pedro Henrique Demercian, pelas valiosas sugestões e contribuições feitas por ocasião de minha banca de qualificação.

Aos professores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, que muito contribuíram para o enriquecimento do meu conhecimento durante o curso.

Aos companheiros de pós-graduação, agradeço pelo compartilhamento de ideias e aprendizado conjunto, sem contar com a amizade criada e fortalecida no decorrer do curso.

Aos prestimosos funcionários da Biblioteca Cesar Salgado, bem como da Biblioteca Hermínio Alberto Marques Porto, da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, que tanto me ajudaram na procura de livros e artigos científicos que embasaram o presente trabalho.

Aos amigos e colegas do Ministério Público do Estado de São Paulo, especialmente meus parceiros de Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado, pelas trocas de experiências e luta conjunta no combate ao crime organizado de nosso país.

Por fim, agradeço a Deus por todas as oportunidades e perspectivas de vida, além de toda a força espiritual que me proporciona.

RESUMO

O presente estudo tem por escopo demonstrar a relevância da adoção da teoria do domínio do fato, inclusive em seu viés domínio da organização, no âmbito do combate às organizações criminosas e empresariais, com vistas à garantia da proteção suficiente aos direitos fundamentais, notadamente o direito à segurança pública. Para tanto, defende-se uma verdadeira evolução da dogmática penal do concurso de agentes, diante do desenvolvimento da criminalidade contemporânea, cada vez mais organizada e sofisticada, com embasamento no princípio da proporcionalidade, em sua vertente do princípio da proibição da proteção deficiente, insuficiente ou subdimensionada. Ainda, com o mesmo intuito, este trabalho abordará os reflexos no ônus da prova decorrentes da adoção da teoria do domínio da organização, juntamente com alguns instrumentos probatórios existentes no ordenamento jurídico brasileiro, no combate ao crime organizado, principalmente os previstos na Lei nº 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado). Inclusive, destaca-se a menção à possibilidade da inversão do ônus da prova, para determinados crimes praticados pelo crime organizado, notadamente na lavagem de bens e capitais, conforme dispositivos previstos na Lei nº 9.613/1998, bem como em Tratados e Convenções Internacionais dos quais o Brasil é signatário. Nesse contexto, fez-se uma exposição de casos práticos, como o julgamento paradigmático do “Mensalão”, no qual a teoria do domínio do fato foi expressamente adotada, bem como em diversos outros julgados recentes dos Tribunais brasileiros, citando-se ainda um estudo de caso em concreto, envolvendo o conhecido “Cartel dos Cegonheiros” e o questionamento quanto à possibilidade ou não de sua eventual aplicação. Desse modo, conclui-se que a expansão da criminalidade na sociedade pós-moderna e a ineficiência estatal no enfrentamento à criminalidade organizada, demonstram a necessidade não apenas de instrumentos penais e processuais atualizados, como também de uma nova dogmática penal, aliados a políticas criminais consentâneas com a contemporaneidade - razão pela qual a teoria do domínio do fato, e sua versão da teoria do domínio da organização, tem sido adotadas pela jurisprudência e doutrina nacionais, em conformidade ao princípio da proibição da proteção deficiente.

Palavras-chave: domínio da organização criminosa; domínio do fato; crime organizado; ônus da prova; princípio da proibição da proteção deficiente.

ABSTRACT

The purpose of this study is to demonstrate the relevance of adopting the theory of the domain of fact, including its domain of organization bias, in the context of combating criminal and business organizations, with a view to guaranteeing sufficient protection for fundamental rights, notably the right to public safety. To this end, a true evolution of the criminal dogmatics of the contest of agents is defended, in view of the development of contemporary criminality, increasingly organized and sophisticated, based on the principle of proportionality, in its aspect of the *Untermassverbot*. Still, with the same intention, this work will address the reflections on the burden of proof resulting from the adoption of the theory of the domain of the organization, together with some evidentiary instruments existing in the Brazilian legal system, in the fight against organized crime, mainly those foreseen in Law n° 12.850 /2013 (Organized Crime Law). Also noteworthy is the mention of the possibility of reversing the burden of proof, for certain crimes committed by organized crime, notably in the laundering of assets and capital, in accordance with the provisions of Law n° 9,613/1998, as well as in International Treaties and Conventions to which Brazil is a signatory. In this context, an exposition of practical cases was made, such as the paradigmatic judgment of the “Mensalão”, in which the theory of the domain of the fact was expressly adopted, as well as in several other recent judgments of the Brazilian Courts, citing a study of a specific case, involving the well-known “Cartel dos Cegonheiros” and the questioning as to the possibility or not of its eventual application. Thus, it is concluded that the expansion of criminality in postmodern society and the state's inefficiency in confronting organized crime, demonstrate the need not only for updated criminal and procedural instruments, but also for a new criminal dogmatic, allied to criminal policies contemporary - which is why the theory of the domain of fact, and its version of the theory of the domain of the organization, has been adopted by national jurisprudence and doctrine, in accordance with the *Untermassverbot*.

Key words: domain by organization; domain of the fact; organized crime; burden of proof; *Untermassverbot*.

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Organograma do PCC.....	205
--	------------

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Conselho Administrativo de Defesa Econômica	CADE
Conselho de Controle de Atividades Financeiras	COAF
Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado	GAECO
Primeiro Comando da Capital	PCC
Procedimento Investigatório Criminal	PIC
Racketeer Influenced and Corrupt Organisations Act	RICO
Relatórios de Inteligência Financeira	RIF

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. SOCIEDADE PÓS-MODERNA E CRIMINALIDADE CONTEMPORÂNEA	18
1.1. Criminalidade da globalização e a necessidade de mudança de paradigma	24
1.2. Novos paradigmas do direito penal: das escolas clássicas ao funcionalismo penal	28
1.3. Nova dogmática penal e a teoria do domínio do fato	44
2. DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO	47
2.1. Primeiras menções da teoria do domínio do fato	54
2.2. Domínio do fato no finalismo	56
2.3. Domínio do fato no funcionalismo	58
2.3.1. Modelo tripartido de domínio do fato de Claus Roxin: domínio da ação, domínio da vontade e domínio funcional do fato	60
2.4. Principais diferenças entre as concepções de Welzel e Roxin	65
2.5. Fórmulas da doutrina e jurisprudência na determinação do conteúdo do domínio do fato	68
2.6. Da teoria do domínio da organização	70
2.6.1. Pressupostos do domínio da organização	75
2.6.1.1. Da (in)aplicabilidade do domínio por organização às sociedades empresariais	79
2.7. Domínio do fato no ordenamento jurídico brasileiro	85
2.8. Domínio do fato no caso do “Mensalão”	94
3. DO CONCURSO DE AGENTES	99
3.1. Teorias sobre o concurso de pessoas	102
3.2. Concurso de agentes e relação de causalidade	104
3.3. Requisitos do concurso de pessoas	109
3.4. Conceitos extensivo e restritivo de autor	112
3.4.1. Teoria extensiva (subjeto-causal)	112
3.4.2. Teoria restritiva (formal-objetiva)	114
3.4.3. Teoria do domínio do fato (objetivo-subjeto ou final-objetiva)	117
3.5. Da autoria mediata e imediata	119
3.6. Da coautoria e da participação	120
3.6.1. Da coautoria e da participação na teoria restritiva	120
3.6.1.1. Formas de participação (material ou moral) na teoria restritiva	121
3.6.1.2. Teorias que tratam da natureza jurídica da participação	123
3.6.2. Da coautoria e da participação na teoria do domínio do fato	125
3.7. Do concurso de pessoas nos crimes omissivos	126
3.7.1. Do concurso de pessoas nos crimes omissivos próprios	127
3.7.2. Do concurso de pessoas nos crimes omissivos impróprios	128
3.8. Do concurso de pessoas no crime de mão própria	129
3.9. Punibilidade no concurso de pessoas	130
4. DA TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO PENAL	133
4.1. Teoria geral da prova no processo penal clássico	141
4.2. Dos sistemas de avaliação ou valoração da prova	146
4.3. Do ônus da prova	148
4.4. Da inversão do ônus da prova	153
4.5. Da possibilidade de inversão do ônus da prova face ao princípio da proibição da proteção insuficiente	157
4.5.1. Inversão do ônus da prova nas convenções internacionais	158

4.5.2.	Tratados internacionais e mandados de criminalização	159
4.5.3.	Princípio da proporcionalidade e proibição da proteção deficiente, insuficiente ou subdimensionada.....	165
5.	TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO E ÔNUS DA PROVA	169
5.1.	Ônus da prova e domínio do fato	172
5.2.	A questão da responsabilização do “homem de trás”	184
5.3.	Ingerência penal e responsabilidade por omissão	186
5.4.	O “conceito aberto (ou geral) de autor” na teoria do domínio do fato.....	189
5.5.	Proibição da proteção insuficiente e o enfrentamento às organizações criminosas.....	192
6.	CRIMINALIDADE ORGANIZADA E NOVOS MEIOS DE INVESTIGAÇÃO E DE OBTENÇÃO DE PROVA	197
6.1.	Crime organizado: histórico, conceito e características. direito comparado.....	198
6.2.	Crime organizado: formas e aplicação da teoria do domínio do fato.....	208
6.3.	Novos meios de prova: prova digital, provas para o crime organizado e criminalidade econômico-financeira.....	211
6.4.	Estudo de caso (“Cartel dos Cegonheiros”)	226
	CONCLUSÃO	233
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	237

INTRODUÇÃO

Diante do surgimento de novas formas de criminalidade, com alto nível de organização, é imperativo vislumbrar a necessidade de garantir a proteção suficiente aos direitos fundamentais – notadamente o direito à segurança pública, a partir de construções dogmáticas aprimoradas no contexto da sociedade pós-moderna, visando ao garantismo penal integral condizente com os preceitos do Estado Democrático de Direito.

Isso porque, a despeito da existência de legislação especialmente criada com vistas à criminalidade organizada (notadamente a Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013¹, que revogou o anterior diploma legal, a Lei nº 9.034/1995)², a evolução da dogmática no concurso de agentes ostenta particular importância nessa seara, na medida em que os institutos tradicionais muitas das vezes não parecem adequados às figuras penais observadas nas modernas estruturas criminosas.

Com efeito, os conceitos de autoria e participação, estudados tradicionalmente no âmbito do concurso de pessoas no Direito Penal clássico, devem agora ser compreendidos no contexto da criminalidade contemporânea – visando não apenas a responsabilização dos mandantes e executores do crime, mas principalmente a subsunção adequada dos líderes das organizações criminosas, que não podem ser considerados como meros partícipes. Por esse motivo, imperativo o estudo da teoria do domínio da organização, a fim de serem delineadas algumas soluções na definição da autoria e responsabilização dos chefes do crime organizado.

Desse modo, apresenta-se salutar o estudo da autoria como um “conceito aberto”, em constante aprimoramento, no contexto da Teoria do Domínio do Fato, conforme ensinam Moraes e Nassar (2019, p. 19), ao desvelarem as construções de Claus Roxin.

Estes autores lembram que

novas questões como imputação objetiva, ações neutras, cegueira deliberada, ingerência penal e, especialmente, a teoria do domínio do fato, são frutos desse edifício jurídico pautado em elementos de política criminal que vem sendo expandido nas últimas décadas por uma série de mudanças de paradigmas daquilo que se chama sociedade pós-moderna ou pós-industrial (MORAES; NASSAR, 2019, p. 22).

¹ A Lei nº 12.850/2013 define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal e os meios de obtenção da prova.

² O crime organizado também se situa na normativa internacional, conforme o que dispõe a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), ratificada pelo Brasil junto à Secretaria-Geral da ONU em 29 de janeiro de 2004, em vigor no Brasil desde 28 de fevereiro de 2004 e promulgada pelo Decreto nº 5.015/2004.

Nesse contexto, imperioso o estudo da teoria do domínio da organização, formulada por Claus Roxin, na década de 1960, como sendo uma das manifestações dos delitos de domínio, sob a concepção da Teoria do Domínio do Fato, no sentido de compreender tais concepções no âmbito do sistema jurídico brasileiro atual (MORAES; NASSAR, 2019, p. 26-27).

Como explicam Moraes e Nassar (2019, p. 28):

a teoria da organização compreende ser verdadeiro autor mediato o indivíduo que se utiliza de uma organização verticalmente estruturada e dissociada da ordem jurídica para emitir uma ordem criminosa, cujo cumprimento é levado a cabo por executores fungíveis, que operam como verdadeiras engrenagens integrantes de uma máquina criminosa.

Nesse sentido, Lemos Júnior (2012, p. 254) conclui quanto à responsabilização criminal do chefe de uma organização criminosa, defendendo que “a autoria mediata fundada no domínio da organização, à vista de sua manifesta estrutura vertical, responde com exatidão à responsabilidade da aludida fenomenologia criminal”.

Isso porque, conforme explica o mesmo autor, muitas das vezes “aludidos chefes atuam apenas na fase preparatória do crime, organizando e planejando seu desenvolvimento, sem intervir, portanto, na execução material do delito, o que, em tese, desvirtua a essência do instituto da coautoria” (LEMOs JÚNIOR, 2012, p. 255).

Assim explana Lemos Júnior (2012, p. 257):

Sendo incontroversa a intervenção do chefe da organização criminosa na fase preparatória, sem contribuir materialmente na execução do crime, o que precisa ficar demonstrada é a possibilidade do organizador ou planejador do crime dominar efetivamente o fato, pois, como bem demonstra a tese roxiniana, é inexorável reconhecer sua dependência, para a realização do ilícito, da iniciativa, da decisão e da confirmação do fato por parte de quem atua diretamente, na medida em que a atuação deste é livre e independente.

Dessa feita, Lemos Júnior (2012, p. 284) também ressalta a construção de um “conceito aberto de autor”, com vistas à evolução da teoria da autoria:

Nesse sentido, cumpre destacar a utilização da “política criminal como elemento fundamentador do conteúdo das categorias dogmáticas” da autoria levadas a cabo pela concepção de Direito Penal de Claus Roxin. Sublinhamos, neste particular, a superior fórmula da utilização de um *conceito aberto* de autor e a correlata doutrina do domínio do fato, que permitem, à luz do caso concreto, a construção de conceitos como da autoria mediata através do *domínio da organização*. Ao mesmo tempo em que este conceito tem aptidão para abranger em seu conteúdo os difíceis casos propiciados pelos crimes cometidos por organizações criminosas, ele preserva no âmbito da teoria da autoria “o Direito Penal como a infranqueável barreira da política-criminal”. Assim, Roxin erigiu a teoria da autoria em condições de adaptar-se à criminalidade contemporânea.

De fato, as particularidades do crime organizado demandam um tratamento jurídico especializado, além da dogmática tradicional do concurso de pessoas, sob pena do Estado continuar em um enfrentamento tímido e desatualizado, haja vista a progressão geométrica de expansão dessas formas de criminalizada sofisticada.

Do contrário, seria admitir-se uma proteção penal insuficiente aos bens jurídicos que deveriam ter maior resguardo em um Estado Democrático de Direito (tais como a vida, a integridade física etc.), conforme bem expõe Bonfim (2010, p. 95):

Por fim, a outra modalidade do princípio da proporcionalidade – esta praticamente desconhecida na doutrina e jurisprudência nacionais – é a da ‘proibição da proteção deficiente’ ou princípio da proibição da infraproteção (*Untermassverbot*, dos alemães), pela qual se compreende que, uma vez que o Estado se compromete pela via constitucional a tutelar bens e valores fundamentais (vida, liberdade, honra etc.), deve fazê-lo obrigatoriamente na melhor medida possível.

Assim, com relação ao objeto do presente trabalho, nota-se que o princípio da proibição da proteção deficiente (ou proibição de infraproteção), apresenta-se como uma das vertentes do princípio da proporcionalidade, que deve ser observado tanto nas construções legislativas, quanto pelos aplicadores do Direito³, como ressalta o mesmo autor:

Note-se que ambas as modalidades do princípio da proporcionalidade (proibição de excesso e proibição de proteção deficiente) se aplicam não somente à criação da lei processual (dirigindo o princípio ao Poder Legislativo), mas também à aplicação da lei processual (dirigindo o princípio do Poder Judiciário). (BONFIM, 2010, p. 95).

Nesse sentido, Bonfim (1998, p. 194) há muito ressalta que “Se descriminaliza, despenaliza, desjudicializa o *pétit criminel* deve buscar a responsabilização penal do grande criminoso”. O mesmo autor ressalta os anseios da coletividade pela proteção global de seus direitos:

O título ‘direito penal da sociedade’ sugere o reclamo social pela tutela de seus valores mais caros, cuja incumbência é entregue ao Estado – deste se aguardando resposta – desde que avocou a si o *jus puniendi* comprometendo-se à uma satisfação ao ofendido e à sociedade por extensão. (...). A obra visa esclarecer a diferença – e buscar soluções – entre o direito penal formalizado (substantivo e adjetivo) pelo Estado, quantas vezes em conflito com o direito penal reclamado pelo cidadão e necessário para o próprio progresso social (BONFIM, 1998, p. 250-251).

³ Para este autor, o ato jurídico ou legislativo violador desse princípio seria nulo: “Uma das consequências, a nosso sentir, da violação do princípio da proporcionalidade em qualquer de suas vertentes é a possibilidade, não somente por parte da parte prejudicada, de sustentar a nulidade do ato judicial (ou *inconstitucionalidade da lei aprovada pelo Legislativo*) viciado por meio de recursos ordinários, como prequestionar a violação da Constituição Federal, podendo fundamentar e interpor até mesmo recurso extraordinário, socorrendo-se assim do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal” (BONFIM, 2010, p. 95).

Nesse contexto, depreende-se a importância da compreensão da segurança pública como direito humano fundamental, com vistas a resguardar a proteção penal suficiente dos bens jurídicos, aspirando ao garantismo da segurança social.

Ainda quanto à vedação da proteção penal insuficiente, ressaltam Moraes e Nassar (2019, p. 39):

É daí que surge a necessidade de adotar um garantismo integral, que pese nas duas grandes acepções da proporcionalidade, máxime para resguardar os direitos fundamentais de forma suficiente, violados ou ameaçados de lesão por essas graves formas de criminalidade como terrorismo e crimes perpetrados por organizações criminosas. Vedada é a proteção penal insuficiente.

No mesmo sentido, quanto à imperatividade de proteção suficiente a determinados bens jurídicos, ensina Ponte (2016, p. 96):

Como se observa, proporcionalidade não se limita à proibição de excesso, mas também à obrigatoriedade de proteção suficiente a determinados bens eleitos pela Constituição Federal, quais sejam, aqueles resultantes de mandados explícitos e implícitos de criminalização.

Nesse contexto, reconhece-se a insuficiência de instrumentos adequados, ou mesmo atualizados, ao tratamento de algumas figuras presentes nas estruturas das organizações criminosas, tanto no direito penal material como adjetivo.

E diante da premente necessidade de mudanças legislativas que resolvam os graves problemas do processo penal brasileiro, Aras (2019, p. 73) concluiu que “Enquanto não tivermos um novo CPP que corresponda à evolução das ciências criminais e das ciências correlatas, continuaremos a ver uma sucessão de reformas setoriais, algumas das quais fadadas ao insucesso, como já vimos outrora”.

Para tanto, no âmbito da criminalidade organizada, parece ser fundamental repensar alguns aspectos do atual sistema jurídico, relativos à dogmática sobre o concurso de pessoas. Ainda, o presente trabalho se delimitará a abordar os reflexos no ônus da prova decorrentes da adoção da teoria do domínio da organização – como corolário ao princípio da proporcionalidade⁴, em seu viés de proibição da proteção insuficiente.

⁴ Nesse aspecto, cumpre lembrar que em nossa Constituição, não há norma constitucional expressa que faça referência ao princípio da proporcionalidade, ou lhe trace o conteúdo, mas pode-se observá-lo nesse diploma ju político, seja porque decorre da concepção de Estado de Direito, seja porque ínsita no princípio do devido processo legal. Esse princípio, que nasceu para coibir excessos punitivos (administrativos e penais) do Estado, hodiernamente assume relevante papel de resolução de eventual entrechoque de outros princípios constitucionais (MORAES, 2008, p. 30-31). Nesse sentido, de que o princípio da proporcionalidade serve de instrumento de ponderação para, conforme o caso concreto, estabelecer um equilíbrio entre os direitos fundamentais e o interesse da persecução de crimes, desempenhando importante finalidade na funcionalidade do sistema, Zanoide de Moraes (2008, p. 32-33) lembra que a doutrina e a jurisprudência conceberam pressupostos e requisitos na aplicação legítima desse princípio. Assim, Zanoide de Moraes (2008, p. 33) relembra: “os pressupostos dividem-se em:

Desse modo, quanto à adoção da teoria do domínio do fato, pelo ordenamento jurídico brasileiro, lembram Moraes e Nassar (2019, p. 33):

o ordenamento não é inteiramente distante da teoria do domínio do fato. A redação do art. 5º, XLIII, da Constituição da República faz lembrar da autoria mediata e dos delitos de infração de dever; o Código Penal agrava a pena daquele que promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes (art. 62, I); leis como a Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) e a Lei Antiterrorismo (Lei nº 13.260/2016) se preocupam com autores mediatos que integram as estruturas delitivas organizadas.

Esse foco se justifica pelo fato de que este trabalho demonstrará a necessidade de admissão da “teoria da organização”, inicialmente com base no princípio da proporcionalidade e no princípio da proibição da proteção deficiente, com vistas à salvaguarda dos direitos fundamentais – e seus reflexos no ônus da prova.

Isso porque, no bojo da finalidade do processo penal, se destaca, fundamentalmente, a abordagem da necessidade de equilíbrio na posição das partes, procurando-se compensar eventuais desigualdades com base na possível violação do princípio da paridade de armas (decorrente do princípio constitucional da igualdade), com vistas ao processo eficiente e justo, que consiga assegurar a ambas as partes os exercícios de seus direitos, mediante o uso de procedimentos e recursos adequados.

Nesse aspecto, acerca de correntes fundamentais sobre a finalidade do processo penal, ensina Fernandes (2008, p. 24-25) sobre o “processo justo que assegure a ambas as partes os exercícios de seus direitos e as proteja com as garantias constitucionais”:

Finalmente, terceira posição entende que a finalidade do processo penal é a obtenção de um resultado justo que se legitime pelo procedimento adequado. Deve equilibrar as posições das partes, sem dar predominância a qualquer delas, procurando compensar eventuais desigualdades naturais ou jurídicas entre elas. Eficiente, nessa ótica, é o processo justo que assegure a ambas as partes os exercícios de seus direitos e as proteja com as garantias constitucionais.

Finalmente, no âmbito da Teoria Geral da Prova, serão revisitados diversos institutos, juntamente com a admissão de novos meios de prova, visando inovações nas formas de investigação do crime organizado e da criminalidade econômico-financeira, no que ganha especial relevo o estudo da inversão do ônus da prova.

Nesse diapasão, justifica-se o destaque dado ao estudo do ônus da prova no presente projeto, juntamente com os conceitos de Teoria do Domínio do Fato e Teoria do Domínio da Organização, já no âmbito da nova dogmática penal.

formal (correspondente à ‘legalidade’ do ato praticado) e material (consistente na sua ‘justificação teleológica’). Já os requisitos dividem-se em: ‘intrínsecos’ (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e ‘extrínsecos’ (judicialidade e motivação)”.

Como exemplo, Moraes e Nassar (2019, p. 35), ao tecerem comentários sobre a necessidade de comprovação do dolo do autor mediato (em posição de comando na organização criminosa), lembram do entendimento de que

seria prescindível a prova do dolo, em termos de evolução hermenêutica, na hipótese de domínio de organizações criminosas constituídas tão somente para a prática de crimes, desde que haja prova irrefutável: (i) da existência da organização; (ii) do efetivo comando do investigado ou processado e, pois, de seu caráter não fungível na estrutura; e (iii) da prática de um crime qualquer no contexto da organização criminosa.

Com efeito, quanto à questão das provas e suas limitações, Bonfim (1998, p. 131-132) lembra da dificuldade probatória nos “crimes de colarinho branco”, asseverando que:

A investigação científica terá que ser rediscutida pela comunidade jurídica e científica, vir a público para esclarecer, ser debatida e não ditatorializada, e não ficar restrita à iluminação de dois ou três que imaginam um criminoso romântico que entregará a prova à Justiça Pública, não necessitando deste buscá-la, fazê-la, obtê-la. Vide, por exemplo, os “crimes de colarinho branco” e a dificuldade probatória. Hoje, o que se vê, é um sem número de absolvições de grandes (e pequenos) criminosos, lastreadas no art. 386, VI, do Código de Processo Penal: “insuficiência de provas”. Ora, o iluminismo contemporâneo cobra é realismo no combate ao delito, sob pena do morticínio, que já ocorre, da sociedade sã sucumbir mais à criminalidade.

Desse modo, também será estudado um caso prático (um estudo de caso relacionado ao crime de cartel) que foi objeto de investigação criminal a cargo do Ministério Público, notadamente ante o fato de que atualmente o Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO), estruturado no âmbito desse órgão ministerial, realiza com primazia trabalho investigativo no enfrentamento das organizações criminosas.

Isso porque, o combate a essa modalidade criminosa cada vez mais sofisticada, demanda o esforço não apenas de diversos órgãos de persecução penal, como também exige a ampliação de instrumentos de investigação, sempre com a finalidade de que o procedimento seja orientado à apuração da verdade, haja vista a maior repercussão social e lesividade ao interesse público, por parte dessas organizações.

Conforme ensina Ponte (2016, p. 207), para o eficaz enfrentamento da criminalidade organizada, o Direito Penal deve valer-se de instrumentos específicos:

Para o enfrentamento convincente da criminalidade organizada, o Direito Penal deve desenvolver políticas de controle das condutas criminosas mediante instrumentos específicos, relativizando dogmas do Direito Penal tradicional e assumindo novos compromissos. Seu campo de combate deve ser outro, priorizando o enfrentamento do perigo, sem esperar a ocorrência do dano; privilegiar a análise das situações de risco permitido ou não, ao invés de avaliar passivamente a suposta ofensa a um dado bem jurídico; e, finalmente, priorizar a segurança jurídica, com a certeza de que somente com o assessoramento dela poderá ser obtida Justiça no caso concreto.

Nesse sentido, quanto à necessidade de relativização ou ressignificação dos institutos tradicionais da dogmática penal, notadamente no combate à criminalidade contemporânea, interessante notar que “a teoria da autoria deve evoluir, ao lado da teoria do crime, em busca de fundamentos dogmáticos consistentes e adequados à atual fenomenologia. A doutrina do domínio da organização evidencia essa evolução” (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 283).

Em suma, a pesquisa do tema proposto se justifica devido à necessidade de se ressaltar a ineficiência do processo penal, tanto na apuração da verdade, quanto na punição dos membros de organizações criminosas, apenas com a utilização de institutos tradicionais, buscando-se o aprimoramento de mecanismos dogmáticos compatíveis com o sistema de direitos e garantias do ordenamento jurídico brasileiro, por meio de uma reinterpretação dogmática do ônus da prova, da teoria do domínio do fato e da teoria do domínio da organização.

1. SOCIEDADE PÓS-MODERNA E CRIMINALIDADE CONTEMPORÂNEA

Inicialmente, importante observarmos a relação entre a sociedade pós-moderna (caracterizada pela globalização⁵ e seus efeitos) e seus reflexos na criminalidade contemporânea, o que, por consequência, acaba demandando novas construções jurídicas com vistas ao seu eficaz enfrentamento.

De fato, o fenômeno da globalização, interferindo e modificando o comportamento dos indivíduos e da sociedade em geral, naturalmente trouxe reflexos no âmbito criminal, motivo pelo qual o Direito Penal passa a ter de lidar com novas demandas, diante das novas tecnologias e interações sociais.

Com efeito, observa-se ter havido um considerável aumento das demandas penais, tanto envolvendo a tutela dos interesses difusos e coletivos, como relacionadas à era pós-industrializada, tais como: o crime organizado, os delitos econômicos, crimes cibernéticos, terrorismo, dentre outros (MORAES; COSTA, 2019, p. 1616).

Nesse contexto, cumpre mencionar os riscos da sociedade industrial (posto que a produção de riqueza traz a produção social de maiores riscos), que levam a novas tendências de política criminal, com uma “proposta de extensão da intervenção estatal sancionatória”, o chamado “Direito Penal da sociedade do risco” (MACHADO, 2005, p. 22-23).

Isso porque, os novos riscos criados levaram a sociedade pós-moderna (ou pós-industrial) a ser chamada de “sociedade de risco” pelo sociólogo alemão Ulrich Beck⁶, motivo pelo qual a dogmática penal deve se modernizar e flexibilizar, com vistas ao enfrentamento dos novos conflitos sociais, que envolvem bens jurídicos individuais e coletivos (TURESSI, 2015, p. 222-224).

De fato, evidencia-se a tutela dos bens jurídicos penais difusos, que necessitam de um instrumental jurídico diferente do comumente utilizado no enfrentamento à criminalidade comum (que atinge bens jurídicos individuais), diante de seu potencial de atingir um número indeterminado ou indeterminável de pessoas, podendo causar danos irreversíveis à toda a sociedade.

⁵ Como explica Bicudo (1998, p. 105): “O processo de globalização que tem se dado no Brasil e nos demais países da América Latina, nos dizeres de Boaventura Santos, pode ser considerado como hegemônico, ou seja, um processo no qual a reforma do sistema legal desses países se baseia nos padrões e modelos dos Estados Unidos e Japão. Como fundamento da adoção do modelo do *common law* situa-se o discurso do *barateamento* dos custos do processo penal e de uma maior *eficiência no combate à criminalidade*”.

⁶ Cumpre mencionar que Ulrich Beck é considerado o pai da teoria da “Sociedade do Risco”.

Estas novas atividades ilícitas, muito diferentes da “criminalidade de massa” (ou “criminalidade do dia a dia”) foram chamadas, por Hassemer, de “criminalidade moderna”, na qual se engloba a criminalidade econômica, a criminalidade ambiental, o crime organizado, dentre outras práticas delitivas:

É importante ressaltar que as novas condutas geradoras de riscos que se pretendeu incriminar foram agrupadas sob a denominação, conferida por Winfried Hassemer, de *criminalidade moderna*. Isso porque as novas atividades ilícitas, dadas as suas peculiaridades, devem ser diferenciadas da chamada *criminalidade de massa*, que é a *criminalidade do dia-a-dia*, como assaltos de rua, furtos, arrombamentos de residências, seqüestros, comércio de drogas, delinquência juvenil etc. (MACHADO, 2005, p. 97).

Com efeito, Machado (2005, p. 97-98) menciona as principais diferenças entre a “criminalidade de massa” ou “criminalidade do dia a dia” (roubos, furtos a residências, sequestros, tráfico de drogas etc.) da “criminalidade moderna” (representada pelo crime organizado, criminalidade econômica, ambiental, tráfico internacional de armas etc.):

De fato, a criminalidade moderna, que pode ser exemplificada pela criminalidade econômica, pela criminalidade ambiental, pelo crime organizado, pelo comércio internacional de armas etc., comporta uma estrutura diferenciada, descrita por Hassemer a partir das seguintes características: não tem vítimas individuais, ou melhor, as vítimas individuais só existem de forma mediata; atinge bens jurídicos supra-individuais e vagos; os danos causados têm pouca visibilidade à primeira vista; suas formas de concretização são civis, ou seja, não corre sangue; e, por fim, sua operação caracteriza-se pela internacionalidade, pela profissionalidade e pela divisão do trabalho.

Inclusive, pode-se claramente compreender que o crime organizado atinge diversos bens jurídicos penais supraindividuais, visto que corriqueiramente está entrelaçado com a prática de lavagem de dinheiro, corrupção de agentes públicos, improbidade administrativa, fraudes fiscais e financeiras, além do tráfico de drogas, condutas estas de ampla lesividade social.

Assim, pontua Silva Sánchez (2002, p. 93) que

o paradigma do Direito Penal da globalização é o delito econômico organizado tanto em sua modalidade empresarial convencional como nas modalidades da chamada macro criminalidade: terrorismo, narcotráfico ou criminalidade organizada (tráfico de armas, mulheres ou crianças)⁷.

De fato, o aumento das práticas criminosas modernas não se nota apenas nas hipóteses de lesão ao meio ambiente, aos consumidores etc., mas notadamente na crescente estruturação de grupos criminosos que praticam fraudes fiscais, cartelização de bens e serviços, lavagem de dinheiros, crimes licitatórios, corrupção de agentes públicos, dentre outros.

⁷ Silva Sánchez (2002, p. 98) também lembra que a globalização, como fenômeno econômico, não apenas facilita a atuação da macro criminalidade (ou criminalidade organizada), mas também pode incidir sobre a “criminalidade de rua ou de massas”, trazendo um incremento da “delinquência patrimonial de pequena e média gravidade”.

Isso, sem esquecer que atualmente muitas fações criminosas, que antes tinham como atividade ilícita principal, por exemplo, o narcotráfico ou o roubo de cargas (ilícitos da “criminalidade de massa”), acabaram expandindo suas práticas criminosas. Assim, ampliaram seus objetivos de maximização e asseguramento dos lucros, de modo que dificilmente atuarão em separado de ilícitos correlatos, tais como a corrupção e a lavagem de bens e ativos.

Desse modo, a criminalidade moderna ou contemporânea, observada na sociedade pós-industrial, caracteriza-se tanto pelos ataques aos bens jurídicos penais transindividuais (difusos e coletivos) – esses decorrentes diretamente dos riscos criados pelo avanço da tecnologia e do aumento do consumo de bens e serviços –, como também pelo incremento do crime organizado⁸, que muitas vezes se utiliza da estrutura empresarial para a prática de delitos econômicos, fiscais e contra a Administração Pública.

Ademais, com o desenvolvimento da sociedade e o conseqüente aprimoramento das práticas criminosas, a partir da década de 1970 evidenciou-se uma verdadeira “crise” no sistema penal, tanto no que se refere à incapacidade operacional para apuração de todos os crimes em geral, como uma tendência à impunidade dos delitos “de colarinho branco” ou relacionados à “macro delinquência econômica”. Nesse sentido enfatiza Gomes:

O “sistema” penal (v. sobre a crítica à expressão “sistema” Zaffaroni, 1990, p. 114) há tempos está em crise. Porém, agora, depois dos anos 70, a criminologia moderna demonstrou que existe algo mais que uma crise. Expôs sua irrefutável incapacidade operacional, é dizer, o que está programado para ingressar em seu controle é infinitamente superior à sua capacidade operacional (basta lembrar que se todos os autores de furto, roubo, estupro, tráfico de drogas, lesões, falsidades, ameaças, delitos de trânsito, corrupção, evasão de divisas, sonegação e defraudação fossem processados, quase que a população inteira se veria afetada). (...) Talvez já não seja correto falar em “crise”, que pressupõe algo transitório, suscetível de emenda, a situação é, conforme o penalista argentino Zaffaroni, de verdadeira deslegitimação (1990, pp. 7 e ss.) ou fracasso ao menos no que pertine à macro-delinquência, tal conclusão parece-nos incontestável (GOMES, 1995, p. 168-169).

Conforme ensina Gomes (1995, p. 166), entende-se por “macro delinquência econômica” ou “criminalidade do colarinho branco”, a que envolve “delitos econômicos, financeiros, tributários, ecológicos, fraudulentos etc. que causam graves danos sociais, a vítimas difusas”, devendo ser observados os fatores que corroboram para a impunidade desses crimes.

De fato, nesse aspecto cumpre ressaltar a necessidade de se criar e desenvolver uma verdadeira política ou cultura de punição destes crimes “de colarinho branco”, sem admissão

⁸ Interessante notar também que “as organizações criminosas tendem a ser os principais veículos de ataque aos bens jurídicos supraindividuais”, inclusive se entendendo que “um dos caracteres para a identificação de uma organização criminosa seja a prática de condutas ofensivas a bens jurídicos coletivos” (SOUZA, 2010, p. 106 e 108).

de sua impunidade, tão notada e relevada, de modo que o Direito Penal não seja apenas um “privilégio” dos criminosos desfavorecidos no aspecto socioeconômico, o que acentua a sensação de insegurança jurídica e injustiça no país.

Assim, quanto às questões que levam à falta de punição destes crimes “do colarinho branco”, Gomes (1995, p. 166) enumera as seguintes: complexidade e internacionalização do mundo atualmente (ou “globalização”), podendo haver uma “aparência de licitude” em certos fatos; o anonimato e distanciamento com a vítima, que decorrem da utilização de uma pessoa jurídica; falta de visibilidade (tais crimes não são ostensivos como o roubo, homicídio, etc.), dificultando sua persecução penal; imagem favorável do autor, que geralmente tem influências e exerce cargo de prestígio; a organização criminosa não é visível, pois usualmente a conduta é praticada por pessoas de hierarquia inferior ao principal beneficiado; e a vítima normalmente sente-se indefesa frente às grandes corporações, ficando descrente da eficácia da Justiça nestes casos.

Ainda tentando explicar a impunidade que permeia estes crimes, Gomes (1995, p. 167) menciona as técnicas de “neutralização” e “justificação”, usadas para justificar ou dissimular certas práticas delitivas, de forma sofisticada, notadamente quando se trata de autores de alto “status”. Assim, destaca-se a menção feita: à ética do “mundo dos negócios”; a condutas que seriam apenas “meras irregularidades formais”; às “presumíveis consequências catastróficas para a economia” (no caso de eventual punição), como “perda de postos de trabalho” ou “fechamento da empresa” (já que o infrator é apresentado como um gerador de empregos, de riqueza); além da alegação da necessidade de assunção de riscos empresariais.

Nesse contexto, podemos facilmente identificar que um dos fatores para a impunidade destes “crimes do colarinho branco”, é a falsa percepção de sua licitude, ou aceitação de sua prática, compreendida como “dar um jeitinho”, já que “todos fazem” sem maiores consequências.

Nesse ponto, Gomes (1995, p. 167) lembra ser muito comum “que a infração seja apresentada como ‘uma prática normal e generalizada’, ou que está de acordo com a ‘moral de fronteira’ ou com os níveis éticos do mundo dos negócios”, de modo que referida prática é aceita e compreendida como lícita.

Ademais, deve-se ter em conta que o combate aos crimes “de colarinho branco”, torna-se tímido diante da corrupção sistêmica observada no âmbito político, conforme pontua Gomes (1995, p. 168), citando Ferrajoli:

f) Para o Magistrado e filósofo italiano Luigi Ferrajoli, no entanto, a ineficácia dos poderes públicos na luta contra os delitos de colarinho branco se deve a um fator mais

profundo, é dizer, “a um forte entrelaçamento entre a política e a criminalidade. Existe uma corrupção sistemática, quase estrutural do sistema político, ele enfatiza. Ademais, alguns setores da delinquência estão muito protegidos e a criminalidade organizada está escassamente perseguida. Não é um problema específico da Itália, ainda que lá tenha forte presença. De outro lado, a Justiça é dura com os pequenos delinquentes porque é mais fácil para a Magistratura proceder contra eles que se situar contra os poderes fortes” (v. El País de 27.11.90, p. 28).

Assim, os “crimes de colarinho branco” acabam sendo favorecidos no âmbito do sistema penal, não apenas diante do potencial poderio econômico-financeiro dos increpados, mas também pela corrupção que se alastrou nos diversos Poderes, o que, aliado à aparente legalidade inspirada pelos ambientes corporativos, leva à dificuldade de descobrir e perseguir os poderosos delinquentes.

A corrupção também é mencionada por Costa (2001, p. 17), como elemento da teia criminosa arquitetada pela “macro ou mega criminalidade” (ou criminalidade transnacional), para sua “expansão de poder e de lucro”, em um projeto racionalmente elaborado e que envolve três grupos de atividades, incluindo a lavagem de dinheiro:

Fundamentalmente, os diferentes três grupos assumem-se funcionalmente da seguinte maneira: o grupo central ou nuclear tem como finalidade principal levar a cabo o aprovisionamento, o transporte e a distribuição dos bens ilegais. Ligam-se, aqui claramente, coação e corrupção para expansão de poder e de lucro.

Um outro grupo tem como propósito primacial servir de proteção institucional a toda a rede ou teia. É a tentativa de chamar à organização, de forma sutil ou direta, a política, a justiça e a economia, as quais, através do estatuto dos seus representantes, permitem criar bolsas ou espaços onde a atuação criminosa se torna possível. Finalmente, surge um terceiro grupo que tem como fim primeiro estabelecer a lavagem de todo o dinheiro ilegalmente conseguido. Operam-se, por conseguinte, ligações com instituições bancárias, com cassinos e ainda com outras sociedades legalmente constituídas. É grupo que funciona como placa giratória entre o mundo criminoso e o normal e comum viver quotidiano.

Nesse sentido, Silva Sánchez (2002, p. 80) explica as principais características da criminalidade da globalização, que se apresenta como uma criminalidade hierarquicamente organizada e que envolve detentores de poder (econômico, político ou social), com capacidade de desregulação dos mercados e corrupção de agentes públicos:

Com efeito, do ponto de vista estrutural, são duas as características mais significativas da criminalidade da globalização. Por um lado, trata-se de uma criminalidade, em sentido amplo, *organizada*. Vale dizer, nela intervêm coletivos de pessoas estruturadas hierarquicamente, seja nas empresas, seja na forma estrita da organização criminal. A dissociação que isso produz entre execução material direta e responsabilidade determina, ainda, que o resultado lesivo possa aparecer significativamente *separado, tanto no espaço como no tempo*, da ação dos sujeitos mais relevantes no plano delitivo. Do ponto de vista material, a criminalidade da globalização é criminalidade de sujeitos poderosos, caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos, mas também políticos e sociais. Sua capacidade de desestabilização geral dos mercados, assim como de corrupção de funcionários e governantes, são traços da mesma forma notáveis.

Ainda, destaca-se a necessidade de se aprofundar a análise desses comportamentos criminosos, compreendendo que se trata de uma criminalidade que considera preponderantemente o “custo-benefício” de suas práticas, motivo pelo qual a lavagem de dinheiro é ínsita ao seu funcionamento, bem como a descapitalização destas organizações são uma forma de combatê-las.

Assim, os instrumentos jurídicos, sejam penais ou processuais penais, devem se adaptar a esta nova criminalidade globalizada, razão pela qual o crime de lavagem de bens e capitais deve ser combatido e compreendido no âmbito das organizações criminosas, conforme será aprofundado no presente trabalho.

De fato, seria muito difícil – ou quase impossível – imaginar que uma organização criminosa, utilizando-se de mecanismos modernos e de alta complexidade, angariando proveitos criminosos de altas cifras, não realize a ocultação ou dissimulação dos valores provenientes de suas práticas ilícitas⁹.

Nesse diapasão, esta expansão do direito penal se apresenta condizente com a criminalidade contemporânea, notadamente as organizações criminosas, posto que configura uma verdadeira adaptação necessária à nova realidade:

Todavia, irrazoável não é a expansão do aparato penal estatal quando colima acompanhar a evolução das formas mais sofisticadas de criminalidade, como é o caso do crime organizado, e o surgimento de novos bens jurídicos. Há uma expectativa normativa coletiva de que o direito, e principalmente o Direito Penal, se adapte às novas demandas da realidade pós-moderna. (MORAES; NASSAR, 2019, p. 23-24).

Desse modo, a nova criminalidade, com destaque para as organizações criminosas, apresenta estruturas e peculiaridades de atuação que demandam a modernização da dogmática tradicional, notadamente da que trata do concurso de agentes, a fim de que sua responsabilização arrefeça a expansão geométrica dessa sofisticada delinquência moderna.

Isso porque estas organizações criminosas se apresentam como “autênticas empresas de alto risco cuja atividade fundamental é a prática organizada de atuações criminosas possibilitadora de lucros fabulosos”, motivo pelo qual devemos discutir quanto a linhas de força que possibilitem uma luta contra a criminalidade econômica e a criminalidade altamente organizada, delinquência esta que a sociedade atual nos traz (COSTA, 2001, p. 18-19).

E como introdutoriamente mencionado, o surgimento de novas formas de criminalidade, muitas vezes organizadas e sofisticadas, traz a necessidade de aprimoramento das construções

⁹ Por esse motivo, pode-se defender que cada investigação envolvendo o crime organizado, também considere a necessidade de apuração do crime de lavagem de dinheiro, o que poderá ser feito, inclusive, em procedimento autônomo (inquérito policial ou procedimento investigatório criminal, este último instaurado pelo membro do Ministério Público).

dogmáticas, agora no âmbito da sociedade pós-moderna, visando a proteção suficiente dos direitos fundamentais, incluindo o direito à segurança pública.

1.1. Criminalidade da globalização e a necessidade de mudança de paradigma

Conforme introdutoriamente visto acima, o fenômeno da globalização não trouxe apenas mudanças no mundo da economia, mas afetou diretamente as relações interpessoais e o nível de risco envolvendo uma nova realidade comercial e tecnológica, o que, naturalmente, acarreta consequências no âmbito político e jurídico.

De fato, “a globalização não é um fenômeno tão simplificado, reduzido unicamente a uma dimensão econômica: a globalização não ocorre apenas em razão das transformações na economia, mas abrange perspectivas sociais, culturais e políticas, ou seja, alcança diversos conjuntos de relações sociais”, motivo pelo qual podemos falar em “globalização da tecnologia, globalização dos mercados, globalização da cultura etc.” (SILVA, 1998, p. 82).

No mesmo sentido, Bicudo (1998, p. 97) lembra que o fenômeno da globalização apresenta diversas dimensões, dentre elas destacando-se os âmbitos econômico, político, social e cultural. Essa mesma autora ressalta, ainda, como a globalização econômica trouxe transformações no direito positivo em geral, notadamente no paradigma do Direito Penal.

Desse modo, o fenômeno da globalização (e a integração econômica) traz como consequência, dentre inúmeros outros aspectos, o surgimento de novas práticas delitivas (relacionadas a interesses financeiros, fraudes fiscais, corrupção de funcionários públicos, dentre outros).

Em virtude do aparecimento de novas práticas ilícitas – tais como os crimes digitais ou cibernéticos –, o Direito Penal tende a conter essa inovadora delinquência, principalmente com a criação de novos tipos penais, mas a dogmática também deve acompanhar estas mudanças dos novos tempos.

Nesse aspecto, ao estudar o impacto causado pela globalização econômica sobre o sistema jurídico-positivo brasileiro, Bicudo (1998, p. 100) destaca a evolução da dogmática penal, com aumento da interferência estatal (e incremento de criminalização de condutas), em contraposição à redução de coercibilidade do Estado nas outras esferas (direito econômico, civil, tributário):

O Estado na esfera do direito econômico, civil, tributário etc. reduz seu potencial de coercibilidade, promovendo uma desregulamentação, desconstitucionalização,

deslegalização, gerando seu enfraquecimento, que, segundo Boaventura Santos, é condição para o fortalecimento da sociedade civil no Estado neoliberal. E, ainda, somente o Estado forte, dentro da coerência do modelo neoliberal, tem condições de implementar a sua fraqueza. Já em nível do direito penal, o Estado tem aumentado a sua interferência, criminalizando condutas, fundamentando-se na lógica da prevenção geral negativa, ou seja, no fato de que a simples criminalização de condutas tem força suficiente para coibir os excluídos do sistema globalizado de delinqüirem.

De fato, Silva Sánchez (2002, p. 76-77) destaca que, sendo a delinquência da globalização essencialmente “econômica” (ainda que lesem outros bens jurídicos), o objeto de estudo não serão mais os delitos do paradigma clássico (homicídio ou crimes contra o patrimônio), de modo que se observará uma “regulação legal insuficientemente assentada”, posto que o Direito Penal clássico não será mais suficiente.

E em decorrência dessa moderna criminalidade, que atinge bens jurídicos penais difusos (crime organizado, delitos contra o meio ambiente, as relações consumeristas, a ordem econômica, a saúde pública, dentre outros), que geralmente não são crimes violentos, mas de diminuta percepção ou visibilidade. Evidencia-se também a necessidade do desenvolvimento de uma política criminal diversa da aplicada à criminalidade comum ou de massa.

Com efeito, o “Direito Penal da globalização” concentra-se na criminalidade econômica ou organizada, e em suas modalidades delitivas conexas (SÁNCHEZ, 2002, p. 84). Assim, agora, ao invés “do homicídio do autor individual, trata-se, por exemplo, de abordar atos de corrupção realizados por uma empresa que, por sua vez, comete delitos econômicos” (SÁNCHEZ, 2002, p. 84), motivo pelo qual a nova criminalidade deve refletir na modificação das regras até então em vigência.

Dessa forma, em virtude dos riscos da modernidade, defende-se o “desenvolvimento de uma nova racionalidade de imputação, a partir da utilização de figuras dogmáticas diferenciadas”, direcionadas mais à prevenção do que à tradicional repressão. Assim explica Machado (2005, p. 23):

Nessa linha, os deslocamentos mais significativos dão-se em função da ampliação da proteção penal aos bens jurídicos supraindividuais, da antecipação da tutela penal e da flexibilização das regras de causalidade e de imputação de responsabilidades, inclusive no sentido de abolir os imperativos da individualização.¹⁰

¹⁰ Nesse sentido, explana Machado (2005, p. 99) sobre as novas políticas criminais voltadas à tutela dos bens jurídicos atingidos pelos novos riscos criados pela “sociedade do risco”: “A partir da análise de Jorge Figueiredo Dias sobre a adaptação do aparato penal à sociedade do risco, é possível inferir que as respostas político-criminais às dificuldades oriundas da tutela dos novos riscos articulam-se em três questões mestras, quais sejam a questão do bem jurídico, os critérios de imputação e a responsabilidade dos entes coletivos. Dissecando esses pontos de referência trazidos por Dias, é possível delimitar melhor as seguintes tendências político-jurídicas da criminalidade do risco: (i) a de ampliar a proteção penal a bens jurídicos supraindividuais; (ii) a de alargar e antecipar a tutela penal, abandonando a lesão ao bem jurídico como centro gravitacional do sistema para criminalizar as inobservâncias aos deveres de conduta e organização, mediante o uso habitual dos tipos de perigo abstrato; e (iii) a de repensar o conceito de culpabilidade para abarcar não só as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas”.

Como ressalta Silva Sánchez (2002, p. 80), a “criminalidade organizada, criminalidade internacional e criminalidade dos poderosos são, provavelmente, as expressões que melhor definem os traços gerais da delinquência da globalização”.

Ou seja, a sociedade pós-moderna trouxe inovadoras realidades que, a despeito de significarem a modernidade e evolução necessária ao desenvolvimento humano, infelizmente também propiciam contextos e ambientes nos quais observamos diferentes e novas agressões a bens jurídicos individuais e coletivos – levando, da mesma forma, à necessidade de adaptação e adequação dos instrumentos e dogmas jurídicos, notadamente no âmbito criminal.

Nesse diapasão, Moraes e Nassar (2019, p. 22) destacam que no contexto da sociedade pós-moderna (ou pós-industrial), nas últimas décadas, vem ocorrendo uma mudança de paradigma, que levou ao estudo de “novas questões como imputação objetiva, ações neutras, cegueira deliberada, ingerência penal e, especialmente, a teoria do domínio do fato”.

Nesse aspecto, Silva Sánchez (2002, p. 80) nos faz lembrar que a hierarquia existente na organização da criminalidade (seja no âmbito das empresas, ou do próprio grupo criminoso), naturalmente irá ter como consequência a dissociação dos atos delitivos, tanto dos sujeitos que praticam a execução material do ilícito, como dos agentes que determinaram a sua prática – que podem ser considerados os “sujeitos mais relevantes no plano delitivo”.

Isso mais uma vez reforça a necessidade de acerto na responsabilização penal de cada um dos agentes da organização criminosa, interpretando-se de forma atual as construções dogmáticas relacionadas à autoria e participação no delito – conforme veremos no desenvolvimento do presente trabalho.

Ainda, no que se refere à “macro criminalidade” ou “criminalidade do colarinho branco”, e os fatores que levam a sua impunidade, Gomes (1995, p. 167) ressalta sua deficiente regulação jurídica, sobretudo quanto à legislação criminal, sendo demasiado dificultosa a criação de novos tipos penais, diante da falta de interesse de grupos detentores do poder.

Interessante ainda notar que, no contexto das sociedades pós-industriais, com o crescimento do poder empresarial, o princípio *societas delinquere non potest* já foi questionado, considerando-se uma medida salutar a responsabilização penal das pessoas jurídicas (somado à responsabilidade pessoal dos demais envolvidos), diante de fatos com envolvimento de empresas no contexto da criminalidade macroeconômica. Nesse sentido, explica Gomes (1995, p. 171-172):

a) A complexidade da vida moderna, a internacionalização da economia e o poder cada vez maior das empresas aconselham, sem dúvida, renunciar ao clássico princípio *societas delinquere non potest*, é dizer, as pessoas jurídicas devem ser sancionadas

penalmente sempre que o fato delitivo for executado dentro da esfera das operações ou negócios da sociedade, se tem alguma relação com as atividades, se utilizaram meios ou recursos da empresa e, sobretudo, se o fato proporcionou algum proveito ou benefício econômico ou de outro tipo à empresa ou se ela foi utilizada para encobrir o fato punível.

Nesse aspecto, importante observar que existe um interesse global por reformas jurídicas (“reformas do Direito, do Ensino Jurídico e a Judicial ou dos Tribunais”), compreendido como uma das manifestações da globalização (SILVA, 1998, p. 83).

Inclusive, Dix Silva (1998, p. 83) observa, como uma tendência da globalização, a “transformação paradigmática do Direito Penal”, verificando-se uma ampliação da intervenção repressiva estatal, com a “criação de novos tipos de delito, a criminalização de várias atividades e comportamento em inúmeros setores da vida social”¹¹.

Desse modo, os riscos da sociedade industrial (no âmbito do chamado “Direito Penal da sociedade do risco”) levam à necessidade de adequações e flexibilizações dos dogmas de imputação do Direito Penal tradicional, a fim de alcançar as novas atividades ilícitas, incluindo as decorrentes da macro criminalidade.

Assim ressalta Machado (2005, p. 96-97), no que se refere às limitações existentes no enfrentamento da macro criminalidade, nascida no âmbito da sociedade do risco, e a imperatividade de flexibilização dos critérios de imputação:

Como se vê, o sistema punitivo ao modo clássico, ou seja, baseado nos princípios da taxatividade, da subsidiariedade, da proteção a bens jurídicos individuais, da lesividade, da imputação individual, da presunção de inocência etc., apresenta sérias limitações quando instado a atuar no combate à macrocriminalidade surgida com a sociedade global do risco e na prevenção contra os novos males sociais. Verifica-se, assim, que a atuação do direito penal nessa seara reclama uma série de adequações, em boa parte ligadas à flexibilização dos critérios de imputação e à ampliação da esfera de intervenção.

Inclusive, Machado (2005, p. 155-156) nota que o imperativo de adaptação do direito penal, aos novos fenômenos do risco, pode acabar gerando um conflito com os princípios garantistas tradicionais (estrita legalidade, proporcionalidade, causalidade, subsidiariedade, intervenção mínima, fragmentariedade, lesividade etc.), motivo pelo qual estes devem ser reinterpretados e flexibilizados frente às necessidades de proteção dessa nova sociedade de risco.

¹¹ Este mesmo autor observa uma aparente contradição, entre a exacerbação do papel do Direito Penal e a tendência a um movimento de flexibilização nas demais áreas do Direito, causadas pelo fenômeno da globalização. Desse modo, enquanto a globalização propugna a minimização da intervenção do Estado na solução dos conflitos, o Estado, por outro lado, acaba intervindo com maior rigor nos conflitos existentes na seara penal (SILVA, 1998, p. 85).

Isso se observa, por exemplo, quando o processo de ampliação da tutela penal, que leva a um aumento da produção legislativa recente, se contradiz diametralmente aos imperativos da ofensividade, da fragmentariedade e da subsidiariedade (MACHADO, 2005, p. 157).

Mas conforme ressalta Costa (2001, p. 25), ainda que a capacidade de adaptação desse tipo de criminalidade altamente organizada, leve os Estados a terem de complementarem sua estratégia penal com outras formas de combate, nem mesmo a necessidade de combater a criminalidade grave ou gravíssima pode levar ao desrespeito de alguns princípios fundamentais, como o princípio do estado de inocência.

Por tais motivos, esta necessidade de modernização da dogmática penal tradicional, acaba gerando divergências doutrinárias acirradas, contudo estes avanços devem ser analisados em consonância com o princípio constitucional da proporcionalidade, em seu viés de proibição da proteção deficiente.

Nesse diapasão, é possível identificar “autores que defendem uma postura conciliadora, que combine os princípios tradicionais da dogmática penal com as figuras novas que conferem proteção penal contra os novos riscos” (MACHADO, 2005, p. 194).

Desse modo, a necessidade de mudança de paradigma nos dogmas do Direito Penal tradicional, impulsionada pela criminalidade da globalização, poderá e deverá desenvolver-se em harmonia com os direitos e garantias essenciais ao Estado Democrático de Direito.

1.2. Novos paradigmas do direito penal: das escolas clássicas ao funcionalismo penal

Com o fim de entender a necessidade de mudança de paradigmas, conforme o aprimoramento das formas de criminalidade, importante lembrar as escolas penais e sua evolução, bem como seus efeitos nas construções dogmáticas.

Nesse sentido, Bitencourt destaca a importância da análise da dogmática jurídico-penal¹², por meio da qual se configura todo o sistema do Direito Penal:

Tão importante quanto a História do Direito Penal é o processo de sistematização do conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação

¹² Bitencourt (2019, p. 108) lembra que “o referencial mais significativo do valor da dogmática penal é a construção da Teoria Geral do Delito”, mas “antes do estudo dessa temática necessitamos analisar as diferentes linhas do pensamento que foram determinantes da elaboração da dogmática jurídico-penal”: o estudo das escolas penais. Em seguida, o mesmo autor explana sobre a Teoria Geral do Delito (ou Teoria do Fato Punível) e seus postulados que “auxiliam a identificar e delimitar os pressupostos gerais da ação punível e os correspondentes requisitos de imputação” (BITENCOURT, 2019, p. 273). Assim, no estudo da evolução dos conceitos básicos da teoria do delito, são destacados: o modelo positivista (século XIX), o modelo neokantista (século XX), o finalismo de Welzel e os modelos funcionalistas (BITENCOURT, 2019, p. 274-281).

das normas penais, ou, mais precisamente, o estudo dessa sistematização, qual seja, da elaboração da dogmática jurídico-penal. [...] Com efeito, pela dogmática jurídico-penal podemos chegar à elaboração de conceitos que, uma vez integrados, permitem a configuração de um sistema de Direito Penal para a resolução dos conflitos gerados pelo fenômeno delitivo. (BITENCOURT, 2019, p. 107).

Assim, nessa oportunidade serão mencionadas as principais escolas penais e suas linhas de pensamento, visto que foram determinantes para a construção e evolução da dogmática jurídico-penal atual, de acordo com as mudanças ocorridas na sociedade, ao longo da história do Direito Penal.

De início, cumpre notar que “escola penal” compreende um “conjunto de princípios e teorias que procuravam explicar o objeto do Direito Penal, a finalidade e o fundamento da pena e compreender o autor da infração penal” (ESTEFAM, 2022, p. 58).

Interessante notar que a noção de “escola penal” surgiu apenas no período científico, quando Enrico Ferri (da Escola Positiva) chamou de “clássicos” os autores que antecederam seu mestre Lombroso, surgindo assim as primeiras correntes filosóficas, quais sejam: a Escola Clássica e a Escola Positiva, conforme veremos na sequência (SMANIO; FABRETTI, 2019, p. 21).

Assim, a **Primeira Escola, Escola Clássica ou Idealista**, que surgiu na Itália, tinha como característica seu método de trabalho dedutivo, partindo do direito positivo vigente, contudo invocando alguns princípios absolutos, como o ideal de Justiça, visto ter nascido em período em que predominavam leis draconianas, desproporcionais, em um período de opressão (ESTEFAM, 2022, p. 59).

Com efeito, os séculos XVII e XVIII se destacaram pelo movimento liberal e humanista – a exemplo de Montesquieu, que defendia a separação de poderes, bem como Voltaire e Rousseau, que enunciavam os princípios da liberdade, igualdade e justiça –, mas foi com Cesare Bonesana (ou Marquês de Beccaria), em 1764 (obra *Dos delitos e das penas*), que juridicamente foram expostos os protestos contra os horrores praticados em nome da lei penal, como a pena de morte e a tortura (MARTINELLI; BEM, 2023, p. 24).

De fato, Bitencourt (2019, p. 110) lembra que os postulados do Iluminismo – notadamente a defesa das liberdades dos indivíduos e os princípios da dignidade do homem – serviram para embasar a nova doutrina da Escola Clássica, em um movimento de humanização das Ciências Penais, diante da crueldade das sanções penais utilizadas em meados do século XVIII.

A Escola Clássica, que durante o século XIX teve adeptos em diversos países europeus, também se dividiu em dois períodos, quais sejam: a) período teórico ou teórico-filosófico

(Marquês de Beccaria); e b) período prático ou ético-jurídico (Francesco Carrara e Enrico Pessina), conforme indica Estefam (2022, p. 59).

Nesse aspecto, Beccaria, do período teórico-filosófico da Escola Clássica, defendia que os indivíduos se reuniram em uma sociedade, por meio do “contrato social”, renunciando a parte de sua liberdade, sendo que a pena trazia o “temor do castigo”, além do aspecto retributivo (ESTEFAM, 2022, p. 59).

Já para Francesco Carrara (do período prático ou ético-jurídico da Escola Clássica), uma das principais características de seu pensamento é o “livre-arbítrio”, que é inerente a todos os homens, motivo pelo qual pode ser responsabilizado o possuidor de “vontade inteligente e livre” (SMANIO; FABRETTI, 2019, p. 26).

Assim, Carrara, entendendo que o crime é um ente jurídico, uma infração realizada por ato humano externo, defendia que a pena constituía uma retribuição pelo mal praticado (teria natureza repressiva, aflitiva e pessoal), visto que o homem, detentor de seu livre-arbítrio, agindo de modo livre e consciente, deve sofrer o castigo correspondente a suas escolhas erradas (ESTEFAM, 2022, p. 60).

Assim, no século XIX, Carrara “negava o contratualismo de Rousseau, uma das mais marcantes ideias do Iluminismo”, fundamentando o direito penal na “lei eterna da harmonia universal”, sendo que o direito de punir se basearia no livre-arbítrio do homem, que “é livre para escolher entre o bem e o mal” (MARTINELLI; BEM, 2023, p. 25).

Desse modo, a Escola Clássica iniciou o exame analítico do crime, dos elementos que o compõem, de modo que essa análise lógico-formal foi o início da construção da “Teoria Geral do Delito”, com base nos preceitos da imputabilidade e da pena retributiva:

Enfim, foram os clássicos, sob o comando do insuperável Carrara, que começaram a construir a elaboração do exame analítico do crime, distinguindo os seus vários componentes. Esse processo lógico-formal utilizado pelos clássicos foi o ponto de partida para toda a construção dogmática da Teoria Geral do Delito, com grande destaque para a vontade culpável. A pena era, para os clássicos, uma medida repressiva, aflitiva e pessoal, que se aplicava ao autor de um fato delituoso que tivesse agido com capacidade de querer e de entender. Os autores clássicos limitavam o Direito Penal entre os extremos da imputabilidade e da pena retributiva, cujo fundamento básico era a culpa. (BITENCOURT, 2019, p. 114).

Ainda na Escola Clássica, sob a influência do Iluminismo e o arrefecimento das penas cruéis, Jeremy Bentham também se destacou, ao desenvolver um estudo sobre punição com viés utilitarista, com a ideação do seu “Panóptico” (“pan” significando “tudo” e “óptico”, a visão), a partir do qual seria possível “ver tudo, sem nunca ser visto”, bem como ser “totalmente visto, sem nunca ver” (MARTINELLI; BEM, 2023, p. 25).

Desse modo, por volta do ano de 1787, Bentham traz o conceito de “presídio ideal”, de modo que o criminoso cumpria sua pena em permanente vigilância, tendo a pena não ambas as funções, de prevenção especial e geral:

Não se deve olvidar que, por volta de 1787, com sua célebre série de cartas, Jeremy Bentham sugeriu a criação do presídio ideal, denominado “O Panóptico” ou “Casa de Inspeção” (O panóptico, p. 11-75). A origem do termo advém de “pan-óptico”, ou seja, aquilo que permite uma visão total. Todas as celas voltavam-se para o centro do presídio e o condenado passava praticamente todas as horas do dia em constante vigilância. Para Bentham, a pena tinha a função de prevenção particular, que se aplica ao delinquente individual, e a prevenção geral, que se aplica a todos os membros da comunidade. (NUCCI, 2022, p. 12).

Assim sendo, pode-se concluir sobre as características principais da Primeira Escola ou Escola Clássica:

Assim, de forma sistemática, podemos salientar as seguintes características essenciais da Escola Clássica: (a) o crime é um ente jurídico, trata-se de uma infração e não uma ação, pois sua essência constitui, necessariamente, na violação de um direito; (b) o livre-arbítrio é condição fundamental da punibilidade, ou seja, os homens moralmente são nascem livres e a prática do crime deriva da escolha moral de cada um, independentemente dos fatores externos; (c) a pena visa à tutela jurídica por meio da retribuição ao criminoso do mal por ele praticado; ora, se o crime é um ente jurídico, uma infração, a pena só pode buscar reequilibrar, tutelar o ordenamento jurídico, devolvendo ao criminoso o mal por ele praticado. (SMANIO; FABRETTI, 2019, p. 27).

Quanto ao **Positivismo** ou **Direito Penal Positivo**, Bicudo (1998, p. 100) lembra que o direito penal era considerado um dogma, um conjunto de normas suficientes à solução dos conflitos, porém um formalismo desprovido de qualquer valoração:

Construído por Beling e V. Liszt, o direito penal positivo era considerado um dogma, do qual necessariamente se devia partir para a construção de conceitos e princípios que integrariam o sistema penal. O direito penal, para esta concepção, era visto como conjunto de leis capazes de solucionar os conflitos jurídicos, sem levar em conta qualquer tipo de valoração.

Com efeito, no que se refere à Escola Positiva ou Positivista, Estefam (2022, p. 60) lembra que “o avanço das ciências humanas e biológicas operado no final do século XIX marcou a decadência da Escola Clássica”, bem como que “a maior preocupação na segunda metade do século XIX era a crescente criminalidade”.

De fato, o surgimento da Escola Positiva, no fim do século XIX, coincidiu com o surgimento dos estudos biológicos e sociológicos, bem como se deu em uma fase de evolução de ciências sociais como a Antropologia, Psiquiatria, Sociologia etc., o que contribuiu para o nascimento da Criminologia (BITENCOURT, 2019, p. 115).

Isso porque, com o incremento da criminalidade, os positivistas defenderam a necessidade de melhor defender a sociedade em face das ações dos delinquentes, priorizando, assim, os interesses sociais aos individuais (BITENCOURT, 2019, p. 115).

Nesse contexto, para a Escola Positivista,

a pena não tinha papel retributivo, mas fundamentalmente preventivo. Não sendo possível corrigir os criminosos, serviria como instrumento de defesa social. A sanção aplicável não se balizava somente pela gravidade do ilícito, mas, sobretudo, pela periculosidade do agente (ESTEFAM, 2022, p. 61).

No mesmo sentido, destaca Bitencourt que para os positivistas a pena teria um fim essencialmente utilitarista, deixando de prestigiar seu caráter retributivo ou ressocializador, diante da periculosidade do criminoso:

Por isso, a ressocialização do delincente passa a um segundo plano. A aplicação da pena passou a ser concebida como uma reação natural do organismo social contra a atividade anormal dos seus componentes. (...) Admitindo o delito e o delincente como patologias sociais, dispensava a necessidade de a responsabilidade penal fundar-se em conceitos morais. A pena perde seu tradicional caráter *vindicativo-retributivo*, reduzindo-se a um provimento utilitarista; seus fundamentos não são a natureza e a gravidade do crime, mas a personalidade do réu, sua capacidade de adaptação e especialmente sua perigosidade. (BITENCOURT, 2019, p. 115).

Desse modo, enquanto o método da Escola Clássica era dedutivo, de lógica abstrata, tendo como objeto o crime como entidade jurídica, para a Escola Positivista o método era o indutivo e de observação, tendo como foco o autor dos fatos, o “delincente”, que seria socialmente perigoso, bem como tratando o crime como “fato social e humano” (ESTEFAM, 2022, p. 60).

Dessa feita, a doutrina positivista ressaltou o embate (ainda atual) sobre o livre-arbítrio e o determinismo: “Enquanto os clássicos afirmavam a liberdade como atributo indispensável da vontade, os positivistas recusavam a existência do livre-arbítrio por ser este cientificamente indemonstrável” (MARTINELLI; BEM, 2023, p. 27).

Então, enquanto a Escola Clássica trazia a questão do livre-arbítrio do agente, a Escola Positiva defendia o determinismo: o indivíduo, desde o nascimento, já estaria determinado a ser um criminoso, em razão de sua raça, fisionomia, fatores biológicos e sociais etc. (ESTEFAM, 2022, p. 60).

Assim, para a Escola Positiva (conhecida também como Período Científico), as causas dos ilícitos criminais eram “determinadas biologicamente (antropologicamente), sociologicamente ou psicologicamente”, motivo pelo qual o fenômeno criminoso foi analisado em três fases: “com Lombroso, o delito era considerado uma patologia”, a segunda fase “foi

marcada pela sociologia criminal de Ferri” e a terceira fase “se desenvolveu com a antropologia de Garofalo” (MARTINELLI; BEM, 2023, p. 25).

Assim, ao focarem no delinquente, os positivistas voltaram seus estudos na morfologia, na psicologia, a fim de compreender as causas da criminalidade, o que deu causa à criação da Antropologia Criminal, bem como à figura do “criminoso nato”, em classificação de criminosos desenvolvida por Lombroso, que delineou características morfológicas específicas dos delinquentes (ESTEFAM, 2022, p. 61).

Nesse aspecto, importante mencionar que a Escola Positiva apresentou três fases, quais sejam: a fase antropológica (com Cesare Lombroso, que fundou a Antropologia Criminal), a fase sociológica de Enrico Ferri (que consolidou o nascimento da Sociologia Criminal) e a fase jurídica, de Rafael Garófalo, com sua obra “Criminologia” (BITENCOURT, 2019, p. 116-118).

Por esse motivo, considera-se que a Escola Positiva italiana foi “fonte das três disciplinas específicas que integram a Criminologia, a Biotipologia Criminal, a Psicologia Criminal e a Sociologia Criminal” (REALE JÚNIOR, 2020, p. 46).

De fato, em 1876, Cesare Lombroso marcou o movimento da Escola Positiva, notadamente com sua obra *O homem delinquente*, sustentando a ideia de “criminoso nato”, diante da inexistência do livre-arbítrio:

Com a publicação do livro *O homem delinquente* (1876), de Cesare Lombroso, cravou-se o marco da linha de pensamento denominada escola positiva. Lombroso sustentou que o ser humano poderia ser um criminoso nato, submetido a características próprias, originárias de suas anomalias físico-psíquicas. Dessa forma, o homem nasceria delinquente, ou seja, portador de caracteres impeditivos de sua adaptação social, trazendo como consequência o crime, algo naturalmente esperado. Não haveria livre-arbítrio, mas simples atavismo. A escola positiva deslocou o estudo do Direito Penal para o campo da investigação científica, proporcionando o surgimento da antropologia criminal, da psicologia criminal e da sociologia criminal. Ferri e Garofalo foram discípulos de Lombroso e grandes expoentes da escola positiva, sobretudo o primeiro. (NUCCI, 2022, p. 14).

Cumprir notar que, apesar do fracasso da teoria de Lombroso (quanto à tipologia de delinquentes), seu trabalho quanto à origem do comportamento antissocial (causas biopsíquicas do crime) resultou na Antropologia Criminal e também contribuiu para o desenvolvimento da Sociologia Criminal – que iniciaram estudos diversos quanto a causas do delito e conceitos sobre a pena (BITENCOURT, 2019, p. 117).

Quanto ao jurista Garófalo, cumpre mencionar seu ceticismo quanto à ressocialização do delinquente, motivo pelo qual defendia a pena de morte para os “criminosos natos”, que não tivessem capacidade de readaptação – demonstrando sua ênfase na defesa social, com enfoque na prevenção especial, sem objetivo de ressocialização (BITENCOURT, 2019, p. 118).

Isso porque, para Garófalo os delinquentes “não eram pessoas normais, mas sim portadores de anomalias do sentimento moral”, visto que não detêm “sentimentos altruístas fundamentais” (SMANIO; FABRETTI, 2019, p. 35).

Por sua vez, Enrico Ferri, que publicou sua obra *Sociologia Criminal*, em 1880, também adotou, como Lombroso, a concepção sobre a Defesa Social, por meio da intimidação geral, mas entendia que a maioria dos criminosos poderia se ressocializar, sendo incorrigíveis apenas os delinquentes habituais (BITENCOURT, 2019, p. 118).

Com efeito, Ferri entendia que o delito tinha fatores de ordem antropológica, social e física, não aceitando a existência do livre-arbítrio, sendo que defendeu uma classificação de delinquentes em: natos, loucos, passionais, ocasionais e habituais (SMANIO; FABRETTI, 2019, p. 32).

Desse modo, pode-se observar as seguintes características da Escola Positiva:

De forma bem sintética e pouco detalhista, podemos apontar como principais características da Escola Positiva: 1. o delito é um fenômeno natural e social produzido por causas de ordem biológica, física ou social; 2. o delincente é biológica e psicologicamente um anormal; 3. a crença no livre-arbítrio da liberdade humana é uma ilusão, pois a vontade humana é determinada por influxos de ordem física, psíquica e social; 4. como consequência dessa concepção determinista, a responsabilidade penal deixa de fundamentar-se sobre a imputabilidade moral e passa a ter como base a responsabilidade social; 5. a pena tem por fim a defesa social. (SMANIO e FABRETTI, 2019, p. 36).

Assim, cumpre mencionar um início de preocupação com a ressocialização do delincente, bem como outras contribuições da Escola Positiva, como a ampliação do conteúdo do direito, conforme destaca Bitencourt (2019, p. 119):

A Escola Positiva teve enorme repercussão, destacando-se como algumas de suas contribuições: a) a descoberta de novos fatos e a realização de experiências ampliaram o conteúdo do direito; b) o nascimento de uma nova ciência causal-explicativa: a criminologia; c) a preocupação com o delincente e com a vítima; d) uma melhor individualização das penas (legal, judicial e executiva); e) o conceito de periculosidade; f) o desenvolvimento de institutos como a medida de segurança, a suspensão condicional da pena e o livramento condicional; e g) o tratamento tutelar ou assistencial do menor.

Ainda, importante observar a influência da Escola Positiva na individualização da pena, levando em conta os aspectos da personalidade e conduta social do criminoso, com conceitos e princípios utilizados até os dias atuais (NUCCI, 2022, p. 14).

Cumpre ainda mencionar a “**Terceira Escola**” (**Escola Eclética, Crítica, Sociológica ou do Naturalismo Crítico**), que surgiu da fusão de concepções das Escolas Clássica e Positiva (ESTEFAM, 2022, p. 62).

Essa corrente, que surgiu no final do século XIX, foi liderada por Emanuele Carnevale, seguido por outros doutrinadores italianos, tais como Alimena e Impallomeni, Tarde (na França), Pins (na Bélgica) e José Hygino Duarte, sendo que pretendia conciliar as premissas das escolas anteriores (MARTINELLI; BEM, 2023, p. 27).

De fato, surgiram outras correntes que procuraram conciliar as ideias da Escola Clássica e da Escola Positiva, formadas por penalistas que, ao trazerem novos pensamentos, não romperam completamente com os postulados anteriores, significando uma evolução nos estudos das ciências penais (BITENCOURT, 2019, p. 119).

Dessa síntese de premissas, para a Terceira Escola (ou Eclética), pode-se destacar que: o crime é um fato humano e ente jurídico, ao mesmo tempo; utiliza-se o método dedutivo (elaboração dogmática) e indutivo (das ciências auxiliares); o livre-arbítrio é aplicado ao imputável, enquanto o determinismo é observado para o inimputável; a pena tem função retributiva, sendo que a medida de segurança tem natureza preventiva (ESTEFAM, 2022, p. 65).

Dentre as correntes ecléticas, cumpre mencionar a “**Escola Moderna Alemã**”, que teve a contribuição do austríaco Franz von Liszt, que sendo um político, além de jurista, concebeu o Direito Penal também como política criminal. A escola moderna alemã representou muitas contribuições à dogmática penal, dentre elas, representou o início das discussões quanto às penas alternativas às penas privativas de liberdade, começando a desenvolver uma política criminal liberal (BITENCOURT, 2019, p. 120-122).

Assim, essa escola surgiu no final do século XIX e início do século XX, com os trabalhos de Karl Binding, Ernst Von Beling e Franz von Liszt, desenvolvendo uma teoria geral do delito e conceito analítico de crime que são estudados até a atualidade (MARTINELLI; BEM, 2023, p. 27).

Como exemplo das contribuições dadas pela Escola Moderna Alemã, e que são observadas até a atualidade, temos: “o tratamento tutelar dos menores delinquentes que devem ser observados sob uma ótica educativa e assistencial e não punitiva; institutos como o livramento condicional e o *sursis*” (SMANIO; FABRETTI, 2019, p. 36).

Ainda, a “**Escola Técnico-Jurídica**” consubstanciou-se em uma nova orientação, diante da excessiva preocupação da Escola Positiva com os aspectos antropológicos e sociológicos do crime, em detrimento do aspecto jurídico. Assim, como uma reação ao positivismo, surgiu o “tecnicismo jurídico-penal” na Alemanha (com Karl Binding), restaurando-se o critério propriamente jurídico da ciência do Direito Penal (BITENCOURT, 2019, p. 122-123).

Desse modo, Arturo Rocco defendia que nenhuma ciência externa (como a Sociologia, Criminologia, Antropologia etc.) deveria interferir na ciência do Direito Penal, que se resume ao direito positivado, visto que o objeto da Ciência Criminal é o ordenamento jurídico (SMANIO; FABRETTI, 2019, p. 43).

Assim, a Escola Técnico-Jurídica – que teve Karl Binding como um de seus precursores, além de Arturo Rocco dentre seus defensores -, trouxe uma ideia de estudo sistematizado do Direito Penal, considerando-se muito mais do que uma escola, mas um movimento de orientação quanto à metodologia de estudo (GRECO, 2022, p. 79).

Importa ainda mencionar a “**Escola correccionalista**”, que surgiu na Alemanha, na primeira metade do século XIX, tendo na Espanha seus principais adeptos, e que tinha como maior característica a compreensão de que a correção do delinquente era o fim único e exclusivo da pena criminal (BITENCOURT, 2019, p. 123-124).

De fato, a Escola Correccionalista teve como seu precursor Carlos Davi Augusto Roeder, em 1839 – que defendia que a pena deveria durar o período necessário para a correção do delinquente –, sendo mais difundida na Espanha, por meio de Pedro García Dorado Monteiro e Concepción Arenal, que dizia: “Não há criminosos incorrigíveis e, sim, incorrigidos” (GRECO, 2022, p. 79).

Para o correccionalismo, a pena seria um “remédio social”, que tem o fim de “curar” o criminoso, pela aplicação da restrição de sua liberdade, pelo tempo necessário até cessar sua periculosidade. Ainda, a sociedade teria a obrigação de educar o delinquente, para que se torne útil à sociedade e não cometa novos delitos, existindo, em contrapartida, um direito do agente de ser melhorado pela justiça penal (SMANIO; FABRETTI, 2019, p. 46).

Quanto a este movimento, surgido na primeira metade do século XX, cumpre notar suas principais ideias:

O principal expoente do correccionalismo espanhol foi Pedro Dorado Montero, que estruturou suas ideias nos seguintes alicerces: (a) o delinquente é portador de patologia de desvio social, ou seja, é um ser inferior, que não consegue se comportar conforme o ordenamento jurídico; (b) a pena é o remédio social, e os estabelecimentos prisionais os locais em que aconteceria o tratamento do sujeito criminoso, considerando os procedimentos higiênicos, fisiológicos, pedagógicos, de patronato, entre outros; (c) o juiz é o médico social, que recebe o caso, faz a devida avaliação e aplica a pena devida para a correção, de maneira semelhante à conduta do médico ao tratar uma doença. Embora grande parcela dos correccionalistas fosse determinista, a exemplo de Concepción Arenal, havia os que consideravam o livre-arbítrio, que também creditavam à pena a função de correção social. (MARTINELLI e BEM, 2023, p. 28).

Ainda, no final do século XIX, surgiu a teoria de “**Defesa Social**”, buscando novos meios de combate à criminalidade e adaptação do delinquente à ordem social. Em 1954, Marc

Ancel publicou a obra “A nova defesa social”, trazendo a definição de “doutrina humanista de proteção social contra o crime” (BITENCOURT, 2019, p. 125).

Isso porque, a Escola da Nova Defesa Social surgiu no fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, configurando-se uma reação humanitária em face dos abusos e crimes praticados pelo nazismo, com base no respeito à dignidade da pessoa humana (SMANIO; FABRETTI, 2019, p. 48).

Assim, o movimento “nova defesa social” trouxe uma visão progressista da ciência penal, a partir das conquistas relacionadas aos Direitos Humanos, como por exemplo, defendendo a abolição da pena de morte e o encarceramento indiscriminado:

Após a Segunda Grande Guerra, novos estudos de Direito Penal provocaram o surgimento do movimento denominado de nova defesa social. Segundo lição de Oswaldo Henrique Duek Marques, afasta-se do positivismo e volta a afirmar o livre-arbítrio como fundamento da imputabilidade, demonstrando que o crime é expressão de uma personalidade única, impossível de haver a padronização sugerida pela escola fundada por Lombroso. A nova defesa social reconhece que a prisão é um mal necessário, embora possua inúmeras consequências negativas, devendo-se, no entanto, abolir a pena de morte. Prega, ainda, a descriminalização de certas condutas, especialmente aquelas que são consideradas crimes de bagatela, evitando-se o encarceramento indiscriminado. E arremata o autor: “os postulados traçados pela Nova Defesa Social parecem mais condizentes com a realidade atual e com uma visão progressista do Direito Penal, uma vez que não perdem as conquistas relativas à proteção aos Direitos Humanos, alcançados nas últimas décadas” (Fundamentos da pena, p. 100). (NUCCI, 2022, p. 14).

Interessante notar, como ressalta Bitencourt (2019, p. 126) que, embora os juristas dessa época se voltassem à problemática em torno das duas grandes vertentes (a criminológica e a jurídico-dogmática), atualmente compreende-se que a Ciência do Direito Penal abarca ambas, a Criminologia e a Dogmática, que devem se inter-relacionar na busca da melhor política criminal.

Na sequência, no século XX, tivemos o **Neokantismo**, que deixa de ser puramente formalista, trazendo considerações axiológicas, de modo que esse pensamento jurídico-penal apresentava em sua metodologia a valoração, conforme explica Bicudo:

Já no século XX se impõe uma nova fase do pensamento jurídico-penal, o neokantismo. Neste período do neokantismo, a metodologia do direito penal deixa de ser puramente formalista, introduzindo-se considerações axiológicas, pela inclusão do Direito entre as ciências do espírito, cuja metodologia se caracterizava por compreender e valorar. Os representantes dessa corrente entendiam que, apesar de as ciências naturais captarem a realidade empírica de forma objetiva e neutra, o método do conhecimento das ciências do espírito era valorativo. A questão dos valores que devem ser tomados em consideração na formação dos diversos conceitos deveria atender ao objetivo dessas ciências para a consecução de seus fins. (BICUDO, 1998, p. 100).

Desse modo, “o neokantismo substituiu o método indutivo e formalista do positivismo, passando a ter, como objetivo, a compreensão do conteúdo dos fenômenos e categorias jurídicas, muito além de sua simples definição formal ou explicação causal” (BITENCOURT, 2019, p. 128).

Contudo, apesar do neokantismo ter trazido uma mudança na conformação do sistema penal – ao considerar, em seu sistema valorativo, as circunstâncias históricas, sociais e culturais da sociedade –, também foi criticado por não oferecer um conteúdo normativo preciso, necessário à segurança jurídica (BITENCOURT, 2019, p. 129-130).

Mas tanto o Positivismo como o Neokantismo foram superados pelo **Finalismo** ou **Teoria Finalista da Ação**, que trouxe como pressuposto que a ciência penal não teria valorações de conteúdo variável, tampouco se basearia em questões situadas em determinado espaço e tempo, apresentando-se como uma dogmática penal atemporal e não perecível (BICUDO, 1998, p. 100).

Assim, “a teoria finalista da ação fundou o seu saber sobre o núcleo do direito penal – ação, antijuridicidade e culpa – trazendo a convicção de que este saber se assentava sobre o Ser” (BICUDO, 1998, p. 100).

Então, o Finalismo parte da noção de que o objeto fundamental da dogmática penal, são as estruturas lógico-objetivas, que pertencem ao mundo real (ontologismo), e que por integrarem a natureza permanente das coisas, vinculam o legislador e o Direito, motivo pelo qual “a passagem do subjetivismo ao objetivismo constitui o fundamento metodológico da teoria do delito desenvolvida pelo finalismo” (BITENCOURT, 2019, p. 130).

Nesse contexto, a doutrina finalista de Welzel, desenvolvida entre 1930 e 1960, trouxe uma nova perspectiva quanto à conduta humana, que deve ser entendida como uma estrutura lógico-objetiva que é guiada por uma finalidade.

Nesse sentido explica Bitencourt, quanto à importância dessa ideia para a teoria geral do delito:

A atividade final – prosseguiu Welzel – é uma atividade dirigida conscientemente em função do *fim*, enquanto o *acontecer causal* não está dirigido em função do fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existentes em cada caso. Esse ponto de partida foi decisivo no processo de sistematização e elaboração dedutiva das categorias sistemáticas do delito, como veremos no estudo da teoria geral do delito, oferecendo um referente estável para a interpretação e aplicação das normas penais, e a conseqüente garantia de segurança jurídica das decisões judiciais em matéria penal. (BITENCOURT, 2019, p. 132).

A partir disso, cumpre mencionar que a teoria finalista da ação foi proposta, inicialmente, por Hans Welzel, em 1931, na obra *Causalidade e Ação (Kausalität und*

Handlung), na qual apresentou o conceito de ação como sendo uma conduta humana especialmente dirigida a uma finalidade:

Dito isso, apresenta Welzel, logo no início do primeiro parágrafo da obra por último citada, o conceito de ação que serve de base para a construção de uma “nova imagem” do sistema penal: “Ação humana é exercício de atividade finalista. Ação é, portanto, um acontecimento finalístico (= dirigido a um fim), não um acontecimento puramente causal”. Assim é porque o homem, com base no conhecimento causal, que lhe é dado pela experiência, pode prever as possíveis consequências de sua conduta, bem como (e por isso mesmo) estabelecer diferentes fins (= propor-se determinados objetivos) e orientar sua atividade para a consecução desses mesmos fins ou objetivos. A finalidade é, pois, “vidente”; a causalidade, “cega”. E nisso reside, precisamente, a grande diferença entre o conceito “clássico” causal da ação e o novo conceito finalista. No primeiro, a ação humana, depois de desencadeada, é considerada em seus aspectos externos, numa sequência temporal “cega”, de causa e efeito, como algo que se desprende do agente para causar modificações no mundo exterior. No segundo, é ela considerada, em sentido inverso, como algo que se realiza de modo orientado pelo “fim” (pelo objetivo) antecipado na mente do agente. É uma causalidade dirigida (TOLEDO, 2002, p. 97).

Por este motivo, o direito não deve apresentar normas de conduta para fenômenos causais (inevitáveis), podendo apenas estabelecer regras de comportamento para “ações ou omissões finalisticamente orientadas” (TOLEDO, 2002, p. 100).

Nesse contexto, Toledo (2002, p. 101) discorda da crítica de que a teoria finalista falharia nos crimes culposos: isso porque, no cerne destes delitos, observa-se a inobservância do dever de cuidado ou a violação de uma proibição – o que já constituiria uma conduta voluntária na causa, ou seja, finalista.

Cumprir notar que a doutrina finalista foi quem concebeu uma alternativa para a solução relativa à definição de autoria mediata, chamada de “teoria do domínio final do fato”, frente às diversas questões não plenamente resolvidas pelos conceitos extensivo e restritivo, bem como às respectivas teorias objetiva e subjetiva (SILVA, 2014, p. 81-82).

Por fim, dentre as **correntes dogmáticas do pós-finalismo**, em fase que se iniciou a partir da segunda metade do século XX até a atualidade, cumpre estudar as duas propostas de maior referência, no âmbito do “normativismo funcionalista” (diante da tendência de normatização de conceitos): o “sistema teleológico-funcional” formulado por Claus Roxin; e a vertente “funcionalista-sistêmico” de Günter Jakobs (BITENCOURT, 2019, p. 134).

Isso porque, para o **Funcionalismo Penal**, funcional “é tudo o que se requer para a manutenção do sistema”, ou seja, sua premissa metodológica é a de que o conteúdo da dogmática deve determinar-se em função do que resulte mais adequado ao sistema do direito penal (BICUDO, 1998, p. 102).

Desse modo, dentre as correntes funcionalistas, destacam-se duas vertentes: o modelo de Claus Roxin (“funcionalista aberto”, com orientação teleológica: na qual os elementos do

delito devem ser deduzidos dos fins do direito penal); e a corrente de Günter Jakobs, com modelo “funcionalista fechado” (BICUDO, 1998, p. 102).

Um dos exemplos da contribuição de Roxin, por meio de sua corrente funcionalista, observa-se na construção da “teoria do domínio do fato”, aplicada no concurso de agentes, entendimento que tem sido adotado, em certa medida, pelos tribunais brasileiros (MARTINELLI; BEM, 2023, p. 29).

No modelo funcionalista “aberto”, Roxin priorizou, em sua construção das categorias do direito penal, valores e princípios garantísticos, evitando os “excessos abstratos-dedutivos, presentes no positivismo e no finalismo” (BICUDO, 1998, p. 102).

Os fundamentos da proposta de Roxin apareceram primeiramente em 1970, quando publicou sua obra *Política criminal e sistema jurídico-penal*, sendo que defendia a aplicação de “princípios garantistas” e a necessidade de se vislumbrar as “finalidades político-criminais” do sistema penal (BITENCOURT, 2019, p. 135).

Assim, Claus Roxin propunha uma conexão entre Direito Penal e a política criminal, de modo que as construções dogmáticas e da estrutura do delito atendam à finalidade de tutela dos bens jurídicos (MARTINELLI; BEM, 2023, p. 29).

A corrente de Claus Roxin foi caracterizada como “teleológico-funcional”, em vista da “abertura do sistema penal às finalidades que o Direito Penal busca alcançar”, apresentando-se o Direito Penal como um “sistema aberto”, apto à permanente remodelação, conforme a evolução da sociedade e mudança da política criminal (BITENCOURT, 2019, p. 135).

Como resume Bicudo (1998, p. 102), Claus Roxin “propõe uma política criminal que se identifica com os fins da pena e que se fundamenta na culpabilidade, com os limites do Estado de Direito (tipicidade)”. Ainda, para Claus Roxin a finalidade da pena é a prevenção, especial e geral, sendo que esta última é vista como uma “prevenção integradora positiva”, que visa a manutenção da paz jurídica e da segurança dos indivíduos.

Contudo, cumpre mencionar a crítica ao funcionalismo, no sentido de que, se a dogmática penal deve atender a fins e valores que se modificam com o tempo, com as evoluções socioculturais, “afasta-se progressivamente da suposta neutralidade e imutabilidade das construções dogmáticas” (BITENCOURT, 2019, p. 136).

Apesar de possíveis críticas, deve-se notar a expressiva contribuição de Claus Roxin em uma nova fase da dogmática penal:

Assim, pode-se dizer que Roxin inaugura uma nova etapa do direito penal, influenciando gerações de penalistas pela Europa e América Latina. Em síntese, os critérios de elaboração de sua teoria do delito englobam a necessidade de aplicação da pena e a tutela de bens jurídicos. A pena deve atender sempre às finalidades de

prevenção geral e especial, positivas, e não assumir papel meramente intimidatório e segregador. O bem jurídico deve ter dignidade penal e ser reconhecido externamente, isto é, pela Constituição Federal, além de estar exposto a uma conduta ofensiva capaz de colocá-lo em risco. (MARTINELLI; BEM, 2023, p. 29).

Já a corrente de Günter Jakobs, com modelo “funcionalista fechado”, tem uma orientação “funcionalista-sociológica”, diferentemente da teoria de Roxin, que tem um pensamento “teleológico-funcionalista” (BICUDO, 1998, p. 102).

De fato, diferentemente de Roxin, que afirmou a finalidade do Direito Penal como sendo a tutela dos bem jurídico, para Jakobs o fim seria a preservação da norma penal, pela confirmação de sua vigência e validade, assegurando-se, assim, os anseios sociais, pela função de prevenção da pena (MARTINELLI; BEM, 2023, p. 29).

Isso porque, “a teoria de Jakobs tem como matriz a teoria da sociologia jurídica de Niklas Luhmann” (BICUDO, 1998, p. 103), de modo que a dogmática deve adequar os conceitos jurídicos à sociedade, que é um sistema onde existem expectativas de conduta, por parte de seus integrantes.

Nesse contexto, o direito penal será instrumento de proteção das normas penais e a pena terá a missão de confirmar a vigência da norma infringida, conforme explica Bicudo:

Jakobs, ao trabalhar com o modelo luhmanniano do direito como sendo um conjunto de normas que criam expectativas de conduta, vai conceber o direito penal não como instrumento de proteção de bens jurídicos essenciais aos homens, mas como instrumento de proteção das normas penais. A danosidade social do delito ocorre porque sua realização exterioriza uma “infidelidade do autor ao ordenamento jurídico”, através da qual se põe em dúvida a vigência da norma em si (caráter disfuncional do delito), por isso, precisamente, a pena cumpre a missão de confirmar a vigência da expectativa da norma defraudada pelo autor. (BICUDO, 1998, p. 103).

Assim, na concepção de Günter Jakobs, o Direito Penal deve ser compreendido tendo como finalidade a “reafirmação da vigência da norma”, com vistas à conservação da sociedade e do Estado (BITENCOURT, 2019, p. 137).

Desse modo, o delito é visto como algo “socialmente disfuncional”, mas não apenas pela lesão a determinados bens jurídicos, mas especialmente porque levanta a dúvida sobre a confiança institucional no sistema jurídico e na segurança dos cidadãos (BICUDO, 1998, p. 103).

Isso porque, para Jakobs, “o verdadeiro bem jurídico penal a ser protegido é a validade fática das normas, porque somente assim se pode esperar o respeito aos bens que interessam ao indivíduo e ao convívio social” (BITENCOURT, 2019, p. 138).

A pena também é vista sob o enfoque funcional (“funções reais que a pena desempenha para o bom funcionamento do sistema”), realizando uma função de “prevenção integradora”

(diferentemente dos fins retributivos, de prevenção geral e especial, da dogmática penal tradicional), de modo que o castigo “fomenta os mecanismos de integração e de solidariedade social frente ao infrator e devolve ao cidadão honesto a sua confiança no sistema” (BICUDO, 1998, p. 103).

Nesse aspecto, interessante mencionar que, nesse movimento de dois vértices, a principal distinção refere-se ao fato de que “o normativismo teleológico (Roxin) preocupa-se com os fins do Direito Penal, enquanto o normativismo sistêmico (Jakobs) se satisfaz com os fins da pena, isto é, com as consequências do Direito Penal” (BITENCOURT, 2019, p. 139).

Mas como explica Bicudo, a corrente de Günter Jakobs acaba causando a redução de garantias fundantes do Estado Democrático de Direito, propiciando um aumento da intervenção estatal:

A teoria funcionalista do direito penal de Jakobs, com as características acima analisadas, tem propiciado o esvaziamento do pensamento garantístico e do direito penal mínimo, balaústres do direito penal do Estado Democrático de Direito, e, neste contexto, tem propiciado a expansão regulatória do Estado, permitindo, com isso, a contensão dos excluídos da economia globalizada. (BICUDO, 1998, p. 103).

Cumprir notar que, conforme analisa Bicudo (1998, p. 104), no âmbito dessa teoria funcionalista, essa mudança de foco, com vistas à manutenção do ordenamento jurídico, apresentou algumas consequências, tais como: o direito penal deixa de ser a *ultima ratio* na solução dos conflitos, para ser a *prima ratio*, passando a ser também instrumento da política criminal.

Assim, a finalidade preventiva passa a ser destaque no direito penal, que agora será a primeira saída para enfrentar os problemas da criminalidade, conforme explica Bicudo:

Assim, problemas ambientais, drogas, criminalidade organizada, economia, informática, controle bélico, feminismo, são as áreas das quais se encarregará o direito penal. A resposta penal surge como a primeira, se não a única saída para controlar esses problemas. [...] Ligado a essa necessidade de “controlar” os conflitos da sociedade contemporânea, ou seja, uma sociedade de risco, assumem relevância os crimes de perigo abstrato, para os quais basta a prática de uma conduta considerada tipicamente perigosa, segundo a avaliação do legislador, para que haja a pretensão punitiva. Com isto, a idéia de prevenção passa a ocupar posição central no direito penal (BICUDO, 1998, p. 104).

Então, o Direito Penal passa a ter a finalidade precípua de funcionar como instrumento de prevenção do crime, ao confirmar a validade das normas jurídicas e colocar a pena como garantia da tutela dos bens jurídicos e manutenção da ordem na sociedade, evitando condutas disfuncionais.

Interessante notar que a tendência de criminalizar novas condutas, como um dos reflexos da globalização econômica, mencionada no tópico anterior, tem correlação com o pensamento

funcionalista e fundamentando-se na lógica da “prevenção geral negativa”, conforme destaca Bicudo (1998, p. 100).

Por fim, cumpre mencionar, dentre tantas evoluções dogmáticas, o conceito de “terceira velocidade do direito penal”, idealizada por Silva Sánchez no contexto de expansão do Direito Penal, ao lado das velocidades tradicionais, que envolvem a ofensa aos bens jurídicos individuais e transindividuais:

A partir da construção teórica do direito penal do inimigo surge o conceito de terceira velocidade do direito penal. À tradicional distinção de dois ritmos de punição criminal, menos rápida para as condutas que ofendem bens jurídicos individuais, pois ao infrator se deve preservar todas as garantias processuais, tendo em vista que poderá ser condenado à pena de prisão (primeira velocidade), e mais célere para aquelas que ofendem bens jurídicos supraindividuais, pois se relativizam as regras de imputação e as garantias processuais, uma vez que a resposta penal não se concretizará em prisão (segunda velocidade), fez Jesús-Maria Silva Sánchez agregar uma terceira, conjugando a flexibilização de garantias penais (antecipação de tutela penal, com adoção de crimes de perigo abstrato e com preferência às normas penais em branco) e processuais penais (dispensabilidade do contraditório) com a pena privativa de liberdade (prisão e adoção de regimes rigorosos de cumprimento de pena). (MARTINELLI e BEM, 2023, p. 30).

Com efeito, Silva Sánchez (2002, p. 148) concebeu as chamadas “velocidades do Direito Penal”, destacando-se a “terceira velocidade” no que se refere ao cerne do presente trabalho, que trata da flexibilização da dogmática penal tradicional.

Nesse sentido explica Moraes:

A primeira, pautada no modelo liberal-clássico, traduz a idéia de um Direito Penal da prisão por excelência, com manutenção rígida dos princípios político-criminais iluministas; a segunda, contempla a flexibilização proporcional de algumas garantias penais e processuais, conjugada com a adoção de penas não privativas de liberdade – pecuniárias ou restritivas de direitos; já a terceira velocidade, representaria um Direito Penal da pena de prisão concorrendo com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais, que constituem o modelo de ‘Direito Penal do Inimigo’. (MORAES, 2006, p. 200).

Nesse diapasão, Moraes continua explicando que a “terceira velocidade de Direito penal” teve seu nascedouro com as premissas do “Direito Penal do Inimigo”¹³:

¹³ Nesse ponto, Moraes explica a íntima relação entre o “Direito Penal do Inimigo” com a “terceira velocidade do Direito Penal”: “O caráter expansivo do chamado ‘Direito Penal do risco’ vem acolhendo novas demandas e interesses penais e antecipando a tutela penal (com tipificações abertas e amplas, mediante o uso de tipos de perigo abstrato, mera conduta, omissivos impróprios etc.). Tanto na legislação pátria quanto na estrangeira, o ‘Direito Penal do risco’ vem permitindo a adoção de uma política criminal pautada pela preocupação incessante de criminalizar e prevenir a criminalidade organizada, a corrupção, o tráfico ilícito de entorpecentes, a criminalidade econômica, o terrorismo e os crimes contra a humanidade, primeiros sinais da tendência de perenizar um Direito Penal de ‘terceira velocidade’ – o ‘Direito Penal do Inimigo’.” (MORAES, 2006, p. 27). Ainda, em breves notas, pode-se compreender o “Direito Penal do Inimigo” como “um direito excepcional que trata parte dos criminosos como inimigo, buscando positivar e legitimar a flexibilização de garantias típicas do Direito Penal de contorno iluminista” (MORAES, 2006, p. 58).

Surge com a Teoria do ‘Direito Penal do Inimigo’, o conceito de *terceira velocidade* do Direito Penal. O modelo clássico (pena de prisão e garantias penais e processuais clássicas) já dera espaço ao Direito de *segunda velocidade* (mitigação da pena privativa de liberdade e alternativa à pena de prisão, ainda que a custo do devido processo legal) e agora assiste ao surgimento teórico do que antes já impregnava as legislações, ou seja, de um Direito de *terceira velocidade*, em que se conjugam a flexibilização de garantias penais e processuais e a pena privativa de liberdade. (MORAES, 2006, p. 12).

Isso porque, exatamente na busca de um eficaz enfrentamento à criminalidade organizada, vislumbra-se a possibilidade de flexibilizar determinadas garantias constitucionais, em vista do princípio da proibição da proteção deficiente, conforme preconizado pela chamada “terceira velocidade” de Direito Penal.

Assim, concluem Moraes e Nassar, quanto ao tratamento diferenciado que o crime organizado deve receber, em comparação à criminalidade de massa:

Inexorável que a criminalidade organizada não pode ser tratada como a criminalidade comum, sob pena de incorrer em um invariável anacronismo, reservando soluções antigas para problemas novos.

O distanciamento do Direito Penal clássico de inspiração iluminista, não raras vezes, significa a adoção de certas medidas de política criminal que caracterizam um Direito Penal de inimigos ou uma terceira velocidade do Direito Penal, com a flexibilização de garantias, inclusive constitucionais, até mesmo nas penas privativas de liberdade. (MORAES; NASSAR, 2019, p. 37).

1.3. Nova dogmática penal e a teoria do domínio do fato

Como acima mencionado, da mudança de paradigma trazida pela sociedade pós-moderna ou pós-industrial, decorreram novas proposições, tais como as relativas à “imputação objetiva, ações neutras, cegueira deliberada, ingerência penal e, especialmente, a teoria do domínio do fato”, observando-se o contexto de uma nova dogmática penal (MORAES; NASSAR, 2019, p. 22).

Desse modo, a expansão das organizações criminosas e empresariais exigem uma nova dogmática penal, ou uma interpretação mais consentânea com a atualidade, notadamente no âmbito da teoria do concurso de pessoas, na busca por um enfrentamento mais eficiente.

Nesse sentido, ressalta Turessi:

Ocorre que, conforme já adiantado, o enfrentamento da criminalidade organizada reclama uma nova leitura das relações processuais e do próprio Direito Penal. A construção jurídica dessa problemática exige, outrossim, um olhar diferenciado sobre os tradicionais dogmas da autoria, coautoria e participação, dos atos preparatórios não puníveis e dos limites da flexibilização de garantias individuais. (TURESSI, 2013, p. 244).

Inclusive, já em junho de 1998, durante um Seminário sobre Criminalidade Organizada, realizado na cidade espanhola de Huelva, no qual participaram Claus Roxin e Muñoz Conde, tentou-se ensaiar uma “nova dogmática do direito penal do futuro”, sendo que a criminalidade organizada seria – assim como a criminalidade ambiental, informática ou genética –, nesse sentido uma expressão paradigmática (DIAS, 1999, p. 355).

Com efeito, nessa ocasião indagou-se sobre um novo conceito de responsabilidade penal, direcionado aos dirigentes das organizações criminosas, para que não sejam apenas considerados como “instigadores ou partícipes”, dada a relevância do “fato de dar ordens, a fim de que se cometa uma infração” (DIAS, 1999, p. 358).

Ou seja, desde há muito tempo, a mudança de paradigma no âmbito da tutela penal trouxe a necessidade de adaptações nos dogmas do Direito Penal – a fim de tratar de forma condizente a criminalidade que foi se transformando junto com a sociedade, notadamente pós-Segunda Guerra e, agora, na contemporaneidade, com a força do crime organizado.

De fato, Claus Roxin se preocupava com os crimes praticados na época do nacional-socialismo alemão, visto que em seu entendimento, e ao contrário do entendimento doutrinário dominante à época, “quem ocupasse uma posição dentro do chamado aparato organizado de poder e desse o comando para que se executasse um crime, teria de responder como autor e não só como partícipe” (BITENCOURT, 2019, p. 570).

Desse modo, se desde 1998 já se falava de um “direito penal do futuro” – que responsabilizasse criminalmente os líderes das organizações criminosas, de uma maneira condizente com a reprovabilidade de seus atos –, pode-se compreender a falta de razoabilidade na timidez com que se tem tratado da teoria do domínio do fato na atualidade, ao menos no âmbito doméstico.

Nesse contexto, cumpre mencionar importante mudança que aconteceu na doutrina portuguesa, com a adesão majoritária da “teoria do domínio do fato”, alteração de pensamento que foi corroborada pela Código Penal português, já em 1982, que “regulou distintamente as diversas formas de autoria e as contrapôs à cumplicidade”. Dessa forma, o conceito de autoria passou a compreender o agente que “domina” o fato, de modo que, aquele que não detiver o controle para a realização do crime, constituiria apenas um partícipe (DIAS, 1999, p. 361-362).

Por estes motivos, a teoria do domínio do fato, para solucionar temas surgidos no âmbito da criminalidade moderna, juntamente com o domínio da organização, a ser aplicada em casos envolvendo a criminalidade organizada (e também empresarial, conforme será abordado mais à frente), apresenta-se como adequada opção doutrinária e jurisprudencial, na proteção integral do direito fundamental à segurança pública.

Assim sendo, no desenvolvimento da teoria do domínio do fato (e em sua versão do domínio da organização), percebe-se que “Roxin erigiu a teoria da autoria em condições de adaptar-se à criminalidade contemporânea”, na busca de soluções para as novas questões surgidas com o avanço do crime organizado (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 284-285).

No âmbito doméstico, a título exemplificativo, podemos mencionar a mudança de entendimento do doutrinador Damásio Evangelista de Jesus, que em 1999, na introdução de seu livro *Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas*, afirma ter passado a adotar a “teoria do domínio do fato”, com todas as suas consequências, considerando ser mais adequada para questões relacionadas ao concurso de agentes:

Na distinção entre autoria e participação, éramos partidários da teoria restritiva, na modalidade objetivo-formal, considerando executor somente quem realiza concretamente o verbo típico. Diante disso, estávamos obrigados a considerar mero partícipe o sujeito que, num homicídio, segurasse a vítima a fim de ser esfaqueada ou, num roubo, fosse o chefe da quadrilha. Essa orientação, hoje, não nos parece correta: os sujeitos, nos dois casos, devem ser tidos como coautores. Por isso, estamos também adotando a “teoria do domínio do fato”, considerando que atende mais adequadamente a solução de várias questões que envolvem um dos mais fascinantes institutos do Direito Penal, o concurso de pessoas. (JESUS, 2001, p. X).

Desse modo, visando à compreensão quanto à necessidade de desenvolvimento e aperfeiçoamento das construções dogmáticas do Direito Penal, interessante notar o conteúdo e o papel da “Teoria do Domínio do Fato”, notadamente seus desdobramentos na “Teoria do Domínio da Organização”, conforme adiante se explanará.

2. DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

De início, cumpre consignar que a “Teoria do Domínio do Fato” é adotada para uma distinção mais precisa sobre os conceitos de autoria e participação, possibilitando uma compreensão adequada das figuras de autor imediato, autor mediato e coautor, principalmente em contextos de criminalidade organizada e empresarial.

Com efeito, referida teoria traz critérios que possibilitam a distinção entre autoria e participação, notadamente em circunstâncias na quais o verdadeiro autor do delito seria apenas considerado um mero partícipe dos fatos incriminados, se acaso não fosse aplicado o domínio do fato, em complemento às teorias tradicionais sobre concurso de pessoas.

Isso porque, “sendo responsáveis pelo resultado típico, tanto o autor imediato (executor) como o seu mandante, este pela autoria mediata”, a teoria do domínio do fato se desenvolveu nesse sentido, aplicando-se nas hipóteses de autoria mediata e coautoria (MENDRONI, 2013, p. 437-438).

Desse modo, a teoria do domínio do fato foi desenvolvida com este viés de imputar corretamente a responsabilidade criminal a todos os envolvidos em uma ação criminoso – especialmente quando se tratar do cumprimento de uma ordem, emanada por um “homem de trás” ou “homem de escritório”, que efetivamente dominou a ação delituosa.

Historicamente, quanto a esta teoria, importante mencionar que já em 1963, no julgamento de Israel contra Eichmann, durante a Segunda Guerra Mundial, pela primeira vez estruturou-se a teoria do domínio da vontade, por aparatos organizados de poder, diante da possibilidade de imputação não apenas do responsável pelo transporte dos judeus aos campos de concentração, mas também do “homem de trás” como autor mediato.

Também, em 1994, tornou-se célebre o caso dos soldados do muro de Berlim, que recebiam ordens para atirar e matar em quem tentasse ultrapassá-lo, sendo que membros do Conselho de Segurança do governo da Alemanha Oriental também foram condenados como autores mediatos dos homicídios dolosos (VIANA, 2013, p. 6).

Desse modo, casos concretos de alta relevância histórica demonstravam que não apenas os cumpridores de ordens, como também os responsáveis pela emissão de tais comandos, deveriam ser responsabilizados pelo resultado praticado, desde que evidenciada uma situação de domínio do fato.

Conforme explica Mendroni (2013, p. 437), a teoria do domínio do fato, que é adotada na Europa e em muitos países, “fundamenta a responsabilização penal para a pessoa do

mandante do crime na condição pré-estabelecida de *senhor da situação*, ou aquele que detém o *domínio do fato*”.

Assim, a teoria do domínio do fato apresenta o conceito de autor como sendo “aquele que decide o ‘se’, o ‘como’ e o ‘quando’ da infração penal; é o senhor de suas decisões” (GRECO, 2018, p. 122).

Inclusive, conforme será visto, a teoria do domínio do fato serviu para contornar as críticas e deficiências da teoria subjetiva na diferenciação entre autor e partícipe, dominante na jurisprudência alemã, à época do seu surgimento (LEITE, 2014, p. 4).

Ademais, importante pontuar que o Código Penal brasileiro não conceituou expressamente as hipóteses de autoria e participação, tampouco definiu a autoria mediata e a coautoria, todas hipóteses compreendidas a partir da interpretação dos dispositivos legais e construções doutrinárias, mais um motivo para o aprofundamento do tema.

Desse modo, o domínio do fato não traz uma definição ou descrição de autoria, mas apresenta um critério formal, ideias reitoras, ou “um ponto de apoio metodológico”, de modo a se compreender se, a partir das circunstâncias do caso concreto, o agente pode ser considerado o “senhor do fato” (GRECO; LEITE, 2013, p. 68).

Nesse aspecto, importante estudar o conceito aberto (ou geral) de autor, preconizado por Claus Roxin, que considera a evolução constante da realidade e, por consequência, na dogmática do concurso de pessoas, conforme será visto no tópico 5.4 abaixo.

Isso porque, no âmbito da teoria do domínio do fato, o domínio efetivo da realização do delito importará mais do que a própria verificação do núcleo-verbo do tipo, visto que, “em face da insuficiência do critério objetivo-formal para responder a situações mais complexas de relações de grupos criminosos, a doutrina buscou um critério objetivo-material de identificação do autor” (BUSATO; CAVAGNARI, 2017, p. 186).

Dessa feita, a imputação adequada não deverá ser realizada apenas considerando quem praticou o verbo núcleo do tipo penal, mas também quem dominou ou comandou a prática delituosa, até o seu resultado final, principalmente quando o caso concreto envolver uma organização.

Conforme ensina Dias (1999, p. 362), na teoria do domínio do fato o autor não terá uma vontade superior à sua, na medida em que ele será “senhor do processo causal”, exercendo o “domínio ou senhorio do fato”, conduzindo à realização do fato típico.

Desse modo, para descobrir quem foi o autor de determinado delito, deve-se perguntar quem dominou finalisticamente aquele processo causal (DIAS, 1999, p. 362).

Ou seja, na teoria em questão, o autor (mediato) deverá exercer o domínio do fato desde o seu início até a execução final do ato ilícito, perpetrado materialmente por outro agente (autor imediato ou executor).

Contudo, importante notar que, para a teoria do domínio do fato, autor será quem, além de ter uma posição do comando, também decide, determina a prática do ilícito, não sendo suficiente apenas deter uma posição hierárquica:

Autor, segundo essa teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. Mas é indispensável que resulte demonstrado que quem detém posição de comando *determina* a prática da ação, sendo irrelevante, portanto, a simples “posição hierárquica superior”, sob pena de caracterizar autêntica responsabilidade objetiva. Autor, enfim, é não só o que executa a ação típica (autoria imediata), como também aquele que se utiliza de outrem, como instrumento, para a execução da infração penal (autoria mediata). [...] Em outros termos, para que se configure o *domínio do fato* é necessário que o *autor* tenha controle sobre o *executor* do fato, e não apenas ostente uma posição de superioridade ou de representatividade institucional, como se chegou a interpretar na jurisprudência brasileira (BITENCOURT, 2019, p. 570-571).

Desse modo, também será considerado autor (mediato) – e não mais partícipe –, o agente que, além de ocupar uma função hierárquica elevada (de chefia e comando), efetivamente determine ou ordene a ação delituosa. Do contrário, seria admitir sua responsabilidade penal objetiva.

Então, com a adoção da teoria do domínio do fato, acaba sendo flexibilizado o conceito de autor, passando a considerar não apenas o executor material do crime, mas também o autor mediato e o coautor¹⁴, que de alguma forma contribuíram para a produção do resultado, mesmo que não tenham praticado o verbo descrito no tipo penal (GRECO, 2018, p. 123).

Assim, a teoria do domínio do fato admite a definição de “autor mediato”, desde que o “homem de trás” seja “controlador do executor”:

Essa teoria tem as seguintes consequências: 1ª) a realização pessoal e plenamente responsável de todos os elementos do tipo fundamentam sempre a autoria; 2ª) é autor quem executa o fato utilizando outrem como instrumento (autoria mediata); 3ª) é autor o coautor que realiza uma parte necessária do plano global (“domínio funcional do fato”), embora não seja um ato típico, desde que integre a resolução delitiva comum. (BITENCOURT, 2019, p. 571).

Em consequência, nos termos dessa doutrina do domínio do fato, a atuação do partícipe poderá ser considerada em duas hipóteses: no caso de não realizar o verbo núcleo do tipo penal, exercendo apenas um papel de lateralidade ou acessoriedade no delito; ou quando não detiver o domínio do fato (não exercendo qualquer controle sobre os autores imediatos ou executores).

¹⁴ Conforme julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na AC 70069070852, Rel. Des. Naele Ochoa Piazzeta, j. 14.09.2016 (GRECO, 2018, p. 123).

Dessa forma, a participação será uma conduta acessória na realização do tipo penal (por meio das figuras do induzimento, instigação ou auxílio material/cumplicidade), de modo que o partícipe será um “colaborador” no crime perpetrado por outrem:

Distinguem-se autor, co-autor e partícipe. O autor detém o domínio do fato; o co-autor, o domínio funcional do fato, tendo influência sobre o “se” e o “como” do crime; o partícipe só possui o domínio da *vontade* da própria conduta, tratando-se de um “colaborador”, uma figura lateral, não tendo o domínio finalista do crime. O delito não lhe pertence: ele colabora no crime alheio. Nesse sentido: Manoel Pedro Pimentel; Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt; Pierangelli. O mandante é autor intelectual e não partícipe, uma vez que detém o domínio do fato. No sentido de que o mandante é autor intelectual: Luiz Carlos Perez. O indutor ou determinador, o instigador e o auxiliador são meros partícipes, desde que, não dominando subjetivamente o fato, restrinjam sua contribuição ao simples induzimento, encorajamento ou auxílio secundário. (JESUS, 2001, p. 26-27).

A partir disso, pela doutrina do domínio do fato, o partícipe poderá ser o idealizador, indutor ou determinador do crime, desde que não domine finalisticamente a conduta do executor – ou seja, desde que apenas colabore na sua realização, de forma acessória.

Cumpra ainda mencionar o entendimento de que o domínio do fato se aplica aos crimes dolosos, visto que somente nessas hipóteses pode-se falar em “domínio final do fato típico”, já que nos delitos culposos observa-se o contrário: a perda do domínio do fato (BITENCOURT, 2019, p. 572).

Com efeito, posto que nessa doutrina fala-se em domínio finalista ou finalístico do crime, pode-se compreender que apenas poderá ser adotada no cometimento de um crime doloso, visto que no delito culposos, em havendo a inobservância de um dever objetivo de cuidado (por imprudência, negligência ou imperícia), com a produção de um resultado naturalístico indesejado, nunca se poderia falar em domínio do fato pelo seu autor.

No mesmo sentido ensinava Jesus (2001, p. 27), de que a teoria do domínio do fato apenas se aplica aos crimes dolosos (materiais, formais ou de mera conduta), visto que nos delitos culposos não existe diferença entre autoria e participação: “é autor todo aquele que, mediante qualquer conduta, produz um resultado típico deixando de observar o cuidado objetivo necessário”.

Ademais, mesmo não sendo uma teoria nova, posto que foi criada há muitos anos, a teoria do domínio do fato teve amplo destaque durante o julgamento da Ação Penal nº 470 (sobre o “Mensalão”) pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente quando da responsabilização criminal dos líderes do esquema criminoso observado nas mais altas instituições do poder público (detentores de cargos públicos ligados à Presidência da República, que detinham o domínio do fato).

De fato, a teoria do domínio do fato não se reveste de grande novidade, posto que, após a reforma de 1984, “já se falava no Brasil em ‘domínio do fato’, em ‘diferentes graus de participação’, em razão da expressão ‘na medida de sua culpabilidade’ inserida no art. 29, *caput*, do CP. Ocorre que a expressão ‘domínio do fato’ não era utilizada em sua acepção mais técnica” (LEITE, 2014, p. 6).

Outro exemplo de julgamento paradigmático no qual a teoria do domínio do fato foi aplicada, agora no âmbito internacional, trata-se do “caso Fujimori”¹⁵, analisado pela Suprema Corte peruana, visto que a culpabilidade do ditador deposto foi fundamentada com base na autoria mediata (BUSATO; CAVAGNARI, 2017, p. 195).

Com efeito, sem a aplicação da teoria do domínio do fato, não seria possível a condenação do ex-presidente Fujimori, como autor de diversos crimes praticados durante o seu governo:

No Peru foi a teoria do domínio do fato utilizada corretamente por sua Corte Suprema, possibilitando-se a condenação do ex-presidente Fujimori como autor mediato dos crimes cometidos durante o seu governo por autores plenamente responsáveis, integrantes dos órgãos de repressão então existentes. No julgamento de Fujimori, ao contrário do que se fez aqui, a teoria em nada dizia respeito à análise da prova dos autos. Lá o que se fez foi condenar Fujimori como autor, e não mero partícipe, considerando-se ter ele exercido, por meio de uma estrutura organizada de poder, o domínio da vontade dos autores que realizaram o tipo pelas próprias mãos (imediatos). E isso por ter sido verificada a presença de quatro requisitos: o poder de Fujimori para emitir ordens, o afastamento da ordem jurídica da estrutura de poder, a fungibilidade do autor imediato — consistente no fato de que qualquer outra pessoa poderia substituir o autor originariamente designado — e a sua alta disposição para a realização do fato criminoso. Sem a teoria do domínio do fato, Fujimori não teria sido absolvido, mas condenado como partícipe. (TÓRTIMA, 2012).

Interessante notar que Claus Roxin, idealizou as seguintes vertentes de “dominação do fato”: pelo “domínio da ação” (na hipótese de autoria imediata, quando o próprio autor praticar os elementos do fato típico); pelo “domínio da vontade” (no caso de autoria mediata, quando o autor pratica o ilícito por intermédio de outrem, como no caso do “homem de trás”); e pelo “domínio funcional do fato” (quando há divisão de tarefas na execução do delito, sendo considerados “coautores” do fato típico, dada a essencialidade da conduta de cada indivíduo).

Quanto ao estado atual da teoria do domínio do fato, ensina Roxin (2000, p. 337):

A estas alturas ya sabemos lo que es dominio del hecho.
Un sujeto es autor:
a) Si realiza la acción típica personalmente (dominio de la acción).
b) Si hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o

¹⁵ Inclusive, no julgamento do ex-presidente peruano Alberto Fujimori, foi especificamente aplicada a “teoria do domínio da organização”, em relação à qual adiante se explanará (LEITE, 2014, p. 07).

lo abarca en menor medida que el sujeto de detrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada (dominio de la voluntad).
 c) Si presta en la fase ejecutiva una aportación al hecho funcionalmente significativa (dominio del hecho funcional).

Assim, quanto a estas hipóteses de domínio do fato, explica Bitencourt (2019, p. 571):

Ou, dito de outros termos, numa linguagem roxiniana, o *domínio do fato* pode ser exercido das seguintes formas: (i) *pelo domínio da ação*, que ocorre quando o agente realiza pessoalmente o fato típico, agindo, por conseguinte, como autor e não como simples partícipe (instigador ou cúmplice); (ii) *pelo domínio da vontade*, que ocorre quando o executor, isto é, o autor imediato, age mediante coação ou incorrendo em erro, não tendo domínio de sua vontade, que é controlada ou dominada pelo “homem de trás”, que é o autor mediato, como veremos adiante. Assim, o “homem de trás” tem o domínio da vontade e o controle da ação, sendo o verdadeiro autor, ainda que mediato; (iii) *pelo domínio funcional do fato*, que ocorre na hipótese de coautoria, em que há, na dicção de Jescheck, uma *exemplar divisão de trabalho*, quando o agente realiza uma contribuição importante, ainda que não seja um ato típico, mas se revele necessária no plano global.

Interessante perceber, como será abordado no presente trabalho, a relevância prática dessa teoria aperfeiçoada por Claus Roxin, não se tratando de instituto focado em mero Direito Penal simbólico, sem aplicação efetiva, como lembram Moraes e Nassar:

O desafio que Roxin buscou desvendar é definir quem é autor e quem é partícipe no plano do ilícito. A distinção correta das diversas formas de contribuição na empreitada criminosa não é fruto de mero Direito Penal simbólico, possuindo uma imensa importância prática. (MORAES; NASSAR, 2019, p. 24).

Desse modo, a fim de que haja uma adequada imputação e responsabilização criminal, a teoria roxiniana auxilia na compreensão do papel do autor imediato, mediato e/ou coautor, sendo que nessa última hipótese ainda trata de uma divisão de condutas essenciais ao resultado criminoso, ainda que não necessariamente envolvendo a prática do verbo nuclear do tipo.

Então, no âmbito dessa teoria, na conceituação de coautoria, a teoria do domínio funcional sobre o fato “baseia-se na ideia de divisão de tarefas”, de modo que não se exigirá, de todos os coautores, a prática do verbo núcleo do tipo penal (GRECO, 2018, p. 122).

Nesse sentido, Greco (2018, p. 123) menciona um julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no qual evidencia-se que os coautores não precisam ser todos executores da conduta descrita no tipo:

A Teoria do Domínio Funcional do Fato, amplamente praticada pela jurisprudência, disciplina que todo agente que, senhor de suas decisões, tiver uma participação importante e necessária, dentro do conceito de divisão de tarefas, será coautor do fato, “não se exigindo que todos sejam executores, isto é, que todos pratiquem a conduta descrita no núcleo do tipo” (TJ-RJ, AC 0002825-85.2012.8.19.0067, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 29.01.2014).

No mesmo diapasão, uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, para a configuração da coautoria, todos os agentes terão o domínio do fato típico, pela divisão de tarefas, não sendo necessária a prática do núcleo do tipo penal, se sua conduta for essencial à prática do delito:

Na coautoria, todos os agentes possuem o domínio comum do fato típico, mediante uma divisão de tarefas. Não é necessário que todos os agentes pratiquem o verbo descrito no tipo; basta que a sua conduta, atípica, se isoladamente observada, seja essencial para a realização do fato típico. Dessa forma, em se tratando de coautoria, todos os agentes respondem pela prática do mesmo delito praticado. Em uma ação fortemente armada, o resultado morte deverá ser imputado a todos os coautores porque, mesmo não agindo diretamente na consecução do evento morte, esse resultado é mero desdobramento causal da ação delituosa (STJ, AgRg no AREsp 465.499/ES, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 07.05.2015).

Desse modo, para a configuração da hipótese de coautoria, no âmbito da teoria do domínio do fato, relevante será a imprescindibilidade da atuação do agente que, mesmo sem executar diretamente o verbo descrito no tipo legal, atua em uma verdadeira divisão de tarefas ou funções, juntamente com os outros coautores, motivo pelo qual terá o domínio funcional sobre o fato.

Dentro desse entendimento, Jesus (2001, p. 22) subdivide as formas de coautoria, dentro da teoria do domínio do fato, em duas: 1) coautoria direta (na qual todos os agentes igualmente realizam a conduta típica); e 2) coautoria parcial ou funcional (na qual existe uma divisão de tarefas executórias para a perpetração do delito, tratando-se de hipótese do “domínio funcional do fato”, visto que cada autor mantém o domínio do fato).

Assim explica a coautoria parcial ou funcional, também conhecida como caso de aplicação do “domínio funcional do fato”:

Os atos executórios do *iter criminis* são distribuídos entre os diversos autores, de modo que cada um é responsável por uma parte do fato, desde a execução até o momento consumativo. As colaborações são diferentes, constituindo partes e dados de união da ação coletiva, de forma que a ausência de uma faria frustrar o delito. É por isso que cada um mantém o domínio funcional do fato. Exemplos: no roubo, são divididas as ações de apoderamento do dinheiro, constrangimento dos sujeitos passivos mediante ameaça, vigilância e direção do veículo; no homicídio, um sujeito segura a vítima e outro a esfaqueia; no estupro, um a ameaça com emprego de arma e outro mantém com ela conjunção carnal. (JESUS, 2001, p. 23).

Dessa maneira, para a configuração da coautoria, dentro da teoria do domínio do fato, devem ser observados os seguintes pressupostos:

A coautoria possui como requisitos a (a) decisão comum de praticar o fato e (b) uma contribuição individual relevante para a realização conjunta do plano idealizado. A verificação cumulativa desses dois requisitos concede aos coautores o *domínio funcional do fato* e instaura o que se conhece por *imputação recíproca*: o comportamento de um coautor é imputado ao outro coautor, surgindo um

comportamento comum. Afinal, nem todos os coautores realizam todas as condutas típicas. Esses requisitos são o fundamento e, ao mesmo tempo, o limite da coautoria - o excesso de um coautor, por exemplo, não pode ser imputado ao outro. (LEITE, 2014, p. 14).

Desse modo, no caso de os coautores decidirem conjuntamente quanto à prática de um delito, colaborando, cada um deles, de forma essencial para sua consecução, pode-se dizer que acabam tendo o “domínio funcional do fato”, de modo que cada conduta poderá ser imputada também aos demais (o que se chama de “imputação recíproca”), visto que todos contribuíram para o resultado comum.

2.1. Primeiras menções da teoria do domínio do fato

Já que o presente estudo pretende compreender a teoria do domínio do fato e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, importante relatar as primeiras menções e adoções desta tese, notadamente em outros ordenamentos, visto que, como já falado, não é propriamente nova na dogmática penal.

Assim, cumpre mencionar que muitos autores inicialmente utilizaram a expressão “domínio do fato”, ou “domínio sobre o fato”¹⁶ – Hegler usou primeiramente essa expressão em 1915, no direito penal alemão, sendo que em seguida outros autores exploraram essa expressão, como no caso de Bruns, Berges, Lobe, H. von Weber e Schmidt¹⁷ (SILVA, 2014, p. 82-86).

¹⁶ Alflen (2014, p. 17) relembra o histórico dos primeiros empregos das expressões “domínio do fato” e “domínio sobre o fato” no direito penal alemão: “As expressões “domínio do fato” e “domínio sobre o fato”, como se tem conhecimento a partir dos trabalhos de Schroeder e de Roxin, foram empregadas pela primeira vez no direito penal alemão por Hegler, em 1915, no trabalho intitulado “*Die Merkmale des Verbreches*”. Após isso, verifica-se o emprego da expressão “domínio do fato” por Goldschmidt, no trabalho “*Normativer Schuldbegri*”, de 1930 (no mesmo sentido de Hegler) e por Frank, em seu “*Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*”, de 1931 (18ª edição), seguido por Bruns, no trabalho intitulado “*Kritik der Lehre vom Tabestand*”, de 1932; por Lobe, em sua “*Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuch*”, de 1933; por Berges, no trabalho intitulado “*Der gegenwärtige Stand der Lehre vom dolosen Werkzeug in Wissenscha_ und Rechtsprechung*”, de 1934; por H. von Weber, no trabalho intitulado “*Zum Au_ au des Strafrechtssystems*”, de 1935, e por Eb. Schmidt, no trabalho intitulado “*Die militärische Stra_ at und ihr Täter*”, de 1936.”

¹⁷ Mendroni (2013, p. 437) cita diversas obras nas quais é possível acompanhar o surgimento da teoria do domínio do fato: “Confira-se o desenvolvimento da teoria, nas obras: SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Der Täter hinter dem Täter*. Berlin: Duncker Humblot, 1965. MEYER, Maria-Katharina. *Der Ausschluss der Autonomie durch Irrtum. Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung*. Köln: Carl Heymanns, 1984. BLOY, Rene. *Die Beiteiligungsform als Zurechtungstypus im Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985. SCHUMANN, Heribert. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung des Anderen*. Tübingen: JCB Mohr, 1986. STEIN, Ulrich. *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*. Berlin: Dunker und Humblot, 1988. DÍAS, Miguel; GARCÍA, Conlledo. *La autoría en derecho penal*. Barcelona: PPU/SA, 1991. BOTTKE, Wilfried. *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*. Heidelberg: Müller Jur.Verl., 1992. MURMANN. *Die Nebentäterschaft in Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschafteslehre*, 1993. SHILD, Wolfgang. *Täterschaft als Tatherrschaft*. Berlin: Walter De Gruyter, 1994. RENZIKOWSKI, Joachim. *Restriktiver Täterbegriff und*

Todavia, nenhum desses autores desenvolveram propriamente uma teoria do domínio do fato, como no caso de Bruns, a respeito de quem Claus Roxin critica, dizendo ter feito considerações muito superficiais, que não explicam ou demonstram seus efeitos práticos (SILVA, 2014, p. 84).

Nesse sentido, explica Alflen da Silva (2014, p. 82) que a compreensão da teoria do domínio do fato deve dar-se a partir dos ensinamentos de Welzel, o penalista alemão considerado precursor de referido estudo:

Disso se observa que os pontos de partida dogmáticos que levaram ao desenvolvimento da ideia de domínio do fato são muito diferentes, podendo-se mencionar, em síntese: a teoria da culpabilidade em Hegler; as concepções causais, em especial a teoria subjetiva, em Bruns e Weber; uma concepção crítica em Lobe e a ideia de dever em Schmidt. Tal diversidade de pontos de partida no tocante ao domínio do fato, inclusive, torna difícil proporcionar um panorama histórico-dogmático da teoria do domínio do fato, de modo que seu ponto de partida deve ser necessariamente a concepção de Welzel (ALFLEN DA SILVA, 2014, p. 86).

Isso porque, Welzel foi quem primeiramente tentou desenvolver uma teoria propriamente dita, do domínio do fato: em 1939 ele elaborou um conceito de domínio do fato, vinculado à ideia de ação finalista. Assim, Welzel restringiu a questão da autoria, na teoria do domínio final do fato, aos crimes dolosos – notadamente por compreender a ideia de ação como “relação final da vontade com o resultado” (SILVA, 2014, p. 87-88).

Assim, a teoria do domínio do fato surgiu com o finalismo de Welzel, em 1939 (a partir do entendimento de que “autor é quem tem o controle final do fato”), contudo foi com a obra de Claus Roxin, em 1963 (*Täterschaft und Tatherrschaft*) que referida teoria se desenvolveu e ganhou importância internacional, na Europa e América Latina (BITENCOURT, 2019, p. 570).

Inclusive, Roxin considerava o conceito de Welzel muito vago na definição da ideia de domínio do fato finalista:

Apesar de Welzel ter apresentado, em 1939, pela primeira vez, uma teoria do domínio do fato propriamente dita, como critério de delimitação da autoria, não há dúvida de que os maiores esforços e a maior construção edificada até então, a respeito da temática, partiram de Roxin, o qual levou sua concepção a público no ano de 1963. O ponto de partida de Roxin na elaboração de sua teoria foi a singular vagueza e a intangibilidade da concepção welzeliana, que o levaram a rechaçar a ideia de *domínio do fato finalista*. (ALFLEN, 2014, p. 17).

fahrlässige Beteiligung. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997. Mais recentemente, outros autores também realizaram trabalhos para o desenvolvimento do tema. URBAN, Carolin. *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*. Göttingen: V&R Unipress, 2004; HAAS, Volker. *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008 e ROTSCH, Tomas. *Einheitstäterschaft statt Tatherrschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.”

Cumpra mencionar, por fim, antes de incursionar pelas suas construções teóricas, que na dogmática brasileira referida teoria do domínio do fato apenas apareceu no ano 1979, relacionada às concepções desenvolvidas por Roxin e Welzel, sendo que o jurista brasileiro Nilo Batista teria iniciado as discussões em sua obra *Concurso de Agentes* (SILVA, 2014, p. 18).

Também importante ressaltar que “a doutrina indica a teoria do domínio do fato como sendo a adotada pela lei penal da maioria dos países: caso da Alemanha, Portugal, Espanha, pela jurisprudência italiana e vários outros países” (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 86-87).

Desse modo, dentre diversos penalistas internacionais que, desde 1915, inicialmente elegeram esta doutrina como ponto de atenção, podem ser consideradas essenciais e decisivas as formulações de Welzel, em 1939, aperfeiçoadas por Claus Roxin, em 1963, sendo que no âmbito doméstico estas ideias foram aceitas a partir de 1979, destacando-se os estudos do jurista brasileiro Nilo Batista.

2.2. Domínio do fato no finalismo

Assim sendo, na época do surgimento do finalismo, em 1939, Welzel também defendeu a “teoria do domínio do fato”, no âmbito do concurso de agentes, no sentido de que autor é quem tem o controle final do crime, observando-se a finalidade como fundamento, da mesma forma como na teoria finalista:

Welzel, em 1939, ao mesmo tempo em que criou o finalismo, introduziu no concurso de pessoas a “teoria do domínio do fato”, partindo da tese restritiva e empregando um critério objetivo-subjetivo: autor é quem tem o controle final do fato, domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstâncias (“se”, “quando”, “onde”, “como” etc.). É uma teoria que se assenta em princípios relacionados à conduta e não ao resultado. Agindo no exercício desse controle, distingue-se do partícipe, que não tem o domínio do fato, apenas cooperando, induzindo, incitando etc. (JESUS, 2001, p. 17).

Desse modo, Welzel elaborou a teoria do domínio do fato, da mesma forma como na teoria finalista, no que se refere à consideração essencial da finalidade buscada pelo autor, que comandará o fato, conforme a sua vontade, até a sua execução, tendo o domínio final do fato.

Nesse sentido, para Welzel, a autoria apresenta requisitos pessoais (objetivos e subjetivos) e fáticos, quais sejam:

Portanto, a autoria, para Welzel, possui ao todo os seguintes pressupostos: (i) pressupostos pessoais, decorrentes da estrutura do tipo: (a) objetivos, tais como a posição especial de dever do autor; e, (b) subjetivos, tais como intenções especiais,

tendências ou tipos de sentimentos; e, (ii) pressuposto fático, o domínio do fato. (BUSATO; CAVAGNARI, 2017, p. 189).

Nesse contexto, para compreendermos a teoria do domínio do fato no âmbito do finalismo, cumpre lembrar que para a teoria finalista, o conceito de autoria pode ser dividido em: autoria direta (individual), autoria mediata e coautoria.

Assim, para o jurista alemão Welzel, a autoria direta pode ser definida na “realização direta, voluntária e conscientemente final do fato por quem, tendo preenchido os pressupostos pessoais objetivos e subjetivos exigidos pelo tipo, possui o domínio pleno sobre a sua decisão e execução” (SILVA, 2014, p. 91).

Dessa forma, a autoria direta ou imediata, no finalismo, considera a conduta do agente que realiza, por si só, o verbo núcleo e os elementos do tipo penal, de forma consciente e voluntária, tendo o domínio do fato criminoso desde o seu início até a consumação.

Quanto à coautoria, na concepção welzeliana, trata-se da autoria em que “o domínio final do fato sobre a conduta delitiva encontra-se não com um indivíduo, mas com vários conjuntamente”, em uma ideia de “divisão de papéis”:

Toda conduta final radica, como regra, em uma multiplicidade de atos isolados finalisticamente relacionados uns com os outros, e que constituem um todo unitário; por isso, cada indivíduo não é autor de uma parte, senão coautor do todo, de forma que cada um se responsabiliza como coautor do fato integral. Nesse sentido, a coautoria é caracterizada pela realização dividida entre muitas pessoas dos atos parciais de uma decisão de ação levada a cabo por todas elas conjuntamente e, portanto, o domínio do fato está com todos conjuntamente. De acordo com isso, coautor somente pode ser quem é codetentor da decisão de realizar o fato (SILVA, 2014, p. 91).

Assim sendo, na coautoria cada agente realizará sua conduta de forma correlacionada com os demais coautores, de modo que cada um será responsabilizado pelo crime em sua integralidade, mesmo que executando um ato individual, posto que todos decidiram conjuntamente buscar aquele resultado final.

Já em relação à autoria mediata, para Welzel o autor poderá usar de terceiros (consciente ou não, imputável ou não), desde que continue tendo o domínio final do fato:

O aspecto mais importante a considerar, aqui, diz respeito à afirmação de Welzel de que “para a autoria mediata, de modo algum é exigível que o autor se sirva de um instrumento mecânico realmente eficaz”, visto que “ele pode adaptar em certa extensão a conduta final de outrem a sua atividade final, desde que conserve – ao contrário do outro – o domínio do fato abrangente sobre o fato integral”. Com isso, o jurista alemão deixa claro que a autoria mediata pode se dar no caso do instrumento ser um indivíduo que atua de maneira inconsciente ou conscientemente final, tanto punível quanto impunível, e desde que o autor mediato tenha o domínio integral do fato (SILVA, 2014, p. 94).

Dessa feita, na teoria finalista de Welzel, o autor mediato poderá se valer de um agente executor, de forma instrumental, que poderá ter consciência ou não de seus atos ilícitos, bem como poderá ser um imputável ou inimputável – mas desde que, em todo caso, o autor mediato tenha o domínio do fato de forma integral.

Ainda, importante mencionar que Reinhard Maurach, seguindo a teoria finalista da ação de Welzel, também compreendia o domínio do fato como sendo de aplicação exclusiva aos crimes dolosos, para o autor que “detém nas mãos o curso do acontecimento típico”, podendo: deixar prosseguir, impedir ou interromper a produção do resultado típico (SILVA, 2014, p. 97).

De todo modo, a teoria do domínio do fato acabou sendo adotada pelos doutrinadores internacionais e nacionais, considerando a finalidade como fundamento da teoria:

Apresentando a finalidade como fundamento, como na teoria finalista da ação, é amplamente adotada pela doutrina: Welzel, Stratenwerth, Maurach, Wessels, Roxin, Schröder, Jescheck, Gallas, Blei, Zaffaroni, Muñoz Conde, Córdoba Roda, Rodríguez Devesa, Mir Puig, Bacigalupo, Enrique Cury e Bockelman; no Brasil: Manoel Pedro Pimentel, Alberto Silva Franco, Nilo Batista, Luiz Régis Prado, Cezar Bitencourt, Pierangelli e Luiz Flávio Gomes. (JESUS, 2001, P. 18).

2.3. Domínio do fato no funcionalismo

Contudo, a construção melhor desenvolvida e adotada, quanto à teoria do domínio do fato, foi a teoria de Claus Roxin, que desenvolveu seu estudo desde 1963, tratando do “domínio da ação”, “domínio da vontade” e “domínio funcional do fato”, como acima mencionado.

De fato, esta quinquagenária teoria teve sua versão mais acabada na monografia de Roxin, intitulada de *Autoria e domínio do fato*, publicada em 1963, que trouxe a função dogmática de diferenciar os conceitos de autoria e participação (GRECO; LEITE, 2013, p. 61).

Mas para a conceituação de domínio do fato, Roxin utilizou diretrizes, situações empíricas, a fim de compreender quando há ou não domínio do fato. Isso porque, para o jurista alemão, o domínio do fato não deve ser um conceito indeterminado (por não servir como modelo de formulação científica), bem como não pode ser um conceito fixo (por se tratar de fatos empírico-naturais), sendo uma melhor opção que seja visto como um “conceito aberto”, que assente uma descrição sobre uma situação fática (SILVA, 2014, p. 106-108).

Desse modo, para explicar sua teoria do domínio do fato, Claus Roxin tomou por base um “conceito aberto” de autoria, mas que não seria indeterminado ou abstrato, mas delineado por aspectos descritivos de situações, que embasam sua delimitação, de modo que também não seria uma definição exata ou fechada.

Assim, ao invés de conceber um conceito exato ou indeterminado, Claus Roxin defendeu um conceito aberto de domínio de fato, que traga uma “descrição” que comporte situações fáticas a respeito da autoria, de modo que caiba ao aplicador do direito à apreciação de cada caso em concreto (SILVA, 2014, p. 107-108).

Dessa forma, o conceito aberto de autor, no âmbito da teoria do domínio do fato, tendo um aspecto descritivo, acaba aplicando-se mais facilmente aos casos concretos, e desse modo apresentando uma finalidade pragmática, posto que auxilia na imputação e na confecção de decisões judiciais mais precisas quanto à delimitação da autoria.

Então, foi em sua obra *Autoria e domínio do fato (Täterschaft und Tatherrschaft)*, que Roxin desenvolveu a teoria do domínio do fato, afirmando que o autor é a figura central, a figura-chave na realização de um delito, em vista de seu papel decisivo (influência decisiva) na realização do tipo penal (SILVA, 2014, p. 107-110).

De fato, Claus Roxin compôs a ideia de autor como “quem atua com o domínio do fato”, sendo “a figura central do acontecer típico”, em uma teoria que foi considerada uma verdadeira inovação dogmática:

Roxin propôs a construção de um sistema da autoria no direito penal levando adiante a ideia, até então meramente insinuada, como já foi dito, de que autor é quem atua com o domínio do fato. Essa ideia não deve ser entendida como uma natural continuação de argumentos lançados por teoria antigas ou como uma mera combinação, por exemplo, entre uma teoria objetivo-formal, para a qual autor é quem realiza o núcleo do tipo, e uma teoria subjetiva da autoria e da participação. A ideia de domínio do fato desenvolvida por Roxin é, nesse sentido, uma descoberta, uma inovação dogmática. Ponto de partida é a ideia, situada num plano ainda mais abstrato, de que o autor é a *figura central do acontecer típico (Zentralgestalt des tatbestandsmäßigen Geschehens)*. O conceito de autor é primário e possui significado central no injusto típico, no sentido de que as formas de participação (a instigação e a cumplicidade) são causas de extensão da punibilidade, que só entram em cena quando o agente não é autor. O partícipe é, da perspectiva do tipo penal, quem contribui para um fato típico em caráter meramente secundário, é a figura marginal, lateral do acontecer típico, o que se extrai secundariamente, ante a ausência de algum dos elementos que determinam positivamente a autoria do fato. (GRECO; LEITE, 2013, p. 63).

Desse modo, para Roxin o autor é “a figura central do acontecer típico”, posto que determina todas as variáveis da prática do crime, tendo o controle sobre a realização do fato típico, seja realizando diretamente a descrição fática (ainda que parcialmente, como na coautoria) ou utilizando-se de outro agente para sua execução, como um verdadeiro instrumento.

2.3.1. Modelo tripartido de domínio do fato de Claus Roxin: domínio da ação, domínio da vontade e domínio funcional do fato

Como anteriormente mencionado, Roxin desenvolveu uma tripartição teórica, distinguindo em três formas ou manifestações de domínio do fato: “domínio da ação”, “domínio da vontade” e “domínio funcional do fato”, que acabam correspondendo às três formas de autoria: direta (ou imediata), autoria mediata e coautoria, respectivamente.

Com efeito, dessa forma pode ser explicado o modelo tripartido de domínio do fato de Roxin:

Com isso refere que alguém é autor:

- a) quando realiza em sua própria pessoa a conduta típica (domínio da ação);
- b) quando executa o fato por meio de outrem, cuja vontade, de acordo com as diretrizes jurídicas, não é livre e, portanto, diferentemente do homem de trás, não compreende o sentido de seu agir ou o compreende em medida mínima ou, ainda, quando no marco de um aparato organizado de poder, é substituível (domínio da vontade);
- c) quando realiza, no curso da execução, uma contribuição funcionalmente relevante (domínio funcional). (SILVA, 2014, p. 111).

Assim, na autoria imediata o agente detém o domínio da própria ação, visto que pratica, ele mesmo, os elementos descritos no tipo penal, sem depender da participação ou colaboração de outrem para sua consumação.

Já na segunda hipótese de domínio do fato, idealizada por Roxin (autoria mediata como “domínio da vontade”), o agente é conhecido como “homem de trás”, posto que comanda o fato utilizando-se de outro executor, considerado um verdadeiro “instrumento” na consecução de seu fim delitivo.

Ainda, esta proposição de domínio da vontade, elaborada por Roxin para a autoria mediata, pode ser observada em três situações: em razão de coação, de erro ou em virtude de aparatos organizados de poder (que se refere à criminalidade organizada, objeto central do presente estudo):

Tal hipótese de domínio da vontade se verifica, segundo Roxin, em três casos, a saber:

- a) quando o homem de trás (“Hintermann”) domina o fato na medida em que coage o executor imediato à realização do tipo, hipótese que configura o chamado domínio da vontade em virtude de coação; b) quando o homem de trás induz o executor em erro, mantendo-o sem saber do seu planejamento delitivo, hipótese que configura o chamado domínio da vontade em virtude de erro; c) quando o homem de trás, enquanto emissor de ordens em um aparato organizado de poder, pode se servir de órgãos de execução substituíveis e, por isso, pode prescindir da disposição do autor individual à execução, hipótese que configura o chamado domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder. (SILVA, 2014, p. 126).

Então, na hipótese de domínio da vontade, o autor mediato (ou “homem de trás”) domina o fato de três formas distintas: coagindo o executor a realizar o tipo penal; induzindo ou mantendo o autor imediato em erro, para tal prática; ou quando ordena a perpetração do delito a executores fungíveis, hierarquicamente inferiores, no âmbito de um “aparato organizado de poder”.

Desse modo, compreende-se que nos casos de coação, Roxin propõe exculpar o “homem da frente”, ou seja, o executor direto, enquanto a responsabilização se volta para o “homem de trás” que provoca ou que se aproveita da situação que concretiza um ilícito (GRECO; LEITE, 2013, p. 64).

Ademais, outra hipótese de autoria mediata pode ser observada no caso de erro (erro de tipo, erro de proibição evitável etc.), situação em que o “homem de trás” consegue controlar o “homem da frente” como uma marionete:

Um segundo grupo de razões para a autoria mediata está no erro. Roxin desenvolve uma teoria escalonada dos vários erros fundamentadores de autoria mediata, que vão desde o erro de tipo até o erro de proibição evitável. A dá a B uma arma supostamente descarregada e convence-o a “assustar” C, apertando o gatilho; o susto é mortal. O estudante de direito X diz a Y que não é proibido sair do país portando US\$ 30.000 sem declarar à autoridade competente. Aqui, A e X são autores mediatos do homicídio doloso e da evasão de divisas. Para Roxin, e este é um dos aspectos mais controvertidos da teoria, também erros que não excluem nem diminuem o dolo ou a culpabilidade do homem da frente, como o *error in persona* (A diz a B: “pode atirar, é C”, mas, como sabia A, se trata de D), ou mesmo erros sobre a quantidade do injusto (A diz a B: “destrua esse quadro, é uma mera cópia de um Rubens”, apesar de saber que se trata de um original), bastam para fundamentar uma autoria mediata, pois esta, para Roxin, encontra sua razão última no *conhecimento superior (überlegenes Sachwissen)* do homem de trás, que lhe permite controlar, dominar o homem da frente como se esse fosse uma marionete. Nesses casos, tanto o homem de trás, A, quanto o homem de frente, B, serão autores; ou seja, Roxin reconhece a possibilidade de autoria mediata por meio de um instrumento plenamente responsável. (GRECO; LEITE, 2013, p. 64).

Por último, no desenvolvimento do domínio da vontade, Claus Roxin propôs uma nova forma de autoria mediata, diversa da emissão de ordens coatoras ou que induzam ou mantenham outrem no erro: trata-se do “domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder”, no qual o autor profere comandos a executores fungíveis, no âmbito de uma organização estruturada de forma hierarquizada.

Essa forma de autoria mediata, de “domínio por meio de um aparato organizado de poder”, foi apresentada na publicação de Claus Roxin na revista *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, no ano de 1963, podendo ser aplicada a dirigentes em governos totalitários e organizações criminosas:

Aquele que, servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a

executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados. Isso significa que pessoas em posições de comando em governos totalitários ou em organizações criminosas ou terroristas são autores mediatos, o que está em conformidade não apenas com os parâmetros de imputação existentes na história, como com o inegável fato de que, em estruturas verticalizadas dissociadas do direito, a responsabilidade tende não a diminuir e sim a aumentar em função da distância que se encontra um agente em relação ao acontecimento final. Esse - e não, por exemplo, o número de vítimas ou o número de intervenientes - é o critério material que indica que o domínio do aparato organizado compensa a perda de controle relativa ao distanciamento em relação ao fato concreto (a morte de determinada pessoa, por exemplo). Os requisitos dessa forma de autoria mediata são, assim, a emissão de uma ordem a partir de uma posição de poder dentro de uma organização verticalmente estruturada (1) e dissociada do direito (2) e a fungibilidade dos executores (3). O exemplo mais cristalino é o processo contra Eichmann, que inclusive serviu de paradigma a Roxin quando formulou a teoria, no início da década de 60. (GRECO; LEITE, 2013, p. 64).

Desse modo, esta teoria, idealizada por Claus Roxin na década de 1960, a partir do processo contra Adolf Eichmann (um dos principais responsáveis pelo transporte e morte de judeus aos campos de concentração, na Segunda Guerra Mundial), pode ser também aplicada aos agentes que ocupam posições de comando em governos totalitários, bem como em organizações criminosas.

Então, a hipótese do chamado “homem de trás” ou “autor por trás do autor”, será observada a partir dos seguintes requisitos, no âmbito do aparato organizado de poder, conforme a doutrina de Claus Roxin:

No posicionamento mais atual de Roxin, quatro elementos são caracterizadores da situação capaz de deixar entrever a figura do autor por trás do autor ou do homem de trás, como ficou conhecida na doutrina: (i) o poder de mando de quem tem possibilidade de distribuir as ordens; (ii) a fungibilidade do autor imediato; (iii) a alta disposição para a realização do fato por parte do executor; e, (iv) o aparato de poder organizado estar afastado do direito. (BUSATO; CAVAGNARI, 2017, p. 194).

Nesse caso, Roxin elenca como requisitos da configuração do autor mediato: seu poder de comando, de emitir ordens a executores subordinados; a fungibilidade do executor ou autor imediato; a provável disposição do executor em efetivamente cumprir a ordem do “homem de trás”; e a estrutura organizada de poder estar dissociada do direito.

Contudo, o último elemento caracterizador do “homem de trás” (estar o aparato de poder organizado afastado do direito, conforme entendimento original de Roxin), é questionado pela doutrina, a fim de admitir sua aplicação também no âmbito empresarial, em situações em que não há – ao menos inicialmente –, uma dissociação do direito.

Desse modo, o requisito acima mencionado, relativo à “dissociação ou desvinculação da ordem jurídica”, tem sido negado para quem pretende a aplicação dessa forma de autoria

mediata às empresas, ou mesmo qualquer “organização verticalmente estruturada e com executores fungíveis” (GRECO; LEITE, 2013, p. 64-65).

De fato, esta forma de domínio da vontade, por meio de um aparato organizado de poder, acabou originando um debate quanto ao seu reconhecimento em situações que envolvem organizações “não dissociadas do direito”, como no caso de sociedades empresariais.

Contudo, Claus Roxin insistiu nesse requisito, visto que “apenas organizações de natureza criminosa, que se encontrem, nesse sentido, *dissociadas, apartadas da ordem jurídica*, como máfias, grupos terroristas ou ditaduras, conferem ao superior que emite ordens o domínio sobre a atuação concreta e responsável dos executores de suas ordens” (GRECO; LEITE, 2013, p. 65).

Isso porque, para Roxin, nas empresas em geral, espera-se que ordens ilegais não sejam cegamente cumpridas, mas se acabarem sendo executadas, o superior seria apenas considerado partícipe (instigador), diante da responsabilidade do executor (que não foi coagido ou induzido a erro):

Em empresas, caso o superior emita ordens ilegais e não haja outro fundamento para a autoria mediata (como erro ou coação), há, em regra, apenas instigação: “nesses casos não se age com o aparato, mas contra o aparato”. O fundamento da autoria mediata por domínio da organização não repousaria, assim, em um cru poder de mando, mas no funcionamento “clandestino”, na conformação completamente apartada da ordem jurídica. Em organizações moldadas conforme à ordem jurídica, como sociedades empresárias em geral, é de se esperar que ordens ilegais emitidas por algum superior não sejam automaticamente cumpridas por terceiros autorresponsáveis, isto é, que não estão em erro e nem coagidos. Doutrou modo, estar-se-ia partindo da presunção de que sociedades empresárias são organizações criminosas. Isso não exclui que o superior seja, ao final, autor; essa atribuição de autoria se fundamenta, contudo, em outras razões, que não o seu domínio sobre o fato de executor. (GRECO; LEITE, 2013, p. 65).

Desse modo, percebe-se que essa justificativa, relativa ao provável descumprimento de ordens ilegais, para que a teoria do domínio da vontade não seja aplicada às sociedades empresariais, embora tenha uma explicação prática, parece olvidar que muitas empresas acabam enveredando pela adoção de práticas ilegais na busca de maiores faturamentos.

Ainda, considera-se que a figura da autoria mediata, em virtude de aparatos organizados de poder, foi um dos notórios desenvolvimentos da teoria de Roxin, admitida pela doutrina e jurisprudências de diversos países, tais como a Alemanha, Argentina, Peru e Brasil (BUSATO; CAVAGNARI, 2017, p. 198).

Ademais, na concepção de Roxin quanto ao “domínio funcional do fato”, que define a coautoria, pode-se notar como característica essencial o fato de que o crime é praticado por

meio da “divisão de trabalhos” ou “divisão de papéis” entre os diversos coautores, que buscam o resultado comum.

Cumpra notar que para Claus Roxin, na proposta do domínio funcional, para configuração da coautoria, o agente deve praticar uma conduta essencial à execução do delito, diferentemente do entendimento de Welzel, para quem “a contribuição do coautor pode consistir em ato preparatório e de apoio, desde que seja codetentor da decisão conjunta do fato” (SILVA, 2014, p. 120).

Então, uma diferença entre os entendimentos de Roxin e Welzel, trata-se exatamente na relevância da colaboração do coautor, na prática do delito, já que o primeiro entende ser necessária uma conduta essencial na execução, enquanto o segundo considera suficiente um ato preparatório ou acessório, posto que imprescindível seria a decisão e planejamento em comum, quanto ao resultado pretendido.

Assim, para Roxin, nessa divisão de funções, o coautor deve realizar uma conduta essencial para a realização do tipo penal, possibilitando seu “domínio do acontecimento integral”, conforme exemplifica:

Nesse sentido, o domínio do fato pelo coautor resulta de sua função na execução, na medida em que “ele assume uma tarefa, que é essencial para a realização do fato planejado e que lhe possibilita, por meio de sua parte no fato, o domínio do acontecimento integral”. Para elucidar sua ideia, Roxin utiliza o exemplo do roubo, referindo: “dois ladrões de banco dividem a execução, de modo que A, com sua pistola, detém os funcionários do banco, enquanto B arromba o cofre, um exerce apenas a ameaça e o outro apenas a subtração”. Nesse caso, se A não neutralizasse os funcionários, o roubo fracassaria, do mesmo modo que se B desistisse de saquear o cofre” (SILVA, 2014, p. 119).

Assim sendo, na hipótese de atuação coordenada, com divisão de tarefas, se dois ou mais agentes decidirem praticar um fato ilícito conjuntamente, contribuindo para sua realização com atos relevantes, eles serão considerados coautores, pelo “domínio funcional do fato”, tratando-se do caso de “imputação recíproca” (GRECO; LEITE, 2013, p. 65).

Desse modo, embora cada coautor realize um ato individualizado, mas que seja essencial à obtenção do resultado delituoso, será responsabilizado pelo crime como um todo, ou seja, pelos atos praticados pelos demais coautores, como uma forma de “imputação recíproca”, visto que tomaram a decisão de forma conjunta.

Por fim, quanto à diferença existente entre a coautoria e a autoria mediata, Roxin destacou diversos aspectos, dentre eles a estrutura horizontal e vertical, respectivamente:

A coautoria baseia-se na “obrigação” mútua e não na vinculação unilateral do emissor da ordem. Falta, na tomada de decisão, a posição característica de mesma categoria para a coautoria. A coautoria tem uma estrutura “horizontal”. Onde existe uma

estrutura “vertical” inequívoca, como na hierarquia de aparatos de poder, leva-se em conta apenas uma autoria mediata. O fato de que o emissor da ordem e o executor em regra não conhecem um ao outro e podem jamais se conhecer, faz a decisão comum parecer uma ficção. (ROXIN, 2009, p. 72).

Desse modo, outro aspecto que difere a autoria mediata da coautoria, consubstancia-se no fato de que, nessa última, o conjunto de coautores se obriga mutuamente, após tomar uma decisão em comum, além de executarem conjuntamente o fato típico, em uma divisão de tarefas, não tratando-se de uma determinação (ordem) emanada de um superior, que nada executa diretamente.

Ainda, interessante notar outra diferença entre a autoria mediata e a coautoria, na medida em que o autor mediato exerce o controle da realização do fato típico, apenas de forma mediata (a execução é realizada pelo instrumento), enquanto o coautor apenas controla a sua contribuição na prática delitativa:

Tais fatores são importantes também para fins de diferenciação entre a autoria mediata e a coautoria. Assim, o autor mediato possui controle integral da realização típica dirigida à causação da ofensa ao bem jurídico, podendo determinar sua realização, interrupção, impedimento ou continuidade, em qualquer etapa do fato punível perpetrado pelo instrumento, sendo que tal controle é exercido de forma mediata, na medida em que a execução direta fica a cargo do instrumento; já o coautor possui controle apenas sobre sua parcela de contribuição, de tal modo que o controle integral do fato encontra-se nas mãos de todos os coautores, de forma conjunta, distribuídos operacionalmente. Logo, o controle imediato das condutas materialmente dirigidas à produção do resultado ofensivo ao bem jurídico, na coautoria, é suficiente para descaracterizar a autoria mediata. (SILVA, 2014, p. 214).

Ainda, Roxin diferencia o agente instigador do autor mediato, demonstrando que não pode haver nenhuma equivalência entre instigação e domínio do fato, visto que “um instigador não está no centro da decisão” (ROXIN, 2009, p. 73):

Instigação e domínio do fato são, portanto, formas de delito de categoria absolutamente diversa. Hitler e os demais ditadores podiam realizar, com auxílio do aparato existente à disposição deles, uma potencial destruição e violação do direito, que, comparativamente, não se afastava da posição do instigador normal. Se se coloca o seu poder de domínio no mesmo nível que a influência de um instigador, nivelam-se de forma normativamente simplificada enormes diferenças materiais. Isto se justifica já pela linguagem empregada. Ele fala indistintamente de “autor de escritório” e não de “instigador de escritório”. (ROXIN, 2009, p. 76).

2.4. Principais diferenças entre as concepções de Welzel e Roxin

Como se percebe do que até aqui mencionado, Roxin não apenas desenvolveu com maior propriedade a teoria do domínio do fato, após as construções dogmáticas de Welzel, como

também aprimorou um estudo diferenciado, motivo pelo qual cumpre mencionas as principais distinções entre estes autores.

De início, cumpre notar que, enquanto para Welzel o domínio do fato seria apenas um dos critérios na delimitação da autoria, para Roxin seria um aspecto suficiente para esta definição, considerando o autor como a figura chave e central na realização do tipo (contudo, apenas em relação aos delitos comissivos dolosos):

a) Welzel entende que a autoria depende de dois pressupostos, a saber: 1) *pressupostos pessoais*, os quais decorrem da estrutura do tipo e se subdividem em 1.1) *objetivos*, tais como a posição especial de dever do autor (funcionário público, militar, comerciante, mãe, médico, advogado, etc.), e 1.2) *subjetivos*, tais como intenções especiais, tendências ou tipos de sentimentos (os chamados elementos subjetivos do injusto); e 2) *pressuposto fático*: o domínio final do fato (o autor é o senhor sobre a decisão e sobre a execução da sua vontade final). Logo, para o penalista alemão, o “domínio final do fato” (“*finale Tatherrschaft*”) não é o único critério para determinar a autoria, mas tão só o seu pressuposto material.

Roxin, no entanto, desenvolve a ideia de domínio do fato sob o argumento de que “o autor é a figura central (“*Zentralgestalt*”), a figura chave (“*Schlüsselfigur*”) do acontecimento mediado pela conduta”, o autor é sempre “a figura central de um acontecimento executório” (“*Ausführungsgeschehen*”), isto é, “a figura central da conduta executória” (“*Ausführungshandlung*”) e que a “figura central do processo delitivo é quem domina o acontecimento dirigido à realização do delito”. Daí referir ser autor aquele “que domina o fato, isto é, que desempenha o papel decisivo na realização do tipo”, de modo que “tem o domínio do fato e é autor, quem aparece como a figura central, a figura chave na realização do delito, por meio de sua influência decisiva para o acontecimento”. Com isso, tem-se que autor direto é aquele que realiza, pela própria pessoa, todos os elementos de um tipo penal. E, portanto, diferentemente de Welzel, para Roxin, o domínio do fato é critério suficiente para determinar a autoria, porém, exclusivamente em relação aos crimes comissivos dolosos, uma vez que não se aplica aos chamados delitos de violação de dever, aos delitos de mão própria e aos delitos culposos (os quais são regidos por critérios distintos). (SILVA, 2014, p. 19).

Ainda, Welzel compreendeu as três formas de autoria (direta, mediata e coautoria), sendo que Claus Roxin ainda fez uma distinção entre as formas de domínio do fato, desenvolvendo um “modelo tripartido de domínio do fato” (“domínio da ação”, “domínio funcional” e “domínio da vontade”), para tratar de cada hipótese.

Outro aspecto, inclusive já mencionado, dessa diferença de concepções, reside no fato de que, para Welzel, “o coautor não possui o poder de decisão sobre a realização do fato integral, mas tão só sobre a sua parcela de contribuição” (SILVA, 2014, p. 20). Já para Roxin, não será suficiente, nessa divisão de trabalhos, a participação em atos preparatórios e, ainda, a contribuição do coautor deverá ser essencial na execução:

Embora Roxin pareça coincidir com Welzel, quando afirma que a coautoria ocorre com a “realização do tipo por meio da execução pela divisão de trabalhos (“*arbeitsteilige Ausführung*”), de forma absolutamente diversa estabelece três pressupostos para a coautoria, a saber: 1) a existência de um planejamento conjunto do fato; 2) a execução conjunta do fato, “não sendo suficiente uma participação na

preparação” (diferentemente de Welzel, para quem a contribuição do coautor pode consistir em ato preparatório e de apoio); 3) a prática de uma contribuição essencial à etapa da execução. (SILVA, 2014, p. 20).

Ainda, no que se refere à autoria mediata, Welzel e Roxin divergiriam acerca da possibilidade do executor – utilizado como verdadeiro “instrumento” pelo “autor de escritório” –, tratar-se de um agente punível ou impunível.

Isso porque, para Welzel o “instrumento” pode ser um agente que atue “de maneira consciente ou inconscientemente final, tanto punível quanto impunível, e desde que o autor mediato tenha o domínio integral do fato”. Em contrapartida, para Roxin, o “homem de trás” (autor mediato) também se servirá de uma pessoa como “instrumento” na execução do delito, mas este agente não atuará “livremente”, ou seja, “ao contrário do preconizado por Welzel, é um sujeito impunível (embora, mais recentemente, Roxin tenha modificado sua concepção no tocante ao domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder, admitindo, assim, um instrumento punível fungível)” (SILVA, 2014, p. 20-21).

Essas distinções apresentam-se relevantes para compreender-se a crítica feita por alguns doutrinadores, quanto à possível confusão na mistura dos conceitos de Roxin e Welzen, na aplicação do domínio do fato pela doutrina e jurisprudência brasileiras, o que traria diversos equívocos nos casos em que se diz aplicar esta teoria.

De fato, em algumas decisões judiciais acabam sendo observadas menções à referida teoria, sem uma explicitação dos critérios que fundamentem sua adoção, o que pode gerar imprecisão ou equívocos em sua utilização:

Ademais, na diferenciação entre as modalidades clássicas de autoria (imediata, mediata e coautoria), verifica-se a utilização, por parte dos tribunais nacionais, de *ideias* de domínio do fato, mas não necessariamente de *uma teoria* uníssona e coerente como fundamento de suas decisões, que possibilite caracterizar a autoria de forma legítima. Com isso se quer dizer que, algumas vezes, é apenas mencionada a expressão domínio do fato sem ser apresentada uma fundamentação da autoria com base em critérios que informem quando o indivíduo detém tal domínio e, outras vezes, assim como ocorre na doutrina, conjugam-se critérios das teorias de Roxin e Welzel (equívoco semelhante ao cometido pela doutrina). (SILVA, 2014, p. 23).

Por exemplo, para alguns doutrinadores, o julgamento do “Caso do Mensalão” seria um exemplo destes equívocos, no que se refere à dita aplicação da teoria do domínio do fato no concurso de agentes, ou seja, na delimitação da autoria em referidas decisões:

Ademais, a decisão proferida pela Corte nos autos da Ação Penal Nº 470, não adotou a *teoria do domínio final do fato*, desenvolvida por Welzel, nem a *teoria do domínio do fato*, desenvolvida por Roxin, mas sim, utilizou uma anomalia resultante da conjugação dos critérios de ambas as concepções, o que conduziu a uma absoluta contradição. Além disso, tal equívoco foi decorrente da própria dificuldade que a doutrina brasileira apresentou (e apresenta) no tocante à compreensão de ambas as concepções e de suas diferenciações, o que, inevitavelmente, se refletiu em uma práxis

jurisdicional incongruente e, por ora, em uma decisão absolutamente incorreta. (SILVA, 2014, p. 32).

Desse modo, percebe-se que, ainda que não se concorde que a fusão das concepções de Welzel e Roxin, por si só, possa causar algum prejuízo na aplicação prática da teoria do domínio do fato, certamente apenas a sua menção, sem a explicitação de quais critérios foram utilizados, poderá dificultar a visualização do domínio do fato e, conseqüentemente, a caracterização da autoria no caso concreto.

2.5. Fórmulas da doutrina e jurisprudência na determinação do conteúdo do domínio do fato

Claus Roxin, no desenvolvimento da sua obra *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, elenca alguns critérios ou fórmulas usadas pela doutrina e jurisprudência, na delimitação do conteúdo do conceito do domínio do fato:

§ 29. DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DEL CONCEPTO DE DOMINIO DEL HECHO

Dado que las cuestiones particulares ya han sido discutidas exhaustivamente, sólo hace falta evaluar críticamente las fórmulas del dominio del hecho que aparecen en doctrina y jurisprudencia en la medida en que sirven para delimitar el contenido global del concepto.

Los más importantes de entre estos criterios son: el "dominio" del autor en el sentido de que «transcurso y resultado del hecho dependen decisivamente también de su voluntad» (i); el punto de vista semejante, pero no idéntico, de que el autor "tiene en sus manos" el hecho y podría "dejar suceder, impedir o interrumpir" la realización del tipo "dependiendo de su comportamiento" (ii); el criterio, algo distinto con respecto al anterior, de que el autor puede, "interviniendo, dar el giro decisivo" a la situación (iii); el concepto, introducido por NIESE, del poder del hecho (iv); el elemento, modificado objetivamente, de la subordinación de la voluntad, de BOCKELMANN (v), y por último el concepto de la "voluntad de autor" o del "sentimiento de autoría", tan utilizado y orientado a lo subjetivo (vi). (ROXIN, 2000, p. 338).

Assim, quanto à questão referente ao (i) “domínio” do autor, no sentido de que “o curso e o resultado do ato também dependem decisivamente de sua vontade”, refere-se à sua influência e intenção que devem ser determinantes do início até a consumação do fato criminoso. Essa fórmula que considera a “relação interna com o curso e o resultado”, serve sobretudo para determinar a coautoria, mas também para a autoria individual. Contudo, Roxin explica: “Mas a vontade é secundária: só se torna influente porque o agente cumpre uma função objetivamente significativa na realização do tipo; sem isso, a influência da vontade não seria suficiente para sustentar a coautoria” (ROXIN, 2000, p. 339).

Desse modo, assim como para a autoria direta (individual), na coautoria não apenas será necessária a vontade e intenção da prática delitiva, do início ao fim, como também a sua atuação essencial na execução fática, ainda que parcial (no caso específico da coautoria), de modo que o autor tenha o domínio do curso dos fatos.

Quanto ao critério de que (ii) o autor “tem em suas mãos” o fato, posto que, a depender do seu comportamento, poderia “deixar acontecer, impedir ou interromper” a realização do tipo, interessante mencionar que essa “ideia de que quem controla o evento pode, à vontade, fazer com que o evento continue ou impedi-lo é encontrada apenas em Maurach e não foi assumida por nenhum outro defensor da teoria do domínio do fato” (ROXIN, 2000, p. 342).

Este pressuposto refere-se à ideia de que o autor, com seu comportamento, poderia “dar um giro decisivo na situação”, ou seja, sua intervenção definiria o curso causal de forma determinante, sendo que isto revelaria o seu controle quanto aos fatos (permitindo a realização do crime, impedindo ou interrompendo a sua continuidade).

Mas Claus Roxin adverte que para não haver eventual interpretação errônea desse conceito envolvendo a “capacidade de fazer continuar ou de impedir”, explica que este aspecto se refere ao fato de a conduta do coautor ser considerada fundamental:

O significado deste conceito, bem compreendido, só pode ser que a função do coautor na ação lhe atribua um papel necessário na execução, de modo que, retirando-se (independentemente de qualquer poder de vontade sobre os outros e sem nenhuma atividade de evitação) pode fazer o plano falhar (ROXIN, 2000, p. 342-343).

No que se refere ao critério, um pouco diferente do anterior, de que (iii) o autor pode, “intervindo, dar o rumo decisivo” à situação, Roxin destacou que “o critério da possibilidade de dar a volta por cima ou intervir pessoalmente, digamos sinteticamente, foi até agora utilizado pelo BGH [Tribunal Federal de Justiça da Alemanha] apenas nos crimes de omissão”. Assim, explicou que essa “possibilidade de dar a virada decisiva ao evento”, refere-se à hipótese daquele que, permanecendo inativo (omisso), “interrompeu o evento que estava se desenvolvendo ou o modificou decisivamente” (ROXIN, 2000, p. 344).

Já quanto ao conceito de (iv) “poder sobre o fato”, o jurista alemão explica que não poderia ser autor aquele que não controla a direção final do curso causal da realidade, diante de alguma incapacidade física ou falta de habilidade técnica (por exemplo, uma mulher que acabou de ter um filho e não tem forças físicas para afogar a criança com as próprias mãos, mas pede à irmã que o faça; ou o indivíduo que pede a um atirador certo que apedreje os vidros do vizinho). Mas Roxin discorda de tal entendimento, lembrando que “a impossibilidade de fazer o tipo pelas próprias mãos em nada exclui o domínio do fato” (ROXIN, 2000, p. 345).

Ainda, quanto ao elemento da (v) subordinação da vontade, Claus Roxin lembra que os critérios de “deixar ao arbítrio”, ou de “subordinação interna”, relacionam-se aos elementos da delimitação entre autoria e participação (ROXIN, 2000, p. 345-346).

Por fim, quanto ao conceito de (vi) “vontade de dominar o fato” ou “sentimento de autoria”, Claus Roxin destaca ter sido “amplamente utilizado na jurisprudência do BGH [Tribunal Federal de Justiça da Alemanha] como elemento para delimitar a autoria e a participação: corresponde materialmente ao critério da ‘vontade do autor’ ou à determinação da ‘disposição interna’” (ROXIN, 2000, p. 347).

Então, Roxin conclui no sentido de que “o conceito de sentimento de autoria só pode ser aplicado com o mesmo alcance que aquele correspondente à ‘vontade de dominar o fato’” (ROXIN, 2000, p. 349).

Dessa forma, este “sentimento de autor” seria correspondente à “vontade de dominar o fato”, aspecto também utilizado para a diferenciação dos conceitos de autoria e participação, em diversos casos do Supremo Tribunal Federal alemão.

2.6. Da teoria do domínio da organização

O “domínio por organização” (ou “domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder”) trata-se de uma figura jurídica desenvolvida por Claus Roxin, de forma pioneira, em 1963¹⁸, possibilitando a responsabilização do “homem de trás” ou do “autor de escritório”¹⁹, como autor mediato, no âmbito de uma organização delitiva.

Com efeito, em 1994, a 5ª Turma do Superior Tribunal Federal alemão (BGH) julgou todos os agentes (membros do Conselho de Defesa Nacional e soldados de fronteira) como autores (mediatos e imediatos, respectivamente) das centenas de homicídios praticados pelos

¹⁸ Claus Roxin desenvolveu a teoria do “domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder” motivado pelo processo contra Adolf Eichmann, em Jerusalém, que foi “um dos principais responsáveis pelo assassinato de judeus no período nazista”. Posteriormente, em 1994, o Supremo Tribunal Federal alemão adotou esta construção jurídica em decisão paradigmática dos “atiradores do muro”, que eram soldados da fronteira do Estado alemão oriental, que foram condenados por homicídio doloso (pelos fuzilamentos praticados), juntamente com um membro do antigo governo, que teria ordenado a utilização de disparos para impedir os fugitivos de ultrapassarem a fronteira, motivo pelo qual foi condenado como autor mediato dos homicídios dolosos (ROXIN, 2009, p. 70).

¹⁹ Os chamados “homens de trás” também são conhecidos como “autores de escritório”, conforme a dogmática alemã (*Schreibtschtäter*) (ROXIN, 2009, p. 70).

atiradores do Muro de Berlim²⁰, com base na “teoria dos aparatos organizados de poder” de Roxin (SOUZA, 2013, p. 66).

Assim sendo, quanto às vertentes da teoria do domínio do fato, idealizadas por Roxin (“domínio da ação”, “domínio da vontade” e “domínio funcional do fato”), a teoria do “domínio da organização” seria uma subespécie do “domínio da vontade”, visto que esta encontra-se relacionada à autoria mediata, utilizada na responsabilização do “homem de trás”:

Em meu entender, ficou a dever-se a Claus Roxin o adequado enquadramento da questão. Para este penalista, enquanto fundamento da autoria, o domínio-do-fato reveste as formas do domínio-da-ação, do domínio-da-vontade e do domínio-funcional-do-fato (ou *condomínio-do-fato*), consoante se esteja, respectivamente, em face de uma autoria imediata, de uma autoria mediata ou de uma co-autoria. No que toca ao nosso problema, a inovação residiu na introdução para além dos tradicionais “domínio-da-coação” e “domínio-do-erro”, de uma nova subespécie do domínio-da-vontade, a do chamado “domínio-da-organização” (*Organisationsherrschaft*) como fundamento da autoria mediata. (DIAS, 1999, p. 365).

Dessa feita, o domínio da organização, apresenta-se como uma das espécies de domínio da vontade, possibilitando mais um caso de autoria mediata, nas quais o agente utiliza-se de um instrumento para a prática do crime, mas que não se confunde com as hipóteses clássicas de coação ou erro.

Então, o “homem de trás” possui o “domínio por organização”, na medida em que, sem executar o fato “pelas próprias mãos”, garante a produção de um resultado “por ordem do aparato de poder existente”, sendo que “esta garantia de resultado fundamenta o domínio do fato” (ROXIN, 2009, p. 79).

Assim, essa orientação, sendo uma vertente do domínio do fato, foi concebida para fundamentar a punição do autor mediato do qual emana a ordem criminosa, no âmbito de uma estrutura organizada de poder:

Cuida-se, portanto, de aporte doutrinário elaborado para fundamentar a punição, a título de autor mediato, daquele ou daqueles que se encontram no ápice ou nas instâncias intermediárias retransmissoras – top-down – de uma ordem para delinquir, em uma estrutura organizada de poder à margem do Estado de Direito. Em tais hipóteses, observa-se que quem se encontra na “ponta final” da cadeia de comando, realizando a conduta de maneira plenamente responsável, deve ser considerado autor imediato. (SOUZA, 2013, p. 64).

²⁰ Cumpre mencionar ter sido “possível a aplicação do domínio por organização, porque, durante as execuções perpetradas pelos soldados alemães no muro de Berlim, estes não agiam sob coação. A única censura que sofriam era quanto ao desperdício de munição. Investigações na documentação dos processos de Nuremberg revelaram que ninguém foi morto por negar-se a cumprir as ordens de fuzilar. Tampouco foi aceita a ideia de que os executores materiais estivessem acobertados pela obediência devida, ou investido em erro relevante.” (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 182).

Desse modo, em decorrência dessa construção dogmática da teoria do domínio do fato, construiu-se a “Teoria do Domínio da Organização”, que acaba sendo instrumento no combate à corrupção, na medida em que possibilita uma melhor responsabilização criminal de líderes de organizações criminosas, incluindo dirigentes de empresas e corporações.

Com efeito, na “teoria do domínio por organização”, os autores mediatos são conhecidos como “homens de trás”, bem como “delinquentes ou autores de escritório”:

A teoria do domínio por organização, cuja tese não é absolutamente original (visto que o próprio Max Weber já empregava a expressão “Herrschaft durch ‘Organisation’”), baseia-se na tese de que em uma organização delitiva os homens de trás, que possuem poder de comando (“Befehlsgewalt”) e ordenam fatos puníveis, podem ser responsabilizados como autores mediatos, se os executores diretos igualmente forem considerados como autores plenamente responsáveis. Tais homens de trás, como refere Roxin, são chamados também de “autores de escritório” (“Schreibtischtätern”). (ALFLEN DA SILVA, 2014, p. 138).

Isso porque, nessa estrutura organizada de poder, o agente que se encontra no alto da cadeia de comando e que ordena a prática de atos ilícitos para seus subordinados, executores puníveis, também será responsabilizado como autor, ainda que mediato, diante da dominação do curso causal do delito, e não apenas como um mero partícipe (por instigação ou auxílio).

E a aplicação prática dessa construção dogmática de Roxin, torna-se possível a partir do “conceito aberto” de autor, compreendido na teoria do domínio do fato, que não adota exclusivamente o método de subsunção, mas considera também uma metodologia mais flexível e condizente com a moderna criminalidade:

Trata-se o *domínio da organização* de uma teoria relativamente nova, no que toca à sua aplicação e que só foi possível ser desenvolvida em razão do método adotado por Roxin, sobretudo, do conceito aberto e dialético de autor no âmbito da teoria do domínio do fato. Por isso, tem grande importância o ponto de partida metodológico flexível, com destaque para a superior técnica de não se adotar conceitos fundados no sistema da subsunção, com relações fechadas, tampouco orientações lógico-conceituais, as quais jamais permitiriam acompanhar a incessante evolução da criminalidade. (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 121-122).

Com efeito, o “conceito aberto” de autor, no âmbito da teoria do domínio da organização, vem para resolver o problema da correta responsabilização criminal do “homem de trás” (ou “autor de escritório”), que age no âmbito das organizações criminosas, não sendo suficiente definir a autoria com base na causalidade.

De fato, essa questão deve ser vislumbrada no âmbito dessa teoria, para que o integrante da organização criminosa, que ordenou a prática do delito, sem participar diretamente de sua execução, possa ser responsabilizado como autor (mediato), e não apenas como um partícipe.

Desse modo, Roxin (2009, p. 77) propôs uma terceira forma de autoria mediata nos casos de domínio por organização, na hipótese de “domínio do fato em virtude de aparatos organizados de poder”, caso em que também se utiliza a expressão “autor atrás do autor”.

Isso porque, nessa concepção de autoria mediata, no âmbito de organizações criminosas, não se trata de situações em que o executor fosse inimputável ou atuasse nos estados de erro ou coação – conteúdos relacionados às formulações de Roxin chamadas de “domínio-do-erro” e “domínio-da-coação” (também situações de autoria mediata), que são subespécies do domínio da vontade (DIAS, 1999, p. 363).

E essa problemática reveste-se de peculiar importância, quando percebemos a relevância da conduta do líder de uma organização criminosa, de decisão para a perpetração dos ilícitos pelo grupo criminoso, em que pese a sua responsabilização não seja tão facilmente verificada, notadamente diante de sua ausência na execução direta do crime.

Isso porque, diante da estrutura hierarquizada de uma organização criminosa, uma ordem de um membro do alto escalão, será determinante na consecução do delito, não podendo tal ação ser considerada apenas uma participação moral, por induzimento ou instigação:

E o argumento central reside na consideração de que, não obstante íntegro, no plano formal, o desenvolvimento coerente do princípio da responsabilidade, a qualificação do homem-de-trás como simples instigador não reflete a importância da sua intervenção para a ocorrência do delito. No contexto de uma organização criminosa fortemente disciplinada, a ordem do superior hierárquico que não intervém na execução bem pode constituir o fator decisivo da verificação do crime. (DIAS, 1999, p. 364).

Inclusive, cumpre mencionar a adoção internacional da teoria do domínio da organização, como exemplo ao ocorrido no julgamento paradigmático do ex-presidente peruano Alberto Fujimori²¹ (LEITE, 2014, p. 07).

Com efeito, a figura do “domínio por organização” teve grande repercussão internacional, sendo considerada no âmbito do Direito Penal Internacional – inclusive, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional (artigo 25, III)²² reconhece esta forma de autoria

²¹ No “caso Fujimori”, o ex-presidente foi condenado, como autor mediato, pelo domínio da vontade sobre um aparato organizado de poder, por crimes contra a humanidade (por homicídios e lesões corporais graves), no âmbito do Direito Penal Internacional, adotando-se a tese roxiniana.

²² Conforme disposto no “Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional” (Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002): “Artigo 25 - Responsabilidade Criminal Individual: (...) 3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem: a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, *quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável*; b) Ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa; c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática; d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme

mediata, bem como ressalta que isto independerá do executor direto ser penalmente responsável (ROXIN, 2009, p. 70).

De fato, o artigo 25 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, dispendo sobre a responsabilização criminal individual, em seu parágrafo 3, descreve hipóteses típicas de autoria mediata, ao fazer referência, por exemplo, à prática de crime por intermédio de outro agente, responsável criminalmente ou não (alínea “a), bem como a quem ordenar a prática desse crime (alínea “b”).

Ainda, no julgamento do “Mensalão” (na Ação Penal 470), mencionado acima como exemplo de aplicação da teoria do domínio do fato²³, entende-se ter sido aplicada, na realidade, a própria teoria do domínio da organização, haja vista a menção à fungibilidade do agente imediato do delito, que pode ser facilmente substituído (LEITE, 2014, p. 7).

Desse modo, no caso do “Mensalão” entende-se que a adoção da teoria do domínio do fato foi mesmo utilizada como sinônimo de teoria do domínio da organização, a fim de responsabilizar os autores mediatos, que não praticaram os crimes pessoalmente, e que conhecendo a natureza dos fatos ilícitos, nada fizeram para evitá-los:

Nesse ponto, a confusão transita em julgado. “Teoria do domínio do fato”, nos trechos acima, é sinônimo de “teoria do domínio da organização”. É possível compreender o recurso à teoria do domínio da organização como uma tentativa de transformar em autores (mediatos) de delitos praticados no interior de estruturas organizacionais, aqueles que não cometem os fatos com as próprias mãos, mas por meio de outrem, ou, como veremos adiante (abaixo 3.4), aqueles que tinham conhecimento dos fatos e deveriam, em razão disso, evitá-los. (LEITE, 2014, p. 8).

Contudo, cumpre ressaltar que a utilização da teoria do domínio da organização não tem a intenção de cavar uma condenação em um cenário processual que estaria fadado à absolvição, tampouco transferir a responsabilidade dos subordinados aos seus superiores hierárquicos, posto que qualquer decisão judicial deverá ser lastreada em um conjunto probatório suficiente, de modo que todos – autores mediatos e imediatos – deverão ser justamente responsabilizados.

Ademais, conforme veremos adiante, em capítulo específico, para aplicação da teoria do domínio da organização, Claus Roxin indicou a necessidade de

o caso: i) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou ii) Com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime; e) No caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática; e f) Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso.”

²³ Apesar desse entendimento, cumpre mencionar a posição do Ministro Ricardo Lewandowski, de que inexistiria o requisito da fungibilidade no presente caso do ‘Mensalão’, visto que a propina era direcionada a “presidentes e líderes de partidos”, motivo pelo qual absolveu o réu José Dirceu (crime de corrupção ativa), alegando que a teoria do domínio do fato não se aplicaria nesta hipótese (LEITE, 2014, p. 07-08).

verificação de alguns requisitos, quais sejam: tratar-se de um aparelho organizado de poder e com estrutura hierarquizada; fungibilidade do agente executor, que seria substituível; e desvinculação ou dissociação da ordem jurídica, pelo fato de ter havido a opção pelo caminho do crime.

2.6.1. Pressupostos do domínio da organização

Desse modo, podem ser mencionados como pressupostos idealizados por Roxin, para a configuração do autor mediato, a partir da teoria do domínio por organização, o poder de mando, a desvinculação da ordem jurídica (do aparato organizado de poder), a fungibilidade do executor (que poderá ser substituído) e a disposição elevada para o cumprimento da ordem do “homem de trás”:

Na tentativa de sistematizar dogmaticamente a sua construção, Roxin apresenta quatro pressupostos fundamentais, para a caracterização da autoria mediata com base no domínio por organização, a saber: a) o poder de comando; b) a desvinculação do direito pelo aparato de poder; c) a fungibilidade do executor direto; d) a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato. (SILVA, 2014, p. 140).

Quando ao poder de comando (ou poder de mando), deve o autor mediato exercê-lo com o fim de realizar fatos típicos, sendo que pode haver diversos “níveis de hierarquia de mando”, ou seja, um autor mediato pode estar atrás de outro:

Autor mediato somente pode ser quem tem um poder de mando dentro de uma organização conduzida rigorosamente e o exerce para produzir realizações típicas. O comandante de um campo de concentração nazista era, portanto, autor mediato dos assassinatos ordenados por ele, mesmo quando ele próprio agia com base em uma instrução de um superior. Por isso muitos autores mediatos podem estar um atrás do outro, em diferentes níveis de hierarquia de mando. Ao contrário, o pessoal do serviço de apoio somente pode ser punido por participação, se na verdade promoveu conscientemente os fatos puníveis através de alguma ação, porém por si mesmo não ordenou nenhum homicídio e também não colaborou na sua execução. (ROXIN, 2009, p. 81).

Assim, no âmbito de uma estrutura organizada de poder, poderão existir diversos “autores mediatos”, relacionados à mesma ordem da prática ilícita, considerando os níveis hierárquicos que podem existir em uma organização criminosa, desde que todos eles detenham certo poder de comando.

Nesse aspecto, uma ordem pode ser transmitida por “subchefes” ou “gerentes”, de diversos níveis de hierarquia, de modo que o executor direto nem mesmo conheça o chefe que inicialmente proferiu a determinação:

A própria estrutura da organização criminosa gera situações em que o executor da ordem, por vezes, nem conheça o (primeiro) mandante – o chefe, seguindo as instruções conforme as recebe através de subchefes ou “gerentes”; os quais, tanto quanto aquele, respondem pela cumplicidade em condição de mandantes. (MENDRONI, 2013, p. 445).

Quanto à fungibilidade do executor direto (autor imediato), trata-se da possibilidade de substituição do agente que cumpre as ordens do “homem de trás”, dentro do aparato organizado de poder, de forma que eventual negativa de realização da prática delitiva, ou mesmo qualquer fator que o impeça, não seja suficiente para obstar o resultado final, posto que outrem poderá fazê-lo em seu lugar.

Com efeito, Roxin (2009, p. 83) explica que no âmbito da teoria do domínio por organização, o instrumento utilizado, para a produção do resultado, será a própria organização criminosa: “O instrumento é a organização e para o seu emprego eficaz a existência de muitos possíveis executores não é uma hipótese, senão uma realidade asseguradora de um resultado.”

Desse modo, o fato do agente executor ser fungível ou substituível é o que garante a continuidade do funcionamento do mecanismo existente nas organizações criminosas, posto que, em havendo diversos autores imediatos, eventual falta ou falha de algum, será suprida de forma quase que automática.

De fato, a organização poderá se valer de muitos executores, no atendimento das ordens do “homem de trás”, visto que existe um verdadeiro aparato, uma estrutura pré-estabelecida, com uma diversidade de agentes que asseguram o domínio do fato (motivo pelo qual se entende que este aparato pode ser considerado como verdadeiro “instrumento”):

Em primeiro lugar, quem possibilita ao homem de trás a execução de suas ordens, não é só “instrumento” e também não é aquele que, predominantemente, deu causa com suas próprias mãos à morte da vítima. O verdadeiro instrumento é, ao contrário, o próprio aparato. Este consiste em uma diversidade de pessoas que estão inseridas em estruturas pré-estabelecidas, que atuam conjuntamente em diferentes funções condicionadas pela organização e cuja totalidade assegura ao homem de trás o domínio sobre o resultado. O executor individualmente não desempenha nenhum papel decisivo para a atuação da organização, porque ela pode dispor de muitos outros executores solícitos. (ROXIN, 2009, p. 78).

Ainda, cumpre notar que a dissociação entre o autor mediato e o executor direto, na prática delitiva, “preserva a moral frente ao delito cometido pelo aparelho de poder organizado”, porque o idealizador do crime acaba não tendo contato com o ofendido, enquanto o executor, cumprindo ordens, não se sente totalmente responsável pelo resultado ilícito (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 157).

No que se refere ao pressuposto mencionado acima – a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato –, também é um fator que assegura o funcionamento do aparato

organizado de poder de forma contínua e permanente, posto que de uma forma muito improvável o receptor de uma ordem não dará cabo à sua execução.

Contudo, cumpre notar não ter sido esse requisito mencionado na concepção originária de Claus Roxin (em 1963), mas foi apresentado pelo jurista alemão apenas em 2006 (SILVA, 2014, p. 142).

Nesse sentido, admite Roxin, quanto à imprescindibilidade desse elemento para a configuração do domínio da organização, juntamente com os outros fatores inicialmente referidos:

Com os critérios do poder de mando, da desvinculação do direito e da fungibilidade – diferentemente do que eu tinha referido originariamente – as circunstâncias nas quais se baseia o domínio do fato do homem de trás ainda não estão completamente caracterizadas. Acresça-se, ainda, um fator que eu caracterizo em seus efeitos consequentes como a “disposição essencialmente elevada dos executores ao fato”. (ROXIN, 2009, p. 85).

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal alemão indica essa “disposição incondicional do autor direto” para cumprir o tipo penal, como um dos aspectos da autoria mediata do “homem de trás”, no âmbito das organizações criminosas (ROXIN, 2009, p. 85).

E os motivos para que o executor apresente esta disposição elevada para o cumprimento da ordem, podem ser diversos, tais como: interesse econômico, ambição no crescimento da carreira criminosa, medo de perder o cargo ou trabalho, ideologia, propensão ao crime como meio de vida, dentre outros.

Desse modo, diversos fatores colaboram para esta integração à organização criminosa, que leva um membro a praticar atos que não seriam pensados fora desse contexto:

Porém, um fenômeno típico da organização é também o obsequioso zelo excessivo, seja pela ambição na carreira, pela ostentação, pelo deslumbramento ideológico ou também em razão de impulsos sádicos ou mesmo criminosos, os quais o membro de uma tal organização acredita poder fornecer impunemente. Além disso, também há uma participação interna de membros opositores, em consequência de uma resignada reflexão: “se eu não faço, de qualquer forma outro o fará”. Finalmente, acham-se também hipóteses que na verdade não fundamentam nenhum domínio do homem de trás por erro ou coação, mas que se aproximam em grande parte de tais situações: o executor solícito teme, por exemplo, no caso de recusa, a perda de sua posição, o desprezo dos seus colegas ou outros prejuízos sociais; ou, apesar da forte dúvida em relação ao injusto, ele conta com a impunidade do seu fazer ordenado “desde cima”. (ROXIN, 2009, p. 86).

Assim, conforme acima mencionado, tanto o fato de os executores serem fungíveis ou substituíveis, como apresentarem esta disposição considerável para a prática das ordens recebidas no âmbito de um aparato organizado de poder, tornam ainda mais certo o cumprimento das determinações e, por consequência, a obtenção do resultado.

Por fim, no que se refere ao requisito da desvinculação do direito pelo aparato de poder, Roxin insiste nesse pressuposto como sendo imprescindível para a configuração do domínio por organização (ROXIN, 2009, p. 81).

Isso porque, como explica Roxin (2009, p. 81), “o aparato de poder não precisa ter se desvinculado do direito em todos os aspectos, senão apenas no marco dos tipos penais realizados por ele”.

Nesse sentido, exemplifica Claus Roxin:

As medidas tomadas pela DDR e mesmo pelo Estado Nacional-Socialista moveram-se em muitos setores dentro do direito vigente; porém os âmbitos de atuação, como o “impedimento de fuga da República através de disparos mortais” ou, apenas para mencionar o caso mais assustador, a “solução final para o problema relativo aos judeus”, caracterizam atividades absolutamente desvinculadas do direito. (ROXIN, 2009, p. 81).

Assim, como exemplos de hipóteses que se encaixariam nestes requisitos, podemos notar a existência de “aparatos de poder de organização estatal ou não estatal”, como Estados totalitários ou formas de criminalidade organizada (por exemplo, carteis de tráfico de drogas ou máfia italiana), desde que apresentem os elementos mencionados, incluindo organização estruturada de modo hierárquico e fungibilidade de seus executores.

Nesse sentido, Claus Roxin distinguia, quanto ao aparato de poder ter caráter estatal ou não²⁴:

Nesse contexto, surge a questão acerca de que se tal aparato tem caráter exclusivamente estatal ou não, e, para esclarecer, Roxin distingue dois grupos, a saber: o primeiro diz respeito ao detentor do poder estatal que comete crimes com auxílio de organizações que dependem dele (caso em que o poder estatal opera desvinculado do direito, mas não quer dizer que não tenha surgido de acordo com o direito); o segundo, diz respeito aos fatos que são cometidos no marco de “organizações clandestinas, organizações secretas, grupos de criminosos e uniões similares”, e quanto a isso esclarece que tais organizações se caracterizam por representarem uma ordem jurídico-estatal interna às avessas, que atua violando as normas positivas de direito penal, representando uma espécie de “Estado no Estado” (“Staat im Staate”). (SILVA, 2014, p. 141-142).

Assim sendo, a teoria do domínio da organização poderá ser utilizada tanto no aparelho de poder estatal (que atua de forma dissociada ao direito), como nos casos das organizações criminosas.

²⁴ Cumpre lembrar que “quando Roxin construiu a teoria do domínio da organização tinha em vista os casos em que se envolveu o Estado alemão. No entanto, desde a primeira formulação, o mesmo penalista estendeu a aplicação de sua teoria aos aparelhos de poder não estatais, ou seja, às organizações criminosas.” (LEMONS JÚNIOR, 2012, p. 148).

Ainda, há quem entenda que a desvinculação do direito não seria um pressuposto necessário ao domínio de organização, embora seja possível sua ocorrência na maioria dos casos:

O domínio por organização tem como pressuposto a existência de uma *organização estruturada de modo hierárquico* e restrito a um *domínio* do fato do superior sobre executores *fungíveis*. Como grupos de casos entram em consideração aparatos de poder de organização estatal ou não estatal, ou seja, Estados totalitários e determinadas formas de criminalidade organizada, na medida em que essa última possua os elementos estruturais mencionados. A *desvinculação do direito* desses aparatos de poder não tem por que ser excluída, mas não constitui uma condição nem suficiente nem necessária do domínio por organização. Portanto, resulta *prescindível* como elemento estrutural do domínio por organização. (AMBOS, 2002, p. 72).

E a compreensão de que a dissociação com a ordem jurídica, não seria imprescindível ao reconhecimento do domínio por organização, apresenta-se relevante na medida em que acaba resultando na compreensão quanto à possibilidade (ou não) das empresas serem enquadradas nessa teoria.

Isso porque, apesar da “teoria do domínio por organização” representar notável evolução quanto ao conceito de autoria mediata e sua aplicação no contexto da criminalidade contemporânea, o próprio Claus Roxin expressou-se quanto à inaplicabilidade dessa teoria aos crimes cometidos por meio de organizações empresariais, conforme será analisado no próximo tópico (SILVA, 2014, p. 144-145).

2.6.1.1. *Da (in)aplicabilidade do domínio por organização às sociedades empresariais*

Assim, o jurista alemão Claus Roxin considerou que diversos aspectos levariam à inaplicabilidade do instituto do domínio por organização, aos casos envolvendo as sociedades empresariais.

Desse modo, Roxin mencionou os seguintes pontos: a) os fins originários da concepção (já que a teoria do domínio por organização foi pensada para conceber a autoria mediata nos crimes praticados por meio de aparatos estatais ou paraestatais – no sistema estatal, na máfia e outras formas de criminalidade organizada); b) vinculação ao direito por parte do aparato (considerando as empresas que não estão envolvidas desde o início em atividades criminosas); c) impossibilidade de substituição do executor (em vista do conhecimento específico do executor direto); e d) falta de disposição elevada ao fato – diante do risco de perda de lugar na

empresa, no caso do agente praticar um crime econômico ou ambiental, por exemplo (SILVA, 2014, p. 145-146).

Isso porque, conforme visto anteriormente, nas organizações dissociadas da ordem jurídica (como nas organizações criminosas e nos estados totalitários), facilmente se verifica que os executores serão fungíveis e dificilmente descumprirão as ordens criminosas, enquanto nas empresas, constituídas inicialmente com fins lícitos, os subordinados nem sempre estarão dispostos a participar dessa engrenagem.

Desse modo, Claus Roxin entende que as regras da teoria do domínio da organização não podem ser utilizadas para responsabilização de fatos ilícitos praticados no âmbito de empresas econômicas – ou seja, para considerar autores mediatos os chefes de sociedades empresárias que determinam a seus empregados subordinados o cometimento de fatos ilícitos (ROXIN, 2009, p. 87).

Isso porque, para Roxin, a organização deve ter sido criada com a finalidade de cometer crimes, haja vista que, em organizações lícitas, como as empresariais, presume-se que as ordens ilícitas, emitidas pelos superiores, podem não ser cumpridas pelos subordinados:

Segundo Roxin, a estrutura organizacional, necessariamente, deve ser dissociada do direito positivo, atuando à margem do sistema e não através dele. Há de ser uma organização criada com a finalidade precípua de cometer delitos, ao contrário do que ocorre, em regra, em uma empresa ou um partido político, que podem cometer delitos de forma incidente ou ocasional, mas não existem com esse fim.

A teoria da organização não se esteia em um poder de mando cru, senão na manifestação concreta única desse poder que torna quase certo o sucesso da ordem. Em organizações moldadas dentro da ordem jurídica, como uma empresa, é razoável presumir que ordens ilícitas emitidas pelos superiores hierárquicos não vão ser cumpridas prontamente pelos subordinados autorresponsáveis. Já em organizações essencialmente criminosas, o funcionamento da máquina é voltado precipuamente para o cometimento de crimes, logo todas as engrenagens se movem nessa mesma direção constantemente e a ordem hierárquica é revestida de uma garantia elevada para o sucesso da execução do fato, o que justifica um tratamento diferenciado no plano do concurso de pessoas. (MORAES; NASSAR, 2019, p. 31).

Mas, apesar do próprio Roxin rechaçar sua aplicação, aos crimes praticados por organizações empresariais, admitiu a adesão da teoria pelo Supremo Tribunal Federal alemão, na hipótese de “fato punível provocado pelo chefe de uma empresa, no qual o colaborador da empresa atua ‘de acordo com a instrução’”:

Mas com isso pode-se declarar como autores mediatos também os chefes de empresas econômicas, caso eles provoquem empregados de seu estabelecimento a cometer fatos puníveis? O Supremo Tribunal Federal alemão defende este entendimento. Ele já afirmou na decisão referente ao Conselho Nacional de Defesa da DDR que: “o problema da responsabilidade no caso de estabelecimento de empresa econômica também pode ser solucionado assim”, e em uma série de decisões subsequentes ele procedeu da mesma forma. (ROXIN, 2009, p. 87).

Desse modo, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal da Alemanha não apenas adotou a teoria do domínio da organização aos casos relativos aos aparatos de poder à margem do direito, como também para as organizações econômicas, ou seja, para a criminalidade empresarial.

Inclusive, muitos autores se posicionam a favor da utilização da teoria do domínio por organização aos casos envolvendo organizações empresariais, em que pese Claus Roxin tenha asseverado pela sua absoluta inaplicabilidade, “face à incompatibilidade dos seus critérios com este tipo de organização e com a natureza dos fatos puníveis” (SILVA, 2014, p. 226).

Contudo, apesar das características similares entre os crimes empresariais e os praticados pelas organizações criminosas, a maior parte da doutrina considera inadequada a aplicação da teoria do domínio da organização às atividades empresariais, sob diversos fundamentos (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 164-165).

Assim sendo, Roxin discorda dessa “ampliação” da figura jurídica do domínio da organização, criticando a aplicação da teoria pelo Tribunal alemão, como nesse caso em que faltaria o pressuposto da vinculação (dos recolhedores de detritos) à estrutura da organização empresarial, configurando um “típico comportamento de instigação”:

Analogamente vale para uma decisão do ano de 1997 [BGH, NStZ, 1997, 544], pela qual o dirigente de uma Sociedade de Responsabilidade Limitada foi condenado como autor mediato da remoção de lixo lesivo ao meio ambiente, que constitui um fato punível de acordo com o § 326 do StGB alemão. Ele era responsável pelo fato de que foram abandonados detritos aos recolhedores que não dispunham da possibilidade de eliminação organizada do lixo. Também aqui se afirma, invocando a decisão dos disparos mortais no muro, um domínio do fato e a autoria mediata do dirigente. Isto é fundamentado com a declaração de que os acusados teriam “aberto e indicado o caminho para que os detritos fossem eliminados ilegalmente”. Não é informado o que eles teriam feito concretamente, senão apenas dito que eles “seriam responsáveis, porque os detritos foram abandonados aos recolhedores que não dispunham da possibilidade de eliminação organizada do lixo”. (ROXIN, 2009, p. 89).

O jurista alemão ainda critica outra decisão do Supremo Tribunal Federal alemão, que responsabilizou dirigentes de uma empresa, utilizando-se da teoria do domínio da organização, em virtude de não ter sido verificada nenhuma atuação específica dos acusados, além de seu conhecimento em relação aos fatos praticados:

Uma terceira decisão, que igualmente surgiu no ano de 1997, deve mostrar ainda que nosso Supremo Tribunal Federal, sem hesitar, transfere a figura jurídica do domínio por organização, criada para o sistema de criminalidade estatal e, quando muito, para grupos mafiosos, à empresas econômicas. Aqui foram punidos os dirigentes fáticos de uma Sociedade de Responsabilidade Limitada como autores mediatos de estelionatos que haviam sido cometidos por seus empregados em relação à encomenda de mercadorias. A autoria mediata foi afirmada, apesar de não poder ser verificada “nenhuma atuação concreta ou inclusive apenas o conhecimento atual dos acusados em relação às encomendas de mercadorias”. Pois “como autor em virtude do domínio

do fato”, leva-se em conta “também aquele que se aproveita de condições básicas determinadas por estruturas de organização, que impulsionam o curso regular”. Isto o Supremo Tribunal Federal afirmou “também para atividades empresariais”. Mas como o domínio do fato deve existir em acontecimento no qual o acusado não atuou concretamente, isto não está fundamentado de forma exata. O domínio do fato aqui é utilizado em uma repetição formalista das locuções desenvolvidas na decisão referente aos disparos no muro, apenas para qualificar a responsabilidade mediata do setor diretivo de uma empresa como domínio do fato. Porém, este conceito não é apropriado para isso. (ROXIN, 2009, p. 89-90).

Como explica Roxin, nas decisões por ele criticadas, em que o Supremo Tribunal Federal alemão aplicou a teoria a sociedades empresariais, tal adesão teria sido inadequada, pela ausência de ao menos três requisitos do domínio da organização: a dissociação da ordem jurídica, a fungibilidade de quem realiza a conduta criminosa e a necessária disposição elevada para sua prática.

Nesse sentido, explicou Roxin, lembrando dos crimes econômicos e ambientais, comumente praticados por sociedades empresariais, não criadas inicialmente para tais práticas criminosas:

Essa rejeição merece, pelos três casos por mim citados, absoluta adesão, pois dos quatro pressupostos do domínio por organização faltam, em regra, no mínimo três: as empresas econômicas, contanto que não estejam envolvidas desde o princípio em atividades criminosas, como regra, não trabalham desvinculadas do direito. Falta também a possibilidade de substituição daquele que prepara as condutas criminosas. E também não se pode falar de uma disposição essencialmente elevada ao fato pelos integrantes da empresa, porque, como mostra a realidade da vida, o cometimento de delitos econômicos e ambientais, ou até mesmo de delitos de homicídio em hospitais, traz consigo o grave risco de punibilidade e também o risco de perda do lugar na empresa. (ROXIN, 2009, p. 90-91).

Contudo, o próprio Claus Roxin admite que, em referidas decisões judiciais, houve a intenção de aplicação de uma política criminal de punição dos dirigentes das sociedades empresárias:

Por outro lado – e aí se situa o principal fundamento para a criticada jurisprudência do BGH, conforme as declarações do juiz participante – não se pode negar que existe uma necessidade político-criminal de punir os membros da direção, que estimularam, apoiaram ou apenas permitiram condutas criminosas em sua empresa, como autores (ROXIN, 2009, p. 91).

Mas para solucionar casos como estes, Roxin entendeu que os dirigentes das empresas deveriam ser responsabilizados como autores na posição de “garantidores”, recorrendo-se à figura dos “delitos de dever”:

Parece-me mais preciso recorrer à figura jurídica dos delitos de dever, desenvolvida por mim já há décadas, e fundamentar com seu auxílio a autoria dos membros da direção, na medida em que se lhes atribui a posição de garantidores em defesa da legalidade dos atos da empresa. No Código Penal alemão sempre tivemos disposições sobre delitos praticados no exercício da função. O § 357 diz que “Um superior que

induz seus subordinados a um ato ilícito no exercício da função... ou permite que um dos seus subordinados cometa tal ato ilícito, incorre nas penas à este cominadas”. Caso se estendesse esta disposição, referente ao âmbito dos delitos praticados no exercício da função, ao superior que tem o direito de dar ordens em uma empresa econômica, esta seria uma solução sensata. (ROXIN, 2009, p. 91).

Assim, Claus Roxin apresenta como solução, para responsabilização dos dirigentes da empresa, o recurso à figura jurídica observada nos delitos denominados “infração de um dever”, na “posição de garante para a salvaguarda da legalidade”:

Delitos de infração de dever:

Segundo Claus Roxin, a circunstância da teoria do domínio da organização não poder ser utilizada para os casos de criminalidade de empresa, ainda quando os superiores induzam seus subordinados a cometer ilícitos, não infirma a existência de uma necessidade político-criminal de punir, como autores, os detentores de altos cargos de direção ou membros de conselhos de administração de sociedades empresariais, quando promovam – ou permitam promover – ações criminais no seio de suas organizações.

Dessa forma, aquele doutrinador propõe, como solução, recorrer à figura jurídica por ele desenvolvida dos delitos denominados de infração de um dever (Pflichtdelikte), fundamentando, pois, a punição como autor dos dirigentes quando, no tipo penal, se lhes atribua uma “posición de garante para la salvaguarda de la legalidad”²⁵. (SOUZA, 2013, p. 66).

Desse modo sintetiza Roxin, quanto aos pressupostos do domínio da organização e sua inaplicabilidade em situações envolvendo sociedades empresárias, visto que seus dirigentes teriam “dever de garantidor”, de modo que seria necessária uma nova figura legislativa para punir fatos cometidos no âmbito empresarial:

O domínio do fato em virtude de aparatos organizados de poder baseia-se concretamente em quatro dados: no poder de mando, na desvinculação do direito pelo aparato de poder, na fungibilidade e na disposição essencialmente elevada do executor ao fato. Como estes pressupostos existem apenas no injusto do sistema estatal, no “Estado criminoso dentro do Estado”, assim como a Máfia e formas semelhantes de manifestação da criminalidade organizada, não se pode transferir esta figura jurídica aos fatos puníveis em empresas econômicas, ao contrário da opinião do Supremo Tribunal Federal alemão. Aqui é necessária uma regulamentação especial referente à responsabilidade do dirigente por fatos puníveis que foram cometidos na empresa. A responsabilidade penal das pessoas que controlam ou decidem é reduzida a um dever de garantidor que fundamenta uma forma independente de autoria. (ROXIN, 2009, 94).

Em síntese, embora o Supremo Tribunal Federal alemão tenha adotado a teoria do domínio da organização para casos envolvendo sociedades empresariais, seu idealizador, Roxin, compreendia quanto à sua inaplicabilidade, diante da ausência de seus pressupostos, bem como que haveria a necessidade de responsabilizar os dirigentes das empresas de forma diversa das organizações criminosas.

²⁵ Souza (2013, p. 66) citando Roxin (Cf. Roxin, Claus. *El dominio de organización* como forma independente de autoria mediata. Trad. Justa Gómez Navajas. Revista de Estudios de la Justicia 7/11. Facultad de Derecho, Universidad do Chile, 2006, p. 16-20).

Por este motivo, ao invés de aplicar a teoria do domínio da organização, há quem entenda ser “preferível manter a doutrina do *dever jurídico de garante*, através dos delitos impróprios, para a delimitação da responsabilidade penal dos dirigentes de empresas” (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 177-178).

Mas, apesar da doutrina apresentar uma tendência à rejeição da aplicação da teoria do domínio da organização às atividades empresariais, Lemos Júnior (2012, p. 167) lembra que existe “um pequeno número de penalistas que aceitam a definição de autoria mediata aos dirigentes de empresas, quando seus funcionários cometem crimes no exercício de suas funções”.

Nesse sentido, “Silva Sánchez²⁶ também entende válida a tentativa de aplicar às atividades empresariais a teoria de Roxin do domínio da organização, sobretudo porque ‘atende a uma evidente necessidade político-criminal’” (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 168).

Dessa forma, compreende-se que a aplicação dessa teoria, no contexto empresarial, muitas vezes se presta a atender necessidades de política criminal, visto que parece mais justo responsabilizar criminalmente não apenas o emissor da ordem, mas sobretudo o principal beneficiário do proveito do crime.

Nesse diapasão, como exemplo de domínio do fato admitido no plano empresarial, uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de 2008, condenou pela prática de sonegação de tributos, como coautores, os responsáveis pela administração de fato da empresa, em que pese não constassem no contrato social como sócios ou administradores (SILVA, 2014, p. 178).

Isso porque, apesar dos agentes não figurarem no contrato social da empresa, considerou-se que detinham o domínio do fato criminoso, na medida em que exerciam a administração de fato, tendo a gestão do empreendimento e decidindo quanto aos atos financeiros praticados, ou seja, tendo o poder de decisão sobre “se” e “como” o crime seria realizado.

Inclusive, cumpre notar que a presença de um sócio ou administrador no contrato social de uma empresa, não deve bastar para a responsabilização criminal no âmbito societário, mas terá de ser comprovada sua atuação relevante, inclusive com poder de decisão sobre o ilícito praticado, ou seja, com domínio do fato criminoso.

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español”, in *Fundamentos de un sistema Europeo del Derecho penal, Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Coords. B. Schünemann y J. de Figueiredo Dias, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1995.

No mesmo sentido, um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Criminal nº 0081488-22.2003.8.26.0050, da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo), de 18 de maio de 2023, acerca de uma condenação nas penas do art. 1º, inciso II, c/c os arts. 11, ambos da Lei nº 8.137/1990 (crime de sonegação fiscal), sob o fundamento da teoria em comento. Na decisão judicial restou consignado que “o sujeito ativo de crimes cometidos no âmbito de uma pessoa jurídica é, em regra, o seu administrador: a pessoa que detém o poder de gerência, o comando, o domínio sobre a prática ou não da conduta delituosa” e ainda:

Nos crimes contra a ordem tributária aplica-se a "teoria do domínio do fato": é o autor do delito aquele que detém o domínio da conduta, ou seja, o domínio final da ação, aquele que decide se o fato delituoso vai acontecer ou não, independentemente dessa pessoa ter ou não realizado a conduta material de inserir elemento inexato em documento exigido pela lei fiscal, por exemplo (AREsp 1060170 Rel. Min. Nefi Cordeiro Publicado em 24.3.2017). No mesmo sentir: AREsp 884382 Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca Publicado em 1.6.2016; EDcl no HC 351718 Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro Publicação em 9.5.2016; HC 351718 Rel. Min. Ericson Maranhão (Desembargador Convocado do TJ/SP) Publicado em 31.3.2016; AREsp 784489 Rel. Min. Sebastião Reis Júnior Data da Publicação 21.1.2015; AREsp 769276 Rel. Min. Rogerio Schiatti Cruz Publicação: 14.9.2015; RHC 061476 Relatora Ministra Laurita Vaz Publicação: 4.8.2015 e AREsp 604797 Rel. Min. Gurgel de Faria Publicação: 19.5.2015). [grifos nossos]

De fato, em que pese haja eventual divergência quanto à aceitação da teoria do domínio da organização à criminalidade econômica e empresarial, o fato é que os Tribunais brasileiros têm adotado este entendimento em diversas decisões, na definição da autoria de crimes praticados no âmbito empresarial.

2.7. Domínio do fato no ordenamento jurídico brasileiro

A fim de vislumbrar a teoria do domínio do fato no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, importante recordar a teoria adotada pela dogmática brasileira no que se refere ao concurso de agentes.

Assim, o Código Penal (de 1940) adota o sistema unitário, quanto ao concurso de pessoas – abolindo a diferença entre autor e partícipe -, conforme se depreende da leitura do artigo 29, *caput*: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade” (SILVA, 2014, p. 165).

De fato, o sistema unitário não faz distinção entre autoria e participação, posto que todos concorrem para o mesmo crime e deverão, portanto, responder pelo mesmo tipo penal – embora

a relevância de cada conduta ou colaboração possa ser considerada de forma diversa no momento da dosimetria da pena de cada agente.

Contudo, apesar de adotar o sistema unitário, o Código Penal brasileiro, nos dois parágrafos do artigo 29, apresenta regras que acabam diferenciando a autoria da participação (§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço; e § 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)²⁷.

Por este motivo, alguns autores entendem que “na verdade, os parágrafos do art. 29 permitiram a transição da adoção do *conceito unitário de autor*, imposto inicialmente pelo Código Penal de 1940, para um *conceito diferenciador*²⁸, ao determinar a punibilidade diferenciada da participação” (BITENCOURT, 2019, p. 563).

Então explica Bitencourt, quanto à teoria monística (pela qual todos os agentes respondem pelo mesmo crime) e o sistema diferenciador (que distingue os autores dos partícipes, que serão apenados conforme sua reprovabilidade), que teriam sido adotados pelo legislador brasileiro:

Como veremos ao longo deste capítulo, o legislador penal brasileiro adotou a *teoria monística*, determinando que todos os participantes de uma infração penal incidem nas sanções de um único e mesmo crime, e, quanto à valoração das condutas daqueles que nele participam, adotou um *sistema diferenciador* distinguindo a atuação de *autores e partícipes*, permitindo uma adequada dosagem de pena de acordo com a efetiva participação e eficácia causal da conduta de cada participante, *na medida da culpabilidade*, perfeitamente individualizada. (BITENCOURT, 2019, p. 563).

Ainda, entende-se que o legislador penal brasileiro adotou uma “teoria unitária temperada”, visto que o regramento do concurso de agentes, conforme disposto no artigo 29, §§1º e 2º, do Código Penal, apresenta-se vinculado à teoria da culpabilidade, de modo a distinguir-se a autoria da participação, limitando-se a pena conforme a participação de cada concorrente (BUSATO; CAVAGNARI, 2017, p. 178-179).

²⁷ Nesse aspecto, Lemos Júnior critica a legislação penal brasileira, que teria confundido o instituto do concurso de agentes com o problema da fixação da pena. Ainda, entende que o instituto concursal ficou “sem identidade”, ao não assumir uma sistemática clara: “Ao não querer assumir uma única orientação teórica e dogmática, o legislador da Reforma da Parte Geral de 1984 revelou ser propósito de não romper totalmente com o CP de 1940 e com as fortes raízes da concepção italiana de autoria, permanecendo, daí, o instituto do concurso de pessoas brasileiro sem uma identidade” (LEMONS JÚNIOR, 2012, p. 69).

²⁸ Quanto ao “sistema diferenciador”, cumpre lembrar que considera “o crime praticado como o resultado da atuação de *sujeitos principais* (autor, coautor e autor mediato), e de *sujeitos acessórios ou secundários* (partícipes), que realizam condutas qualitativamente distintas”. Por sua vez, o “sistema unitário” de autor considera “todos os intervenientes no mesmo crime como autores de uma obra comum, sem fazer qualquer distinção de qualidade entre as condutas praticadas” (BITENCOURT, 2019, p. 562).

Desse modo, adotando a “teoria unitária temperada”, não há incompatibilidade na distinção dos conceitos de autor e partícipe, que apesar de não terem sido expressos pelo legislador, tais definições podem ser inferidas em diversas disposições do Código Penal:

b) ademais, o legislador não definiu os conceitos, porém estabeleceu no Código Penal critérios que norteiam a doutrina nessa tarefa, assim: por um lado, no art. 29, faz-se referência à expressão “na medida de sua culpabilidade”, esclarecendo-se, portanto, que as penas serão distintas; no art. 62, I, faz-se referência àquele que “dirige a atividade dos demais agentes”, e, portanto, identifica-se a hipótese de autoria mediata, a qual é corroborada pelo art. 5º, XLIII, da CF, ao fazer referência aos “mandantes”; no art. 62, IV, faz-se referência àquele que “executa o crime”, e, com isso, identifica-se a autoria direta; no art. 16, da Lei n. 8.137/90 e no art. 25, da Lei n. 7.492/86, faz-se menção aos crimes “cometidos em... coautoria” e no art. 3º, par. único, da Lei n. 9.605/98, faz-se menção às pessoas “físicas [...] coautoras”, identificando-se, assim, a coautoria; por outro lado, identificam-se, ainda, as modalidades de participação, de indução, instigação e auxílio nos arts. 31; 62, II e III; e 122 do CP, respectivamente, com as disposições “a determinação, a instigação e o auxílio”, “induz outrem”, “instiga ou determina”, “induzir, instigar e auxiliar”. Ademais, no art. 31 do CP, o legislador consolidou a regra da acessoriedade da participação, dispondo que “não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”. Logo, a diferenciação entre as modalidades de concorrência para o crime é uma consequência necessária do sistema adotado, pois a pena deverá ser graduada de acordo com a respectiva modalidade de participação no fato punível (SILVA, 2014, p. 168-169).

Ademais, fala-se na adoção de um “sistema unitário funcional”, na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro admite a diferenciação das diversas modalidades de autoria e participação, mas o autor mediato não é condicionado à inimputabilidade ou não do autor imediato (SILVA, 2014, p. 169).

Dessa feita, há quem indague quanto à incompatibilidade da teoria do domínio do fato²⁹, no sistema unitário funcional (que seria o atualmente vigente), embora, nesse caso, não se negue a necessidade de construção de uma ideia de domínio do fato, em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro:

Por conseguinte, não há como transpor a teoria do domínio do fato de Roxin ao plano brasileiro, devido à sua absoluta incompatibilidade com a ordem jurídica vigente e com a opção do legislador brasileiro por um sistema unitário funcional. Todavia, isso não implica o rechaço à ideia de domínio do fato, ao contrário, impõe a necessidade de construção de uma concepção de domínio do fato, que coadune com o sistema brasileiro vigente, sobretudo, em virtude da opção do legislador por um sistema unitário funcional, o qual admite (e, inclusive, determina) não só a punição

²⁹ Alflen (2014, p. 31) argumenta quanto à incompatibilidade do sistema unitário e, por consequência, do ordenamento jurídico brasileiro, com a teoria do domínio do fato: “(...), cumpre responder à questão se um *sistema unitário* admite a teoria do domínio do fato. Dois fatores conduzem a uma resposta para essa questão, a saber: em primeiro lugar, Roxin não só rechaça categoricamente a adoção de um sistema unitário, como esclarece que desenvolveu sua teoria (do domínio do fato) sobre o pilar do sistema diferenciador; em segundo lugar, a concepção de domínio do fato (tanto finalista quanto funcionalista-normativista) está assentada no absoluto rechaço a premissas causais-naturalistas, as quais, diferentemente, são o pilar de sustentação do sistema unitário. Por conseguinte, não há como transpor a teoria do domínio do fato ao plano brasileiro, face à sua absoluta incompatibilidade com a ordem jurídica vigente e com a opção do legislador brasileiro por um sistema unitário funcional.”

diferenciada como a própria diferenciação entre as categorias de autor e partícipe. (SILVA, 2014, p. 170).

Apesar desse entendimento, cumpre notar que no Brasil diversos doutrinadores adotaram a teoria do domínio do fato, tais como: Damásio Evangelista de Jesus³⁰, Manoel Pedro Pimentel, Alberto Silva Franco, Nilo Batista, Luiz Régis Prado, Cezar Bitencourt, Pierangeli e Luiz Flávio Gomes (JESUS, 2001, p. 18).

Nesse sentido, parte da doutrina concorda que o legislador brasileiro teria acolhido referida teoria:

Alguns doutrinadores, como JOSÉ HENRIQUE PIERANGEU e ALBERTO SILVA FRANCO, sustentam que a nova Parte Geral do Código Penal (1984) acolheu a teoria do domínio do fato. Conforme PIERANGELI, "esta teoria, formulada por WELZEL e exposta, posteriormente, com maestria por MAURACH, é de concepção finalística e 'com o finalismo se identifica', não se ligando, em momento algum à culpabilidade, mas sim à ação ... ". De acordo com SILVA FRANCO, o legislador de 1984, "na medida em que introduziu o dolo na ação típica final, como se pode depreender da conceituação de erro sobre o tipo, na medida em que aceitou o erro de proibição e, finalmente, na medida em que abandonou o rigorismo da teoria monística em relação ao concurso de pessoas, reconhecendo que o agente responde pelo concurso na medida de sua culpabilidade, deixou entrever sua acolhida às mais relevantes teses finalistas, o que leva à conclusão de que também abraçou a teoria do domínio do fato". (MARQUES, 2001, p. 156).

Desse modo, ainda que existam críticas quanto à viabilidade ou não da teoria do domínio do fato no sistema brasileiro, diversos doutrinadores a aceitaram, indicando ainda que a legislação ordinária deixaria entrever sua adoção e coerência com o ordenamento jurídico atual, sendo uma teoria apropriada para delimitação das figuras existentes no concurso de pessoas.

Nesse ponto, entende-se que o Código Penal brasileiro, que na reforma de 1984 adotou a teoria finalista, também teria adotado a teoria do domínio do fato, o que pode ser corroborado pelo disposto no artigo 62, inciso I, do Estatuto Penal, que se refere ao aumento de pena do agente que detém o domínio do fato (aquele que “promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes”) (JESUS, 2001, p. 28).

Ainda, a forma como o Código Penal brasileiro regulou a teoria do concurso de pessoas, em seus artigos 29 a 31, apresenta-se condizente com a distinção entre as formas de autoria e

³⁰ Contudo, cumpre notar que o doutrinador Damásio E. de Jesus entendia que, dentre as espécies de autoria (no âmbito da teoria do domínio do fato), haveria uma diferenciação entre “autoria intelectual” e “autoria mediata”. De fato, este autor afirmava que a autoria abrangeria: 1) a autoria propriamente dita (direta individual e imediata); 2) autoria intelectual; 3) autoria mediata; e 4) coautoria (reunião de autorias). Assim, ensinava que o autor intelectual seria aquele que planeja a prática criminoso (como no caso do chefe de quadrilha), enquanto que o autor mediato na verdade se subsumiria em quatro hipóteses: a) ausência de capacidade penal (do instrumento) por menoridade penal, embriaguez ou doença mental (art. 62, III, do Código Penal); b) coação moral irresistível ou obediência hierárquica (art. 22, do Código Penal); c) erro de tipo escusável determinado por terceiro, em que o instrumento age sem dolo (art. 20, §2º, do Código Penal); e d) erro de proibição invencível (art. 21, “caput”, do Código Penal). (JESUS, 2001, p. 19-20).

participação, conforme preconizado pela teoria do domínio do fato (lembrando que esta foi formulada no âmbito de um “sistema diferenciador”³¹).

De fato, a teoria do domínio do fato traz soluções para hipóteses envolvendo autoria direta e intelectual, podendo ser compreendida mesmo como um verdadeiro requisito da autoria, muito além de uma teoria aplicada ao concurso de agentes:

É a teoria que passamos a adotar. Em outras palavras, nossa posição adere à teoria do domínio do fato, que é uma tese que complementa a doutrina restritiva formal-objetiva, aplicando critério misto (objetivo-subjetivo). De notar, pois, que a teoria do domínio do fato não exclui a restritiva. É um complemento. Unem-se para dar solução adequada às questões que se apresentam envolvendo autores materiais e intelectuais de crimes, chefes de quadrilha, sentinelas, aprendizes, motoristas, auxiliares, indutores, incentivadores etc. Sob rigor científico, é mais um requisito da autoria que uma teoria do concurso de pessoas. (JESUS, 2001, p. 18).

Dessa feita, a teoria do domínio do fato é vista como uma forma de complementar ou integrar a teoria restritiva (formal-objetiva) adotada pelo Código Penal brasileiro, nas hipóteses em que não resolveria algumas questões atinentes à autoria mediata, como nos casos envolvendo organizações criminosas e delinquência empresarial.

Com efeito, cumpre observar que tanto para Welzel, como para Roxin, o domínio do fato não se apresenta como critério único para a determinação da autoria, de modo que podem ser considerados também outros elementos – apesar da jurisprudência brasileira compreender o domínio do fato como critério suficiente para tanto (SILVA, 2014, p. 184-185).

Ainda, apesar do legislador brasileiro não ter definido os conceitos de autoria e participação, pode-se observar uma “tripartição legal da autoria” (autoria direta, mediata e coautoria), que acaba tendo correspondência com as modalidades da teoria do domínio do fato:

Em unissonância com a opção por um sistema unitário funcional, o qual exige a diferenciação entre as modalidades de participação no fato punível, o legislador brasileiro, embora não tenha definido conceitos, estabeleceu importantes diretrizes que contribuem com a elaboração de uma diferenciação, não só conceitual como também material. Assim, como já referido, o legislador distinguiu três modalidades de autoria, a saber: a autoria direta (art. 62, IV, do CP: “executa o crime”), a coautoria (art. 16 da Lei n. 8.137/90 e art. 25, da Lei n. 7.492/86: “coautoria”) e a autoria mediata (art. 62, I, do CP: “dirige a atividade dos demais agentes” e art. 5º, XLIII, da CF: “mandantes”). Nesse sentido, cumpre analisar cada uma delas à luz da concepção de domínio do fato aqui proposta, observando-se que à cada modalidade corresponde uma categoria de domínio, a saber: o domínio do resultado, o domínio operacional e o domínio social (SILVA, 2014, p. 195).

³¹ Cumpre mencionar a alegação de incompatibilidade da teoria do domínio do fato, com o ordenamento jurídico brasileiro, visto que o Código Penal adotou o “sistema unitário” de autor – mas referida teoria foi criada por Claus Roxin, tendo por base o “sistema diferenciador” adotado pelo Código Penal alemão (ALFLEN DA SILVA, 2014, p. 184).

Assim, a autoria direta ou imediata ocorreria na hipótese de o próprio agente possuir e exercer “efetivamente o poder de condução, ou seja, o controle direto sobre a realização, interrupção, impedimento ou continuidade da produção do resultado delitivo, caracterizado pela ofensa ao bem jurídico-penal” (SILVA, 2014, p. 199).

Ainda, a coautoria seria uma hipótese de domínio do fato (pelo “domínio operacional”), na medida em que se caracterizaria pela realização conjunta do fato típico, “por meio do desmembramento da realização típica entre vários participantes, os quais, para a realização integral do fato, operacionalizam suas contribuições, de acordo com a atribuição de papéis a serem desempenhados, em prol da consecução do resultado” (SILVA, 2014, p. 201).

Também, a autoria mediata, vista pelo domínio do fato, trata-se de hipótese de “domínio social”, que é “representado pelo controle da realização, interrupção ou continuidade da ofensa ao bem jurídico, perpetrada por meio de um instrumento em suas relações fático-sociais” (SILVA, 2014, p. 211).

Desse modo, percebe-se uma grande coerência entre as hipóteses de autoria descritas em diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, com as categorias do domínio do fato, que auxiliam principalmente na definição do autor mediato e coautor, quando se evidencia o controle havido sobre a perpetração do delito.

Ainda, interessante mencionar o entendimento de que, na hipótese de autoria mediata em que há utilização de um executor como “instrumento”, fala-se também em “domínio social”, ao invés de “domínio da vontade”, porque “o que se controla não é a vontade do instrumento (já que este pode atuar algumas vezes sem vontade)” (SILVA, 2014, p. 211).

De fato, o agente executor (autor imediato), que tem o papel instrumental, pode ser punível ou não, conforme se adote o entendimento de Welzel ou Roxin:

Posteriormente, com Welzel, o conceito obteve uma ampliação, pois, conforme o jurista alemão, o instrumento poderia ser um indivíduo que atuasse de maneira inconsciente ou conscientemente final, tanto punível quanto impunível. Roxin, por sua vez, parte de uma perspectiva restritiva, segundo a qual o instrumento é um indivíduo que “não atua livremente”, porém, ao desenvolver sua concepção de domínio por organização, admite a hipótese do executor punível (SILVA, 2014, p. 212).

Isso porque, inicialmente, pela concepção de Welzel, o instrumento (executor) poderia ser um agente punível ou impunível; posteriormente, na formulação de Roxin, o autor imediato não poderia atuar conscientemente (deveria ser impunível), mas, por outro lado, ao desenvolver a sua teoria sobre o domínio por organização, admitiu o executor punível.

Nesse aspecto, cumpre observar que o legislador brasileiro admitiu a figura tanto do instrumento punível, como do impunível, conforme se depreende de diversos dispositivos do Código Penal:

No que diz respeito à figura do instrumento, o legislador brasileiro estabeleceu, no Código Penal, três hipóteses que orientam a sua caracterização como sujeito impunível, a saber: o art. 20, § 2º (instrumento que atua em erro determinado por terceiro); o art. 22 (instrumento que atua sob coação irresistível ou sob obediência hierárquica) e no art. 62, inc. III (instrumento impunível em virtude de condição ou qualidade pessoal). Todavia, ao lado dessas diretrizes normativas que fundamentam a ideia de um instrumento impunível, cumpre observar que o legislador também fez referência à figura do instrumento punível no art. 62, I, ao dispor “promove [...] ou dirige a atividade dos demais agentes”, e no art. 62, inc. III, ao dispor “determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade” (SILVA, 2014, p. 215).

Com efeito, o Código Penal brasileiro contém dispositivos que se referem ao “instrumento” (agente executor) que atua sob erro, coação ou inimputabilidade, bem como ao autor imediato que é subordinado ou comandado, hipóteses diversas que configuram a autoria mediata, tanto por meio de agentes puníveis ou não.

Ainda, no caso da autoria mediata, por meio de instrumento punível, também podemos lembrar da hipótese desse executor atuar visando à manutenção de sua posição, o que evidencia a importância de atuar conscientemente:

Resumidamente: decisivo para a caracterização da autoria mediata com o uso de instrumento punível é o domínio social por parte do homem de trás, o qual somente é possível em face da disposição condicionada do executor, enquanto sujeito capaz, que dolosamente pratica atos materiais direcionados à produção do resultado condicionadamente à manutenção ou alteração de sua posição ou situação (SILVA, 2014, p. 225).

Ainda, imperativo mencionar determinadas características do “homem de trás” ou “autor de escritório”, ou seja, do autor mediato, para que esta modalidade possa restar configurada:

Esclarecidos tais aspectos, pode-se afirmar que somente pode haver autoria mediata quando o homem de trás preenche os seguintes requisitos: a) é um sujeito capaz; b) exerce o controle mediato da produção do resultado ofensivo ao bem jurídico; c) não pratica atos materiais direcionados ao resultado (atos executórios); d) serve-se de outro indivíduo, enquanto instrumento para a prática da ofensa ao bem jurídico; e) tem conhecimento da disposição condicionada do instrumento em realizar o fato (SILVA, 2014, p. 214).

Desse modo, o autor mediato (“homem de trás”) deverá ser imputável, efetivamente exercer o poder de comando, não realizar atos executórios do delito, utilizar-se de outro agente como “instrumento”, bem como ter consciência de que o executor apresenta disposição elevada para a realização do fato.

Por derradeiro, cumpre notar que o ordenamento jurídico brasileiro traz diversas disposições sobre a autoria mediata, o que indica sua coerência com a teoria do domínio do fato:

o ordenamento não é inteiramente distante da teoria do domínio do fato. A redação do art. 5º, XLIII, da Constituição da República faz lembrar da autoria mediata e dos delitos de infração de dever; o Código Penal agrava a pena daquele que promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes (art. 62, I); leis como a Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) e a Lei Antiterrorismo (Lei nº 13.260/2016) se preocupam com autores mediatos que integram as estruturas delitivas organizadas. (MORAES; NASSAR, 2019, p. 33).

De fato, a própria Constituição Federal brasileira faz referência à figura do mandante (inciso XLIII do artigo 5º), sendo que o Código Penal brasileiro, por exemplo, estabeleceu uma causa de aumento de pena para o autor intelectual ou gestor do crime (inciso I do artigo 62), enquanto a Lei do Crime Organizado ainda trata da dinâmica dos grupos criminosos, dentre outros dispositivos existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, compreende-se ser plena a possibilidade de adoção dos critérios da teoria do domínio do fato, no âmbito do Estatuto Penal brasileiro, na delimitação dos conceitos de autoria e participação:

Assim, parece não haver inconveniente algum para os casos de concursos de pessoas, excetuados os casos de delitos de violação de dever, crimes omissivos e crimes especiais, onde o Código brasileiro tem regras próprias e são pontos recortados da teoria do domínio do fato, que os critérios desenvolvidos por Roxin sirvam de parâmetro para a interpretação das normas positivas do Direito brasileiro, nominalmente os arts. 29, *caput*; 29 § 1º e 31 do Código Penal. (BUSATO; CAVAGNARI, 2017, p. 205).

Ademais, tal entendimento é endossado pelo fato de que a nova Parte Geral do Código Penal brasileiro, confeccionado sob inspiração da teoria finalista, teria se inclinado à adoção do domínio do fato, apesar de não apresentar expressamente tal opção dogmática:

José Henrique Pierangeli sustenta que a nova Parte Geral inclinou-se, decisivamente pela teoria do domínio do fato, de concepção finalista. De igual sentir Manuel Pedro Pimentel pontifica que recebendo o Código Penal inspiração da teoria finalista não poderia fugir da consequência de adotar a teoria do domínio do fato. Enfatiza também Alberto Silva Franco que, muito embora o legislador de 1984 não se definiu explicitamente por nenhuma das posições dogmáticas, “abandonou o rigorismo da teoria monística em relação ao concurso de pessoas, reconhecendo que o agente responde pelo concurso na medida de sua culpabilidade, deixou entrever sua acolhida às mais relevantes teses finalistas, o que leva à conclusão de que abraçou também a teoria do domínio do fato”. (ROSSETTO, 2009, p. 74).

Ante o exposto, a teoria do domínio do fato não apenas pode, como deve ser compreendida no âmbito do sistema jurídico brasileiro atual, sendo inclusive vislumbrada em diversos dispositivos legais, ainda que não expressamente.

Nesse sentido, os autores asseveram a compatibilidade do instituto com o direito penal brasileiro:

6. A teoria do domínio do fato é plenamente compatível com o direito positivo brasileiro, em consonância com a legislação constitucional e infraconstitucional, sendo certo que o sistema jurídico já possui um leque de institutos e dispositivos que guardam inexorável semelhança deontica com a teoria. (MORAES; NASSAR, 2019, p. 42).

Ademais, o reconhecimento dessa compatibilidade, da teoria do domínio do fato, com o sistema penal brasileiro, colabora não apenas na solução de imputações envolvendo concurso de agentes, como também soluciona questões relacionadas às organizações criminosas e empresariais, para a justa responsabilização do “homem de trás” ou “autor de escritório”, que não realizam atos executórios do crime.

De fato, a teoria do domínio de fato foi aceita como capaz de apresentar concepções concretas na distinção da autoria e participação, porém ainda mais notável foi contribuição de Claus Roxin com a criação da “*autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder*”, que depois de tornar-se doutrina majoritária, foi admitida não apenas pela jurisprudência alemã, como também pela de outros países, como a Argentina³² e o Peru e encontrou reconhecimento no direito pena internacional” (GRECO; LEITE, 2013, p. 67).

Desse modo, mesmo diante da discussão existente no âmbito doutrinário e jurisprudencial, como anteriormente mencionado, a teoria do domínio do fato tem sido utilizada pelos tribunais³³, muitas das vezes também para atender uma demanda de política criminal.

³² Lemos Júnior (2012, p. 184) cita o “caso das Juntas Militares argentinas”, como exemplo de aplicação do domínio da organização da jurisprudência argentina: “É de conhecimento geral também que a Justiça argentina julgou Jorge Videla, e Emílio Massera, antigos Comandantes de duas das três Juntas Militares, a saber, respectivamente, do Exército e da Marinha – Ramón Agosti, Comandante das Forças Aéreas, faleceu e não foi julgado – como responsáveis pelos desaparecimentos e assassinatos de milhares de cidadãos argentinos. Fatos estes ocorridos durante os anos de 1976 a 1982. Videla e Massera utilizaram-se do aparelho militar que chefiavam para combater *a guerra contra a subversão*, para além dos métodos desumanos de investigação. Tinham como objetivo precípua a captura de suspeitos com a subversão e a manutenção dos mesmos em incomunicabilidade.” Dessa forma, “foram aceitos os fundamentos da tese de Roxin num Tribunal de outro país”, visto que o Tribunal de Apelação e a Corte Suprema, após divergência entre Ministros, “valoraram as condutas dos acusados como *autoria mediata*, porém, ao final, a condenação optou por defini-las como *cooperação necessária*, nos termos do artigo 45 do CP argentino” (LEMONS JÚNIOR, 2012, p. 185).

³³ Quanto à adoção da teoria do domínio do fato na condenação pelos crimes de corrupção ativa e crime contra a ordem tributária, interessante mencionar o quanto foi decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no bojo da Apelação Criminal 0106034-87.2016.8.26.0050 (10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo), em 27 de abril de 2023, em um caso da conhecida “Máfia dos Fiscais”. Nesse caso, um dos réus foi condenado com base na teoria do domínio do fato, diante da existência de provas de que “ele exercia o cargo de subsecretário municipal e comandava a cobrança do “ISS/Habite-se”, com total domínio das condutas dos seus subordinados.” Isso porque, no referido caso, os fiscais recebiam vantagens indevidas para cobrar apenas parcialmente os tributos devidos, havendo, por conseguinte, a redução do recolhimento do ISS relacionado a determinados imóveis, bem como a agilização dos trâmites burocráticos para obtenção do “Habite-se”. No julgado mencionado foi destacado o seguinte entendimento jurisprudencial: “Em se tratando de crimes contra a ordem tributária, aplica-se a teoria do domínio do fato. É autor do delito aquele que detém o domínio da conduta, ou seja, o domínio final da ação, aquele que decide se o fato delituoso vai acontecer ou não. Tratando-se de tributo devido

Nesse sentido:

Como não poderia deixar de ser, a teoria do domínio do fato de Claus Roxin, com suas subdivisões – domínio da ação, domínio funcional e domínio da organização – continua a suscitar grande discussão na doutrina jurídico-penal, mesmo após meio século de sua formulação originária.

Contudo, como visto ao longo da exposição, aquele grupo de teorias tem sido utilizada, na prática dos tribunais, não só para suprir lacunas de punição adequada aos dirigentes de organizações de poder – vinculados ou não a ordenamentos jurídicos –, mas, igualmente, para atender a necessidades político-criminais em casos de cometimento de crimes de empresa, imputando-se aos que estão nas instâncias superior e intermediária da pessoa jurídica a condição de coautor ou autor mediato, mesmo quando o funcionário que executa a ordem delitiva deva responder como autor imediato do fato. (SOUZA, 2013, p. 73).

Por fim, cumpre mencionar que, apesar da aceitação da teoria do domínio do fato, por parte doutrina e jurisprudência³⁴ brasileiras, eventual modificação no âmbito legislativo seria salutar ao reforço da segurança jurídica.

2.8. Domínio do fato no caso do “Mensalão”

Assim, apesar das alegações de incompatibilidade do domínio do fato com a dogmática brasileira, conforme observamos, os Tribunais brasileiros têm se valido das concepções dessa teoria, bem como o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do “Mensalão”, utilizou esta teoria em suas fundamentações, embora tendo sido alvo de diversas críticas.

Inclusive, no “caso do Mensalão” afirmou-se “que a teoria do domínio do fato, na versão de Roxin, não ofende o ordenamento brasileiro, ao contrário, revela-se ‘compatível com a disciplina que o nosso Código Penal estabeleceu’” (SILVA, 2014, p. 184).

No mesmo sentido, ainda no julgamento da Ação Penal 470 (“Mensalão”), cumpre citar trecho do voto do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, admitindo a

pela pessoa jurídica, autor será aquele que efetivamente exerce o comando administrativo da empresa, podendo ser o administrador, o sócio gerente, diretor, administrador por procuração de sócio ou mesmo um administrador de fato que se valha de interposta pessoa, esta figurando apenas formalmente como administrador” (TRF4, Apelação Criminal Nº 5000765-67.2011.404.7204/SC, 8ª Turma, rel. Des. João Pedro Gebran Neto, 15.4.2015).

³⁴ A jurisprudência brasileira tem mostrado a utilização de certas concepções, da teoria do domínio do fato, na delimitação de autoria direta, mediata e coautoria, apesar da ausência de coesão e critérios uniformes em sua aplicação (ALFLEN DA SILVA, 2014, p. 170 e 174-175). Nesse sentido: “Ademais, na diferenciação entre as modalidades clássicas de autoria (imediata, mediata e coautoria), verifica-se a utilização, por parte dos tribunais nacionais, de ideias de domínio do fato, mas não necessariamente de uma teoria uníssona e coerente como fundamento de suas decisões, que possibilite caracterizar a autoria de forma legítima. Com isso se quer dizer que, algumas vezes, é apenas mencionada a expressão domínio do fato sem ser apresentada uma fundamentação da autoria com base em critérios que informem quando o indivíduo detém tal domínio e, outras vezes, assim como ocorre na doutrina, conjugam-se critérios das teorias de Roxin e Welzel (equívoco semelhante ao cometido pela doutrina).” (ALFLEN, 2014, p. 23).

compatibilidade da teoria do domínio do fato com o sistema unitário (art. 29, “caput”, do Código Penal):

“Há que se destacar, ainda, por necessário, que a adoção, pela legislação brasileira, da teoria unitária em matéria de concurso de pessoas não afasta a possibilidade de reconhecimento, em nosso sistema jurídico-penal, da teoria do domínio do fato. Na realidade, uma teoria não exclui a outra, pois o reconhecimento de uma ou de outra apenas poderá influenciar no ‘quantum’ a ser definido na operação de dosimetria penal, nos termos do art. 29 do CP” (f. 56.811). (LEITE, 2014, p. 4).

Apenas para rememorar esse caso paradigmático, cumpre mencionar que a Denúncia na Ação Penal 470 (“Caso Mensalão”) foi oferecida em 30 de março de 2006, pelo Procurador-Geral da República, que imputou a 40 denunciados a prática de crimes de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa e passiva, além de crimes contra o sistema financeiro, referente a um esquema de compra de votos de parlamentares, durante o primeiro mandato do Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva.

O julgamento no Plenário do Supremo Tribunal Federal iniciou-se em 02 de agosto de 2012, e após 4 meses de debates, 25 réus foram condenados, sendo que a maioria dos Ministros do Supremo se posicionou favoravelmente à teoria do domínio do fato (tanto do domínio funcional como do domínio da organização), no âmbito da criminalidade empresarial (SOUZA, 2013, p. 69).

Cumpre ainda mencionar que a teoria do domínio da organização foi adotada pelo Ministro Relator da Ação Penal 470, ao vislumbrar o domínio exercido pelo “núcleo político” do grupo criminoso:

A peça inicial desta ação penal salientou que o acusado *Roberto Jefferson* ‘com o conhecimento de quem vendia apoio político à organização delitiva ora denunciada’, descreveu detalhes do funcionamento do esquema de compra de apoio político, que ficaram comprovados nos autos (v. p. 7-10 da denúncia, vol. 27). Afirmou o Procurador-Geral da República destacando este depoimento, que o crime ‘era dirigido e operacionalizado, entre outros, pelo ex-Ministro Chefe da Casa Civil *José Dirceu*, pelo ex-Tesoureiro do Partido dos Trabalhadores, *Delúbio Soares*, e por um empresário do ramo de publicidade de Minas Gerais, até então desconhecido do grande público, chamado *Marcos Valério*, ao qual incumbia a distribuição do dinheiro’.

A partir da inicial acusatória, tem-se que, para prática dos crimes de corrupção ativa, formou-se um grande concurso de pessoas (descrito como uma quadrilha, cuja existência ou não será analisada ao final do julgamento), hierarquicamente divididas nos seguintes escalões: (1.º) O acusado *José Dirceu*, então Ministro Chefe da Casa Civil e responsável pela articulação política e da base aliada do Governo na Câmara dos Deputados, que teria sido o organizador e mandante dos crimes de corrupção ativa. O Procurador-Geral da República assim descreveu as funções do acusado do grupo criminoso organizado para as práticas dos crimes narrados na inicial. (...) (2.º) Os réus *Marcos Valério* e *Delúbio Soares* seriam os executores diretos das ordens do acusado *José Dirceu* (f. 5.635-5.638 e f. 5.706-5.733, vol. 27), responsabilizando-se pelos contatos com os parlamentares e pela operacionalização dos pagamentos. A acusação assim descreveu o papel desses réus na divisão de tarefas estabelecida pelo grupo criminoso para a execução dos delitos. [...] (3.º) O acusado *José Genuíno*

ocuparia a função de negociação de valores com alguns parlamentares, além de ter assinado empréstimos simulados, em nome do Partido dos Trabalhadores que não seriam pagos, junto ao Banco Rural e ao Banco BMG, tendo por avalista o corrêu Marcos Valério. (4.º) Os acusados *Cristiano Paz*, *Ramon Hollerbach* e *Rogério Tolentino*, responsáveis pelos repasses de dinheiro aos destinatários finais, por meio de suas empresas, que receberam recursos oriundos de empréstimos fraudulentos fornecidos pelo Banco Rural e pelo Banco BMG, já anteriormente mencionados. (5.º) A acusada, *Simone Vasconcelos*, executora material da maior parte dos pagamentos. (6.º) A acusada *Geiza Dias*, que informava os nomes dos beneficiários aos funcionários do Banco Rural, para viabilizar os pagamentos em espécie. [...] Ao meu sentir, a autoria do acusado *José Dirceu* está bem demonstrada. As provas são harmoniosas e convergem para esta conclusão. Em situações como a dos autos, a confissão é inteiramente dispensável. Nenhuma das teses que as defesas tentaram construir para afastar o acusado *José Dirceu* da centralidade da prática criminosa, mostrou-se verossímil no contexto evidenciado desta ação penal. As provas revelam que *José Dirceu* exerceu controle e organização dos atos executórios dos quais também se ocupou, em especial através da negociação dos recursos empregados e das reuniões com líderes parlamentares, vice-líderes e dirigentes partidários, escolhidos para o recebimento da vantagem indevida. (SOUZA, 2013, p. 70).

Contudo, cabe lembrar as críticas à utilização dessa teoria no caso do “Mensalão”, partindo-se do pressuposto que os réus teriam sido condenados (como autores mediatos ou coautores) com base em presunções ou ilações, apenas a partir da posição hierárquica superior ocupada por eles.

Nesse sentido, para Alflen da Silva (2014, p. 182-183), no caso “Mensalão” o Supremo Tribunal Federal “fundiu teorias incompatíveis entre si, não especificou os critérios que utilizou para nortear aquilo que denominou de ‘domínio do fato’, e, sobretudo, deixou de indicar analiticamente dados empíricos hábeis a fundamentar o suposto domínio do fato enfatizado na decisão”, de modo que teria havido um grande desvirtuamento da teoria, “na tentativa (e no afã) de proceder à delimitação da autoria dos acusados”.

Com efeito, esta crítica quanto à confusão entre as teorias finalista de Welzel e a funcionalista de Roxin, foi bem destacada no que se refere ao julgamento da Ação Penal nº 470 do “Mensalão”:

Outrossim, na jurisprudência, não faltam exemplos de decisões que confundem as diversas concepções existentes sobre a teoria, misturando as noções finalistas de Welzel com o funcionalismo de Roxin. Não há como deixar de ressaltar o ocorrido na Ação Penal originária nº 470, vulgo “mensalão”, que rendeu ao Excelso Pretório até mesmo críticas do próprio Roxin. (MORAES; NASSAR, 2019, p. 25).

A decisão do “caso do Mensalão” (na Ação Penal nº 470) também foi criticada no sentido de que o recurso à teoria do domínio do fato teria se dado com a finalidade de “fundamentar a responsabilidade daqueles que ocupam posição de comando, criando uma espécie de autoria por domínio da posição, que nada tem a ver com a teoria do domínio do fato” (LEITE, 2014, p. 18).

Por tal motivo, também se alegou que referida teoria teria sido utilizada para suplantar uma possível deficiência probatória, diante das críticas de que sua adoção teria servido para responsabilizar agentes em elevada posição hierárquica no governo federal, criando uma “teoria ou autoria por domínio da posição”.

Desse modo, o julgamento do “caso do Mensalão”, ao adotar, em alguns votos, construções da teoria do domínio do fato, foi duramente criticado por eventual ausência dos critérios utilizados, bem como pela fusão de teorias, e até mesmo por uma suposta falta de provas, afirmando-se que teria sido criada uma teoria que imputasse um “domínio por posição de comando”.

Assim, em que pese as duras críticas à adoção do domínio do fato no “Caso do Mensalão”, parece que referido julgamento efetivamente utilizou a teoria do domínio do fato como sinônimo de teoria do domínio da organização, responsabilizando os agentes mediatos, que não executaram os crimes pessoalmente, juntamente com os seus autores imediatos (LEITE, 2014, p. 8).

Por fim, apesar dos questionamentos relativos à sua conformação ao ordenamento jurídico brasileiro, a teoria do domínio do fato tem sido aceita em muitos julgados, inclusive perante os Tribunais nacionais, notadamente desde o julgamento paradigmático do “Mensalão”, o que indica uma importante mudança de posicionamento, no sentido da tutela integral dos direitos e garantias fundamentais.

3. DO CONCURSO DE AGENTES

A fim de compreender a compatibilidade da teoria do domínio do fato com o ordenamento jurídico brasileiro, cumpre lembrar a dogmática penal relativa ao concurso de pessoas, contexto no qual o domínio da organização também deve ser compreendido.

Isso porque, a teoria do domínio do fato ingressou na dogmática penal como critério de delimitação e distinção da autoria e da participação, ou seja, no âmbito da teoria da autoria (SILVA, 2014, p. 83).

Com efeito, a teoria do domínio do fato apresenta sua relevância nas hipóteses de autoria coletiva:

Quando se trata de autoria individual, não há qualquer diferenciação de um conceito restritivo de autoria, pois o autor que domina o fato também realiza o tipo penal. A teoria de fato demonstra a sua força quando se trata de autoria coletiva, isto é, de estruturas onde se faz necessária a delimitação da participação criminal da mera participação administrativa. (CALLEGARI, 2013, p. 112).

De fato, o concurso de pessoas, que é “a consciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na mesma infração penal”, traz algumas dificuldades na análise da “codelinquência”, notadamente nas hipóteses de “concurso eventual”³⁵, próprio dos delitos “unissubjetivos” (que podem ser perpetrados por um único agente) (BITENCOURT, 2019, p. 560).

Apenas para rememorar, ensina Marques que “na co-delinquência eventual há a participação de mais de uma pessoa para a prática do crime, sem que todas, no entanto, tenham cometido atos previstos como típicos, na descrição legal da norma penal” (MARQUES, 2001, p. 151).

Isso porque, como no concurso eventual de agentes, o crime pode ser praticado individualmente, no caso de ter havido a colaboração de mais de uma pessoa, esta atuação não precisará ser necessariamente na realização dos elementos descritos no tipo penal, motivo pelo qual podem surgir diversos questionamentos quanto à imputação.

³⁵ Marques ensinou quanto à distinção entre o concurso eventual ou necessário de pessoas: “Casos há em que mais de uma pessoa concorre para o crime. Em tal hipótese surge a co-autoria, a qual pode ser necessária ou eventual. Há co-autoria necessária quando é da essência do crime, em face da descrição legal, a participação de mais de uma pessoa: são os chamados delitos plurissubjetivos, como, por exemplo, a rixa (*Código Penal*, art. 137) e a paralisação de trabalho (*idem*, art. 200). Fala-se em co-autoria eventual quando o crime pode ser cometido por uma só pessoa, mas *hic et nunc* é praticado por duas ou mais pessoas” (MARQUES, 2001, p. 151). Ainda quanto à pluralidade de autores, Marques explicou que “ao lado de delitos individuais ou monossubjetivos (os delitos que podem ser cometidos por uma só pessoa), há as infrações penais plurissubjetivas, em que se torna imprescindível a atividade de duas ou mais pessoas, como autoras do delito, para que se configure o fato típico” (MARQUES, 1956, p. 306).

Desse modo, “basta que concorra de qualquer modo para a prática de um crime para que sua conduta, embora atípica, se torne delituosa”. Isso porque, conforme explica Marques, o artigo 29 do Código Penal é uma “norma de extensão”, posto que “realiza a tipificação indireta ou mediata da conduta, em virtude de enquadramento de subordinação ampliada” (MARQUES, 2001, p. 151-152).

Isso porque, na hipótese de haver concurso de agentes em uma prática criminosa, eventual colaboração ou contribuição de uma pessoa no crime, poderá ser observada desde a sua idealização até a consumação, podendo se dar pela realização do verbo núcleo do tipo, ou de outras formas, como por meio de instigação, induzimento ou auxílio material. Por esse motivo, levando-se em conta as possíveis variáveis na participação de diversos agentes em um determinado crime, surgem os questionamentos relacionados à valoração do ato ilícito e da conduta individualmente considerada.

Cabe ressaltar que o estudo do concurso de pessoas é considerado como um assunto complexo, que pode levar a decisões com graves equívocos, visto que servirá para delimitar os autores de determinado ilícito penal e sua consequente responsabilização penal. Mas eventuais equívocos não são observados apenas no âmbito doméstico: “Porém, cumpre fazer uma ressalva, a de que este aspecto não fica restrito a determinado plano territorial, sendo a teoria da participação (concurso de pessoas), portanto, o capítulo mais obscuro e confuso da ciência penal” (SILVA, 2014, p. 16-17).

Assim sendo, conforme anteriormente mencionado, o Código Penal brasileiro (de 1940) adotou, para o concurso de pessoas, o “sistema unitário”³⁶ (sem fazer distinção entre autor e partícipe), conforme consta do artigo 29, *caput*: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Mas o Código Penal, nos parágrafos 1º e 2º do artigo 29, acabou distinguindo o autor do partícipe³⁷, bem como fez referência à “culpabilidade” do agente, no “caput” do mesmo artigo, levando ao entendimento de que o legislador teria admitido uma “teoria unitária temperada” (SILVA, 2014, p. 167).

³⁶ Cumpre mencionar que “o modelo jurídico-penal de autoria seguido pelo legislador de 1940 foi instituído no Código Rocco de 1930 e, como tal, vincula-se à teoria unitária ou monística, associada ao critério material da teoria da equivalência das condições necessárias à produção do resultado”. Ainda, a modificação ocorrida no Código Penal brasileiro, em 1984, foi considerada uma evolução no instituto do concurso de pessoas, posto que, no final do artigo 29, introduziu-se a expressão “na medida da culpabilidade”, sendo que as alterações de relevo ainda ocorreram nos dois parágrafos que foram acrescentados ao mesmo dispositivo (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 38-39).

³⁷ Art. 29 do Código Penal: “§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”; e “§ 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”.

Nesse aspecto, lembrando que a teoria do domínio do fato foi concebida pelo jurista alemão Claus Roxin, no contexto do “sistema diferenciador” (adotado pelo Código Penal alemão), há quem defenda a incompatibilidade dessa teoria com o ordenamento jurídico brasileiro, visto que o Código Penal adotou o “sistema unitário” para o concurso de pessoas.

Nesse ponto, cumpre mencionar que o “sistema diferenciador”³⁸ considera “o crime praticado como o resultado da atuação de *sujeitos principais* (autor, coautor e autor mediato), e de *sujeitos acessórios ou secundários* (partícipes), que realizam condutas qualitativamente distintas” (BITENCOURT, 2019, p. 562).

Contudo, há quem entenda que a teoria do domínio do fato seria uma “teoria diferenciadora e restritiva” do conceito de autor, e estaria em clara compatibilidade com o artigo 29, “caput”, do Código Penal:

Que uma teoria diferenciadora, que parte de um conceito restritivo de autor, como a teoria do domínio do fato, é compatível com o art. 29, caput, do CP, parece indubitável. Uma distinção entre autor e partícipe não é nem proscribida e nem obrigatoriamente comandada por nosso Código – tal seria o caso, se nossos dispositivos contivessem definições de autor e partícipe, como ocorre no CP alemão. Há, é verdade, uma longa discussão sobre a vigência do princípio da legalidade em relação à parte geral do direito penal. Alguns autores defendem que o princípio da legalidade ou simplesmente não vale ou vale de modo menos intenso na parte geral, de modo que haveria grande espaço para a criação jurisprudencial das categorias da parte geral, até o ponto em que essas categorias atingissem o status de direito costumeiro. Não é preciso seguir nessa interessante discussão. O fato é que o art. 29, caput, do CP, não inviabiliza a adoção da teoria do domínio do fato, desde que corretamente compreendida. O esforço deve ser no sentido de determinar exatamente os casos de autoria e de participação, e de compreender que a participação revela um conteúdo de injusto acessório em relação à autoria, e que, em razão disso - e não por ser mera questão de merecimento de pena, como foi indicado nos votos acima mencionados -, é que, em regra, deve haver uma diferença de pena entre o autor e partícipe. (LEITE, 2014, p. 5).

De todo modo, apesar das discussões doutrinárias acerca da compatibilidade ou não da teoria do domínio do fato, com a sistemática adotada pelo Código Penal brasileiro no concurso de agentes, observa-se que as decisões judiciais têm se valido dessa teoria para embasar condenações, principalmente quando envolvem crimes praticados por organizações criminosas ou empresariais.

Assim, nos itens a seguir serão expostos conceitos dogmáticos acerca da temática concursal, de modo a compreender-se de maneira mais ampla a teoria do domínio do fato (e do domínio da organização) no contexto do concurso de pessoas e suas temáticas adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

³⁸ Em contraposição ao “sistema diferenciador”, existe outra possibilidade, o “sistema unitário” de autor, que considera “todos os intervenientes no mesmo crime como autores de uma obra comum, sem fazer qualquer distinção de qualidade entre as condutas praticadas” (BITENCOURT, 2019, p. 562).

3.1. Teorias sobre o concurso de pessoas

Quanto às teorias que tratam sobre a natureza jurídica do concurso de agentes, observam-se: a) a teoria unitária (monista ou monística); b) a teoria dualista; e c) a teoria pluralista.

Com efeito, estas teorias procuram resolver uma questão: se uma prática criminosa é perpetrada por diversos agentes, em concurso, resultará na configuração de apenas um ou mais tipos penais?

De início, cumpre lembrar que a **teoria unitária (ou monista)** considera o crime único e indivisível, sendo que da cooperação (simultânea ou sucessiva) de uma pluralidade de agentes, para a perpetração de um crime, será cominada a mesma pena para todos os autores concorrentes, sem diferenciar a autoria da participação (ROSSETTO, 2009, p. 66).

Então, em que pese o crime seja perpetrado por diversos agentes, permanecerá único e indivisível, para todos os que concorrerem para sua prática, sejam eles autores ou partícipes (GRECO, 2018, p. 121).

Desse modo, a teoria unitária ou monista considera que todos corroboraram para o resultado delitivo (ainda que de formas ou intensidades distintas), de modo que, por esta razão, todos deverão ser responsabilizados pelo mesmo crime, parecendo ser uma tese que nivela todos os autores no mesmo patamar de relevância causal.

Contudo, considerando que seria injusto nivelar todas as condutas com a mesma causalidade, a doutrina penal ainda desenvolveu, em contraposição à teoria unitária ou monista, as seguintes teorias: a dualista e a pluralista.

Assim, para a **teoria dualista**, os delitos serão diversos nas hipóteses de autoria e participação: o crime principal será imputado ao autor, enquanto o delito secundário será atribuído ao partícipe, cada um deles respondendo pela pena do crime praticado (ROSSETTO, 2009, p. 66).

Dessa forma, a teoria dualista diferencia a conduta do autor, da ação do partícipe, visto que o primeiro realizará os elementos descritos no tipo penal, mas o segundo poderá colaborar na prática delitiva de diversas formas secundárias ou acessórias.

No entanto, em que pese esta compreensão quanto a “dois planos de conduta”, o crime será único, conforme ressalta Bitencourt:

Contudo, apesar dessa concepção dupla, não estamos diante da prática de dois crimes distintos, pelo contrário, o crime continua sendo um só, e, muitas vezes, a ação daquele que realiza a atividade típica (o executor) é tão importante quanto a do partícipe que atua no planejamento da ação executória que é levada a cabo pelos demais. Mas, enfim, a teoria consagra dois planos de condutas, um principal, a dos autores e coautores, e um secundário, a dos partícipes. (BITENCOURT, 2019, p. 561).

Já na **teoria pluralista**, cada agente praticará um crime autônomo e distinto, desconsiderando-se qualquer vinculação entre suas condutas (ROSSETTO, 2009, p. 66).

Assim, “para a teoria pluralista, haverá tantas infrações penais quantos forem o número de autores e partícipes” (GRECO, 2018, p. 121).

Contudo, esta ideia não se sustenta, tendo em vista que o resultado produzido é um só, visto que a conduta de cada agente “converge para uma ação única, com objetivo e resultado comuns” (BITENCOURT, 2019, p. 561).

De fato, parece mesmo inviável imputar a cada agente um tipo penal distinto, sendo que todos concordaram na prática de um determinado crime, colaborando de forma distinta, mas com o mesmo intuito criminoso e almejando o mesmo fim.

No caso de ser aplicável, esta teoria traria situações esdrúxulas, como no seguinte exemplo apresentado por Bitencourt:

Imagine-se, por exemplo, a prática do crime de roubo quando quatro pessoas entram em acordo para subtrair o dinheiro existente na caixa forte de uma agência bancária, mediante o emprego de grave ameaça contra o diretor da sucursal. Nesse caso, não estamos diante de quatro crimes de roubo, ou do “crime de concurso”, mas, sim, de um único crime que para a sua execução contou com a intervenção de quatro agentes. (BITENCOURT, 2019, p. 561).

Da análise destas teorias, cumpre lembrar que o Código Penal brasileiro de 1940 adotou a teoria unitária (monista), para que a todos os agentes seja atribuído o mesmo crime e a mesma pena, sendo que a reforma da Parte Geral (trazida pela Lei nº 7.209/1984) atenuou o seu rigor, incluindo no “caput” do artigo 29 do Estatuto Penal, a expressão “na medida da culpabilidade”. Inclusive, em virtude dessa “atenuação”, entende-se que a teoria anteriormente adotada teria sido a unitária “temperada”, conforme já exposto anteriormente.

Desse modo, considerando que a pena é cominada de acordo com a culpabilidade individual de cada agente, apesar do crime ser unitariamente imputado a todos os concorrentes, a pena será individualizada para cada um deles (ROSSETTO, 2009, p. 66-67).

Ainda, na reforma do Código Penal, em 1984 (Lei nº 7.209 de 11.07.1984), foram incluídos os parágrafos 1º e 2º em seu artigo 29: o primeiro dispôs sobre a “participação de menor importância” (prevendo causa de diminuição de pena, de um sexto a um terço, para o partícipe), sendo que o parágrafo 2º tratou do “desvio subjetivo de conduta” ou “cooperação

dolosamente distinta”, estabelecendo a possibilidade de aplicação da pena do crime menos grave em relação ao qual o partícipe quis concorrer.

Dessa forma, considera-se que a reforma penal de 1984, que adotou a “teoria finalista da ação”, acabou abrandando, no referido artigo 29 do Código Penal, a teoria extensiva e unitária do concurso de pessoas, anteriormente adotada no sistema anterior (SOUZA, 2013, p. 63).

Ademais, o Código Penal brasileiro previu algumas “exceções pluralistas” (ou “pluralísticas”) à teoria unitária ou monista, dispondo sobre tipos penais diversos (autônomos) para autores que concorreram para o mesmo resultado delitivo, de modo que responderão por crimes diferentes, apesar de terem tido a mesma unidade de desígnios.

Assim, como “exceções pluralísticas”, podemos exemplificar: em caso de aborto praticado por terceiro, enquanto a gestante que consentiu incorrerá no artigo 124 (segunda parte), do Código Penal, o provocador do aborto (com consentimento da gestante) responderá pelo artigo 126; ao funcionário corrupto será imputado o crime de corrupção passiva, descrito no artigo 317 do Estatuto Penal, sendo que o corruptor particular (*extraneus*) irá responder pelo tipo penal do artigo 333 (corrupção ativa); ainda, no crime de falso testemunho, a testemunha que fez afirmação falsa incorrerá no artigo 342 do Código Penal, enquanto que o agente que subornou essa mesma testemunha, responderá pela corrupção da testemunha, nos moldes do artigo 343 do mesmo Código.

Contudo, em que pese a existência dessas exceções pluralistas à teoria monista ou unitária, a teoria pluralista não foi adotada como regra, de modo que o estudo do concurso de pessoas se apresenta ainda mais relevante para a correta imputação aos autores e partícipes que concorreram para um determinado crime.

3.2. Concurso de agentes e relação de causalidade

Como o presente trabalho trata da imputação e conseqüente responsabilização na hipótese de concurso de agentes, salutar perceber sua íntima relação com o nexos causal e as implicações resultantes deste estudo, inclusive nas definições de autoria e participação.

Isso porque, o artigo 29 do Código Penal pode ser compreendido também em decorrência da teoria da equivalência das condições³⁹, adotada para o instituto do nexo de causalidade e prevista no artigo 13, “caput”, do Estatuto Penal (LEITE, 2014, p. 06).

De fato, as questões relacionadas ao concurso de agentes apresentam-se correlacionadas ao estudo da relação de causalidade, haja vista que, conforme a teoria da equivalência dos antecedentes causais – adotada pelo Código Penal, em seu artigo 13, “caput” –, a imputação do crime será realizada, em regra, conforme se identifique o agente causador do seu resultado.

Com efeito, entende-se que a teoria monística ou unitária – a qual estabelece que, no concurso de pessoas, todos responderão pelo mesmo crime -, adotada pelo Código Penal brasileiro, “parte da teoria da equivalência das condições necessárias à produção do resultado” (BITENCOURT, 2019, p. 562).

No mesmo sentido, Lemos Júnior lembra que o artigo 29 do Código Penal traz ínsita a ideia da “teoria da equivalência das condições” (expressa no artigo 13 do mesmo Código)⁴⁰:

A redação do artigo 29 do CP brasileiro contém também uma subjacente ideia vinculada à *teoria da conditio sine qua non* ou da *teoria da equivalência das causas* – como era, aliás, o CP anterior -, ao dizer, *quem de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas...* (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 50).

Assim sendo, percebe-se a interrelação existente entre as teorias da autoria e do nexo causal, visto que a relação de causalidade se apresenta de grande relevância no estabelecimento dos responsáveis por um resultado delitivo, principalmente para a definição do partícipe que não tem sua conduta subsumida exatamente ao tipo penal.

Desse modo, o nexo de causalidade⁴¹ sempre foi visto como requisito da autoria (ou coautoria) e da participação, aplicando-se a relevância causal ao concurso de pessoas, notadamente aos partícipes:

³⁹ Como lembra Lemos Júnior (2012, p. 50), “o Direito penal brasileiro, no que toca ao problema do nexo causal, adotou a *teoria da equivalência das condições* fundada por v. Buri, em 1873. Nesse sentido, é expresso o artigo 13 do CP: *‘O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido’*”.

⁴⁰ Contudo, Lemos Júnior se posiciona contrariamente à adoção da “teoria da equivalência dos antecedentes causais” ao concurso de agentes, explicando que é possível recorrer a outras construções teóricas: “Posicionamos, portanto, contrariamente à aplicação da *teoria da equivalência das causas* no concurso de pessoas brasileiro. A preservação desse pensamento na doutrina, derivada da expressa previsão legal, tem, no entanto, seu alcance diminuído na determinação do resultado, por força da possibilidade de se aplicar fundamentos de outras teorias, como a teoria subjetiva, da adequação, do acordo de vontade e da imputação objetiva” (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 53).

⁴¹ Cumpre lembrar que nos crimes materiais e de ação, o nexo causal é elemento essencial do fato típico, nas hipóteses de autoria direta e material, seguindo a regra de que o resultado só é imputável a quem lhe deu causa (JESUS, 2001, p. 05-06). Nunca é demais relembrar o conceito de crime (aspecto formal) como fato típico e antijurídico, sendo que o nexo causalidade compõe o fato típico nos crimes materiais e de ação: “Conceituamos crime, sob o aspecto formal, como fato típico e antijurídico. O fato típico, nos crimes materiais e de ação, compõe-se, para efeito didático, de conduta dolosa ou culposa, resultado, nexo de causalidade e tipicidade. Assim, na

No Brasil, o concurso de pessoas, seja coautoria, seja participação, sempre esteve sujeito ao requisito do nexa de causalidade. Assim, a Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 já dizia que o antigo art. 25, que tratava do concurso de agentes, era “mero corolário” do art. 11, que disciplinava o nexa causal objetivo. Em face disso, cuidando da participação, nossos penalistas, em sua quase-unanimidade, seguindo a orientação da doutrina estrangeira, especialmente a italiana, e aplicando a teoria extensiva, sempre exigiram sua relevância causal. Como dizia José Frederico Marques, “sem um comportamento relevante, sob o aspecto causal, não se pode falar em participação. Não há participação no crime, relevante para o Direito Penal, sem ato exterior que se inclua na cadeia causal”. (JESUS, 2001, p. 7).

Desse modo, entende-se necessária a compreensão do nexa causal nas hipóteses de concurso de agentes, com especial enfoque na ação do partícipe, visto que, tendo o artigo 13, “caput”, do Código Penal brasileiro, adotado o princípio da equivalência dos antecedentes causais (com o sistema de eliminação hipotética), o comportamento do partícipe deverá ter relevância causal.

Contudo, a causalidade física, sendo apenas o “elemento material”, dependeria também da “causalidade psíquica” (liame subjetivo), ou seja, do elemento subjetivo dos demais agentes, no âmbito concursal:

A causalidade, porém, vinha desfrutando de exagerada influência na solução do problema da “codelinquência”, esquecendo-se de que ela, a causalidade, é apenas o *elemento material*, objetivo do concurso – a contribuição causal física -, importante, necessária, mas insuficiente para aperfeiçoar o instituto. É indispensável a presença, ao mesmo tempo, de um *elemento subjetivo*, a vontade e consciência de participar da obra comum. O concurso de pessoas compreende não só a *contribuição causal*, puramente objetiva, mas também a *contribuição subjetiva* (BITENCOURT, 2019, p. 563).

Assim, embora o concurso de pessoas sempre tenha considerado a relação de causalidade como um de seus requisitos, observa-se que, apesar da cadeia causal ser importante na compreensão global do delito, outros aspectos também estabelecerão seus responsáveis, tais como o elemento subjetivo de seus colaboradores.

Dessa forma, cumpre destacar que apenas o nexa causal não se apresenta suficiente para realizar a distinção entre autor e partícipe, sendo necessária a análise de outros aspectos, como destaca Bitencourt:

Além disso, a simples constatação da eficácia causal da contribuição do agente no crime não é, ao mesmo tempo, um critério valorativo adequado para determinar a maior ou menor relevância da conduta praticada. Isto é, o nexa de causalidade não é por si só suficiente para determinar quem deve responder na qualidade de autor

hipótese de o sujeito, agindo dolosamente, desfechar tiros de revólver na vítima, matando-a, encontraremos a conduta dolosa (disparo), o resultado (morte), a relação causal entre a ação e o evento e a tipicidade (art. 121, caput, do CP). Dessa maneira, o fato material, formado de comportamento, evento e relação causal, aliado à tipicidade, íntegra, para efeito de compreensão, o fato típico. E este, acrescido da ilicitude, conduz à existência de crime.” (JESUS, 2001, p. 01).

principal, e quem deve responder na qualidade de partícipe secundário. Isso porque, através da *teoria da equivalência das condições*, somente identificamos a ação e a omissão que pode ser considerada como *causa*, mas dela não podemos deduzir qual é a conduta mais relevante para efeitos de *autoria*, nem qual é a conduta secundária, para efeitos de *participação*. Dessa forma, é necessário analisar sob outros pontos de vista qual é o critério mais adequado para distinguir, no âmbito de um sistema diferenciador, a conduta do autor da conduta do partícipe (BITENCOURT, 2019, p. 564).

Com efeito, quando se compreende que o mandante de um crime é muito mais do que um mero partícipe, percebe-se a importância de outros aspectos na identificação da autoria ou participação (incluindo a adoção da teoria do domínio do fato), além do nexo de causalidade, a fim de compreender a relevância de sua conduta.

Inclusive, o próprio parágrafo 2º do artigo 29 do Código Penal brasileiro, ressalta a relevância da vontade e consciência do partícipe (que quis participar de crime menos grave), sendo então, aplicada a pena desse crime pretendido (com aumento de pena no caso de o resultado mais grave ter sido previsível).

Dessa feita, tendo em vista que a conduta do partícipe pode não ser essencial – podendo ser “de menor importância”, inclusive –, a relação de causalidade material pode ser relativizada, não devendo ser considerada requisito indispensável na análise do concurso de pessoas, visto que a intenção do agente também precisará ser considerada.

Da mesma forma, ensina Marques que na hipótese de participação, “não basta a simples causalidade material: exige-se ainda um liame subjetivo que estabeleça a conexão entre a conduta diretamente típica e a participação”. E assim exemplifica quanto à necessidade de análise do elemento subjetivo do partícipe, além do nexo causal: “Se alguém empresta um revólver a um amigo e este mata a um desafeto com a arma emprestada, o dono desta só terá praticado uma conduta relevante se, pelo menos, sabia qual o uso que da arma iria ser feito” (MARQUES, 2001, p. 153).

Com efeito, a adoção sem restrições da causalidade material às hipóteses de participação, levava a soluções injustas e com graves consequências, motivo pelo qual alguns autores dispensaram a relevância causal como requisito para a participação (JESUS, 2001, p. 9-10):

Na verdade, o princípio do nexo causal só pode servir à consideração do fato cometido pelo autor material. Mas não se presta às outras formas do concurso de pessoas, que devem ser regidas pelo dogma da tipicidade. A participação não precisa ser causal. Tanto é que, entre nós, a contribuição de somenos importância conduz à redução da pena (art. 29, §1º, do CP). Se é de “somenos” importância, que significa de valor inferior, reles, vil, não pode ser causal., necessária. Se fosse “necessária”, por ser causal, não seria de “somenos” importância (JESUS, 2001, p. 11).

Ainda nesse aspecto, Jesus (2011, p. 11-12) lembrou que

em nenhum lugar os arts. 29 a 31 do Código Penal, que disciplinam o concurso de pessoas, mencionam onexo causal como requisito do instituto. Ao contrário, o art. 29, *caput*, e §2º recomendam a exigência do dolo na delimitação do resultado e a consideração da culpabilidade como critério informador da responsabilidade penal.

De fato, na conduta do partícipe não se observa a subsunção direta ao tipo penal incriminador, mas sua colaboração concorre, de qualquer modo, para a produção do resultado criminoso, motivo pelo qual se compreende que a participação não está ligada ou condicionada apenas aonexo de causalidade.

Com efeito, sem a regra de extensão (ou norma integrativa) constante do artigo 29 do Código Penal, a conduta do partícipe seria atípica, mesmo que atingisse um bem jurídico tutelado penalmente, conforme ensina Marques:

Sem a norma de extensão do art. 29, do Código Penal, a conduta atípica do participante não teria relevo jurídico-penal, mesmo que ela houvesse contribuído para a lesão atual ou potencial de um bem jurídico na lei penal tutelado. É que não basta pôr em perigo ou lesar um bem jurídico que a lei penal tutela para que exista crime: só as condutas que podem transformar-se em fato típico se apresentam como constitutivas de delitos. Para haver crime, é necessário uma lesão realizada de forma típica (MARQUES, 2001, p. 152).

Nesse diapasão, a participação trata-se de “adequação típica de subordinação mediata, por extensão ou ampliação”:

A participação está ligada à tipicidade e à conduta e não aonexo de causalidade. Cuida-se de uma hipótese de adequação típica de subordinação mediata, por extensão ou ampliação. Na adequação típica de subordinação direta, como sabemos, o fato amolda-se ao modelo legal de forma imediata, sem a interferência de outro dispositivo. Exemplo: “A” mata “B”, agindo dolosamente. O fato enquadra-se na figura do crime de homicídio (art. 121, *caput*, do CP), não havendo necessidade de outra norma. Na adequação típica de subordinação mediata (ampliada ou por extensão), o fato não se enquadra imediatamente na norma penal incriminadora, exigindo-se para isso o concurso de outro dispositivo. É o que acontece na participação por induzimento, instigação e auxílio (cumplicidade), uma vez que a conduta do partícipe não se ajusta de forma imediata ao tipo, exigindo o emprego de outra disposição para o perfeito enquadramento: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas” (art. 29, *caput*, do CP). Assim, na participação existe ampliação espacial e pessoal do tipo, pois a descrição delitativa, com o concurso da regra do art. 29, não abrange somente o comportamento que se amolda imediatamente em seu núcleo, estendendo-se também às condutas que, de qualquer modo, concorrem para a realização do crime. Vê-se que nas formas de contribuição moral e material, fora da autoria, há extensão do tipo incriminador, de maneira que a concorrência acede à ação do executor material. Esta, sim, não prescinde donexo com o resultado (JESUS, 2001, p. 12-13).

Assim sendo, conforme visto, em que pese onexo de causalidade tenha sido considerado requisito do concurso de pessoas, outros aspectos devem ser considerados, notadamente o elemento subjetivo (dolo) do agente, como se percebe nitidamente nas hipóteses de participação, nas quais a sua conduta não aparece diretamente subsumida ao tipo penal.

3.3. Requisitos do concurso de pessoas

Para a configuração do concurso de agentes, com a conseqüente responsabilização dos envolvidos, algumas condições serão demandadas, posto que decorrentes da identificação de mais de uma pessoa interferindo no cenário criminoso, já que este não pode ser o único aspecto a ser considerado.

Assim, são indicados os seguintes requisitos como necessários, para a conformação do concurso de pessoas: 1) pluralidade de pessoas (contribuição de, no mínimo, duas pessoas, na violação da norma jurídica e perpetração do delito); 2) pluralidade de condutas relevantes (a autoria, a coautoria e a participação propriamente dita são formas de participação no crime); e 3) liame subjetivo entre os agentes (causalidade psíquica, o nexu psicológico que vincula os sujeitos, a consciência e vontade de cada partícipe em concorrer para o resultado delitivo) (ROSSETTO, 2009, p. 67-68).

Em semelhante sentido indica Greco, quanto aos requisitos que devem ser observados para concluir-se pela hipótese do concurso de agentes: “a) pluralidade de agentes e de condutas; b) relevância causal de cada conduta; c) liame subjetivo entre os agentes; d) identidade de infração penal” (GRECO, 2018, p. 121).

Desse modo, percebe-se que o concurso de pessoas não será identificado apenas pela diversidade ou multiplicidade de agentes, visto que será essencial a relevância das condutas praticadas por cada um deles, juntamente com a unidade de desígnios que os unirá na prática de um determinado crime.

Então, inicialmente, quanto ao pressuposto da “pluralidade de participantes e de condutas”, trata-se de requisito básico do concurso de pessoas: a concorrência de mais de um agente na execução de uma conduta punível, sendo que alguns realizam o verbo núcleo do tipo penal, enquanto outros prestam auxílio moral ou material, respondendo todos pelo fato típico (BITENCOURT, 2019, p. 565).

De fato, mesmo com todos os requisitos presentes, outras características ainda deverão ser consideradas para a definição da autoria ou da participação do agente, analisando-se a gravidade e relevância de sua conduta para a perpetração do delito, com a conseqüente reprovabilidade do ato.

Ainda, quanto ao requisito da “relevância causal de cada conduta”, significa que o comportamento dos autores e participantes deve ter “eficácia causal”, ou seja, seu

comportamento não pode ter sido irrelevante para a realização da conduta típica. (BITENCOURT, 2019, p. 565).

Com efeito, onexo causal material deverá ser verificado, contudo, conforme visto no tópico precedente, não será suficiente, visto que deverá ser examinada também a “causalidade psíquica”, ou seja, o elemento subjetivo dos agentes, já que um partícipe poderá, por exemplo, pretender participar de um crime menos grave.

Ademais, quanto ao requisito do “liame subjetivo entre os agentes”, importante notar que tal vínculo se estabelece: por acordo prévio (*pactum sceleris*) ou por aderência da vontade (quando não há ajuste prévio, mas a consciência de cooperação na ação conjunta). Isso porque “na autoria e na participação é indispensável a consciência individual de colaboração para um resultado delituoso” (ROSSETTO, 2009, p. 68).

Desse modo, a fim de que todos os agentes respondam pelo mesmo crime, da mesma forma deverão ter em comum o elemento subjetivo, o mesmo dolo na prática de determinado delito, configurando uma unidade de desígnio, ou seja, um único propósito.

E esta homogeneidade do elemento subjetivo acarreta a impossibilidade de se configurar o concurso de agentes entre o crime doloso e o crime culposo, não havendo, por consequência, participação dolosa em crime culposo, nem participação culposa em crime doloso:

- 1) Não há participação dolosa em crime culposo. “A” quer matar “C”, então “A” entrega a arma de fogo carregada para “B”, a quem faz supor estar descarregada e o induz apontá-la na direção de “C”, e a título de brincadeira acionar o gatilho para experimentar a qualidade do mecanismo de disparo da arma. “B”, de forma imprudente, sem observar o dever de cuidado, acolhe a sugestão, aciona o gatilho e acaba culposamente matando “C” com o disparo. Não há concurso de pessoas, “A” responde pelo fato a título de dolo e “B” a título de culpa.
- 2) Não há participação culposa em crime doloso. O médico, inadvertidamente (culpa em sentido estrito), receita ao paciente remédio que lhe causa gravíssima reação alérgica. A auxiliar de enfermagem percebendo isso e desejando a morte do paciente ministra-lhe o remédio e causa-lhe dolosamente a morte. O médico não participa do homicídio doloso da enfermeira. (ROSSETTO, 2009, p. 68).

Ainda, em vista desse requisito (relativo ao necessário liame subjetivo entre os agentes), podem ser observadas as seguintes situações: a autoria colateral (quando inexistirá a unidade de desígnio), o desvio subjetivo de conduta (ou participação dolosamente diversa) e o excesso de mandado – todas hipóteses em que os agentes responderão por resultados diversos, diante da cisão do elemento subjetivo.

Na autoria colateral não existe a consciência, por parte dos agentes, de estarem cooperando na prática de um crime (inexiste o liame subjetivo, o vínculo psicológico), havendo apenas convergência de ações, que contribuem materialmente para a obtenção de um resultado ilícito (ROSSETTO, 2009, p. 68).

Nesse sentido, exemplo de autoria colateral entre atiradores que desconhecem a ação um do outro:

Na *autoria colateral* há convergência de ações (contribuição material), todavia, os agentes desconhecem as ações que cada um desenvolve. Ex.: “A” e “B”, um desconhecendo a intenção do outro, postaram-se e aguardaram a passagem de “C”. Quando “C” passa ambos atiram, simultaneamente, matando-o. Se ficar provado pela perícia de qual arma partiu o projétil que causou a morte da vítima é possível imputar a um dos atiradores o resultado morte, e ao outro a tentativa de homicídio. Se não ficar provada a autoria da morte, quem efetivamente causou o resultado (autoria incerta), ambos responderão por tentativa de homicídio. (ROSSETTO, 2009, p. 68-69).

Já o desvio subjetivo de conduta (ou cooperação dolosamente distinta) trata-se da hipótese vislumbrada no artigo 29, parágrafo 2º, do Código Penal brasileiro, conhecida como participação de menor importância, quando o partícipe acabou se envolvendo na prática de um crime mais grave do que pretendia. Nesse caso, será aplicada a pena do crime menos grave, com aumento de pena se houver previsibilidade quanto ao delito mais gravoso praticado.

Cumprir notar que referido regramento se aplica apenas ao partícipe, e não ao autor, visto que este inevitavelmente quis ou assumiu o risco de produzir o resultado mais grave:

A expressão *quis participar de crime menos grave* abrange o partícipe, conforme Heleno C. Fragoso a disposição se aplica ao partícipe que “pretendia concorrer para um crime menos grave do que aquele que efetivamente realizado pelo autor”, jamais ao coautor porque o dispositivo legal refere-se exclusivamente ao concorrente que quis *participar* de crime, na mesma esteira de pensamento, afirma Julio F. Mirabete que o aumento se aplica ao *partícipe* e não ao autor, porque este quer ou assume o risco de produzir o resultado mais grave. (ROSSETTO, 2009, p. 69).

Seguindo, o “excesso de mandado” se configura quando o executor direto acaba ultrapassando o limite do ilícito inicialmente determinado pelo agente mandante, de modo que há divergência do elemento subjetivo, descaracterizando o concurso de pessoas, motivo pelo qual cada concorrente responderá por um crime (ROSSETTO, 2009, p. 69):

No *excesso de mandado* o executante vai além do que lhe foi determinado pelo mandante. A divergência do elemento subjetivo descaracteriza o concurso de pessoas, não se responsabiliza os concorrentes pelo mesmo crime, cada participante responde por crime distinto. “A” mandou “B” espancar “C”, entretanto, “B” foi além dos limites e acabou matando “C”. “A” queria apenas que “B” causasse lesão corporal em “C”, não a morte. No *excesso de mandado* “A” responde por lesão corporal e “B” por homicídio consumado. Todavia, se o resultado mais grave for previsível este tem a sua pena aumentada até a metade, por ex., “A” sabe que “B” é violento e anda armado, com isso pode matar “C”. A doutrina pondera que se o partícipe agisse com dolo eventual, se ele previu e consentiu na produção do resultado mais grave, por este resultado mais grave responderá. (ROSSETTO, 2009, p. 69).

Por fim, quanto ao requisito da identidade da infração penal praticada, consiste na convergência do fato típico, por parte de cada um dos concorrentes, de modo que a todos

possa ser imputado um único tipo penal, mesmo tendo sido perpetrado por uma diversidade de agentes e suas condutas.

3.4. Conceitos extensivo e restritivo de autor

Considerando que o concurso de pessoas envolve diversas hipóteses de reuniões de agentes, a doutrina trabalha com algumas teorias que auxiliam na diferenciação do autor e do partícipe, quando se trata do cometimento de uma infração penal por mais de um indivíduo.

Isso porque, considerando que os agentes, mesmo concorrendo para um único crime, não serão submetidos ao mesmo grau de reprovação (seguindo os moldes da concepção “dualista” ou “unitária temperada”, esta última adotada pelo Brasil, como afirmam alguns autores), cumpre diferenciar as hipóteses de autor e partícipe, motivo pelo qual foram idealizadas diversas teorias com este escopo:

Partindo-se da concepção *dualista* – ou, no caso do direito brasileiro, da *teoria unitária temperada* –, tem-se que nem todos os que concorrem para a mesma infração penal possuem o mesmo grau de reprovação, dando azo ao surgimento de teorias que objetivam discernir as categorias da autoria e da participação. Sendo assim, no escopo de distinguir autor e partícipe, estabeleceram-se, dentre outras, as *teorias formal-objetiva*⁴², *material-objetiva*⁴³ e *material-subjetiva* (SOUZA, 2013, p. 61)⁴⁴.

Assim, são observadas as seguintes teorias sobre o conceito de autoria e participação, na realização de uma conduta típica: 1) teoria extensiva (subjetivo-causal); 2) teoria restritiva (formal-objetiva); e 3) teoria do domínio do fato (objetivo-subjetivo ou final-objetiva) – que serão melhor explicadas a seguir.

3.4.1. Teoria extensiva (subjetivo-causal)

⁴² Para a teoria “formal-objetiva” (“conceito restritivo de autor”), o autor será quem realizar a ação executiva principal do crime, enquanto o partícipe terá uma ação exterior ao tipo, preparatória ou concorrente de alguma forma para o delito (SOUZA, 2013, p. 61).

⁴³ A teoria “material-objetiva” traria o “conceito extensivo de autor”, perdendo importância a relevância causal da contribuição de cada agente que concorreu para o crime, no sentido de um “modelo unitário de autoria”, mas a relevância causal de cada conduta poderia refletir na dosimetria da pena (SOUZA, 2013, p. 61).

⁴⁴ Quanto à teoria “material-subjetiva”, esta concepção se baseia no elemento subjetivo para distinguir o autor do partícipe, de modo que o primeiro atuaria com “vontade de autor” (*animus auctoris*), enquanto o outro agiria com “vontade de partícipe” (*animus socii*); ou seja, o autor deseja a ação como “obra própria” e o partícipe como “obra alheia”, constatações a serem feitas no caso concreto (SOUZA, 2013, p. 61).

A teoria extensiva (subjeto-causal) não faz distinção entre as figuras da autoria e da participação, ou seja, todos os agentes são considerados autores de um determinado crime, posto que conjuntamente colaboraram para a produção do resultado delitivo.

O Código Penal brasileiro (de 1940) inicialmente adotou a teoria extensiva (subjeto-causal), que não faz distinção entre autoria e participação, na medida em que, quem de qualquer modo, concorrer para o crime, incidirá nas penas a ele cominadas, conforme disposto em seu artigo 29 (ROSSETTO, 2009, p. 70).

Desse modo, depreende-se que o conceito extensivo de autoria considera primordialmente o nexos de causalidade, ao considerar que todos os concorrentes de uma infração penal responderão por ela, sem inicialmente especificar a autoria da participação.

Assim, para a teoria extensiva, que tem por corolário a “teoria da equivalência dos antecedentes causais”, são autores todos os agentes que concorrem para o crime, com a produção do resultado uno e indivisível, não havendo diferença entre autor e partícipe:

Explica Damásio E. de Jesus que o concurso de pessoas esteve sujeito ao requisito da causalidade na Parte Geral do CP até a Reforma de 1984, de modo que a orientação da doutrina nacional, seguindo especialmente a italiana, era para aplicar a teoria extensiva e observar a relevância causal. Frederico Marques, com apoio em Maggiore, afirma a causalidade, base principal da construção dogmática da codelinquência, é o “vínculo que estreita todas as condutas e as engloba na estruturação de um único delito”. (ROSSETTO, 2009, p. 70).

Dessa forma, apresenta-se como uma doutrina causal, que se fundamenta na “doutrina causal da equivalência das condições” e adotando um critério objetivo, acaba não distinguindo autor de partícipe, vez que o primeiro seria todo agente que produz o resultado:

Com fundamento na doutrina causal da equivalência das condições, conceitua autor como todo aquele que, de qualquer forma, produz o resultado. É uma doutrina causal. Adotando um critério objetivo, não distingue autor de partícipe. Assim, no homicídio, são autores mandante e executor. Autor não é só quem concretiza o comportamento típico, como também aquele que, mediante as formas de participação, realiza conduta sem a qual o resultado não teria ocorrido. (JESUS, 2001, p. 14).

Contudo, considerando todos como autores de um crime, esta teoria acaba não solucionando de forma justa situações que envolvem participações reduzidas de determinados indivíduos, que por tal razão também ostentam menor reprovabilidade em suas ações.

Por isso, para sua aplicação, a doutrina considerou a utilização da “teoria subjetiva da participação”, para que o partícipe, atuando com *animus socii* (dolo de partícipe), receba uma pena menor:

Reconhece, entretanto, haver diferença, no plano subjetivo, entre quem concretiza o núcleo do tipo e quem contribui para o delito por induzimento, instigação ou auxílio, preconizando, neste caso, tratamento punitivo mais suave. A pena abstrata, do ponto

de vista objetivo, é a mesma para todos. Subjetivamente, contudo, quem não realiza a conduta típica deve receber pena menor. Daí socorrer-se esta doutrina da “teoria subjetiva da participação”, para a qual autor é quem age com dolo de autor (*animus auctoris*) e deseja o fato como próprio; partícipe, quem realiza o comportamento com dolo de partícipe (*animus socii*) e quer o fato como alheio. Assim, tendo contribuído para o resultado mediante qualquer conduta, a consideração do sujeito como autor ou partícipe depende da direção e conteúdo de sua vontade. Daí também denominar-se “teoria subjetiva causal”. (JESUS, 2001, p. 14-15).

Isso porque, a teoria extensiva (subjetivo-causal) foi desenvolvida pelo legislador, que se baseou apenas no aspecto subjetivo, para a delimitação da autoria:

Se há plena equivalência de todas as condições causadoras do resultado, não é possível determinar um critério objetivo para distinguir a relevância das diversas contribuições para execução do delito. Do ponto de vista objetivo, as atividades de autor e do partícipe são condições do resultado. Se Caio entrega o revólver para Tício matar outra pessoa, a atividade de Caio e a de Tício (autor direto) são condições do resultado deste modo não há diferenças objetivas. Como ensina José H. Pierangeli, a teoria subjetivo-causal, na realidade, é criação do legislador, que rompe com o conceito ôntico da relação de autor e partícipe, para transportá-lo para o campo exclusivamente normativo. Para tanto, faz o conceito de autor e de partícipe, fugindo da realidade, depender exclusivamente de um componente subjetivo.

O componente subjetivo que estabelece a diferença entre autor e partícipe nem sempre é de fácil identificação. Autor seria aquele que tivesse interesse no resultado, enquanto partícipe seria o que viesse atuar no interesse alheio, o autor quer o fato “no seu próprio interesse”, enquanto o cúmplice o quer “no interesse alheio”, não faltaram críticas a esta construção doutrinária pela dificuldade “de precisar em que consiste essa vontade de autor e partícipe”, o que gera insegurança incompatível no direito penal de garantia. (ROSSETTO, 2009, p. 70-71).

Por tais motivos, a teoria extensiva, para definição do conceito de autor, não foi aceita pela doutrina, vez que ficaria na dependência do elemento subjetivo do agente, conforme tenha dolo de autor ou dolo de partícipe:

A teoria extensiva de autor, com seu complemento subjetivo de participação, foi refutada pela doutrina, uma vez que permitiria, segundo a vontade do sujeito, ser considerado autor quando, não tendo realizado a conduta típica, quisesse o fato como próprio, e partícipe se, efetivando o comportamento do núcleo do tipo, desejasse o crime como alheio. (JESUS, 2001, p. 15).

3.4.2. Teoria restritiva (formal-objetiva)

A teoria restritiva (formal-objetiva) foi criada em contraponto à teoria extensiva (subjetivo-causal), a fim de distinguir o autor do partícipe, da seguinte maneira: o primeiro realiza os elementos do tipo penal, enquanto o segundo atua de forma acessória, na indução, instigação ou auxílio para a perpetração do crime.

Assim, considerando a necessidade de diferenciar a conduta do autor das formas de “participação acessória”, o conceito restritivo⁴⁵ deve ser visto em conjunto com uma “**teoria da participação**”, a fim de serem analisados os critérios para esta definição (BITENCOURT, 2019, p. 569).

Desse modo, a teoria restritiva, sendo complementada pela “teoria objetiva da participação”, pode ainda ser subdividida em duas formas: **a) teoria objetivo-formal** (pela qual a conduta do partícipe se amolda ao tipo penal utilizando-se de uma norma de ampliação temporal); e **b) teoria objetivo-material** (que considera o grau de participação de cada agente, no resultado criminoso)⁴⁶. Nesse sentido explica Jesus (2001, p. 15-16):

Esta teoria, em sua conceituação original, justamente por não poder ser aplicada a comportamentos que deveriam ser considerados de autor, é completada por uma teoria objetiva de participação, com duas facetas:

1ª) Teoria objetivo-formal: distingue autoria de participação, considerada esta na hipótese de o sujeito realizar uma ação ou omissão que não se enquadra no verbo central, concorrendo para o crime mediante induzimento, instigação ou auxílio. A conduta do partícipe, em princípio, é atípica, uma vez que não se amolda ao núcleo da figura penal, tornando-se típica em face de norma de ampliação temporal (art. 29, caput, do CP). Aparecem nítidas e distintas as imagens do autor (ou executor) e do partícipe. Se “A” empresta a arma para “B” matar a vítima “C”, “A” é partícipe e “B”, autor ou executor. Era a doutrina que adotávamos, sem o socorro à teoria do domínio do fato.

2ª) Teoria objetivo-material: distingue autor de partícipe pela maior contribuição do primeiro na causação do resultado. (JESUS, 2001, p. 15-16).

Dessa feita, considerando que o partícipe não realiza o verbo núcleo do tipo criminoso, tampouco os elementos típicos, mas atua de forma a induzir, instigar ou auxiliar no seu cometimento, sua conduta apenas será considerada típica pela utilização de uma norma de ampliação ou extensão que o abarque.

De fato, esta norma de extensão será necessária a fim de solucionar a questão da tipicidade, visto que inicialmente a ação do partícipe não encontra subsunção ao tipo penal:

Autor é quem realiza, no todo ou em parte, a conduta típica, aquele que induz, instiga ou auxilia outrem é o partícipe; em princípio, a conduta do partícipe não se amolda à figura penal. A “solução deve ser encontrada dentro da tipicidade. Assim, consoante Beling, autor é aquele que realiza uma parte qualquer do tipo”. O conceito restritivo de autor “parte da idéia de que os tipos da Parte Especial apenas descrevem o comportamento do autor”. Os partícipes praticam ações “que seriam impunes, caso não houvesse uma norma de extensão que os atingisse, ampliando, dessa forma, o raio da punibilidade. Sob a ótica da teoria formal objetiva, não há zonas cinzentas entre

⁴⁵ “A teoria formal-objetiva, que provém da dogmática alemã e teve numerosos desde o século XIX, foi dominante na Alemanha entre 1915 e 1933, mas abandonada nos dias de hoje, contudo, ainda presente na Espanha” (ROSSETTO, 2009, p. 72).

⁴⁶ Conforme ressalta Bitencourt (2019, p. 570), “a dificuldade prática de distinguir *causa e condição* ou mesmo de distinguir causas mais ou menos importantes levaram, finalmente, a doutrina alemã a abandonar a teoria objetivo-material e a adotar expressamente a concepção restritiva de autor, sob o critério formal-objetivo”.

autoria e participação: os conceitos mostram-se radicalmente distintos”. (ROSSETTO, 2009, p. 71).

Ocorre que, dessa forma, ao desconsiderar o elemento subjetivo, a teoria restritiva (**formal-objetiva**) considera como mero partícipe um agente que seja líder de uma organização criminosa, por exemplo, apresentando-se insuficiente para uma imputação adequada:

A teoria restritiva (formal-objetiva) não conduz a resultados satisfatórios em relação ao *chefe de quadrilha* e ao *autor mediato* “porque prescinde por completo de elementos subjetivos”. O conceito restritivo, por ex., acaba por considerar mero partícipe o *chefe da quadrilha* de assaltantes, porque não participa diretamente dos roubos, quando, inegavelmente, o *chefe da quadrilha* tem o controle das ações de seus componentes e pela teoria restritiva é partícipe. (ROSSETTO, 2009, p. 71).

Assim, apesar de ter superado a teoria extensiva, ao diferenciar os conceitos de autoria e participação, a teoria restritiva, por outro lado, não consegue obter uma imputação condizente com a responsabilidade do autor mediato, ao considerá-lo como mero partícipe, por não realizar diretamente o fato típico.

Nesse sentido, então, critica-se a teoria restritiva, por não enquadrar adequadamente hipóteses como as de “autoria mediata”, de modo que um líder de uma organização criminosa, por exemplo, será identificado como mero partícipe, pelo fato de não participar materialmente da execução do ilícito:

A teoria restritiva recebeu críticas, tendo em vista que não obstante reconhecer a diferença entre autor e partícipe, não resolve a questão da denominada “autoria mediata” ou “autoria de escritório”, em que o sujeito serve-se de outra pessoa, como instrumento executório, para a prática delituosa. Além disso, sob o aspecto da teoria objetivo-formal, em um delito de estupro, se o sujeito aponta a arma e outro mantém conjunção carnal com a vítima, o primeiro seria autor e o segundo, partícipe, uma vez que o vício típico é “constranger” (art. 213 do CP); o chefe de uma quadrilha de assaltante que não participasse materialmente dos roubos seria considerado mero partícipe. Nesses casos, o senso comum que informa o princípio da natureza das coisas indica o estuprador e o chefe da quadrilha como verdadeiros autores e não simples partícipes. (JESUS, 2001, p. 16).

Desse modo, cumpre mencionar o entendimento de que **a teoria formal-objetiva seria integrada pela teoria do domínio do fato**, resolvendo algumas questões envolvendo problema de delimitação de autoria mediata e no âmbito do crime organizado⁴⁷:

A teoria do domínio do fato é aplicável no direito penal brasileiro e soluciona os problemas atinentes à autoria nos crimes de autoria mediata e no crime organizado, também resolve, satisfatoriamente, as questões do concurso de pessoas no crime culposos. Porém, a nosso aviso, a teoria do domínio do fato é complementar à teoria formal-objetiva, pois, encontra certa dificuldade de aplicação diante de certas

⁴⁷ Isso porque, como ressalta Lemos Júnior (2012, p. 65), a teoria formal-objetiva “delimita a diferença entre o coautor e o cúmplice, mas o mesmo não ocorre com relação às outras formas de autoria”, de modo que não seria satisfatória para explicar as hipóteses de autoria mediata e coautoria.

estruturas típicas de crime omissivo, de mão própria ou de infração de dever. (ROSSETTO, 2009, p. 81).

No mesmo sentido, Jesus afirma que **o Código Penal brasileiro adotou esta teoria restritiva, embora haja a necessidade da utilização conjunta com a “teoria do domínio do fato”**, notadamente nos casos de autoria mediata:

Nosso Código Penal adotou a teoria restritiva, já que os arts. 29 e 62 fazem distinção entre autor e partícipe. Assim, o art. 62, IV, agrava a pena em relação ao agente que “*executa* o crime, ou nele *participa*, mediante paga ou promessa de recompensa” (destaques nossos). Quem *executa* o crime é autor; quem induz, instiga ou auxilia considera-se partícipe. Isso, entretanto, não resolve certos problemas, como o da autoria mediata, em que o sujeito se vale de outrem para cometer o delito. Daí a necessidade de a doutrina socorrer-se da teoria do domínio do fato, que, aliada à restritiva, dá adequação apropriada aos casos concretos. (JESUS, 2001, p. 16-17).

Assim sendo, as críticas à teoria restritiva, no que se refere à dificuldade em identificar um agente como verdadeiro autor mediato (ao invés de um mero partícipe), acabam sendo superadas pela adoção da teoria do domínio do fato, que será aplicada de forma conjunta, mais um motivo para compreender sua adequação e coerência com o ordenamento jurídico brasileiro.

3.4.3. Teoria do domínio do fato (objetivo-subjetivo ou final-objetiva)

Diante dos desafios apresentados na aplicação das teorias extensiva e restritiva, aos casos concretos, nas hipóteses envolvendo concurso de pessoas, foi desenvolvida a teoria do domínio do fato, cerne do presente trabalho e que foi explanada no Capítulo predecessor.

Então, frente a diversas críticas aos conceitos extensivo e restritiva, bem como às respectivas teorias objetiva e subjetiva, a doutrina finalista concebeu uma alternativa para a solução relativa à definição de autor (notadamente no que se refere à autoria mediata), chamada de “teoria do domínio final do fato” (SILVA, 2014, p. 81-82).

Assim, considerando que a teoria extensiva destaca a causalidade na produção do resultado, bem como que a teoria restritiva foca na realização do verbo núcleo do tipo, algumas hipóteses ficariam sem solução, tais como: a autoria mediata e a coautoria (quando o coautor não executa diretamente o ilícito).

Com efeito, a teoria do domínio do fato não apenas esclarece com tranquilidade a figura da autoria mediata, mas também auxilia na definição mais precisa da autoria e da participação, bem como na hipótese de coautoria.

Desse modo, a teoria do domínio do fato apresenta-se a melhor alternativa para a definição de autor, notadamente nos casos de autoria mediata e coautoria:

Resume Álvaro Mayrink da Costa que pelo conceito unitário é autor todo aquele que contribui de causalmente para realização do fato típico, que não atende à função de garantia da lei penal; já pelo conceito restritivo, autor é quem realiza a ação típica; o que não explica autoria mediata, bem como nos casos de coautoria em que o coautor não chega a praticar os atos de execução em sentido objetivo-formal, em razão disso, a melhor das teorias é a do domínio do fato. (ROSSETTO, 2009, p. 73).

Dessa feita, nessa teoria desenvolvida por Welzel e posteriormente aprimorada por Claus Roxin, conforme explicitado no Capítulo antecedente, o autor será o agente que detiver o domínio sobre o fato criminoso, enquanto o partícipe terá uma colaboração acessória ou lateral na prática delitiva, não tendo, portanto, o comando sobre os acontecimentos.

Na concepção de Welzel, o autor deverá ter o “domínio subjetivo do fato”, tendo uma conduta dolosa, posto que deverá ter consciência e vontade em relação ao fato típico:

Hans Welzel leciona que a autoria de um injusto doloso pertence, em geral, àquele que tem o domínio final sobre o fato, de maneira que o domínio da ação só pode existir com a consciência e vontade do autor do fato punível, não existe domínio do fato sem a presença do atuar doloso. Ensina Álvaro Mayrink da Costa que é a teoria do domínio do fato identifica-se com o finalismo, pois, autor é “quem obra com vontade e possui o domínio final da ação. É imperioso que o autor tenha o domínio subjetivo do fato e obre como tal”. (ROSSETTO, 2009, p. 73).

Para tanto, a teoria do domínio do fato parte do conceito restritivo de autor, mas conjuga a necessidade dos aspectos objetivos e subjetivos, motivo pelo qual é chamada de “teoria objetivo-subjetiva”:

Nem uma teoria *puramente objetiva* nem outra *puramente subjetiva* são adequadas para fundamentar a essência da autoria e fazer, ao mesmo tempo, a delimitação correta entre autoria e participação. A *teoria do domínio do fato*, partindo do conceito restritivo de autor, tem a pretensão de sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, impondo-se como uma *teoria objetivo-subjetiva*. Embora o *domínio do fato* suponha um controle final, “aspecto subjetivo”, não requer somente a *finalidade*, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato. Autor, segundo essa teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. Mas é indispensável que resulte demonstrado que quem detém posição de comando *determina* a prática da ação, sendo irrelevante, portanto, a simples “posição hierárquica superior”, sob pena de caracterizar autêntica responsabilidade objetiva. (BITENCOURT, 2019, p. 570-571).

Ainda, conforme explanado no transcrito do presente trabalho, esta teoria tem seu ponto alto na definição do autor no âmbito das organizações criminosas, posto que seus líderes terão o domínio do fato criminoso ordenado aos demais membros executores, que poderão atuar como partícipes.

Com efeito, a definição de autoria já não corresponde mais às ações de execução material do delito, notadamente no que se refere ao crime organizado, motivo pelo qual observa-se certa dificuldade na responsabilização de seus líderes, a partir dos conceitos dogmáticos tradicionais:

A definição da responsabilidade jurídico-penal do chefe de uma organização criminosa pode servir de exemplo da dificuldade de adaptação dos conceitos tradicionais do Direito penal, à solução dos problemas propiciados pela fenomenologia crescente do crime organizado. De fato, já não tem sentido a identificação da *autoria* com a *execução material* do fato, tampouco é possível manter o paradigma da distância ou proximidade do agente ao fato criminoso, como critério delimitador da autoria e da participação. (LEMOS JÚNIOR, 2012).

Inclusive, entende-se que a teoria do domínio do fato foi adotada pelo Código Penal brasileiro, desde sua reforma em 1984, conforme disposto no “caput” de seu artigo 29, “ao permitir formas diferentes de punição de acordo com a culpabilidade de cada autor”, além de ter sido confeccionado sob forte inspiração finalista (ROSSETTO, 2009, p. 74).

Desse modo, a teoria do domínio do fato apresenta-se a mais adequada para a qualificação do autor, notadamente em vista dos mecanismos utilizados pela criminalidade moderna, visto que muitas das vezes o idealizador e dirigente de uma prática criminosa não atua diretamente na execução dos fatos, embora sua atuação seja de maior gravidade ou relevância.

3.5. Da autoria mediata e imediata

Cumprido lembrar que a teoria do domínio do fato, inicialmente com Welzel, no âmbito da teoria finalista da ação, buscou a compreensão da autoria mediata, que seria o “homem de trás”, aquele que se valeria do “homem da frente” (como um “instrumento”) na perpetração do delito:

Consoante adiantado, a teoria do domínio do fato teria surgido dos estudos de Welzel no âmbito da teoria finalista da ação, mais especificamente para possibilitar a punição adequada ao *autor mediato*, ou seja, daquele que se vale de interposta pessoa para a perpetração do delito. Funcionaria, portanto, o “homem da frente”, como espécie de *instrumento* do real autor, isto é, do “homem de trás”. Subsequentemente, ela foi ampliada por Claus Roxin, passando a fundamentar não só a punição do autor mediato, mas, também, em outras situações, inclusive naquelas em que o executor imediato opera de forma plenamente responsável, como ocorre na figura do domínio da organização, abaixo analisado. (SOUZA, 2013, p. 63).

Desse modo, o autor mediato sempre deverá valer-se de um instrumento ou partícipe (punível ou impunível), para o cometimento do crime, de modo que a relevância de sua atuação

pode não ficar tão óbvia em um primeiro momento, enquanto o executor do fato criminoso apresenta-se diretamente e visualmente ligado aos fatos e ao resultado delitivo.

Já na autoria imediata (ou direta), como antecipado no item acima, o agente irá realizar materialmente a conduta e os elementos descritos no tipo penal, sem a necessidade de cooperação de outros agentes ou interpostas pessoas (eventuais partícipes).

3.6. Da coautoria e da participação

Conforme já mencionado, a teoria do domínio do fato foi vislumbrada na dogmática penal como critério de delimitação mais precisa da autoria (ou coautoria) e da participação, ou seja, das figuras previstas no concurso de pessoas.

Com efeito, os crimes podem ser praticados por apenas uma pessoa (hipótese da chamada “autoria individual”) ou o delito resultará da conduta de diversos agentes, em uma atuação conjunta. Nesse último caso, algumas pessoas praticarão os elementos do fato típico, tendo uma atuação mais protagonista (como autor ou coautor), enquanto outros agentes apresentarão uma colaboração mais acessória ou lateral na realização do crime, sendo então chamados de partícipes da infração penal.

Nesse aspecto, cumpre notar que nos casos de instigação e auxílio, observa-se tratar-se de hipótese de participação, diante da falta do domínio do fato em relação ao resultado (SILVA, 2014, p. 84).

3.6.1. Da coautoria e da participação na teoria restritiva

Conforme já mencionado, a teoria restritiva (formal-objetiva) faz a diferenciação entre autor (quem executa o verbo do tipo penal) e partícipe (quem induz, instiga ou auxilia a prática do crime).

Desse modo, na teoria restritiva, os coautores serão os agentes que praticarão atos executórios, em uma cooperação consciente e coordenada, havendo uma divisão de tarefas, com o fim de obterem o resultado pretendido:

Na teoria restritiva os coautores realizam atos típicos de execução, há divisão de tarefas e os agentes cooperam, conscientemente, na produção do resultado, com idêntico nexos subjetivo. O coautor é aquele que contribui para o evento final realizando parte do delito, mediante atuação consciente e resultado desejado. Nesta

divisão de tarefas entre os coautores, por exemplo no crime de roubo, um dos agentes mantém a vítima sob ameaça de arma de fogo, enquanto o outro a despoja dos bens. (ROSSETTO, 2009, p. 74).

Assim sendo, a “coautoria é a realização conjunta, por mais de uma pessoa, de uma mesma infração penal”, com a consciência de estarem contribuindo para a realização do comportamento típico, em uma verdadeira “divisão de trabalho”, mas sem haver a necessidade de que todos pratiquem os mesmos atos executórios (BITENCOURT, 2019, p. 573-574).

Por sua vez, ainda de acordo com a teoria restritiva (formal-objetiva), o partícipe não realizará o verbo núcleo do tipo penal, mas irá colaborar na prática delitiva, por exemplo, induzindo, instigando ou auxiliando o outro agente no mesmo contexto criminoso.

Dessa forma, a participação será uma conduta acessória e dependerá do autor imediato, que realiza a ação típica, conforme ressalta Hungria (1958, p. 406) citado por Rossetto (2009, p. 75):

A participação é uma atividade acessória. O partícipe não pratica atos típicos de execução, realiza conscientemente atividade secundária ou não e sabe que com ela contribui para o resultado final e ilícito. A participação exige o autor imediato, aquele que executa a ação típica, pois, o partícipe colabora, mas não realiza atos típicos de execução. A expressão de qualquer modo da cabeça do art. 29 do CP implica dizer ser partícipe aquele que de qualquer maneira, não praticando atos típicos de execução, contribui para o resultado final. A determinação, a instigação ou o auxílio devem ser causalmente eficazes. Não há participação punível se a pessoa a quem é dirigida a determinação ou a instigação já está decidida à prática do crime.

Inclusive, o Código Penal brasileiro, no parágrafo 1º do artigo 29, dispôs sobre a “participação de menor importância”, motivo pelo qual entende-se que esta norma consagrou expressamente a figura da participação, no âmbito do concurso de pessoas.

No mesmo sentido, o parágrafo 2º do artigo 29 do Código Penal também dispõe sobre uma hipótese de participação (cooperação dolosamente distinta), quando o agente quis colaborar para um ilícito menos grave do que o praticado pelo autor dos fatos, remetendo mais uma vez ao conceito restritivo de autor, adotado conjuntamente ao princípio da acessoriedade da participação.

3.6.1.1. *Formas de participação (material ou moral) na teoria restritiva*

Seguindo no âmbito da teoria restritiva, podem ser observadas duas formas ou modalidades de participação: a material ou a moral.

Como resume Greco (2018, p. 127), “diz-se moral a participação nos casos de induzimento (que é tratado pelo Código Penal como determinação) e instigação. Material seria a participação por cumplicidade (prestação de auxílios materiais)”.

Assim, a participação material (ou auxílio) ocorrerá no auxílio prestado ao autor, que receberá do partícipe instrumentos concretos para a consecução de seus fins criminosos. Por exemplo, o fornecimento de uma arma de fogo auxiliará o autor de um homicídio; o empréstimo de um veículo auxiliará na fuga dos agentes em um crime de roubo; dentre outros.

Já a participação moral será verificada nas hipóteses de induzimento ou instigação: no primeiro caso o partícipe irá criar o intuito delitivo na mente do autor, enquanto na segunda modalidade, o partícipe apenas irá reforçar ou apoiar a intenção criminosa já existente na concepção do autor.

Interessante notar que em toda participação material estará inserida a participação moral na modalidade de instigação, posto que reforça o intuito criminoso, como destaca Greco:

Na cumplicidade ou prestação de auxílios materiais, o partícipe facilita materialmente a prática da infração penal, por exemplo, cedendo a escada para aquele que deseja adentrar na casa da vítima, a fim de levar a efeito uma subtração, ou o que empresta sua arma para que o autor possa causar a morte de seu desafeto. Em toda prestação de auxílios materiais existe embutida uma dose de instigação. Aquele que empresta a escada ou sua arma para o autor está estimulando-o, mesmo que indiretamente, a praticar a infração penal, reforçando, portanto, sua ideia criminosa. (GRECO, 2018, p. 127-128).

Imperativo observar que a instigação deve ser dolosa, visto que o partícipe deve querer a conduta dolosa do autor, conforme lembra Rossetto (2009, p. 76), citando Pierangeli (1992, p. 66): “o dolo do instigador necessariamente está jungido ao dolo do autor”.

Cumprido notar, contudo, que nestes casos, para que o partícipe seja punido, imprescindível algum início de execução do crime pelo autor, pois, nos termos do artigo 31 do Código Penal brasileiro: “Casos de impunibilidade: Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário⁴⁸, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado” (ROSSETTO, 2009, p. 76).

Desse modo, o partícipe apenas será responsabilizado se, após seu induzimento, instigação ou auxílio, o autor efetivamente pratica (ou tenta praticar) determinado fato

⁴⁸ Conforme explica Rossetto (2009, p. 76): “A expressão salvo disposição em contrário (art. 31, CP) autoriza, em certos casos, a punição do ajuste, da determinação, da instigação ou do auxílio, ainda que não iniciada a execução do crime. O crime de bando ou quadrilha (art. 288) configura-se com a simples associação (ajuste) para o fim de cometer crimes, vale dizer, permite a punição daqueles que se associaram para cometer os delitos ajustados. O crime de petrechos para falsificação de moeda (art. 291) ocorre, por ex., na ação de guardar aparelho destinado à falsificação de moeda. Não se espera que haja a falsificação da moeda (art. 289) para punir”.

criminoso, visto que apenas dessa forma a participação terá relevância causal e será considerada punível.

De fato, conforme ensinou Marques, a participação moral só é punível quando provocar a prática de atos materiais, influenciando na cadeia causal do delito:

Não há participação no crime, relevante para o direito penal, sem ato exterior que se inclua na cadeia causal. A manifestação de vontade dirigida à perpetração de um delito, só é punível quando provoca a prática de atos materiais que preparem ou realizem a execução do crime. A participação moral de quem instiga ou determina a prática de delito só é punível em virtude de incluir-se na corrente causal do resultado ou da conduta típica.

O aplauso íntimo, o propósito interior de participar do crime, o desejo de que o delito se realize e consuma – não constituem atos de contribuição para produzir o fato delituoso, e por isso não podem configurar a participação punível. (MARQUES, 1956, p. 314).

Ainda, conforme lembra Rossetto (2009, p. 76), citando Pierangeli (1992, p. 68), referida instigação, como forma de participação moral, “deve sempre ser efetuada sobre pessoa determinada ou pessoas determinadas, porque, do contrário, pode configurar o delito de incitação ao crime (art. 286, CP)”⁴⁹.

Assim, a instigação ou induzimento devem ser condutas direcionadas ao autor dos fatos, visto que, se for uma incitação criminosa feita sem destinatário certo, o agente então não será mais um mero partícipe, posto que nesse caso passa a ser autor do tipo penal previsto no artigo 286 do Código Penal brasileiro.

Interessante mencionar a hipótese de “participação mediante omissão”, nos casos em que houver dever jurídico de agir (de impedir o resultado), juntamente com a adesão à prática criminosa, conforme exemplifica Rossetto (2009, p. 77):

O policial, que faltando ao seu dever de agir assiste inerte, por mera covardia, à prática de um assalto à mão armada, incorre em falta disciplinar, mas não lhe pode ser imputada a participação no crime de roubo, pela falta do vínculo subjetivo. Mas, neste mesmo exemplo, haverá participação por omissão se o policial aderir à vontade do ladrão.

3.6.1.2. *Teorias que tratam da natureza jurídica da participação*

⁴⁹ De acordo com o disposto no artigo 286 do Código Penal: “Incitação ao crime - Art. 286 - Incitar, publicamente, a prática de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem incita, publicamente, animosidade entre as Forças Armadas, ou delas contra os poderes constitucionais, as instituições civis ou a sociedade”.

Quanto à natureza jurídica da participação, em relação à conduta do autor, interessante mencionar as seguintes teorias: 1) da acessoriedade mínima; 2) da acessoriedade extremada (ou máxima); 3) da acessoriedade limitada; e 4) da hiperacessoriedade.

Com efeito, estas teorias referem-se à punição do partícipe, que apenas será responsabilizado se a conduta do autor for típica, ilícita, culpável e/ou punível, dependendo da modalidade de hipótese de acessoriedade adotada.

Assim resume Greco, acerca das quatro teorias que tratam sobre a acessoriedade da participação:

Para a teoria da acessoriedade mínima, haverá participação punível a partir do momento em que o autor já tiver realizado uma conduta típica. Basta, para essa teoria, que o autor pratique um fato típico, para que possa haver a responsabilização penal do partícipe. A teoria da acessoriedade limitada pune a participação se o autor tiver levado a efeito uma conduta típica e ilícita. Para a teoria da acessoriedade máxima, somente haverá a punição do partícipe se o autor tiver praticado uma conduta típica, ilícita e culpável. A teoria da hiperacessoriedade vai mais além e diz que a participação somente será punida se o autor tiver praticado um fato típico, ilícito, culpável e punível. (GRECO, 2018, p. 128).

Dessa feita, conforme a teoria da acessoriedade mínima, para responsabilização do partícipe, será suficiente que a ação do autor seja típica, não havendo necessidade de que também seja antijurídica.

Assim, segundo esta teoria, o partícipe será responsabilizado pela prática do fato típico, ainda que seja considerada lícita a conduta do autor. Referida autoria não apresenta aceitação, haja vista que se o fato for lícito para o autor, também será para o partícipe. Por exemplo, se o autor for absolvido por ter atuado em legítima defesa, o partícipe não poderá ser condenado pelo induzimento ou instigação inicial (ROSSETTO, 2009, p. 75).

Já para a teoria da acessoriedade extremada (ou máxima) o partícipe responderá pelo fato típico, antijurídico e culpável, ou seja, a culpabilidade do partícipe fica vinculada à culpabilidade do autor.

Conforme esta teoria (que vigeu na Alemanha até 1943), “se o autor fosse inimputável ou incidisse em erro de proibição invencível, ou, por qualquer razão, fosse inculpável, o partícipe seria impunível” (BITENCOURT, 2019, p. 579).

Contudo, não pode ser aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que o artigo 62, inciso III, do Código Penal permite a responsabilização do partícipe, ainda que não houver culpabilidade do autor: “Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que: [...] III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal” (ROSSETTO, 2009, p. 75).

Assim sendo, apresenta maior aceitação a teoria da acessoriedade limitada, pela qual o partícipe responderá pelo fato típico e ilícito, independentemente da culpabilidade do autor.

De fato, para a teoria da acessoriedade limitada, a conduta principal deve ser típica e antijurídica, não sendo necessário que o seu autor seja culpável, de modo que “o fato é comum, mas a culpabilidade é individual” (BITENCOURT, 2019, p. 579).

Por fim, na teoria da hiperacessoriedade o partícipe apenas será responsabilizado criminalmente na hipótese de ter sido praticado um fato típico, ilícito, culpável e punível, ou seja, dependerá da punibilidade do autor.

Assim, “se a punibilidade do autor principal for extinta, o partícipe não poderá ser punido; por ex., no decorrer do processo o autor falece e a sua punibilidade é declarada extinta, nesse caso, o partícipe não é punido” (ROSSETTO, 2009, p. 75).

Com efeito, a teoria da acessoriedade limitada se apresenta em consonância com os dispositivos legais do Código Penal brasileiro, de modo que a responsabilização do partícipe será possível na hipótese de a ação ser típica e antijurídica, visto que a culpabilidade e a punibilidade serão analisadas apenas em relação ao autor dos fatos.

3.6.2. Da coautoria e da participação na teoria do domínio do fato

No contexto da teoria do domínio do fato, os coautores tomam uma decisão em comum, a partir da qual irão contribuir, de forma relevante, na execução da infração penal (realizando o verbo núcleo do tipo ou algum de seus elementos), em uma verdadeira “divisão de tarefas”, de modo a terem todos o “domínio funcional do fato”.

Assim, descreve Mendroni, quanto à coautoria no âmbito da teoria do domínio do fato:

b) Coautoria: neste caso, todos os intervenientes devem compartilhar a decisão conjunta de realizar o fato, porque somente assim podem participar na atuação do domínio do fato. Ademais, cada um deve aportar objetivamente uma contribuição específica que, pela sua importância, resulte qualificada para o resultado e siga, de qualquer forma, mais além de uma mera ação preparatória. Entretanto, considerando a “divisão de tarefas” mais apropriada ao fim proposto, ocorre na coautoria uma contribuição para o fato típico que não se insere formalmente no âmbito da autoria (execução direta). Basta que sua intervenção seja considerada “necessária” para a consecução do fim proposto (plano global), dentro de uma razoável “divisão das tarefas” (domínio funcional do fato). (MENDRONI, 2013, p. 438).

Desse modo, aplicando-se a teoria do domínio do fato, será possível identificar se a chefia de uma sociedade empresarial, por exemplo, poderá ser considerada coautora ou partícipe de determinada prática delitiva:

Assim, nem sempre os chefes ou diretores de configurações diretivas ou empresariais serão coautores, pois, de fato, para que se isso ocorra deverá ficar demonstrado que eles também detinham ao menos uma parte do fato sob suas mãos, ou seja, o fato como um todo também é sustentado por eles, pois, caso contrário, seriam meros partícipes. Veja-se que não se exclui a responsabilidade penal, porém, muda o critério de imputação. (CALLEGARI, 2013, p. 113).

Isso porque o partícipe, nos termos da teoria do domínio do fato, não deterá o domínio da prática delitiva (não tendo poder de mando), mas representará uma colaboração paralela (accessória) na perpetração do delito, visto que não realiza o verbo do tipo penal, mas deverá ser responsabilizado por sua atuação parcial.

Questão interessante refere-se ao concurso de pessoas nos crimes culposos, ou seja, quanto à possibilidade de se admitir a coautoria ou a participação no delito culposo. Nesse aspecto, alguns autores analisam estas questões no âmbito da teoria do domínio do fato, de modo que o partícipe será aquele que não dominar finalisticamente a prática ilícita – conforme destaca Rossetto (2009, p. 79), citando Rocha (2007, p. 463-464 e 447-448) e Reale Júnior (2004, p. 324):

Fernando Galvão remete a questão à teoria objetivo-final (teoria do domínio do fato) pela qual “é possível reconhecer que nem todos os concorrentes de um crime culposo têm o domínio do fato, o que viabiliza a distinção entre autores e partícipes”, assim no caso do passageiro (carona) que instiga o motorista a empreender velocidade, quem domina o fato é o motorista, o passageiro (carona) que o instiga é o partícipe. O dever objetivo de cuidado é do motorista, nos “termos da teoria objetivo-final, todos os autores devem dominar finalisticamente a realização da conduta descuidada”. No mesmo sentido, Miguel Reale Júnior sustenta a possibilidade de participação no crime culposo porque “há um autor principal que tem o domínio do fato, e pode não cumprir a ação para a qual instigou ou prestou auxílio, exatamente por exercer um poder sobre o fato”.

3.7. Do concurso de pessoas nos crimes omissivos

No que se refere aos crimes omissivos, discute-se quanto à possibilidade de concurso de agentes, haja vista que o dever de agir seria pessoal e intransferível:

Tormentosa é a divergência doutrinária no tocante ao concurso de pessoas no crime omissivo. Defende-se a impossibilidade de coautoria nos crimes omissivos, porque o dever de agir é pessoal e intransferível. Conhecido o exemplo de A. Kaufmann em que se cinquenta nadadores assistem impassíveis o afogamento de uma criança, cada um será autor direto da omissão de socorro. (ROSSETTO, 2009, p. 79).

Desse modo, cumpre mencionar os entendimentos e hipóteses relativas aos crimes omissivos próprios e impróprios no âmbito do concurso de pessoas, conforme será visto a seguir.

3.7.1. Do concurso de pessoas nos crimes omissivos próprios

De início, cabe lembrar a definição do crime omissivo próprio ou puro, como sendo a previsão do descumprimento de uma obrigação de agir, de modo que o tipo penal prevê uma determinada omissão incriminada.

Nesse sentido, explica Bitencourt:

Os crimes omissivos próprios ou puros, enfatizando, consistem numa desobediência a uma *norma mandamental*, norma esta que determina a prática de uma conduta, que não é realizada. Há, portanto, a *omissão de um dever de agir* imposto normativamente, quando possível cumpri-lo, sem risco pessoal. (BITENCOURT, 2019, p. 322).

De fato, como ensina Marques, os “delitos omissivos propriamente ditos” trazem uma simples questão de adequação típica, já que o *non facere* consta da norma penal incriminadora, ou seja, a omissão consubstancia-se no verbo descrito no tipo penal (MARQUES, 1956, p. 61).

Alguns autores admitem tanto a participação como a coautoria, na prática de crimes omissivos próprios, conforme exemplifica Rossetto (2009, p. 80), citando Greco (2006, p. 512) e Reale Júnior (2004, p. 325):

Rogério Greco e Miguel Reale Jr. advogam as duas formas de participação. A coautoria, segundo Miguel Reale Jr., por um acordo de vontades entre os agentes para deixar de cumprir com a ação esperada, por ex., duas pessoas decidem não prestar socorro a pessoa ferida em acidente de carro. Rogério Greco reconhece participação se o “partícipe dirige a sua conduta no sentido de fazer com que o autor não pratique a conduta a que estava obrigado”, e dá como exemplo o crime de omissão de socorro (art. 135, CP) em que “A”, paraplégico, induz “B”, surfista profissional, a não socorrer “C”, que está se afogando. “A” não pode ser autor do delito de omissão de socorro pelo fato de ser paraplégico, uma vez que se entrasse no mar correria risco pessoal. B, entretanto, por ser surfista profissional, poderia ter socorrido “C” sem qualquer risco pessoal. Neste caso, “A” só pode ser partícipe o crime de omissão de socorro praticado por “B”.

No mesmo sentido, Bitencourt exemplifica a possibilidade de coautoria em crime omissivo próprio, havendo comum acordo quanto à realização do tipo:

Do afirmado fica claro que entendemos ser perfeitamente possível a *coautoria* em crime omissivo próprio. Se duas pessoas deixarem de prestar socorro a uma pessoa gravemente ferida, podendo fazê-lo, sem risco pessoal, praticarão, individualmente, o crime autônomo de *omissão de socorro*. Agora, se essas duas pessoas, de comum acordo, deixarem de prestar socorro, nas mesmas circunstâncias, serão *coautoras* do crime de omissão de socorro. O princípio é o mesmo dos crimes comissivos: houve *consciência e vontade* de realizar um empreendimento comum, ou melhor, no caso, de não realizá-lo conjuntamente. (BITENCOURT, 2019, p. 581-582).

Desse modo, a figura da coautoria será possível nos crimes omissivos próprios ou puros, desde que haja uma decisão em comum, entre os agentes, no sentido de deixarem de realizar a conduta prevista no tipo penal omissivo, em relação à qual todos estão obrigados.

Ainda, será admissível ocorrer a participação na mesma espécie de delito omissivo (próprio), desde que o partícipe não detenha a obrigação descrita no dispositivo penal, mas interfira (instigando, induzindo ou auxiliando) o autor a praticar a omissão proibida.

Interessante notar que Rocha (2007, p. 448-449), citado por Rossetto (2009, p. 80), ao admitir a coautoria no crime omissivo próprio, destaca a necessidade do “**domínio compartilhado do fato**”: “Presentes os requisitos do concurso de pessoas, em especial o domínio compartilhado do fato, e havendo para ambos os concorrentes o dever de agir em conjunto, será possível a coautoria em crime omissivo”.

Assim sendo, a coautoria também é admitida no crime omissivo próprio ou puro, considerando-se que os coautores detenham o domínio do fato, de forma comum, ou seja, todos serão incriminados pela omissão prevista, quando estavam obrigados a realizar determinada conduta conjuntamente.

3.7.2. Do concurso de pessoas nos crimes omissivos impróprios

Quanto ao crime omissivo impróprio (ou comissivo por omissão), trata-se da incriminação de uma transgressão de uma das hipóteses de dever jurídico de agir, com a finalidade de evitar a ocorrência de um resultado naturalístico, conforme as proposições do artigo 13, parágrafo 2º⁵⁰, do Código Penal brasileiro.

Nesse sentido, Bitencourt relembra sua conceituação:

Há, no entanto, outro tipo de crime omissivo, o *comissivo por omissão* ou *omissivo impróprio*, no qual o *dever de agir* é para *evitar um resultado concreto*. Nesses crimes, o agente não tem simplesmente a obrigação de agir, mas a *obrigação de agir para evitar um resultado*, isto é, deve agir com a *finalidade* de impedir a ocorrência de determinado evento. Nos crimes *comissivos por omissão* há, na verdade, *um crime material*, isto é, um crime de resultado. São elementos dessa modalidade de omissão, segundo o art. 13, §2º, do nosso Código Penal: a) a abstenção da atividade que a norma impõe; b) a superveniência do resultado típico em decorrência da omissão; c) a existência da situação geradora do dever jurídico de agir (figura do garantidor). (BITENCOURT, 2019, p. 323).

⁵⁰ Conforme disposto no artigo 13, parágrafo 2º, do Código Penal: “§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”

Desse modo, à figura do garantidor é incumbida a obrigação de evitar a produção de um resultado típico, motivo pelo qual exige-se determinada conduta do agente, relacionada a um dever jurídico de agir, desde que seja possível a sua atuação no caso concreto.

Com efeito, ensinou Marques que “nos delitos comissivos por omissão, ou crimes impropriamente omissivos, a omissão é causa de um evento previsto em descrição típica de delito comissivo” (MARQUES, 1956, p. 62).

Para parte da doutrina, ambas as formas de concurso de pessoas (participação e coautoria) são admitidas quando se observa os crimes omissivos impróprios, como menciona Rossetto (2009, p. 80), citando Reale Júnior (2004, p. 325):

Miguel Reale Júnior aceita as duas formas de participação, a coautoria porque “o dever de agir pode incumbir a ambos os coautores, como na hipótese de pai e mãe deixarem de alimentar o filho para lhe causar a morte por inanição”, e a participação propriamente dita ainda que incumba a um dos agentes o dever de agir, esta circunstância (dever de agir para impedir o resultado), por ser elementar do crime comissivo por omissão, comunica-se ao outro concorrente (art. 30 do CP).

Assim, admite-se a coautoria nos crimes comissivos por omissão, quando existir o dever jurídico de agir para todos os agentes, sendo que a participação também será aceita, quando apenas o autor detiver a obrigação de agir para evitar o resultado, visto que esta circunstância elementar se comunicará ao partícipe.

Por fim, cumpre mencionar quanto à divergência de entendimento, no que se refere à aplicação do domínio do fato aos crimes omissivos: há quem admita a participação na prática de crime omissivo impróprio, diante da ausência do dever de agir e falta de **domínio do fato** pelo partícipe. Nesse sentido, Rossetto (2009, p. 81) cita Rocha (2007, p. 448-449):

Nesta mesma linha de pensamento Fernando Galvão argumenta ser possível a participação em crime omissivo impróprio se o outro interveniente do fato não possuir dever especial de agir e não possuir o domínio do fato, e ressalta que a “participação em crime omissivo impróprio ocorre por conduta comissiva, na qual o partícipe instiga ou determina aquele que possui o dever de agir a não cumprir sua obrigação”.

3.8. Do concurso de pessoas no crime de mão própria

O chamado “crime de mão própria” é o que somente poderá ser praticado pelo próprio autor, motivo pelo qual não será necessário utilizar-se de eventual instrumento ou partícipe.

De fato, “crime de mão própria⁵¹ é aquele que só pode ser praticado pelo agente pessoalmente, não podendo utilizar-se de interposta pessoa (falso testemunho, adultério, prevaricação)” (BITENCOURT, 2019, p. 296)⁵².

Os doutrinadores não admitem a forma de coautoria, nos referidos crimes de mão própria, mas aceitam a configuração da participação, conforme lembra Rossetto (2009, p. 81), citando Greco (2006, p. 473-474):

Esse é o entendimento de Rogério Greco, que justifica não haver possibilidade de divisão de tarefas no crime de mão própria, mas os “partícipes, mesmo não possuindo o domínio sobre o fato, podem, de alguma forma, concorrer para infração penal, induzindo, instigando o auxiliado materialmente o autor”.

No mesmo sentido, da impossibilidade de coautoria nos crimes de mão própria, embora seja possível a participação, destaca Greco:

Embora não se possa falar em coautoria em delitos de mão própria, nada impede que haja concurso de partícipes. Os partícipes, mesmo não possuindo o domínio sobre o fato, podem, de alguma forma, concorrer para a infração penal, induzindo, instigando ou auxiliando materialmente o autor. (GRECO, 2018, p. 125).

Por fim, cumpre mencionar, haja vista o ponto central do presente trabalho, que Roxin classificou as espécies delitivas em quatro hipóteses: a) delitos de domínio; b) delitos de dever (crimes próprios e crimes omissivos); c) delitos de mão própria; e d) delitos culposos – mas somente os delitos de domínio são objeto de sua teoria do domínio do fato:

Em sua tese, Roxin categorizou as várias formas delitivas em quatro espécies: (i) delitos de domínio (crimes comissivos e dolosos); (ii) delitos de dever (crimes próprios e crimes omissivos); (iii) delitos de mão própria; e (iv) delitos culposos. A classificação não possuía propósito meramente didático. Isso porque apenas os chamados delitos de domínio seriam alvo da teoria do domínio do fato sob sua concepção. As demais figuras ilícitas ainda seguiriam a ideia de que o autor é a figura central do acontecer típico, embora regidas por distintos critérios que não o do domínio do fato. (MORAES; NASSAR, 2019, p. 26).

3.9. Punibilidade no concurso de pessoas

⁵¹ Ainda no que se refere a esta classificação de infrações penais, cumpre lembrar que “Crime *comum* é o que pode ser praticado por qualquer pessoa (lesão corporal, estelionato, furto)”, sendo que “crime *próprio* ou *especial* é aquele que exige determinada qualidade ou condição pessoal do agente. Pode ser condição *jurídica* (acionista); *profissional ou social* (comerciante); *natural* (gestante, mãe); *parentesco* (descendente) etc.” (BITENCOURT, 2019, p. 296).

⁵² Apesar do entendimento quanto à impossibilidade de autoria mediata em crime de mão própria, Greco (2018, p. 124) ressalta uma exceção, admitindo a possibilidade de autoria mediata em um crime de falso testemunho praticado mediante coação irresistível, quando então apenas poderá ser punido o autor da coação.

Conforme anteriormente mencionado, entende-se que a teoria do domínio do fato foi absorvida pelo Código Penal brasileiro, desde sua reforma em 1984, especialmente diante do disposto no “caput” do artigo 29, que remete à individualização da pena de cada agente, de acordo com a sua culpabilidade.

Desse modo, o magistrado deverá aferir, no caso em concreto, quanto à censurabilidade de cada agente, ao realizar a dosimetria da pena para sua responsabilização, conforme disposto no artigo 29 do Estatuto Penal:

Havendo concurso de pessoas, cada agente deverá ser responsabilizado nos termos da parte final do art. 29 do Código Penal, *na medida de sua culpabilidade*, ou seja, o julgador deverá realizar um juízo de censura sobre cada comportamento praticado pelos agentes, individualmente. (GRECO, 2018, p. 131).

Interessante ainda notar que, a participação, por si só, não traz consigo a obrigatoriedade de redução da pena, a não ser nos casos expressos nos parágrafos 1º e 2º do Código Penal, conforme destaca Greco (2018, p. 131) ao citar um julgado do Superior Tribunal de Justiça:

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 coautoria). 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 inc. IV do art. 62 do CP” (STJ, REsp. 575684/SP, Rel. Min. Paulo Medina, 6ª T., DJ 23/4/2007, p. 317).

Desse modo, a punibilidade do partícipe poderá ser aferida em duas circunstâncias específicas, elencadas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 29 do Código Penal⁵³, segundo a relevância de sua participação e a intenção criminosa na prática delitiva.

Assim, na hipótese de “participação de menor importância”, conforme disposto no parágrafo 1º do artigo 29 do Código Penal, a pena poderá ser reduzida de um sexto a um terço, sendo que o partícipe que tiver atuado normalmente terá aferida sua culpabilidade nos moldes do “caput” do mesmo dispositivo legal:

Já o *partícipe* que houver tido “participação de menor importância” poderá ter sua pena reduzida de um sexto a um terço, podendo, inclusive, ficar aquém do limite mínimo cominado, nos termos do art. 29, §1º. No entanto, o partícipe que teve uma atuação normal de *partícipe* na prática da infração penal (instigador ou cúmplice) deverá ter sua pena-base graduada nos termos do art. 59, devendo, naturalmente, ser

⁵³ Art. 29 do Código Penal: “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”.

considerada pelo julgador que sua *culpabilidade* é inferior a de um autor ou coautor, nos termos do art. 29, *caput, in fine*. (BITENCOURT, 2019, p. 585).

Por sua vez, a “cooperação dolosamente distinta” consta do parágrafo 2º do artigo 29 do Código Penal, também chamada de “desvio subjetivo de condutas”, a qual ocorre na situação em que “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”.

Nessa hipótese, o partícipe deverá responder conforme o seu dolo (e não com o dolo do autor), o que configurará uma exceção à teoria monista, conforme explica Bitencourt:

O concorrente deverá responder de acordo com o que quis, segundo o seu dolo, e não de acordo com o dolo do autor, representando, nesse sentido, uma exceção à regra anteriormente enunciada de que no concurso de pessoas todos os intervenientes respondem pelo mesmo crime. Com efeito, nos casos de cooperação dolosamente distinta deixará de existir a unidade do título de imputação, respondendo cada interveniente pelo tipo de injusto que praticou. (BITENCOURT, 2019, p. 586).

4. DA TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Inicialmente, cumpre lembrar as definições de prova, meios de prova, finalidade e objeto da prova, dentre outros aspectos do tema, a fim de posteriormente incursionarmos para a teoria geral da prova, chegando ao ônus da prova e a possibilidade de sua inversão, tema de interesse ao presente estudo.

Isso porque, as provas irão subsidiar o pleito do autor da ação penal, servindo de base também para o decreto condenatório, de modo que a atividade probatória terá a finalidade de trazer à lume os fatos necessários ao deslinde da causa.

Ademais, as provas, fixando os fatos no processo, também o fazem no universo social, de modo que apresentam também uma “função legitimadora” das decisões judiciais (GOMES FILHO, 1999, p. 250).

Desse modo, visando convencer o magistrado, sobre a veracidade da imputação criminosa, “provar, em apertada síntese, é levar ao conhecimento do juiz os elementos necessários ao julgamento da causa” (DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 315).

Assim, a produção probatória levará ao bojo do processo os elementos fáticos indispensáveis ao esclarecimento da causa e conseqüente convencimento do juiz, que se valerá do conjunto probatório para sustentar e legitimar sua decisão devidamente fundamentada.

Nesse sentido, **prova** “é a verificação de algo, com a finalidade de demonstrar a exatidão ou a verdade da alegação feita pela parte ao juiz. Pode ser um termo utilizado com três sentidos: a) ação de provar; b) meio ou instrumento para a demonstração da verdade; c) resultado da ação” (NUCCI, 2022b, p. 322).

Ainda quanto ao conceito de prova, Tornagui também lembra os vários sentidos que a palavra pode trazer, tanto como atividade probatória (conjunto de atos praticados pelas partes, peritos, testemunhas e até pelo juiz), como procedimento da prova, bem como significando o resultado dessa atividade probatória (por exemplo, o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova), ou ainda como qualquer elemento de convicção, além de poder referir-se aos meios de prova (prova testemunhal, indiciária, documental, dentre outras) (TORNAGUI, 1991, p. 266).

Com efeito, a prova tem a **finalidade** de solucionar as “questões de fato”, diante das afirmações realizadas por ambas as partes, a fim de subsidiar o juiz em sua decisão:

As dúvidas sobre a veracidade das afirmações de fato feitas pelo autor ou por ambas as partes no processo, a propósito de dada pretensão deduzida em juízo, constituem as *questões de fato* que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova dos fatos

pretéritos relevantes. A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 373).

De fato, a **finalidade da prova** consiste em “convencer o magistrado a respeito da verdade de um fato alegado e litigioso” (NUCCI, 2022b, p. 322).

Conforme destaca Nucci (2022b, p. 237), a finalidade da prova é buscar “a *verdade processual*, ou seja, a verdade *atingível* ou *possível* (*probable truth*, do direito anglo-americano)”.

Desse modo, pode-se dizer que a finalidade da atividade probatória se consubstancia em sanar as dúvidas sobre as pretensões das partes, para desvelar com exatidão a verdade dos fatos, no intuito de que a decisão judicial prolatada seja a mais justa possível.

Assim, o sentido da prova é convencer o juiz, a partir da produção probatória, quanto à verdade da alegação da parte, com a finalidade de obtenção de uma decisão que lhe seja favorável:

É preciso destacar que a descoberta da verdade é sempre relativa, pois o verdadeiro para uns, pode ser falso para outros. A meta da parte, no processo, portanto, é convencer o magistrado, por meio do raciocínio, de que a sua noção da realidade é a correta, isto é, de que os fatos se deram no plano real exatamente como está descrito em sua petição. Convencendo-se disso, o magistrado, ainda que possa estar equivocado, alcança a certeza necessária para proferir a decisão. Quando forma sua convicção, ela pode ser verdadeira (correspondente à realidade) ou errônea (não correspondente à realidade), mas jamais falsa, que é um “juízo não verdadeiro”. (NUCCI, 2022b, p. 235).

Nesse aspecto, Gomes Filho ressalta que as provas representam verdadeiro “mecanismo de legitimação” das decisões judiciais:

A atividade probatória e seus resultados desempenham, com efeito, nítida função de persuasão sobre a sociedade, indicando que as decisões judiciais, fundadas que são em *provas*, são verdadeiras e, por isso, justas. Constituem, em outras palavras, um *mecanismo de legitimação*, por meio do qual a decisão deixa de parecer arbitrária para tornar-se aceitável. (GOMES FILHO, 1999, p. 250).

Dessa feita, ao validar uma decisão judicial, a prova não terá apenas uma função de conformação social, revestindo édito condenatório (ou absolutório) de justiça, mas também diminuirá a probabilidade da interposição de recursos aos Tribunais, que também analisarão o mesmo conjunto probatório, se o caso.

Ainda, cumpre relembrar que **meio de prova** “é tudo o que possa ser utilizado para a demonstração da ocorrência dos fatos alegados e perseguidos no processo. São os instrumentos necessários para comprovar a existência ou não da verdade de um fato” (DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 318).

Assim, meios de prova “são todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo”. Ainda, “os meios de prova podem ser lícitos – que são admitidos pelo ordenamento jurídico – ou ilícitos – contrários ao ordenamento. Somente os primeiros devem ser levados em conta pelo juiz” (NUCCI, 2022b, p. 235).

O Código de Processo Penal brasileiro, em seus artigos 158 ao 250, dispõe sobre diversos meios de prova (exame de corpo de delito e outras perícias, cadeia de custódia, interrogatório do acusado, confissão, oitiva do ofendido, prova testemunhal, reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, prova documental, indícios e busca e apreensão), sendo que a legislação especial extravagante ainda traz outras previsões – tais como os meios de obtenção de prova elencados pela Lei do Crime Organizado (artigo 3º e seguintes).

Cumprir notar que “os meios de prova não encerram hipóteses de *numerus clausus*, não precisam estar especificados na lei de maneira exaustiva, bastando que não encontrem nela qualquer obstáculo ou restrição à sua produção” (DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 318).

Então, os meios de prova previstos no ordenamento jurídico brasileiro não são hipóteses taxativas, motivo pelo qual podem ser utilizados outros recursos para obtenção da prova, desde que produzidos no âmbito da legalidade e condizentes com os direitos e garantias fundamentais.

Quanto às **provas ilícitas**, o artigo 157 do Código de Processo Penal trouxe diretrizes quanto à sua inadmissão, dispondo ainda sobre o sistema da prova ilícita por derivação e a prova originária de fonte independente (§§ 1º e 2º do art. 157) (NUCCI, 2022b, p. 236).

Nesse aspecto, cumpre lembrar da previsão constitucional quanto à vedação da prova ilícita, no inciso LVI do artigo 5º (“*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”), bem como da utilização do princípio da proporcionalidade na relativização de tal preceito:

Pretendendo pôr fim ao dissenso na doutrina e na jurisprudência, o legislador constituinte vedou expressamente a admissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI). Pouco importa quem conseguiu a prova. Normalmente, deriva de ato de autoridades encarregadas da persecução penal, mas também pode resultar de atividade desenvolvida por particular. Contudo, vai tomando corpo entre nós a aceitação da teoria da proporcionalidade, visando-se a evitar a aplicação muito rígida do inc. LVI do art. 5º quando a ofensa a determinada vedação constitucional é feita para proteção de valor maior também garantido pela Constituição. (FERNANDES, 2010, p. 83).

De todo modo, o detalhamento das hipóteses de meios de prova, bem como a inadmissibilidade das provas ilícitas, não é nesta oportunidade explorado, a fim de concentrar o conteúdo do presente trabalho em seu tema central.

Ademais, interessante mencionar a distinção dos **meios de prova** com os **meios de obtenção de prova** (ou meios de investigação da prova), apesar da aparente sinonímia das expressões.

Isso porque, enquanto o “meio de prova” configura-se no resultado probatório que pode ser usado no convencimento do magistrado (por exemplo: a prova testemunhal, documental, pericial), o “meio de obtenção de prova” configura-se no instrumento ou procedimentos que se permite chegar à captação da prova propriamente dita (por exemplo: busca e apreensão, interceptação telefônica, delação premiada).

Desse modo, o meio de obtenção de prova “não é propriamente ‘a prova’, senão meios de obtenção” (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 175).

Cumprindo ainda notar o alerta feito por Tornagui, para que não se confunda meio de prova com o sujeito ou o objeto de prova:

Meios de prova (*moyens de preuve, Beweismitteln* – no singular *Mittel*) são as coisas ou ações usadas para pesquisar ou demonstrar a verdade. É preciso cuidado para evitar a confusão, muito frequente, de meio com sujeito ou com objeto de prova. Assim, por exemplo, a testemunha é sujeito, e não meio de prova. O depoimento dela, este, sim, é meio de prova. O lugar inspecionado é objeto de prova; a inspeção do local é meio de prova. Meio é tudo aquilo que serve para alcançar um fim, seja o instrumento usado ou o caminho percorrido. (TORNAGUI, 1991, p. 272).

Assim sendo, a prova testemunhal será o meio de prova, pelo qual a testemunha - como sujeito de prova -, apresentará seu depoimento perante o juízo, durante a instrução processual; a prova pericial, do mesmo modo, será um meio de prova, enquanto o perito (sujeito de prova) confeccionará o exame pericial; e assim por diante.

Nesse diapasão, cumpre mencionar que, quanto aos **sujeitos de prova** (órgão de prova ou “sujeitos que intervêm no procedimento de prova”), conforme ensina Tornagui, são “as pessoas que levam ao juiz os meios de prova, isto é, as que praticam as ações nas quais eles consistem. O acusado, no interrogatório; o ofendido, na inquirição; a testemunha, no depoimento; o intérprete, na tradução; o perito, no laudo, são sujeitos de prova” (TORNAGUI, 1991, p. 273).

Ainda, o meio de prova também poderá corresponder ou indicar a forma pela qual a prova será apresentada no bojo processual: por exemplo, a prova testemunhal, que indica, ao mesmo tempo, o meio e a forma da prova; do mesmo modo como acontece com a prova documental.

Com efeito, no que se refere à **forma da prova**, ou seja, ao modo pelo qual a prova se apresenta em Juízo, cumpre mencionar que ela poderá ser documental, material ou testemunhal, o que poderá demandar as peculiaridades inerentes a cada uma delas.

Nesse ponto, relativo às formalidades que podem envolver a prova, cumpre destacar que os artigos 158-A a 158-F, do Estatuto Processual Penal, apresentam determinações acerca da “**cadeia de custódia probatória**”⁵⁴, importantes disposições a serem respeitadas, no resguardo da lisura, autenticidade e legalidade na obtenção de provas, notadamente quanto a bens apreendidos e provas digitais⁵⁵.

Isso porque, “a preservação das **fontes de prova**, através da manutenção da cadeia de custódia, situa a discussão no campo da ‘conexão de antijuridicidade da prova ilícita’, consagrada no art. 5º, LVI, da Constituição, acarretando a inadmissibilidade da prova ilícita” (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 194).

Nesse aspecto, cumpre consignar que poderá ser considerada “fonte de prova” todas as pessoas, coisas ou objetos a partir dos quais é possível conseguir a produção probatória, de onde surge a prova propriamente dita. Por exemplo: a testemunha, o documento, o material genético, dentre outros.

Ademais, em regra, qualquer prova poderá ser produzida em Juízo, desde que não contrarie o ordenamento jurídico ou se trata de prova relativa ao “estado das pessoas”, conforme restrição disposta no parágrafo único do artigo 155 do Código de Processo Penal (na hipótese de ser necessário provar casamento, menoridade, filiação, cidadania, estas hipóteses serão demonstradas por prova documental, como certidão de registro civil, por exemplo).

Isso porque, o Código de Processo Penal traz algumas **limitações especiais** à produção probatória, conforme detalham Demercian e Maluly:

O art. 155, parágrafo único, do CPP impõe uma primeira limitação da prova no processo penal, proibindo, no juízo penal, a discussão de questões relativas ao estado civil das pessoas e impondo sua solução no juízo cível (art. 92, CPP – questões prejudiciais devolutivas absolutas).

Outras limitações especiais podem ser encontradas no CPP, tais como: (a) a exigência de demonstração de vestígios do crime por meio do exame de corpo de delito (arts. 158 e 167, CPP); (b) a prova da morte do autor da infração penal, para fins de extinção

⁵⁴ Considerando o disposto no artigo 158-F do Código de Processo Penal, bem como a necessidade de regulamentar e assegurar a preservação da higidez dos vestígios coletados nos procedimentos investigatórios, o Ministério Público do Estado de São Paulo editou a Resolução nº 1.559/2022-PGJ, de 08 de dezembro de 2022, regulamentando as Centrais de Custódia de Vestígios, no âmbito do Ministério Público de São Paulo (CCV/MPSP).

⁵⁵ “A cadeia de custódia é uma garantia processual que assegura a autenticidade e a veracidade do conteúdo da prova, desde sua colheita, na fase policial, até sua utilização pelas partes, no curso do processo penal. É um conjunto de procedimentos e cuidados que deve ter a autoridade estatal, garantindo-se a preservação da história cronológica dos vestígios, no sentido de resguardar sua integridade e autenticidade, desde sua coleta até sua valoração final pelo juiz do caso penal; ou seja, é um procedimento de preservação da integridade do vestígio até que ele possa ser submetido ao efetivo contraditório, festejando, assim, a paridade de armas no processo penal.” Ainda, “a quebra da cadeia de custódia (“break on the chain of custody”) constitui prova ilícita e deve gerar, como consequência, a exclusão da referida prova e sua destruição, assim como, o afastamento do juiz que com ela teve contato. Só assim é possível alcançar um processo criminal justo e baseado nas garantias constitucionais.” (PIMENTEL, 2020).

de punibilidade, que somente pode ser feita por certidão do assento de óbito (art. 62, CPP); (c) o impedimento do depoimento de pessoas destinatárias de segredos profissionais, salvo se desoneradas pela parte e assim o desejarem (art. 207, CPP). (DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 318).

Ainda, conforme lembra Gomes Filho (1999, p. 251), o método probatório judiciário apresenta uma função garantidora dos direitos das partes, bem como da própria legitimação da jurisdição, motivo pelo qual existem limites probatórios - excluindo-se, por exemplo, as provas impertinentes ou irrelevantes, bem como as provas obtidas com violação dos direitos fundamentais.

Desse modo, quanto ao **objeto da prova**, que são os fatos que a parte pretende demonstrar no processo, cumpre lembrar os que não dependem de prova: “a) fatos notórios, que envolvem os evidentes e intuitivos; b) fatos que contêm uma presunção legal absoluta; c) fatos impossíveis; d) fatos irrelevantes ou impertinentes.” (NUCCI, 2022b, p. 237).

Assim explica Nucci (2022b, p. 237):

Os fatos notórios são os nacionalmente conhecidos, não se podendo considerar os relativos a uma comunidade específica, bem como os atuais, uma vez que o tempo faz com que a notoriedade se esmaça, levando a parte à produção da prova. Dentre os notórios, situam-se, ainda, os evidentes – extraídos das diversas ciências (ex.: lei da gravidade) – e os intuitivos – decorrentes da experiência e da lógica (ex.: o fogo queima). Os fatos que contêm presunção legal absoluta são os que não comportam prova em sentido contrário (ex.: o menor de 18 anos é penalmente inimputável). Os fatos impossíveis são aqueles que causam aversão ao espírito de uma pessoa informada (ex.: dizer o réu que estava na Lua no momento do crime). Por derradeiro, os fatos irrelevantes ou impertinentes são os que não dizem respeito à solução da causa (ex.: verificação do passatempo preferido da vítima, se não guarda correspondência com o fato imputado ao réu). (NUCCI, 2022b, p. 237).

Isso porque, como explicam Demercian e Maluly (2014, p. 315), “constitui **objeto de prova** o fato descrito na denúncia ou queixa-crime, ou, ainda, aquele alegado pelo réu em sua defesa, e outras circunstâncias secundárias, desde que reclamem uma apreciação judicial e influam na verdade real”.

Dessa feita, dentre os fatos eventualmente constantes da peça inicial acusatória, alguns encontrarão limites de prova na própria legislação (tais como as limitações especiais decorrentes de segredo profissional, como acima citado); em outras situações existirão limitações impostas pelo dever de respeito às garantias fundamentais constitucionais; sem contar que em relação a alguns fatos não será necessária sua demonstração (como os fatos notórios e impossíveis, por exemplo).

Então, quanto ao conceito de **objeto da prova** “são os fatos, mas excepcionalmente o direito, desde que se trate de normas internacionais, estaduais e municipais, quando não sejam do conhecimento do juiz” (NUCCI, 2022b, p. 322).

Por derradeiro, cumpre mencionar que, dentre diversas **classificações das provas**, Tornagui aponta algumas de interesse prático, tais como: prova completa e princípio de prova;⁵⁶ prova direta e indireta⁵⁷; prova oral e prova escrita (TORNAGUI, 1991, p. 270-272).

Ainda, no contexto probatório, imperativo fazer menção aos indícios, diante de sua relevância no embasamento de diversos pedidos e fases da persecução penal, ainda que não sejam considerados como uma “prova plena”, suficiente para uma condenação.

Dessa feita, quanto aos **indícios**, admitidos como meio de prova no Código de Processo Penal, em seu artigo 239, têm o papel de comprovar as circunstâncias do fato principal, de modo que são os “fatos secundários que revelam, por sua construção lógica, algo sobre o fato principal” (DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 365).

Isso porque, os indícios, sendo circunstâncias ou fatos comprovados que orbitam o objeto central da demanda, utilizando-se de um raciocínio lógico, poderão levar a desenvolver um conjunto probatório mais robusto, ou mesmo indicar outras provas diversas.

Em relação ao seu significado, os indícios estão relacionados à revelação, indicação, motivo pelo qual, na atividade probatória, possuem dois aspectos: “pode ser equivalente a um fato base da presunção, ou pode, ao mesmo tempo, ser objeto da chamada prova por indícios ou prova circunstancial” (MOURA, 1994, p. 6).

Desse modo, fazendo-se um silogismo, “o indício é a premissa menor, uma regra oriunda da razão ou experiência é a premissa maior e a conclusão é o fato probando”, de modo que “quanto mais forte sua vinculação com o fato principal, com o crime, maior será sua influência na formação da convicção do juiz” (DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 365).

Por tais motivos, os indícios apresentam um importante valor probatório, mesmo porque muitas vezes serão os únicos fatos evidentes, inicialmente, em um contexto criminoso, que demandará o desenvolvimento de uma investigação que irá aprofundar estas primeiras indicações.

⁵⁶ Explica Tornagui que a *prova completa* (ou *prova plena*) é a que leva o juiz a alcançar a certeza dos fatos, enquanto o *princípio de prova* representa a probabilidade de determinadas alegações (por exemplo, como ocorre nas cautelares de busca e apreensão, sequestro ou arresto, prisão preventiva etc.) Nesse sentido explica: “A prova *prima facie* não basta para a condenação; mas a lei com ela se contenta para permitir providências assecuratórias (sequestro, arresto, inscrição de hipoteca legal, busca, apreensão) e ainda para ensejar outras providências, como a concessão de liberdade provisória. Frequentemente as leis usam expressões como ‘indícios veementes’, ‘indícios suficientes’, ‘fundadas razões’, ‘fundamento razoável’ e outras semelhantes para indicar a suficiência da prova *prima facie*” (TORNAGUI, 1991, p. 270-271).

⁵⁷ Quanto às *provas diretas e indiretas*, Tornagui ensinou: “Há possibilidade de provar um fato por meios que dão a certeza a respeito dele: testemunhas, documentos, filmes etc. Mas também pode acontecer que se prove outro fato que, por sua ligação com o primeiro, permita concluir algo sobre ele. Num caso, prova direta; no outro, prova indireta.” Assim, exemplificou a prova direta mencionando uma testemunha presencial, enquanto no que tange à prova indireta, referiu-se aos indícios (TORNAGUI, 1991, p. 271).

Assim sendo, os indícios apresentam valor probante, como qualquer outro meio de prova, notadamente diante do princípio do livre convencimento motivado:

Da análise de todas as provas produzidas, o juiz deve formar livremente seu convencimento, desvinculado de qualquer critério *a priori* estabelecido, exigindo-se-lhe, apenas, que motive a sentença, ao rejeitar um elemento de convicção e aceitar outro (cf. também exposto na Exposição de Motivos ao Código de Processo Penal, item VII).

Neste contexto, não há como negar que os indícios possuem o mesmo valor probante das demais provas. Querer retirar-lhes este caráter é tentar restabelecer prevalência entre os meios de prova. (MOURA, 1994, p. 02).

Ainda, quanto à classificação do conteúdo ou força das provas, podemos correlacionar uma classificação relativa a **standards probatórios** (ou graus probatórios), que trazem critérios para aferir-se a suficiência ou não, da prova, para alcançar uma decisão condenatória.

Assim explica Pimentel, citando a doutrina de Gustavo Badaró, que detalha uma escala de “modelos de constatação” ou “critérios de convencimento”:

Assim, Gustavo Badaró descreve três níveis de prova:

a) **Simple preponderância de provas** (*preponderance evidence*) – Trata-se de nível probatório baixo, uma mera probabilidade de ocorrência, sem qualquer grau de certeza;

b) **Prova clara e convincente** (*clear and convincing evidence*) - Trata-se de um nível mais elevado de prova, com probabilidade alta de ocorrência, mas ainda sem superar a possibilidade da dúvida;

c) **Prova além da dúvida razoável** (*beyond a reasonable doubt*) – Trata-se de um grau elevadíssimo, na expressão do autor, que muito se aproxima ao juízo de certeza.

Com isso, pode-se afirmar que só as provas que superam a dúvida razoável podem ensejar uma condenação no processo penal. Só o conjunto probatório que chega a este *standard*, ou seja, que supera a dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*), é que podem gerar sentenças condenatórias; os demais devem ensejar absolvições, ainda que pela aplicação do *in dubio pro reo*. (PIMENTEL, 2020).

Desse modo, para uma condenação criminal ser obtida a contento, observa-se a necessidade de ser alcançado um “standard” ou grau probatório elevadíssimo, que “supera a dúvida razoável”, com vistas a desconstituir o princípio do estado de inocência⁵⁸ do réu.

De fato, como ensina Marques, a sentença condenatória dependerá de uma “prova integral” do fato delituoso:

Como a condenação só se justifica quando provada a imputação, não pode haver sentença condenatória se demonstrada não ficar a prática de ato delituoso e a respectiva autoria. Se o ato não for delituoso, improcede a pretensão punitiva. E o

⁵⁸ O princípio do estado de inocência apresenta-se consagrado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, nos seguintes termos: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.” Conforme ensinam Demercian e Maluly (2014, p. 06), da presunção do estado de inocência decorre o princípio do “favor rei” ou “favor libertatis”: “No conflito entre o *jus puniendi* do Estado e o *status dignitatis* do imputado deve prevalecer este último. Na dúvida, impõe-se a absolvição; proíbe-se a *reformatio in pejus* (para o réu) e consagram-se alguns recursos e outros institutos exclusivos da defesa: embargos infringentes, de nulidade e revisão criminal”.

mesmo se diga se prova não se fizer de que foi cometida infração penal, e que foi o réu quem a praticou. Por fim, sem prova integral do fato delituoso, impossível condenar-se o acusado. (MARQUES, 2009, p. 19).

Dessa feita, a adoção de um alto padrão (*standard*) probatório, que seja “além da dúvida razoável”, transparece também um elevado respeito ao princípio do estado de inocência:

Pensamos que essa “política processual” que escolhe o *standard* é fruto do nível de evolução civilizatória de um povo, sendo que quanto mais alto for esse nível de comprometimento democrático e civilizatório, maior é a eficácia da presunção de inocência e, portanto, mais alto é o *standard* probatório exigido para condenação. Obviamente, é sempre importante advertir que a adoção de um *standard* probatório como o BARD [*beyond a reasonable doubt*] não é a solução para todos os males do decisionismo, senão mais uma medida de redução de danos e de ampliação de garantias, bem como de aumento do nível de exigência de qualidade da própria decisão penal que, cravada na racionalidade probatória, precisa demonstrar racionalmente a valoração da prova e dos fatos em julgamento. (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 170).

4.1. Teoria geral da prova no processo penal clássico

O Código de Processo Penal brasileiro foi promulgado em 1941 (Decreto-Lei 3.689/1941), mas passou por diversas alterações legislativas ao longo dos anos (dentre elas, podemos mencionar as Lei nº 11.689, a Lei nº 11.690, a Lei nº 11.719 – todas de 2008, bem como a Lei nº 12.403/2011 e a Lei 13.964/2019, esta última conhecida como “Pacote Anticrime”).

De fato, foram estas mudanças na legislação adjetiva penal “que buscaram compatibilizar o processo penal com a Constituição Federal” (ZANELLA, 2016, p. 61).

Isso porque, a Constituição Federal de 1988 reconheceu direitos e garantias fundamentais, estabelecendo o Estado Democrático de Direito, bem como o **processo penal constitucional**:

O processo penal constitucional, instrumento para aplicação da lei penal a um caso concreto, a partir da infração à norma penal (ofensa a um bem jurídico também consagrado pela própria Constituição Federal), é assinalado pela busca de um ideal de justiça social (objetivo do Estado Democrático), que deve, de um lado, atender aos anseios da sociedade (exercício do *jus perseguendi* e *jus puniendi* em face dos infratores da lei), mas, de outro, ser uma garantia do indivíduo frente a possíveis abusos estatais (muito frequentes em governos ditatoriais). (ZANELLA, 2016, p. 61-62).

Desse modo, as alterações na legislação processual penal brasileira tiveram não apenas o objetivo de aperfeiçoar os mecanismos de persecução penal, mas também de buscar uma

maior adequação e garantia aos princípios constitucionais, em consonância com o Estado Democrático de Direito.

Quanto ao **sistema processual penal brasileiro**, importante mencionar tratar-se de um **sistema acusatório**, por apresentar, de forma bem delineada, as funções de órgão acusador, defensor e julgador, regidas pela vigência de princípios constitucionais (tais como: o contraditório, a ampla defesa, dentre outros).

De fato, “há, na atualidade, separação clara nas funções de acusar, defender e julgar; é garantida a igualdade de partes e a presença de um juiz imparcial. Estabelece-se, enfim, o *actum trium personarum*” (DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 25).

Desse modo, apesar da existência de algum posicionamento doutrinário diverso⁵⁹ – no sentido de que o sistema processual penal brasileiro traria características do modelo misto -, a sistemática delineada no processo criminal traz as peculiaridades do padrão acusatório, conforme veremos.

Assim, apenas para rememorar, os **sistemas processuais** podem ser classificados em: **acusatório, inquisitivo e misto**.

No **sistema processual penal acusatório**,⁶⁰ como acima mencionado, os papéis de acusar, defender e julgar estão distribuídas entre o juiz e as partes, que terão direito a uma decisão imparcial e devidamente motivada. Assim explicam os autores Demercian e Maluly:

No sistema acusatório, as funções de acusar (pública e privada), defender e julgar são incumbidas a diferentes pessoas. A apreciação das provas incumbe a um juiz imparcial, que deverá necessariamente fundamentar sua decisão, de acordo com o bom-senso, a experiência e os elementos informativos coligidos pela acusação e pela defesa. (DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 25).

Desse modo, conforme destacou Marques – afirmando constituir um erro a tese de que o processo criminal tem natureza inquisitiva -, “o certo é que o procedimento acusatório e seus

⁵⁹ A doutrina brasileira apresenta entendimento divergente quanto à classificação do sistema processual penal, conforme destaca Zanella (2016, p. 63): “Para alguns, como Hélio Tornaghi e Edilson Mougenot Bonfim, o sistema processual penal brasileiro é misto, por possuir duas fases distintas: o inquérito policial, procedimento essencialmente inquisitivo, sigiloso e sem contraditório; e o processo-crime propriamente dito, iniciado com o recebimento da denúncia ou queixa, pelo juiz, que adota o devido processo legal. Para outros, como Antonio Scarance Fernandes, Julio Fabbrini Mirabete, Fernando da Costa Tourinho Filho e Eugênio Pacelli de Oliveira, o sistema brasileiro é acusatório, uma vez que a fase investigativa (inquisitiva) não é processual, mas meramente administrativa. O processo penal em si inicia-se com o recebimento da ação penal pelo juiz e é integralmente marcado pelo respeito às garantias processuais do acusado.” Também no sentido de que o sistema processual penal adotado é o acusatório, ensinam Demercian e Maluly (2014, p. 27): “No Brasil, respeitadas as judiciosas opiniões em sentido contrário (Nucci, 1997, p. 147), o processo tem estrutura acusatória, e a previsão de uma fase investigatória preliminar não lhe retira essa conotação”.

⁶⁰ Demercian (2016, p. 67) faz uma importante distinção entre sistema acusatório e contraditório: “Embora o contraditório seja decorrência lógica do processo de estrutura acusatória, o inverso não é verdadeiro. Há processos de natureza inquisitiva, nos quais se impõe o contraditório, v.g., os processos administrativos (CF, art. 5º, inciso LV).”

consectários lógicos constituem o único sistema compatível com os postulados do Estado de Direito e do Direito Penal Liberal” (MARQUES, 2001, p. 26).

Inclusive, cumpre mencionar o entendimento de que não desnatura o caráter acusatório do processo penal brasileiro, o fato do juiz poder determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas relevantes, conforme disposto no inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Assim explica Marques, ressaltando que este poder instrutório do magistrado se apresenta apenas de maneira supletiva, não trazendo caráter inquisitivo ao processo:

Norteados “no sentido de obter o equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual” (exp. de motivos, nº XVIII), o código de 1941 teve o cuidado ao atribuir ao juiz o poder de “determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante” (art. 156) – de esclarecer primeiro que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer (art. 156); dessa forma, essa atribuição judiciária assume caráter apenas complementar e supletivo, conforme se lê logo no início do item VII, da exposição de motivos.

Não importa que em seguida venha dito que, havendo “uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*”; em face do art. 156, e, tendo em vista a prioridade das normas constitucionais relativas à plenitude da defesa, tal atribuição judiciária tem natureza indiscutivelmente supletiva, não chegando assim a infundir caráter inquisitório ao nosso procedimento. (MARQUES, 2001, p. 25).

Já no **sistema processual penal inquisitivo**, o magistrado irá concentrar as funções de julgar e acusar, não há publicidade, tem o caráter sigiloso, apresenta procedimento escrito e o juiz tem liberdade na colheita da prova, tudo limitando o direito de defesa do réu: “Por suas características, não é difícil inferir que o acusado é, na verdade, objeto do processo (e não sujeito de direitos) e não tem, como consequência, a proteção de qualquer garantia substancial” (DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 26-27).

De fato, analisando as características dos sistemas acusatório e inquisitivo, destaca-se a diferença na instrução probatória, já que no procedimento inquisitório, existe uma “hipertrofia dos poderes do julgador”: assim, enquanto no sistema acusatório existe a “livre apresentação das provas pelas partes”, no sistema inquisitivo observa-se a “instrução judicial inquisitiva com atribuição ao juiz, do dever ‘de reunir, por sua própria atividade, o material do litígio’” (MARQUES, 2001, p. 19).

Desse modo, percebe-se que, enquanto no processo penal acusatório as partes trabalharão na busca pela verdade dos fatos, no processo inquisitivo esta investigação será unilateral, do órgão julgador, posto que a atividade probatória ficará a cargo do magistrado.

Contudo, o modelo inquisitivo – no qual cabia ao “juiz-inquisidor dirigir a atividade probatória em busca da verdade material”, o que levou aos conhecidos excessos na atividade probatória, como no caso da tortura -, não apresenta a imparcialidade ideal necessária para um

jugador, motivo pelo qual não se considera adequado para a sociedade contemporânea (PEZZOTTI, 2020, p. 79).

Quanto ao **sistema processual penal misto**, apresenta duas fases, a primeira inquisitiva (na qual o juiz tem poderes instrutórios, sendo secreta e escrita) e outra fase, contraditória, no qual o julgamento se realiza perante amplo exercício do direito de defesa (DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 27).

Desse modo, Demercian (2016, p. 66) sintetiza que “os processos inquisitivos guardam, como regra, relação com o absolutismo; o processo misto tem origem liberal e a acusatoriedade (processo acusatório) é imanente a um estado democrático de direito”.

O fato de o sistema processual penal brasileiro configurar-se como acusatório, reverbera em diversos aspectos, notadamente na questão de produção de provas, e esta questão se apresenta pertinente ao presente trabalho, dado o enfoque dado ao ônus da prova.

Isso porque, apesar de no sistema acusatório as partes apresentarem funções bem definidas (acusação, defesa e julgamento), a imparcialidade do magistrado não lhe subtrai eventual possibilidade de determinar a produção de algumas provas, conforme veremos sobre os poderes instrutórios do juiz, mais adiante.

Assim explicam Demercian e Maluly, fazendo ainda uma diferenciação com o **sistema adversarial norte-americano**, no qual o juiz deve ser efetivamente inerte e não intervir na produção probatória:

No sistema acusatório, o juiz deve ser necessariamente imparcial, o que não lhe retira o poder de determinar a realização de provas para a formação do seu convencimento. Convém assinalar que o nosso sistema acusatório não apresenta afinidade, quanto à iniciativa instrutória do magistrado, com o chamado *adversarial system*⁶¹, que predomina no direito anglo-americano, embora ali não seja adotado, atualmente, na sua plenitude e inteireza. (DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 25-26).

Inclusive, Demercian traz uma importante explicação sobre o “adversarial system” e o “inquisitorial system”, que se relacionam à iniciativa instrutória do magistrado, podendo ambos serem observados no sistema acusatório:

Adversarial system e seu contraponto *inquisitorial system* não guardam relação propriamente com o modelo de processo. Referem-se, na verdade, aos poderes instrutórios do juiz. Ambos, portanto, podem incidir em processo de estrutura

⁶¹ No sistema *adversarial* o magistrado não interfere na produção probatória, conforme explanam os mesmos autores, posto que “é plasmado sobre a premissa de que a verdade é mais facilmente descoberta quando há duas partes em litígio e cada uma delas conduz a própria investigação, apresentando diferentes teorias sobre a lei e sobre o caso concreto ao tribunal. Nesse sistema, o juiz é efetivamente neutro e inerte, só intervindo quando a lei assim o determina ou, por outro lado, quando é solicitado por uma das partes”. Por sua vez, no *inquisitorial system*, “o processo não é encarado como uma disputa, mas sim como uma indagação, uma perquirição, na qual a corte é instada a reunir elementos de prova e, de maneira independente, avaliá-los e proferir o julgamento” (DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 26).

acusatória, dependendo do modelo que se venha adotar, de acordo com as características, realidades e necessidades de cada estrutura sistêmica. (DEMERCIAN, 2016, p. 68).

No mesmo sentido, Pezzotti destaca que ambos os sistemas – inquisitorial e adversarial⁶² – podem ser observados no processo acusatório:

Além disso, deve-se ressaltar que a principal característica do processo acusatório – divisão das funções de acusar, defender e julgar entre distintos atores processuais – faz-se, hoje, presente tanto nos sistemas inquisitoriais quanto nos adversariais. Trata-se de característica consolidada no processo penal de todo o ocidente. (PEZZOTTI, 2020, p. 81).

Assim, pode-se compreender o modelo do processo penal brasileiro como sendo de natureza acusatória, com a incidência concomitante e prevalente do sistema inquisitorial, posto que o magistrado não fica inerte, podendo determinar a produção de determinadas provas, bem como subsiste o princípio do impulso oficial.

Com efeito, no Código de Processo Penal constam hipóteses de produção de provas por iniciativa do Juízo, ou seja, dispõe-se sobre os poderes instrutórios do magistrado, sem que isto desconfigure o processo penal acusatório, como já mencionado.

Nesse sentido, Demercian e Torres (2017, p. 133) concluem que a Constituição Federal de 1988 consagrou o sistema processual penal de estrutura acusatória, que “não é incompatível com a previsão de poderes instrutórios do juiz, que, em nosso ordenamento, não é um mero árbitro (*adversarial system*).”

Desse modo, Pezzotti sintetiza as distinções entre os mencionados sistemas, destacando que a adoção pelo sistema inquisitorial ou adversarial acabará refletindo sobre a iniciativa da produção probatória:

Em síntese, a contraposição das ideias de *processo acusatório/processo inquisitivo* tem foco na existência ou não de divisão de poderes entre os atores do processo penal e no grau de imparcialidade do julgador no curso da persecução penal. De outra mão, a dicotomia *adversarial/inquisitorial* centra-se na *cultura processual* subjacente a sistemas jurídicos com tradições distintas, com produção de reflexos sobre a forma de desenvolvimento da marcha processual. O processo inquisitorial tende a deixar a marcha processual a cargo do *impulso oficial*, enquanto o processo adversarial⁶³ tende a vincular o andamento do processo à *iniciativa das partes*, o que reflete consideravelmente sobre os papéis dos atores processuais, notadamente na gestão da atividade probatória. (PEZZOTTI, 2020, p. 86).

⁶² Nesse ponto, o sistema processual penal acusatório brasileiro “não é plasmado no *adversarial system* e sim no *inquisitorial system*, que permite ao magistrado o controle dos termos do acordo, suprimindo eventual hipossuficiência do acusado” (DEMERCIAN, 2016, p. 84).

⁶³ Nesse aspecto, Pezzotti lembra que no âmbito da produção probatória, no modelo adversarial cada uma das partes “é responsável pela colheita do material probatório que tende a fundamentar suas teses acusatórias ou defensivas” (PEZZOTTI, 2020, p. 88). Desse modo, no sistema adversarial, sendo as partes os protagonistas do processo, “em detrimento do princípio do *impulso oficial*, o magistrado guarda postura passiva, porém atenta, diante da atividade probatória, enaltecendo o valor heurístico do contraditório” (PEZZOTTI, 2020, p. 89).

Nesse diapasão, cumpre lembrar do **princípio do devido processo legal** (artigo 5º, inciso LIV⁶⁴, da Constituição Federal brasileira), posto que norteia todo o processo penal, bem como dos princípios adjacentes, notadamente os mais relevantes para a instrução probatória: o princípio do juiz natural⁶⁵; da ampla defesa⁶⁶; do contraditório⁶⁷; do estado de inocência⁶⁸ e do direito ao silêncio⁶⁹ (ZANELLA, 2016, p. 64).

4.2. Dos sistemas de avaliação ou valoração da prova

Importante mencionar, ainda, quanto aos três sistemas de valoração da prova: 1) sistema da íntima ou livre convicção do juiz; 2) sistema da prova legal ou tarifada; e 3) sistema do livre convencimento motivado do magistrado (adotado no processo penal brasileiro, conforme disposto no artigo 93, inciso IX⁷⁰, da Constituição Federal).

⁶⁴ “O art. 5º, LIV, da Constituição Federal preconiza que *‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’*, ou seja, o Estado poderá exercer seu direito de punir somente através de um processo penal que atente para a legalidade, aqui concebida num sentido amplo: respeito ao procedimento previsto em Lei, bem como a todos os direitos e garantias do acusado estampados na Constituição e na legislação. Trata-se do princípio do devido processo legal, norteador de todo o processo penal.” (ZANELLA, 2016, p. 64).

⁶⁵ “O princípio do juiz natural tem uma dupla dimensão: vedação aos juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, da Constituição Federal) e vedação do processo e julgamento por autoridade incompetente (art. 5º, LIII, da Constituição Federal).” (ZANELLA, 2016, p. 64).

⁶⁶ “O acusado tem no princípio da ampla defesa sua principal garantia no processo penal. Ele está previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal: *‘aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’*. O princípio da ampla defesa pode revestir-se de duas formas: autodefesa e defesa técnica.” (ZANELLA, 2016, p. 64).

⁶⁷ Nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal: “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Quanto ao princípio do contraditório, consubstancia-se no fato de que “cada ato processual deve ser de conhecimento da outra parte, para que esta possa, se desejar, contrariá-lo, oferecendo argumentos adversos” (ZANELLA, 2016, p. 67).

⁶⁸ “Trata-se de garantia basilar do devido processo legal, prevista no art. 5º, LVII, da Constituição Federal: *‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’*” (ZANELLA, 2016, p. 69).

⁶⁹ “O art. 5º, LXIII, da Constituição Federal garante ao preso o direito de *‘permanecer calado’*. Em complemento, o art. 8, item 2, ‘g’ da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), promulgado pelo Brasil por meio do Decreto 678/1992, expressa que toda pessoa acusada de delito possui como garantia mínima *‘o direito de não ser obrigada a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpada’*. Assim, não só o preso mas qualquer acusado possuem o direito ao silêncio e de não se autoincriminar com suas próprias declarações. Muitos chamam este direito, portanto, de *‘direito de não autoincriminação’* ou *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a se descobrir, ou seja se auto acusar).” (ZANELLA, 2016, p. 70).

⁷⁰ Conforme disposto no artigo 93 da Constituição Federal: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] X - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

Os referidos sistemas de apreciação das provas são assim explicados pelos autores Cintra, Grinover e Dinamarco:

Já vimos que são basicamente três os sistemas de apreciação da prova que podem ser acolhidos pelos ordenamentos processuais: a) o da *prova legal*, em que a lei fixa detalhadamente o valor a ser atribuído a cada meio de prova; b) o da valoração *secundum conscientiam*, em que ela deixa ao juiz integral liberdade de avaliação; c) o da chamada *persuasão racional*, em que o juiz forma livremente o seu convencimento, porém dentro de critérios racionais que devem ser indicados. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 377).

Dessa feita, no sistema da íntima ou livre convicção, o juiz julgará segundo sua consciência, sem necessidade de fundamentar seu entendimento; já no sistema da prova legal ou tarifada, a valoração da prova estará pré-determinada pela legislação; por fim, quanto ao sistema do livre convencimento motivado, o magistrado decidirá com certa liberdade, porém de forma racional, com base nas provas produzidas, visto que deverá motivar a sua decisão.

Nesse sentido, quanto aos sistemas de avaliação da prova, detalha Nucci:

São basicamente três sistemas: a) *livre convicção*, que é o método concernente à valoração livre ou à íntima convicção do magistrado, significando não haver necessidade de motivação para suas decisões. É o sistema que prevalece no Tribunal do Júri, visto que os jurados não motivam o voto; b) *prova legal*, cujo método é ligado à valoração taxada ou tarifada da prova, significando o preestabelecimento de um determinado valor para cada prova produzida no processo, fazendo com que o juiz fique adstrito ao critério fixado pelo legislador, bem como restringido na sua atividade de julgar. Era a época em que se considerava nula a força probatória de um único testemunho (*unus testis, nullus testis ou testis unus, testis nullius*). Há resquícios desse sistema, como ocorre quando a lei exigir determinada forma para a produção de alguma prova, v.g., art. 158, CPP, demandando o exame de corpo de delito para a formação da materialidade da infração penal, que deixar vestígios, vedando a sua produção através da confissão; c) *persuasão racional*, que é o método misto, também chamado de convencimento racional, livre convencimento motivado, apreciação fundamentada ou prova fundamentada. Trata-se do sistema adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, encontrando, inclusive, fundamento na Constituição Federal (art. 93, IX) e significando a permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato. (NUCCI, 2022b, p. 239).

Cumprе mencionar, como já indicado acima, que o sistema de valoração de provas atualmente adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, consubstancia-se no sistema do livre convencimento motivado; contudo, ainda subsistem resquícios do sistema da íntima convicção, bem como do sistema da prova legal.

Com efeito, Demercian e Maluly (2014, p. 329) explicam que “com a evolução do direito, a mudança dos costumes, as várias formas de manifestação religiosas e a estrutura social de cada povo, os sistemas de apreciação das provas sofreram sensíveis mudanças, até atingir o atual, de *livre convencimento do juiz*”.

Ainda, como explicam Demercian e Maluly, o sistema da livre convicção se consubstanciaria na fusão dos outros dois sistemas anteriores, utilizados para a apreciação da prova:

Trata-se, na verdade, de uma conjugação dos dois sistemas anteriores. Devolve-se ao juiz o livre-arbítrio, a ampla liberdade para a apreciação de provas, valorando-as conforme sua consciência. Contudo, ele fica com o encargo de motivar sua decisão, que há de estar pautada nos elementos de convencimento coligidos aos autos, não podendo ignorar o conteúdo dessas provas e tampouco as razões aduzidas pelas partes nos debates ou alegações finais, sob pena de proferir decisão absolutamente nula. (DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 330).

Nesse ponto, a liberdade do magistrado em valorar as provas, estará atrelada à necessidade de fundamentar sua decisão, conforme disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal brasileira:

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

De fato, pelo sistema da persuasão racional, o magistrado formará seu convencimento livremente, mas dentro dos critérios racionais e que deverão ser expressamente indicados em seu julgamento:

Persuasão racional, no sistema do devido processo legal, significa convencimento formado com liberdade intelectual mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram o juiz à conclusão (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 377).

Por fim, cumpre também destacar o disposto o artigo 155, “caput”, do Código de Processo Penal, de modo que o magistrado analisará os elementos informativos obtidos na investigação, confirmando com as provas produzidas em juízo, salvo as exceções mencionadas:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

4.3. Do ônus da prova

Cumpra também lembrar que o ônus da prova, ou ônus de provar, consiste no encargo de comprovar a veracidade dos atos imputados, demonstrando que correspondem à realidade dos fatos.

Dessa forma, quanto à problemática do ônus da prova, deve-se compreender qual das partes terá a incumbência de provar os fatos alegados, sob pena de não obter sucesso em sua pretensão, motivo pelo qual se fala em “ônus” e não em “obrigação” ou “dever” de provar.

Assim, a indagação “a quem compete provar?”, não deve ser compreendida no sentido de “dever” de provar, visto que o poder instrutório do magistrado poderá ser exercido de forma supletiva, se necessário:

Deve-se, pois, falar em ônus da prova, e não em dever de provar. A confusão desses dois conceitos levou alguns juristas a sustentar que no processo penal não se deve falar em ônus da prova, uma vez que a omissão da parte pode ser corrigida pela ação do juiz. Não têm razão: as partes não têm dever de provar; se não o fazem, pode o juiz trazer para os autos os elementos de convicção que elas não apresentarem. Mas que pesas sobre elas o encargo de provar suas alegações para evitar riscos, não há dúvida. (TORNAGUI, 1991, p. 306).

Isso porque, sendo vedado ao juiz pronunciar o *non liquet*, ou seja, não pode o magistrado deixar de julgar determinada causa colocada sob sua jurisdição, a única alternativa possível será a utilização das regras do ônus da prova, de modo que a parte que não se desincumbir desse gravame ficará sujeita à sanção processual de não ver seu pedido acolhido.

Com efeito, não sendo mais admitida a utilização de julgamento por sorteio, por duelo, tampouco o “julgamento salomônico”, o julgador deverá se utilizar das normas relativas à distribuição do ônus da prova, conforme ensinam Cintra, Grinover e Dinamarco:

Quando uma questão de fato se apresenta como irreduzivelmente incerta no processo, em tese poder-se-ia abrir para o juiz o seguinte leque de alternativas: a) ou ele *prescinde* de resolver aquela questão de fato, b) ou *insiste* em resolvê-la. A primeira opção importaria em deixar o juiz de decidir a causa, pronunciando o *non liquet* (que não é admissível no direito moderno), ou em decidi-la de maneira tal que não exigisse a resolução daquela questão de fato (de que seriam exemplos o julgamento por sorteio e o julgamento salomônico).

A segunda opção implica: a) o *adiamento do problema*, através da prolação de uma decisão provisória (no estado do processo); b) ou o uso de um *meio mecânico* de prova, necessariamente decisório (como o duelo ou o juramento); c) ou, enfim, o emprego das *regras da distribuição do ônus da prova*. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 375).

Nesse sentido, a parte que fizer determinada alegação, terá o ônus de prová-la, conforme dispõe o artigo 156 do Código de Processo Penal⁷¹:

⁷¹ Badaró (2003, p. 195) lembra o entendimento, por parte da doutrina, da “tese de inexistência de ônus da prova no processo penal”, diante da possibilidade de o juiz determinar de ofício a produção de provas, em busca da verdade real. Contudo, a produção de provas *ex officio* pelo magistrado não se apresenta incompatível com o ônus subjetivo da prova; mas “diante dos poderes instrutórios do juiz, o ônus das partes não será perfeito ou absoluto”

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Desse modo, caberá à acusação (Ministério Público ou querelante) apresentar as provas de suas alegações acusatórias, notadamente quanto à autoria e materialidade do fato criminoso, sob pena do juiz proferir uma sentença absolutória ou desclassificatória.

De fato, “é princípio básico em direito que o ônus da prova incumbe a quem alega (*Semper onus probandi ei incumbiti qui dicit*)” (MENDRONI, 2016, p. 263).

Assim sendo, em regra, no âmbito do processo penal, o órgão acusador possui o ônus de produzir a prova relativa à sua imputação, buscando a condenação do acusado.

Contudo, em algumas situações, o próprio réu terá interesse nessa produção probatória (quando alega alguma excludente de ilicitude, ou a existência de algum “álibi”, por exemplo):

Como regra, no processo penal, o ônus da prova é da acusação, que apresenta a imputação em juízo através da denúncia ou da queixa-crime. Entretanto, o réu pode chamar a si o interesse de produzir prova, o que ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, embora nunca o faça de maneira absoluta. Imagine-se que afirme ter matado a vítima, embora o tenha feito em legítima defesa. É preciso provar a ocorrência da excludente, não sendo atribuição da acusação fazê-lo, como regra, até porque o fato e suas circunstâncias concernem diretamente ao acusado, vale dizer, não foram investigados previamente pelo órgão acusatório. Saliente-se, no entanto, que tal ônus de prova da defesa não deve ser levado a extremos, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência e, conseqüentemente, do *in dubio pro reo*. Com isso, alegada alguma excludente, como a legítima defesa, por exemplo, feita prova razoável pela defesa e existindo dúvida, deve o réu ser absolvido e não condenado. Assim, embora a acusação tenha comprovado o fato principal – materialidade e autoria –, a dúvida gerada pelas provas produzidas pelo acusado, a respeito da existência da justificativa, deve beneficiar a defesa. Lembre-se: constitui dever da acusação provar que o réu cometeu um crime, o que envolve, naturalmente, a prova da tipicidade, ilicitude e culpabilidade (NUCCI, 2022b, p. 238).

Nesse sentido, destacam Demercian e Maluly, quanto à incumbência do acusado em comprovar seu álibi ou causa excludente de ilicitude por ele alegada:

(BADARÓ, 2003, p. 197). Assim explica este mesmo autor: “Portanto, mesmo que o juiz possa determinar a produção de prova, é necessário que haja um ônus objetivo da prova. Já quanto ao ônus subjetivo, entendido como o encargo sobre as partes para a produção da prova, se o juiz for dotado de iniciativa probatória, haverá apenas um ônus imperfeito” (BADARÓ, 2003, p. 199). Desse modo, conclui: “Concebido o Ministério Público como uma parte interessada na persecução penal, desejando ver provada a tese acusatória, é perfeitamente possível afirmar que ao Ministério Público incumbe o ônus da prova dos fatos necessários para a condenação penal. (...) Embora seja admissível que a atividade do acusado seja regida por um ônus probatório, no processo penal em que vigora a presunção de inocência, tal encargo é atribuído, com exclusividade, ao acusador” (BADARÓ, 2003, p. 240).

Com base na regra inserta no mencionado artigo [art. 156 do CPP], à acusação incumbirá fazer prova da ocorrência do ilícito penal e de quem seja seu autor; à defesa, de outra parte, se o alegar, deverá demonstrar seu álibi ou eventual causa excludente da ilicitude de sua conduta (legítima defesa, estado de necessidade etc.) (DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 328).

Assim, o acusado terá o ônus de provar suas alegações defensivas, mas referida incumbência deverá ser sopesada em consonância com o princípio do estado de inocência, de modo que, mesmo que esta prova excludente não seja plena, se gerar alguma dúvida, poderá ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo*.

Isso porque, quanto ao grau de convencimento que a acusação ou defesa devem causar no convencimento do juiz, imperativo lembrar que, enquanto à acusação cabe produzir um “juízo de certeza”, ao acusado bastará trazer um estado de incerteza ou dúvida aos autos.

Com efeito, conforme ensina Marques, na hipótese de restar qualquer dúvida no convencimento do magistrado, quanto à existência de excludente de antijuridicidade, a absolvição se dará em decorrência do princípio *in dubio pro reo*:

Se o réu não consegue provar qualquer das causas excludentes da antijuridicidade, ou da culpabilidade, previstas no art. 386, n° V [atual inciso VI do artigo 386 do Código de Processo Penal], mas dúvida ficar no espírito do juiz, a respeito da ilicitude ou reprovabilidade do fato típico, cumpre-lhe aplicar o *in dubio pro reo* e absolver o acusado, na forma do art. 386, n° VI [atual inciso VII do artigo 386], do Código de Processo Penal, por “não existir prova suficiente para a condenação”. (MARQUES, 2009, p. 22).

Nesse sentido, Demercian e Maluly lembram que à defesa basta suscitar uma “dúvida razoável”, não precisando fazer uma “prova plena” quanto à suas teses defensivas:

O acusado não está isento de provar o que arguir; no entanto, não lhe incumbe, também, fazer prova plena de sua defesa, bastando que suscite uma dúvida razoável, considerando que a provável ocorrência de sua versão sobre o fato delituoso pode ser o bastante para que o juiz o absolva por “*não existir prova suficiente para a condenação*”, conforme dispõe o art. 386, inciso VI, do CPP. (DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 328).

Dessa feita, se o órgão acusatório não se desincumbir do ônus da prova, ao menos adequadamente, considerando o princípio *in dubio pro reo*, a decisão do julgador será inevitavelmente pela improcedência da demanda.

Já para lograr uma sentença condenatória, o autor da ação penal deverá trazer aos autos provas que demonstrem a certeza da autoria e materialidade, ou seja, deve ser galgado o “standard” (ou grau probatório) elevado, que “supera a dúvida razoável”, diante do princípio do estado de inocência (ou presunção da inocência) do réu.

Ademais, cumpre mencionar a possibilidade de a produção de prova ser determinada pelo magistrado, “de ofício”, em decorrência da busca pela “verdade real” e considerando o princípio do “impulso oficial”:

A atuação de ofício do juiz, na colheita da prova, é uma decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem à *verdade real*, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade. O *impulso oficial* também é princípio presente no processo, fazendo com que o juiz provoque o andamento do feito, até final decisão, queiram as partes ou não. O procedimento legal deve ser seguido à risca, designando-se as audiências previstas em lei e atingindo o momento culminante do processo, que é a prolação da sentença. (NUCCI, 2022b, p. 239).

De fato, referido poder do juiz (ou poderes instrutórios do juiz) poder ser observado em diversos dispositivos do Código de Processo Penal: ao determinar diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (artigo 156), interrogar o acusado a qualquer tempo (artigo 196), ouvir testemunhas não arroladas pelas partes (artigo 209), dentre outras diligências que entender necessárias à busca da verdade (TORNAGUI, 1991, p. 308).

Isso porque, havendo alguma dúvida e ainda existindo alguma fonte de prova não verificada, o juiz não precisará julgar conforme o princípio do *in dubio pro reo*, como destacam Demercian e Maluly:

Aliás, nesse sentido, a Exposição de Motivos do CPP não deixa qualquer margem de dúvida, dispondo que para a indagação da verdade não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*. (DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 328-329).

Desse modo, no Código de Processo Penal constam hipóteses de produção de provas por iniciativa do Juízo, respeitado o modelo de processo penal acusatório, conforme inicialmente mencionado.

Com efeito, “o conceito de processo penal acusatório não interfere com a iniciativa instrutória do juiz no processo”, conforme bem lembrou Grinover (1999, p. 77).

Nesse aspecto, importante mencionar que a iniciativa da prova não interfere na imparcialidade do juiz, visto que, “quando este determina a produção de prova não requerida pelas partes, ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção” (GRINOVER, 1999, p. 77-78).

Dessa feita, ao exercer seu poder instrutório, o magistrado não consegue saber, de antemão, qual parte será beneficiada com aquela prova, motivo pelo qual não poderá ser colocada em dúvida sua parcialidade, ínsita ao processo acusatório.

Além do mais, o poder instrutório do magistrado não é ilimitado, ficando balizado por alguns parâmetros, quais sejam: 1) a observância ao contraditório (as provas devem ser submetidas ao crivo do contraditório); 2) a obrigatoriedade de motivação (na determinação da produção probatória, bem como na valoração em sua decisão, ambas deverão ser fundamentadas); 3) limitações quanto à licitude material e legitimidade processual das provas (respeito a regras processuais e valores constitucionais) (GRINOVER, 1999, p. 78).

Então, mesmo que o magistrado promova determinada produção probatória, o resultado deverá ser submetido ao contraditório das partes, sendo que eventual decisão, embasada nessa prova, deverá ainda apresentar uma fundamentação que convença não apenas as partes, mas também o Tribunal (no caso de eventual recurso) e alcance legitimação social.

Com efeito, como bem ensinou Tornagui, o magistrado não deve apenas buscar o seu convencimento motivado, como também buscar uma fundamentação que convença as partes e eventualmente também atenda aos tribunais superiores:

Se o juiz sabe da existência de provas que não estão no bojo do processo, deve trazê-las para dentro dele, ouvindo testemunhas, juntando documentos, determinando diligências etc. A prova já não se faz apenas para o juiz (v. verbete “*Iudici fit probatio*”), mas também para as partes e para os outros juízes que tiverem de julgar os recursos. A sentença tem de ser fundamentada. O juiz deve convencer-se e procurar convencer os outros. Se não persuade qualquer das partes, essa recorre. E se não convence o Tribunal *ad quem*, esse “reforma” a sentença ou, mais corretamente, substitui-a por outra. (TORNAGUI, 1991, p. 278).

De fato, tendo em vista a função social do processo, relacionada à pacificação com justiça, quanto mais ampla a iniciativa instrutória do magistrado, maior será a efetividade na busca pela verdade e, conseqüentemente, também pela igualdade real (GRINOVER, 1999, p. 77).

4.4. Da inversão do ônus da prova

Conforme acima mencionado, diante da necessidade de comprovação da “certeza da criminalidade”, mediante uma prova “além da dúvida razoável”, cumpre mencionar a importância da adoção da inversão do ônus da prova, para determinados crimes praticados pelo crime organizado, notadamente na demonstração do delito de lavagem de bens e capitais.

Isso porque, a inversão do ônus de provar se apresenta como importante recurso na persecução dos crimes praticados pelo crime organizado, como ocorre no delito de lavagem de dinheiro, com previsão expressa a este respeito:

CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

A inversão do ônus de determinados fatos consiste em outro mecanismo importante em algumas espécies de crimes praticados pelas organizações criminosas. É atualmente prevista apenas na Lei nº 9.613/98, que dispõe sobre crimes de lavagem de dinheiro e cria o COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras. (MENDRONI, 2016, p. 259).

A propósito, cumpre inicialmente consignar que a inversão do ônus da prova, permitida no âmbito da Lei nº 9.613/1998⁷², versa apenas sobre a origem lícita dos bens do acusado, mas não se refere aos fatos imputados a ele, de modo que não caberá falar em eventual desrespeito ao devido processo legal:

Mas é importante enfatizar: a Lei manda inverter o ônus da prova, dentro do devido processo legal, *tão somente* em relação à origem lícita dos bens, e nunca em relação aos fatos típicos imputados ao suspeito ou acusado, que permanecem sempre com o Ministério Público. Assim permanecem em perfeita harmonia e coerência ambos os princípios (dispositivos) constitucionais, do devido processo legal, com a inversão do ônus da prova da origem dos bens e da presunção de inocência, com a decisão de mérito do processo. (MENDRONI, 2016, p. 263).

Nesse aspecto, cumpre citar o dispositivo constante da Lei nº 9.613/1998 (§2º do artigo 4º da lei), que prevê a mencionada inversão do ônus da prova no âmbito da lavagem de dinheiro:

§ 2º. O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

Assim, importante notar que essa inversão do ônus da prova não se refere aos fatos imputados ao réu, mas apenas referem-se a eventual pedido de restituição de bens e valores, ou seja, relaciona-se aos efeitos secundários da condenação penal, visando à reparação do dano.

Dessa forma, conforme previsto na referida lei, passa-se ao acusado o ônus de comprovar a licitude da origem de seus bens, de modo que, se conseguir demonstrar que os bens e valores foram obtidos licitamente, terá seus bens liberados (MENDRONI, 2016, p. 262).

Desse modo, no artigo 4º, parágrafo 2º, da Lei nº 9.613/98, possibilitou uma inversão do ônus da prova somente na hipótese de eventual pedido de restituição de bens e valores apreendidos ou sequestrados, ou seja, relacionado a medidas coercitivas patrimoniais.

Assim, observa-se uma “presunção de ilicitude do produto de atividade criminosa organizada”, que autoriza o seu confisco, conforme também previsto na Convenção de Palermo:

⁷² A Lei nº 9.613/1998, de 3 de março de 1998, dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nessa lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), e dá outras providências.

Prevê o art. 4º, §2º, da Lei 9.613/1998 que: “O juiz determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou sequestrados quando comprovada a licitude de sua origem”. Por seu turno, o art. 13⁷³, item 7, da Convenção de Palermo estatui que: “Os Estados-Partes poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de confisco – a identificação, a localização, o embargo ou a apreensão dos bens, ainda que convertido, total ou parcialmente, noutros bens, misturado com bens adquiridos legalmente e receitas ou outros benefícios obtidos”. Com isso restou estatuída a presunção de ilicitude do produto de atividade de organização criminosa, especialmente de lavagem de dinheiro, autorizadora do confisco de bens (*forfeiture; decomiso*). (GOMES, 2009, p. 181).

Assim, a Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transacional, que trata das organizações criminosas e foi ratificada pelo Brasil, que promulgou o Decreto nº 5.015/2004), em seu artigo 12 (parágrafo 7), dispôs sobre a inversão do ônus da prova, estabelecendo uma presunção de ilicitude de bens e valores auferidos pelo crime organizado, conforme será analisado de forma mais aprofundada no transcorrer deste capítulo.

Ainda quanto à Lei nº 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), Mendroni (2016, p. 260) lembra tratar-se de uma legislação “cujos mecanismos foram suficientemente discutidos no âmbito da comunidade internacional, interessada no combate às organizações criminosas, moderna e voltada aos anseios da sociedade”.

Com efeito, a Lei nº 9.613/1998 originou-se das discussões ocorridas na Convenção de Viena⁷⁴, de 1998, que tem previsão expressa quanto à inversão do ônus da prova, quanto à origem lícita de bens (artigo 5, n. 7), conforme lembra Mendroni:

As partes podem considerar a possibilidade de inverter o ônus da prova no que diz respeito à origem lícita dos presumíveis produtos ou outros bens que possam ser objeto de perda, na medida em que os princípios do respectivo direito interno e a natureza dos procedimentos judiciais e outros o permitam (MENDRONI, 2016, p. 260).

Ainda, cumpre mencionar que, além do Brasil, outros países também trouxeram em suas legislações a previsão quanto à inversão do ônus da prova, tais como: Alemanha, Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, Suíça e México (MENDRONI, 2016, p. 259).

Isso evidencia a preocupação da comunidade internacional na criação de mecanismos eficazes no combate a esta forma de delinquência, notadamente diante das dificuldades na investigação dos mecanismos complexos de lavagem de bens e capitais.

⁷³ Na realidade trata-se do parágrafo 7 do artigo 12, que trata do “Confisco e apreensão”, da Convenção de Palermo.

⁷⁴ A Lei nº 9.613/1998 originou-se a partir de reuniões realizadas por diversos países, integrantes das Nações Unidas, na chamada Convenção de Viena (Convenção contra o Tráfico ilícito de entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, aprovada em Viena, na Áustria, em 1988), que foi o primeiro instrumento jurídico internacional que definiu a lavagem de dinheiro como crime, sendo que o Brasil ratificou esta Convenção Internacional no ano de 1991 (MENDRONI, 2016, p. 259).

Inclusive, importante lembrar que na luta contra esta sofisticada criminalidade financeira, um importante instrumento de fiscalização e investigação se concretiza nos Relatórios de Inteligência Financeira (RIF) do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)⁷⁵:

E considerando o poderio da criminalidade organizada, sua penetração no ambiente público e poder de corrupção, uma forma eficiente de acompanhamento do fluxo financeiro se encontra na instituição do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), que comunica aos órgãos de persecução a realização de operações atípicas, tipologias de lavagem de dinheiro, por meio de relatórios de inteligência financeira. (PINAUD, 2015, p. 1706).

Assim, ao identificar movimentações financeiras suspeitas, o COAF realiza uma comunicação aos órgãos de persecução penal, por meio dos RIF, que trazem um compilado de pessoas físicas e jurídicas relacionadas com as transações identificadas como atípicas.

Desse modo, identificando movimentações potencialmente criminosas, esta atividade de monitoramento corrobora para que recursos criminosos não sejam internalizados para ocultação na economia:

Portanto, mais do que identificar movimentações atípicas ou potencialmente criminosas, é necessário que o sistema de acompanhamento permita, como de fato permite, comunicação entre o órgão de monitoramento, o COAF, e os órgãos de persecução, Ministério Público e Polícias, a fim de que efetivamente se reprimam os crimes financeiros e assim se fortaleça a própria legitimidade do Estado. (PINAUD, 2015, p. 1708).

Então, esta comunicação do COAF aos órgãos de persecução penal, robustecida com outros indícios, dará azo a instauração de uma investigação pela Polícia Judiciária ou pelo Ministério Público, no bojo da qual será pleiteada judicialmente a quebra (medida cautelar de afastamento) do sigilo bancário e fiscal, com o intuito de desvelar-se a ocorrência de uma prática criminosa.

⁷⁵ Importante lembrar quanto à criação do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI), bem como a criação de uma Unidade de Inteligência Financeira (UIF) constou de uma de suas recomendações: “A necessidade de proteção das economias frente à ocultação e reinserção de ativos provenientes de práticas criminosas também resultou, em 1989, na criação do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI). O GAFI é um mecanismo inter-governamental gestado no âmbito do G7, sediado em Paris e atualmente é composto por 34 países membros, 2 organizações internacionais e mais de 15 observadores. Utiliza-se do princípio da “pressão dos pares” para verificar o nível de implementação das suas recomendações (mecanismo de avaliação mútua) e congrega membros entre Países desenvolvidos ou com influência regional. Possui presidência por mandato anual, tendo sido presidido pelo Brasil entre julho/2008 e junho/2009. O Brasil também atua no Grupo de Ação financeira para a América do Sul (GAFISUD), constituído em 2000 e com sede em Buenos Aires. Dentre as recomendações do GAFI, a de número 26 estatuiu que os países devem criar uma Unidade de Inteligência Financeira (UIF) que sirva como centro nacional para receber, analisar e transmitir declarações de operações suspeitas de constituírem lavagem de dinheiro ou financiamento do terrorismo” (PINAUD, 2015, p. 1712).

Por fim, cumpre ressaltar que não há justificativas para se alegar qualquer desrespeito aos direitos e garantias fundamentais dos acusados de referidos delitos, diante da necessidade de um enfrentamento eficaz a estes criminosos “do colarinho branco”, bem como diante do detalhamento, feito acima, de que a inversão do ônus se refere apenas à origem lícita ou ilícita dos bens, não abarcando a imputação realizada pelo órgão acusador.

Contudo, a despeito da previsão normativa existente referir-se apenas à inversão do ônus da prova quanto à origem (i)legal dos bens dos imputados, poder-se-ia aventar quanto à possibilidade de englobar também outros aspectos da atividade probatória envolvendo o crime organizado, diante da proibição da proteção deficiente, conforme será explanado a seguir.

4.5. Da possibilidade de inversão do ônus da prova face ao princípio da proibição da proteção insuficiente

Diante do acima exposto, considerando que a inversão do ônus da prova, relacionada aos crimes de lavagem de dinheiro, refere-se apenas à (i)licitude de bens constrictos, urge indagar, no bojo deste estudo, quanto à possibilidade de admissão de inversão do ônus de provar em outras hipóteses do processo criminal contemporâneo, sem descuidar do princípio do estado de inocência.

Isso porque, como já mencionado, as Convenções de Palermo e de Viena previram esta possibilidade de inverter o ônus de provar, na medida em que instituiu uma presunção de ilicitude de bens e valores relacionados aos crimes aventados, quando sobre eles recair uma constrição judicial ou possibilidade de confisco. Ainda, semelhante previsão consta do ordenamento jurídico brasileiro, na Lei de Lavagem de Bens e Capitais, como já ressaltado.

Contudo, considerando a relevância dos tratados e convenções internacionais, na profusão de medidas de enfrentamento ao crime organizado e suas práticas criminosas, importante compreender quanto à possibilidade da inversão do ônus da prova poder ser admitido pelo ordenamento jurídico brasileiro, em outras hipóteses excepcionais, notadamente em vista do princípio da proporcionalidade em seu viés de proibição da proteção deficiente.

De fato, conforme veremos, a segurança pública, como um direito fundamental, deve ser suficiente e integralmente tutelada, principalmente na esfera criminal, motivo pelo qual as normas penais e processuais penais podem e devem ofertar um instrumental condizente com o combate ao crime organizado.

Por esses motivos, indagando-se quanto ao objetivo primordial dos tratados e convenções internacionais, ao possibilitarem uma presunção de ilicitude, com o foco na efetividade processual, deve-se questionar a conveniência de o legislador ordinário brasileiro reproduzir este raciocínio na tutela dos bens jurídicos individuais e coletivos lesionados pelas organizações criminosas, conforme será visto abaixo.

4.5.1. Inversão do ônus da prova nas convenções internacionais

Como visto acima, o **artigo 4º, parágrafo 2º, da Lei nº 9.613/98**, previu a possibilidade de inversão do ônus da prova, mas apenas nas hipóteses de pedido de restituição de bens e valores gravados com medidas coercitivas patrimoniais. Referido dispositivo preceitua que

o juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

Também se explicou que esta Lei nº 9.613/1998 teve sua origem nas discussões ocorridas na **Convenção de Viena de 1998**, que da mesma forma apresenta previsão expressa quanto à inversão do ônus da prova, quanto à origem lícita de bens, no âmbito dos delitos de lavagem de dinheiro (**artigo 5, parágrafo 7, como citado acima**). Conforme preceitua o referido dispositivo,

cada Parte considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com respeito à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confisco, na medida em que isto seja compatível com os princípios de direito interno e com a natureza de seus procedimentos jurídicos e de outros procedimentos.

Ainda, como mencionado, a **Convenção de Palermo (art. 12, parágrafo 7)** também previu esta possibilidade de inverter o ônus da prova, instituindo uma presunção de ilicitude de bens e valores confiscados, desde que sejam relacionados ao produto do crime, lembrando que esta Convenção trata da criminalidade organizada (transnacional). Conforme previsto no referido regramento,

os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de confisco, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais.

Ou seja, na realidade os citados dispositivos criaram uma hipótese de “presunção de ilicitude” do proveito dos crimes de lavagem de dinheiro, tráfico de entorpecentes e organização criminosa, motivo pelo qual, nessas hipóteses, será possível inverter o ônus de provar, desde que envolvam uma situação de confisco de bens.

A partir da leitura destes dispositivos, notadamente as normativas internacionais, e considerando seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, considerando os mandados constitucionais implícitos de criminalização, indaga-se: seria possível aventar quanto à possibilidade de inversão do ônus da prova em outras situações envolvendo as organizações criminosas, diante do princípio da proibição da proteção insuficiente?

4.5.2. Tratados internacionais e mandados de criminalização

Nesse contexto de compreender os limites constitucionais de uma possível inversão do ônus da prova, no âmbito da criminalidade organizada, importante entender o papel dos tratados e convenções internacionais na orientação do legislador ordinário, diante dos mandados constitucionais de criminalização.

Isso porque, surge o questionamento sobre se os Tratados Internacionais firmados pelo Brasil no combate às organizações criminosas (e seus crimes correlatos, como a corrupção⁷⁶), podem ser compreendidos como mandados constitucionais implícitos de penalização, tendo em vista o disposto no artigo 5º, parágrafo 3º⁷⁷, da Constituição Federal de 1988 e em respeito ao princípio da proibição da proteção deficiente.

Cumprir lembrar que a partir da ratificação, pelo Brasil, de uma convenção internacional, além de tal normativa ser incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, se o tratado internacional tutelar direitos humanos e sua aprovação se der nos moldes do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal (conforme o procedimento das emendas constitucionais do art. 60

⁷⁶ No tocante ao combate à corrupção, cumpre mencionar 03 (três) documentos internacionais ratificados pelo Brasil: a **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida)**, assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003 e promulgada por meio do Decreto nº 5.687/2006; a **Convenção Interamericana contra a Corrupção (da Organização dos Estados Americanos - OEA)**, promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410/2002; e a **Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Organização para Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE)**, que foi ratificada e promulgada pelo Brasil pelo Decreto nº 3.678/2000, impulsionando estratégias como a Estratégia Nacional de Combate a Corrupção e a Lavagem de Dinheiro (ENCCLA).

⁷⁷ O artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal dispõe que: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

da Constituição Federal), apresentará *status* de emenda constitucional, gerando efeitos de mandado de criminalização (no caso de o tratado ou convenção internacional cuidar de matéria criminal).

Com feito, a gravidade de tais crimes pode culminar em evidente atentado aos direitos humanos⁷⁸, considerando que seus reflexos atingem não apenas o Estado, que acaba privado de maiores investimentos, que seriam destinados à população, que também sofre em decorrência dos delitos perpetrados por estes grupos criminosos altamente complexos.

De fato, o crime organizado atinge claramente bens jurídicos difusos, visto que causador de uma relevante danosidade social, estando inserido no contexto da criminalidade contemporânea, reflexo da globalização e da sociedade pós-moderna ou pós-industrial.

Os crimes de lavagem de dinheiro e de sonegação fiscal – costumeiramente praticados pelas organizações criminosas – também são compreendidos como condutas que atingem bens jurídicos supraindividuais, diante de sua evidente repercussão social e lesividade para o Estado.

Inclusive, o legislador brasileiro criminalizou algumas condutas, em respeito a mandamentos constitucionais explícitos e implícitos, a fim de tutelar bens jurídicos difusos, tais como ocorreu com os crimes contra as relações de consumo, os crimes contra a ordem tributária, os crimes contra a ordem econômica e os crimes contra o sistema financeiro.

Então, depreende-se a importância da tutela penal dos bens e interesses jurídicos transindividuais, haja vista que eventual lesão a estes interesses universais pode atingir toda a sociedade (ou um número indeterminado de pessoas), gerando danos catastróficos ou potencialmente irreversíveis.

Assim, serão mencionados os principais documentos no âmbito da Justiça Penal Internacional que se correlacionam ao tema em debate, com o fim de compreender seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro no que se refere ao ônus da prova nos casos envolvendo as organizações criminosas.

De início cumpre mencionar a já mencionada **Convenção de Palermo**. A Convenção de Palermo⁷⁹ apresentou como objetivo “promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional”, conforme disposto em seu artigo 1.

⁷⁸ Considerando, ainda, que no Brasil questiona-se se a atuação de algumas organizações criminosas – tais como o Primeiro Comando da Capital (PCC) – poderia ser vista como hipótese de “ato terrorista” no território brasileiro, fica ainda mais fácil compreender que o crime organizado gera graves violações aos direitos humanos. Em que pese não seja o foco deste trabalho, cumpre consignar que a Lei nº 13.260/2016 (Lei Antiterrorismo) acabou regulamentando o disposto no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo e tratando das disposições investigatórias e processuais das organizações terroristas.

⁷⁹ A Convenção de Palermo foi aberta à assinatura de todos os Estados entre 12 e 15 de dezembro de 2000, em Palermo (Itália) e posteriormente, na sede da Organização das Nações Unidas, em Nova Iorque, até 12 de Dezembro de 2002 (nos termos do artigo 36 da Convenção).

Como já apontado, a Convenção de Palermo, em seu artigo 12 (parágrafo 7), dispôs sobre a inversão do ônus de provar, ao estabelecer uma presunção de ilicitude de bens e valores auferidos pelo crime organizado:

Artigo 12

Confisco e apreensão

[...]

7. Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de confisco, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais.

A propósito, a Lei do Crime Organizado acabou cumprindo, finalmente, o mandato constitucional implícito de criminalização, oriundo da Convenção de Palermo da ONU, em decorrência do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, conforme será explanado no capítulo referente à criminalidade organizada.

De fato, em decorrência da Convenção de Palermo – notadamente seu artigo 5⁸⁰ –, a tipificação do crime de organização criminosa já constava de um mandato constitucional implícito, sendo que tal criminalização foi concretizada pela Lei do Crime Organizado.

Cumpra mencionar que o artigo 6 da Convenção de Palermo também dispôs sobre a “criminalização da lavagem do produto do crime”, posto que o crime de lavagem de bens e capitais é prática corrente das organizações criminosas, visto que este mecanismo de “lavagem” garante o proveito dos seus ganhos ilícitos. Com o mesmo intuito, o artigo 7 dispôs sobre

⁸⁰ O artigo 5 da Convenção de Palermo dispõe sobre a “criminalização da participação em um grupo criminoso organizado”, nos seguintes termos: “1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticado intencionalmente: a) Um dos atos seguintes, ou ambos, enquanto infrações penais distintas das que impliquem a tentativa ou a consumação da atividade criminosa: i) O entendimento com uma ou mais pessoas para a prática de uma infração grave, com uma intenção direta ou indiretamente relacionada com a obtenção de um benefício econômico ou outro benefício material e, quando assim prescrever o direito interno, envolvendo um ato praticado por um dos participantes para concretizar o que foi acordado ou envolvendo a participação de um grupo criminoso organizado; ii) A conduta de qualquer pessoa que, conhecendo a finalidade e a atividade criminosa geral de um grupo criminoso organizado, ou a sua intenção de cometer as infrações em questão, participe ativamente em: a. Atividades ilícitas do grupo criminoso organizado; b. Outras atividades do grupo criminoso organizado, sabendo que a sua participação contribuirá para a finalidade criminosa acima referida; b) O ato de organizar, dirigir, ajudar, incitar, facilitar ou aconselhar a prática de uma infração grave que envolva a participação de um grupo criminoso organizado. 2. O conhecimento, a intenção, a finalidade, a motivação ou o acordo a que se refere o parágrafo 1 do presente Artigo poderão inferir-se de circunstâncias factuais objetivas. 3. Os Estados Partes cujo direito interno condicione a incriminação pelas infrações referidas no inciso i) da alínea a) do parágrafo 1 do presente Artigo ao envolvimento de um grupo criminoso organizado diligenciarão no sentido de que o seu direito interno abranja todas as infrações graves que envolvam a participação de grupos criminosos organizados. Estes Estados Partes, assim como os Estados Partes cujo direito interno condicione a incriminação pelas infrações definidas no inciso i) da alínea a) do parágrafo 1 do presente Artigo à prática de um ato concertado, informarão deste fato o Secretário Geral da Organização das Nações Unidas, no momento da assinatura ou do depósito do seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão à presente Convenção”.

algumas medidas, a serem adotadas pelos Estados membros, para combater a lavagem de dinheiro.

Mas ainda precedentemente, a **Convenção de Viena** já havia tratado do **crime de lavagem de bens e capitais**, visto que o Brasil, tendo ratificado esta Convenção em 1991, em seguida promulgou a Lei nº 9.613/1998 (que dispôs sobre os crimes de “lavagem” de dinheiro).

Essa convenção internacional nasceu da preocupação com a crescente expansão do tráfico ilícito de entorpecentes, reconhecendo ainda o vínculo existente entre o tráfico de drogas e outras atividades criminosas organizadas, que ameaçam a estabilidade, segurança e soberania dos Estados, bem como permitem às organizações criminosas transnacionais corromper as estruturas da Administração Pública, atividades financeiras e a sociedade como um todo.

Como vimos acima, a Convenção de Viena tratou de forma expressa quanto à possibilidade de inversão do ônus de provar, no que se refere à licitude ou não de bens, em seu artigo 5, parágrafo 7, nos seguintes termos:

7 - cada Parte considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com respeito à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confisco, na medida em que isto seja compatível com os princípios de direito interno e com a natureza de seus procedimentos jurídicos e de outros procedimentos.

Por fim, cumpre mencionar o **Estatuto de Roma** do Tribunal Penal Internacional de Haia (feito em Roma, em 17 de julho de 1998, sendo promulgado no Brasil pelo Decreto nº 4.388/2002), o qual foi criado com o intuito de estabelecer uma jurisdição sobre pessoas que praticarem crimes de maior gravidade e com alcance internacional (crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão).

Como inicialmente mencionado no presente trabalho, a hipótese de “domínio por organização” é reconhecida como forma de autoria mediata, no Estatuto de Roma, em seu inciso 3 do artigo 25, que trata da “responsabilidade criminal individual” (cf. tópico 2.6).

A este propósito, cumpre mencionar as hipóteses de responsabilização criminal dos agentes, nos moldes preconizados pelo Estatuto de Roma, lembrando que sua atuação será complementar às jurisdições penais nacionais, inclusive independerá da responsabilidade dos Estados em sede de Direito Internacional:

Artigo 25

Responsabilidade Criminal Individual

1. De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas.
2. Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto.
3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem:

- a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável;
 - b) Ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa;
 - c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática;
 - d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso:
 - i) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou
 - ii) Com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime;
 - e) No caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática;
 - f) Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso.
4. O disposto no presente Estatuto sobre a responsabilidade criminal das pessoas físicas em nada afetará a responsabilidade do Estado, de acordo com o direito internacional.

Nesse ponto, cumpre notar que, pela observação das hipóteses elencadas pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, o conceito de autoria foi exposto de maneira bem abrangente, incluindo a participação de agente impunível ou não, nos casos de autoria mediata, bem como do agente que ordena, que instiga ou auxilia materialmente, até a incitação de crimes como genocídio, além da contribuição com grupos criminosos.

Desse modo, feitas estas considerações, cumpre compreender a importância destes **tratados e convenções internacionais**, à luz da teoria dos **mandados constitucionais de criminalização**, notadamente diante do disposto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988, conforme acima antecipado.

Isso porque os mandados constitucionais de criminalização são hipóteses, previstas na Constituição Federal, de atuação obrigatória do legislador ordinário, que deverá direcionar sua atividade legislativa para tutela penal de determinados bens jurídicos que demandam uma proteção especial.

Desse modo, a Constituição Federal brasileira dispõe sobre mandados explícitos e implícitos de penalização, podendo ser mencionados os seguintes dispositivos da Carta Magna que tratam acerca dos mandados expressos de criminalização:

Os mandados explícitos de criminalização contidos em nossa Constituição Federal são encontrados nos arts. 3, IV (discriminação decorrente de raça, sexo, cor, idade, etnia, religião ou origem); 5º, XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos) e XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático), e §3º (os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais); 7º, X

(retenção dolosa do salário dos trabalhadores); 227, §4º (abuso, violência e a exploração sexual de criança ou adolescente); 225 (condutas lesivas ao meio ambiente). (PONTE, 2016, p. 175-176).

Por sua vez, os mandados implícitos de criminalização, que não constam expressamente da Constituição Federal, devem ser obtidos pela valoração dos bens e interesses especialmente elencados no texto constitucional, geralmente relacionados à proteção dos direitos fundamentais.

Assim, ensina Ponte quanto aos mandados implícitos de penalização⁸¹, que demandam uma análise contextual da Constituição Federal brasileira:

Sob tal ótica, justifica-se o reconhecimento de um mandado implícito, quando o bem protegido ou que se busca proteção, apesar de afigurar-se como preponderante dentro da ordem constitucional, não contar com previsão expressa e tampouco com a consequente proteção normativa; caso esta já se encontre no ordenamento, afigure-se como débil, insuficiente ou ineficaz. Em regra, situações extremadas justificarão seu reconhecimento. (PONTE, 2016, p. 189).

Como exemplos de mandados implícitos de criminalização, pode ser mencionada a tutela da moralidade administrativa – diante da dignidade da pessoa humana, dos princípios da administração pública e da Convenção de Mérida⁸² (MORAES, 2014, p. 66) –, bem como o crime de corrupção eleitoral – em vista dos fundamentos e objetivos do Estado brasileiro (PONTE, 2016, p. 190-191).

Dessa feita, **quanto ao rol dos mandados de penalização, cumpre mencionar o papel das convenções e tratados internacionais, em vista do disposto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988 (nos termos da Emenda Constitucional nº 45/2004).**

Isso porque, conforme explica Ponte, o artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, trata de hipótese de mandado de criminalização ligado à observância dos tratados internacionais sobre direitos humanos firmados pelo Brasil:

A par dos mandados já analisados, o art. 5º, §3º, da Constituição Federal cuida de mandado de criminalização passível de constante mutação e de observância por parte da Comunidade Internacional, uma vez que ligado a absoluta observância dos direitos humanos. Com efeito, assumem a condição de emenda constitucional os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos firmados pelo Brasil, que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. (PONTE, 2016, p. 185).

⁸¹ Quanto aos mandados implícitos de criminalização, cumpre mencionar terem sido reconhecidos, de forma pioneira, em uma decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, no ano de 1975, conforme recorda Ponte: “O reconhecimento dos mandados implícitos de criminalização ocorreu pela primeira vez em 25 de fevereiro de 1975, por intermédio de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que reconheceu a inconstitucionalidade da disposição contida na reforma do Código Penal tedesco, que permitia a interrupção da gravidez nos três primeiros meses de gestação” (PONTE, 2016, p. 188).

⁸² A **Convenção de Mérida**, que trata da prevenção e criminalização dos atos corruptivos.

Ocorre que, a prática da corrupção – delito usualmente cometido no âmago das organizações criminosas – revela evidente desrespeito aos direitos humanos, posto que priva o Estado de investimentos em políticas públicas, resvalando na comunidade como um todo.

Em nosso artigo *Mandados de criminalização, Tratados Internacionais e enfrentamento à corrupção*, publicado pelo CONPEDI em 2021, mencionamos que, configurando os crimes de corrupção um claro atentado aos direitos humanos, o ordenamento jurídico brasileiro deve abarcar uma tutela penal suficiente, notadamente diante dos preceitos da Convenção de Mérida (PONTE; MARANGONI, 2021, p. 238).

Nesse diapasão, o mesmo raciocínio pode ser feito em relação ao crime de organização criminosa, que lesiona direitos e interesses transindividuais, com reflexos em diversas áreas da sociedade.

Desse modo, imperativo o atendimento aos mandados de penalização – especialmente os decorrentes dos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário -, em respeito ao princípio implícito da proporcionalidade (em sua vertente de proibição da proteção insuficiente), com vistas à efetiva tutela dos bens jurídicos atingidos.

4.5.3. Princípio da proporcionalidade e proibição da proteção deficiente, insuficiente ou subdimensionada

Em consequente, quanto ao direito fundamental à segurança pública, tratado no presente estudo como questão de fundo, cumpre citar Marques, ao destacar a relevância da tutela penal aos bens jurídicos essenciais: “Não podemos pensar só no réu e acusado e esquecer o que representa o crime como atentado à ordem jurídica, ao desassossego geral e à segurança da vida coletiva” (MARQUES, 2001, p. 62).

De fato, o renomado autor relembra o direito estatal de efetivar a tutela aos bens jurídicos penais, prestada à sociedade por meio do Direito Penal e da possibilidade de investigação ampla:

Se depois da prática de um fato delituoso, a Polícia Judiciária não pode investigar plenamente o crime, tendo para isso a liberdade de movimentos que tal função reclama, acabemos, não apenas com o inquérito, mas também com o próprio Código Penal. Para que catalogar crimes, prever sanções, falar em estado perigoso ou medidas de segurança, se o Estado não tem o direito de tornar efetiva a tutela que deve exercer sobre a sociedade através do Direito Penal? (MARQUES, 2001, p. 62).

Com efeito, depreende-se a necessidade de compreender a segurança pública como um direito humano fundamental, buscando-se tutelar a proteção penal suficiente dos bens jurídicos, individuais e coletivos, aspirando ao garantismo da segurança social.

Assim ressaltam Moraes e Nassar, quanto ao direito à segurança, dentre os direitos sociais:

Assim, como as garantias individuais fundamentais se prestam, no Estado Democrático a limitar os excessos do Estado, restringindo o arbítrio; os direitos sociais, dentre eles a segurança, configuram um norte para a relativização de direitos no contexto de uma criminalidade que atenta contra a própria ideia de Estado de Direito. (MORAES; NASSAR, 2019, p. 37).

Com efeito, a Constituição Federal brasileira prevê a segurança como direito fundamental, no *caput* do seu artigo 5º, sendo que em diversos outros dispositivos constitucionais o direito à segurança pública é vislumbrado, conforme destaca Baltazar Júnior:

Na CRFB de 1988, a segurança é reconhecida como direito fundamental no *caput* do art. 5º, inserido, a propósito, no capítulo que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos. O legislador constituinte voltou ao tema ao apontar, em seu art. 144, a segurança pública como dever do Estado e direito e responsabilidade de todos (art. 144), seguindo na tradição dos textos constitucionais anteriores, que consagravam, sem exceção, um direito à segurança.

Na CRFB, tal dever de proteção pode ser vislumbrado, ainda, na proteção de próprio direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade (CRFB, art. 5º). Como se não bastasse, a CRFB também aponta no sentido da existência de uma proteção constitucional da segurança pública, ao cominar à União a competência para executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras, bem como para legislar em matéria penal e processual (art. 22, I). Um dever de zelar pela segurança pode ser extraído, também, da competência concorrente para legislar sobre direito penitenciário (art. 24, I) e sobre a organização das polícias civis (art. 24, XVI), uma vez admitido que a distribuição de competências impõe deveres ao Estado. Por fim, o inc. III do art. 34 da CRFB aponta como uma das hipóteses de intervenção federal a ação destinada a “pôr termo a grave comprometimento da ordem pública”. (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 195).

E no intuito de tutelar integral e amplamente os bens jurídicos fundamentais, dentre eles a segurança pública, deve-se ter em mente o princípio da proporcionalidade, e sua vertente da proibição da proteção deficiente, insuficiente e subdimensionada.

Isso porque, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a proteção penal, voltando-se essencialmente para os bens jurídicos fundamentais, “implica reconhecer que a tutela penal deve dar *suficiente proteção* a esses bens-valores fundamentais, na sua concreta conformação ditada pelo ordenamento constitucional; pena de ineficácia da Constituição e ilegitimidade da lei ordinária” (MACHADO, 2008, p. 58).

Nesse aspecto, cumpre lembrar que o princípio da proporcionalidade (que teve origem alemã), apresenta duas vertentes: a proibição de excesso (*Übermassverbot*) e a proibição da proteção deficiente, insuficiente ou subdimensionada (*Untermassverbot*), motivo pelo qual se

fala em “dupla face da proporcionalidade”, considerando que a resposta estatal não pode ser excessiva, mas também não pode ser deficitária.

De fato, há tempos o Supremo Tribunal Federal já admitiu o chamado “garantismo positivo”, que veda a proteção penal insuficiente, em contraponto ao conhecido “garantismo negativo”, relacionado à proteção contra os excessos estatais:

Atente-se, neste passo, para o fato de que, em aresto do Pleno recém-publicado (RE 418.376-5/MS, DJU 23.03.2007, pp. 0072), o Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente essa faceta garantista positiva da tutela penal do Estado, acolhendo, também, a possibilidade de controle de constitucionalidade da lei penal, por violação à proibição de proteção insuficiente. (MACHADO, 2008, p. 83).

Inclusive, este reconhecimento do “garantismo positivo”, consubstanciado por meio da proibição de proteção insuficiente, no âmbito penal, levantará questões relacionadas a eventual confronto entre direitos e garantias fundamentais, a partir da possível relativização, harmonização ou adequação deles (MACHADO, 2008, p. 85).

Quanto a esta chamada “dupla face” dos direitos fundamentais, também ressalta Turessi:

Dessa forma, usualmente empregados como limites a atuação do poder punitivo do Estado, os direitos fundamentais, ao conterem uma dupla face, também devem representar imperativos de tutela. Compete ao próprio estado, pois, assumir postura proativa e, assim, assegurar, frente a ameaças de terceiros, inclusive particulares intervenção máxima para a efetividade das garantias individuais. Essa leitura constitucional do Direito Penal reclama, em um estado social e democrático de direito, em última análise, a necessidade de sua intervenção para a salvaguarda de direitos fundamentais. (TURESSI, 2013, p. 241).

Assim, o princípio da proporcionalidade não se aplica tão-somente nas hipóteses de necessária limitação ao arbítrio estatal, mas também deve ser observada na eventual ausência ou insuficiência de tutela a determinados bens jurídicos.

Nesse sentido explica Gonçalves, sobre o princípio da proporcionalidade em suas vertentes de proibição de excesso e proibição da proteção insuficiente ou subdimensionada:

Como leciona Sarlet (2003, p. 86): “A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros [...]”.

Assim, a proporcionalidade da atuação estatal na defesa de direitos fundamentais deve ser sindicada não apenas para evitar medidas gravosas e evitáveis – a proibição do excesso, *Übermassverbot* – mas, também, no sentido de proibir a proteção subdimensionada ou insuficiente *Untermassverbot*. (GONÇALVES, 2007, p. 57).

No mesmo diapasão afirma Machado, quanto às proibições de excesso e de proteção insuficiente:

Mas, consigne-se, desde já, que conformar as *garantias penais* (nas quais se consubstanciam, essencialmente, as *proibições de excesso* impostas ao Estado) como

acima referido, importa reconhecer que, em relação à tutela penal no Estado Democrático de Direito, as proibições não se reduzem às de excesso, contemplando, igualmente, *proibições de proteção insuficiente*. (MACHADO, 2008, p. 58).

Ainda sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade na viabilidade das garantias constitucionais, dentre elas o devido processo penal, destaca Moura:

Tem-se que a utilização do princípio da proporcionalidade, proibindo-se o excesso e evitando a proteção jurídica deficiente, apresenta-se como mecanismo útil e adequado para viabilizar a potencial incidência das garantias constitucionais da isonomia, do devido processo penal, permitindo em *ultima ratio* que vicejem os principais direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito. (MOURA, 2017, p. 83).

Ademais, esta análise da proporcionalidade ganha maior relevo no âmbito do processo penal, a fim de serem resguardados direitos fundamentais além dos individuais, conforme lembra Turessi:

Sem perder o nosso foco, identifica-se que é justamente na relação processual penal que a tensão existente entre a liberdade do cidadão e o poder punitivo do Estado ganha maiores embates. E justamente nela que lidamos com a colisão de princípios e com a necessidade da ponderação. E nela, em síntese, que direitos individuais podem e devem ser restringidos para que se garanta a efetiva implementação de outros bens e valores fundamentais igualmente previstos no texto constitucional. (TURESSI, 2013, p. 242).

Assim, voltando ao questionamento feito em tópico precedente, denota-se a possibilidade (ou conveniência) de que a inversão do ônus da prova seja considerada e discutida não apenas para os casos de bens apreendidos, mas também para a responsabilização de membros de organizações criminosas que se transformam em verdadeiros agentes “intocáveis”, principalmente considerando o princípio da proibição da proteção insuficiente.

5. TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO E ÔNUS DA PROVA

Conforme anteriormente mencionado no Capítulo 2 (tópico 2.6), em consonância como se deu a construção dogmática sobre a “teoria do domínio do fato”, desenvolveu-se a “teoria do domínio da organização” – utilizada no enfrentamento de organizações criminosas e empresariais, notadamente em casos de corrupção, visto que consegue justificar a responsabilização criminal de líderes e dirigentes de empresas e corporações.

Como vimos, no contexto da teoria do domínio do fato, idealizada por Claus Roxin, podem ser mencionadas as hipóteses de “domínio da ação” (hipótese de autoria imediata), “domínio da vontade” (caso de autoria mediata, como no caso do “homem de trás”) e “domínio funcional do fato” (na hipótese de coautoria, quando há divisão de tarefas na execução do delito e a conduta de cada indivíduo se mostra essencial à realização do fato típico).

Ainda, como uma das hipóteses de “domínio da vontade”, Claus Roxin desenvolveu a construção dogmática do “domínio da organização”, como assevera Lemos Júnior (2012, p. 121):

Como já assinalamos, a partir da teoria do domínio do fato, Roxin, em 1963, no seu monumental *Täterschaft*, desenvolveu três vertentes diferentes dentro da mesma constelação: *domínio do fato por ação* (referente ao autor imediato), *domínio do fato funcional* (ao co-autor) e *domínio por vontade* (ao autor mediato). Desta última manifestação, o penalista alemão desenvolveu o domínio por *erro*, por *coação* e por *organização*, sendo que nos ocuparemos, doravante, desta última forma de domínio.

Dessa feita, a “teoria do domínio da organização” apresenta-se como uma subespécie do “domínio da vontade”, posto que esta trata da autoria mediata, utilizada na responsabilização do “homem de trás”, hipótese observada no âmbito das organizações criminosas.

Isso porque, na estrutura hierárquica de uma organização criminosa, o executor do delito apenas cumpre as ordens de seus líderes, apresentando-se como instrumento ou elemento “fungível”, não afetando o domínio do fato pelo “homem de trás”, mesmo quando age dolosamente:

Na verdade, segundo Roxin, existem “organizações” ou “centros organizados de poder” que, estruturados hierarquicamente e dotados de uma forte disciplina interna, assumem um modo de funcionamento quase “automático” e, nessa medida, adquirem a natureza de meros “instrumentos” que reagem de forma mecânica às ordens ou instruções dos seus chefes. Dada a grande disponibilidade de meios de tais organizações, o concreto executor do crime apresenta-se, por isso, como um elemento *fungível*, que, mesmo quando atue com culpabilidade dolosa, em nada afeta o domínio-do-fato do homem-de-trás. (DIAS, 1999, p. 365).

Desse modo, em vista da relevância das determinações dos chefes do grupo criminoso, para a prática dos ilícitos, executados por seus integrantes, de forma mecânica e seguindo as suas instruções, o “domínio da organização” apresenta-se como forma de “domínio da vontade”, aplicando-se os fundamentos da autoria mediata:

Por outras palavras, a organização revela-se como uma “unidade funcional” com vida própria, independente dos concretos indivíduos que a compõem. Devido à rigorosa disciplina interna, consubstancia um instrumento ao serviço das decisões tomadas pelas instâncias de cúpula. O domínio-da-organização constitui, por conseguinte, uma forma de domínio-da-vontade que, indiferente à atitude subjetivo-psicológica do específico executor, não se confunde com o domínio-do-erro ou com o domínio-da-coação, integrando um fundamento autônomo da autoria mediata (DIAS, 1999, p. 366).

Interessante notar que, em que pese, na teoria do domínio da organização, o executor apenas realize a ordem emanada de seu chefe, não se está aqui falando das hipóteses da utilização de agente inimputável, ou mesmo dos casos de erro ou coação⁸³, mas de forma diferenciada de autoria mediata, com o fim de responsabilizar adequadamente seus integrantes.

Isso porque, conforme mencionado, o domínio do fato, observado pela vertente do “domínio da vontade”, pode se dar em três modalidades: por erro, por coação ou em virtude de “estruturas organizadas de poder” (“domínio da organização”).

De fato, Roxin apresentou, em 1963, a sua doutrina do “domínio da vontade em virtude de estruturas organizadas de poder”, baseada na “teoria do domínio do fato”, conforme lembra Ambos (2002, p. 43).

Observa-se, portanto, que o domínio da organização será reconhecido nas hipóteses em que o autor imediato (executor do fato típico) não tiver incorrido em erro, tampouco tiver sido coagido, ou seja, tiver atuado com consciência, vontade e responsabilidade na perpetração do delito⁸⁴.

Cumprido lembrar que esta última forma de “domínio pela vontade”, Roxin chamou de “domínio por organização”, observada na hipótese de autores mediatos que dão ordens a

⁸³ Inclusive, nas hipóteses em que o agente executor age por erro ou coação, não poderá ser responsabilizado, diante da ausência de dolo e falta do domínio do risco produzido: “Neste grupo de casos concentra-se um tratamento *tradicional* da autoria mediata, sendo – praticamente – incontroversa sua caracterização nas situações em que o instrumento de execução age sem dolo, movido por erro ou coação, exercida pelo homem de trás. Nestas hipóteses, dentro da perspectiva da imputação objetiva, o autor imediato, por faltar-lhe o dolo e não dominar o risco, não pode ser responsável pelo perigo causado ao bem jurídico, porquanto o autor mediato é quem assume a decisão autônoma frente ao perigo e, assim, deve ser considerado o único responsável” (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 128).

⁸⁴ Lemos Júnior (2012, p. 131) exemplifica esta situação com o “caso Staschynski”, no qual “aludido agente secreto, ao assassinar exilados políticos por ordem de autoridades superiores da KGB, não agia sob coação irresistível e, tampouco, estava imbuído em erro, não obstante ter sido considerado cúmplice pelo BGH, o que, repita-se, evidencia a incapacidade das categorias comuns – e da teoria do *animus auctories* – para a solução desses casos”

peças subordinadas (para a prática de fatos típicos puníveis), em aparatos que funcionam de forma “automática”, independente dos executores, que são “intercambiáveis” (característica da fungibilidade dos agentes executores), sendo que seu chefe ou superior pode nem sequer conhecê-los (AMBOS, 2002, p. 46).

Assim, para a teoria do domínio da organização ser aplicada às organizações criminosas, Claus Roxin indicou a necessidade de preenchimento de três pressupostos: tratar-se de um grupo organizado e hierarquicamente estruturado; fungibilidade dos agentes executores das ordens emanadas por seus líderes; e possuir o grupo criminoso a finalidade da prática delitiva.

Nesse sentido, lembra Dias, que o domínio da organização não se aplica a todo crime organizado, mas apenas às hipóteses delitivas que apresentarem estas características:

Com o exposto não se pretende afirmar que o domínio-da-organização se possa aplicar a todo o âmbito do crime organizado. Logo na sua primeira formulação, Roxin fazia depender o funcionamento daquela categoria da circunstância de se acharem preenchidos três requisitos: 1) tratar-se de um aparelho organizado de poder, com uma estrutura hierarquizada rígida; 2) verificar-se uma efetiva fungibilidade do autor imediato, o que implica possuir a organização em causa uma certa dimensão, e, 3) por fim, haver-se o aparelho de poder desligado da ordem jurídica, optando, como um todo, pela via criminosa. (DIAS, 1999, p. 366).

Interessante notar a importância destacada à característica da fungibilidade do executor direto, visto que, situando-se em uma posição hierárquica inferior, poderá ser fácil e rapidamente substituído por outro agente, como uma verdadeira peça de um mecanismo, de modo que esta engrenagem (aparelho de poder) funciona de forma ininterrupta.

Inclusive esta é uma importante informação na diferenciação entre autoria mediata e instigação, posto que o executor direto, sendo fungível, verdadeira “peça anônima e sem importância”, diferencia-se do papel exercido pelo instigado (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 133-134).

Na jurisprudência dos tribunais alemães, encontra-se referência ao “homem que está por trás das ações”, que tendo o domínio do fato, será considerado autor mediato – e isto, tanto “nas estruturas de organização de caráter estatal, empresarial ou próximas a um negócio, assim como no caso de hierarquias de comando” (AMBOS, 2002, p. 44).

Dessa maneira, a teoria do domínio da organização apresenta-se importante recurso para a responsabilização coerente dos principais envolvidos em uma ação criminosa, visto que a dogmática tradicional poderia não alcançar, com suas formulações, a definição de autoria (mediata) condizente com a gravidade da conduta praticada.

Assim, representando uma relevante construção dogmática, a teoria do domínio da organização, como uma das manifestações da teoria do domínio do fato, também deve ser

reconhecida e aplicada no contexto do ordenamento jurídico brasileiro (MORAES; NASSAR, 2019, p. 26-27).

De fato, reconhece-se a compatibilidade da teoria do domínio do fato, com o ordenamento jurídico brasileiro, bem como sua adequação para responsabilizar criminalmente os líderes das organizações criminosas, que não aparecem na cena do delito:

*A teoria do domínio do fato, compatível e coerente com nosso ordenamento jurídico, desenvolvida na doutrina de Claus Roxin para resolver a difícil *responsabilidade criminal dos chefes dos aparelhos organizados de poder* na Alemanha, deve ser invocada para resolver os complexos casos cometidos por organizações criminosas. Embora antiga, a teoria vem sendo pouco manejada para atingir o *autor de escritório*, que não comparece na cena do crime, mas detém domínio tranquilo de sua execução. (LEMOS JÚNIOR; OLIVEIRA, 2014, p. 96-97).*

Dessa forma, para a verificação da existência dos requisitos autorizadores da aplicação da teoria do domínio da organização, apresenta-se imprescindível analisar a dinâmica do ônus da prova e suas implicações nessa seara, a fim de possibilitar-se a imputação do delito, em consonância com as garantias constitucionais do devido processo legal.

5.1. Ônus da prova e domínio do fato

Para fins de responsabilidade criminal, notadamente do autor mediato, de grande relevo compreendermos a dinâmica do ônus da prova, quando tratar-se de hipótese de aplicação da teoria do domínio do fato – notadamente na vertente do domínio da organização.

De início, cumpre observar que a teoria do domínio do fato, assim como toda teoria jurídica, notadamente no âmbito da dogmática penal, interfere em “alguns requisitos que eventualmente devem ser objeto da produção probatória” (LEITE, 2014, p. 14-15).

Contudo, importante notar que nenhuma dogmática deve ser aplicada, na solução de uma demanda, sem o necessário conjunto probatório suficiente ao édito condenatório, de modo que teoria nenhuma irá “salvar” uma pretensão que não tenha embasamento em provas.

Ou seja, mesmo adotando-se a teoria do domínio do fato, “quem seria absolvido por ausência de provas sem ela, deve ser absolvido com ela” (LEITE, 2014, p. 15)⁸⁵.

⁸⁵ Inclusive uma das críticas à utilização da teoria do domínio do fato no “caso do Mensalão” (Ação Penal nº 470), relaciona-se ao fato de que teria sido utilizada para fundamentar a autoria de agentes de altos cargos do governo, que ostentavam especial posição hierárquica, surgindo a desconfiança de que o recurso a esta teoria teria servido para “suplementar ausência de provas” (LEITE, 2014, p. 16). Assim, Leite (2014, p. 18) afirmou que alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, no “caso do Mensalão”, teriam criado uma “teoria do domínio da posição”, equivocadamente anunciando tratar-se da teoria do domínio do fato.

Isso porque, a teoria do domínio do fato deve “transformar” em autor, um agente que seria, em tese, considerado partícipe, mas nunca “transformar” eventual agente que seria absolvido, em um possível condenado:

Não há o que temer, especialmente na medida em que, diante de um Código cuja letra não distingue entre autor e partícipe, a teoria do domínio do fato pode apenas atuar como limitadora - transformando, em regra, o "concorrente" em partícipe em sentido estrito ou, no máximo, transformando em autor em sentido técnico quem já seria de todo modo "concorrente" - e não como fundamentadora – transformando absolvido em condenado - da responsabilidade penal (LEITE, 2014, p. 18).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 169.535/Rio Grande do Sul, em sessão virtual de 07 a 13 de fevereiro de 2020, ressaltou que

a narrativa que adota a 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’ não é admitida pela jurisprudência desta Suprema Corte (AP 975/AL⁸⁶ e AP 987/MG⁸⁷, ambas de relatoria do Ministro Edson Fachin). (Grifos nossos).

⁸⁶ “PENAL. PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL. APELAÇÃO. EX-GOVERNADOR. ATUAL DEPUTADO FEDERAL. DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. CONFORMIDADE COM O ART. 41 DO CPP. CONDENAÇÃO POR FATOS NÃO NARRADOS NA EXORDIAL ACUSATÓRIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. RECONHECIMENTO DE NULIDADE ABSOLUTA, QUE SE IMPÕE. MATÉRIA DE MÉRITO. CRIME DE DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO, LOCUPLETAMENTO ILÍCITO DECORRENTE DE DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO E PECULATO DESVIO. CONSTATAÇÃO DE SOBREPÊÇO E DIVERGÊNCIA DE QUANTITATIVOS. MATERIALIDADE COMPROVADA. AUTORIA NÃO DEMONSTRADA. PROVA DOCUMENTAL INSUFICIENTE. **TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. INAPLICABILIDADE. A MERA POSIÇÃO DE UM AGENTE NA ESCALA HIERÁRQUICA É INSUFICIENTE PARA, DE FORMA ISOLADA, COMPROVAR A AUTORIA DELITIVA.** ABSOLVIÇÃO. 1. 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 desconformidade 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)” (AP 975/AL, Rel. Min. Edson Fachin) (grifos nossos).

⁸⁷ “PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. CRIMES AMBIENTAIS E DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. DEPUTADO FEDERAL. 1. CRIME PREVISTO NO ART. 46 DA LEI 9.605/1998. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. CAUSA INTERRUPTIVA DA PRESCRIÇÃO PELO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. 2. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299 DO CP). MATERIALIDADE DELITIVA. COMPROVADA. AUTORIA DELITIVA. NÃO DEMONSTRADA. **TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. INAPLICABILIDADE. CARGO DE DIREÇÃO OCUPADO É**

Com efeito, em outro caso a aplicação da teoria do domínio do fato também foi considerada ilegal, considerando que não houve nenhuma comprovação de ato praticado pelo paciente, “sendo a conduta imputada a servidor a ele subordinado” (p. 9 do Agr. Reg. no *Habeas Corpus* 169.535/Rio Grande do Sul). Isso porque, uma das acusações referia-se ao crime de concussão (artigo 316 do Código Penal), imputando-se aos réus a coação de servidores comissionados da Assembleia Legislativa, para aquisição de convites, no valor de R\$ 2.500,00, para jantar promovido em favor da campanha eleitoral do paciente, sob pena de serem dispensados das funções gratificadas que ocupavam.

Contudo, cumpre mencionar o teor do voto vencido, do Ministro Edson Fachin, que considerou **acertada a adoção da teoria do domínio do fato**, considerando a existência de **prova suficiente para a condenação**:

“6. Outrossim, há de se observar, mais uma vez, haver deixado claro a Corte regional eleitoral **ter sido coletado prova robusta, e substancialmente o bastante a um édito condenatório pela prática do crime de concussão, de que o paciente e seu corréu estavam ligados subjetivamente, é dizer, tinham liame subjetivo**, na exigência de que servidores adquirissem os famigerados ingressos, para fomentar a campanha do paciente à reeleição estadual, sob pena de serem dispensados de suas funções, **não sendo crível a tese sustentada pela defesa de que o corréu teria agido sem a anuência ou sob reproche do ora paciente.**

Por simples olhar sobre os atos judiciais proferidos pelas instâncias ordinárias, é possível constatar que **a atuação do paciente passa ao largo do desconhecimento ou da mera imputação por superior hierarquia.** Ao revés: encontra-se assentada na sua possibilidade real de interromper ou permitir a continuidade da ação delitativa ofensiva ao bem jurídico tutelado pela norma penal em questão. **Não há, pois, que se falar em erro na aplicação da teoria do domínio do fato.**

7. Assim, por todo o exposto, rogando as mais respeitadas vênias ao eminente Relator, dou provimento ao agravo regimental, para que seja denegada a ordem. É como voto.” (p. 06-07 do HC 169535 AgR/RS). (Grifos nossos).

INSUFICIENTE PARA, UNICAMENTE, COMPROVAR A AUTORIA DELITIVA. RESPONSABILIDADE QUE NÃO PODE SER PRESUMIDA. VEDAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. AUSÊNCIA DE SUBSTRATO PROBATÓRIO. PRECEDENTES. 3. CRIME DO ART. 69 DA LEI 9.605/1998. AUSÊNCIA DE PROVA DO RÉU TER CONCORRIDO PARA A INFRAÇÃO PENAL. ABSOLVIÇÃO. 1. Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva quanto ao crime descrito no art. 46 da lei 9.605/1998, tendo em vista que a causa interruptiva da prescrição ocorreu com o recebimento da denúncia, e desde então, não incidiram outras causas interruptivas ou suspensivas. 2. A teoria do domínio do fato não tem lugar para colmatar a falta de substrato probatório da autoria delitiva. Precedentes AP 975/AL e AP 898/SC. 3. No crime de falsidade ideológica, a conduta comissiva do tipo penal imputado não pode ser presumida, unicamente, pelo cargo de direção ocupado na época dos fatos, pois a *contrario sensu* estar-se-ia autorizar a aplicação da vedada responsabilidade penal objetiva. 4. O quadro processual revela a insubsistência de prova de manobra ou de conduta precedente ou posterior do denunciado, que, na condição de diretor geral, causasse óbices ou dificuldades na atuação dos agentes responsáveis pela fiscalização no trato de questões ambientais. 5. Absolvção por ausência de provas de que o réu tenha concorrido para a prática dos crimes previstos nos arts. 299 do CP e 69 da Lei 9.605/1998, por força do art. 386, V, do CPP” (AP 987/MG, Rel. Min. Edson Fachin) (grifos nossos).

Inclusive, no julgamento do “caso do Mensalão” (Ação Penal nº 470), muito se ressaltou quanto à **necessidade de compatibilidade da teoria do domínio do fato com os princípios constitucionais**, especialmente o **princípio do estado de inocência**:

Durante o julgamento da APn 470, houve uma série de manifestações a respeito da compatibilidade da teoria do domínio do fato com o *princípio constitucional da inocência*, como se lê, por exemplo, no voto do Min. Celso de Mello (f. 56.819 e ss.): “cabendo enfatizar, ainda, por necessário, que essa concepção doutrinária não se coloca em relação de antagonismo com o direito penal da culpabilidade nem elide, porque inadmissível, a presunção constitucional de inocência, inerente ao nosso modelo constitucional. Cabe insistir na observação de que a mera invocação da teoria do domínio do fato não basta, só por si, para exonerar o Ministério Público do gravíssimo ônus de comprovar, para além de qualquer dúvida razoável, e sempre com apoio em prova idônea, lícitamente produzida sob a égide do contraditório, a culpabilidade do réu, pois - nunca é demais reafirmá-lo - o princípio do estado de inocência, em nosso ordenamento jurídico, qualifica-se, constitucionalmente, como insuprimível direito fundamental de qualquer pessoa, que jamais se presumirá culpada em face de acusação penal contra ela formulada, tal como esta Suprema Corte tem sempre proclamado” (LEITE, 2014, p. 15).

Nesse diapasão e ainda quanto ao julgamento do “Mensalão”, em artigo publicado no jornal O Estado de São Paulo, Miguel Reale Júnior discorreu sobre a teoria do domínio do fato e o ônus da prova, alegando cumprir à acusação provar o fato imputado, e não ter a defesa a incumbência de provar a sua não ocorrência⁸⁸.

Ocorre que, quanto ao possível temor de utilização desarrazoada da teoria do domínio da organização, em sua aplicação aos casos concretos, cumpre lembrar que as garantias constitucionais deverão sempre ser observadas no desenvolvimento do processo penal.

Nesse sentido adverte Dias (1999, p. 367): “Por fim, na parte em que tais requisitos terão de se provar em concreto, o regime do processo penal – nomeadamente, o princípio *in dubio pro reo* – constitui garantia suficiente contra alargamentos abusivos da figura da autoria mediata”.

Desse modo, considerando não ser toda manifestação de crime organizado que terá a aplicação da “teoria do domínio da organização”, deve-se analisar, se **no caso concreto**, diante das provas constantes dos autos, são observados os elementos da “estrutura organizativa rígida, fungibilidade e atuação à margem do direito” (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 149).

⁸⁸ Cf. publicado pelo Grupo de Pesquisa Prof. Medina, em 3 de dezembro de 2012. Disponível em: <<https://professormedina.com/2012/12/03/teoria-do-dominio-do-fato-e-do-onus-da-prova/>>. Acesso em: 6 de junho de 2023. Na referida postagem, defendeu-se que o julgamento do “Mensalão” se apoiou em robusta produção probatória: “A teoria do domínio do fato de modo algum dispensa, para o reconhecimento da condição de coautor, a produção de provas acerca dessa posição objetiva de realizar uma colaboração necessária e a possibilidade de intervir no processo executório. No julgamento pelo Supremo não houve nenhuma menção de, em razão da teoria do domínio do fato, ser desnecessária prova da colaboração efetuada pelos integrantes do núcleo político. Houve, nesse sentido, referência explícita a provas diretas testemunhais, além da menção de provas indiciárias.”

Assim, estes requisitos deverão ser observados e comprovados, caso a caso, para a aplicação da teoria do domínio da organização:

Assim, caso a caso, devem ser verificados: a fungibilidade do executor material; o mecanismo de funcionamento da organização; se há uma efetiva estrutura hierárquica consolidada, especialmente se se trata de organizações criminosas em sentido estrito; se suas atividades operam à margem da lei como um todo ou não; se aqueles que se situam em posição intermediária têm poder de decisão; se estamos diante de uma organização empresarial e dos crimes de empresas. (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 191).

Com efeito, para a correta adoção da teoria do domínio da organização, deverá analisado, no caso concreto, se uma determinada organização opera com estrutura hierarquizada, tendo objetivos à margem da lei, sendo que o executor direto é fungível (substituível) e o autor mediato (líder ou detentor de cargo superior) tem poder de comando.

Dessa forma, para a imputação do chefe da organização criminosa, como autor mediato, deverá ser comprovado o “domínio por organização” de referido superior, seu poder de decisão e de mando, na hipótese de execução do fato por outrem.

De fato, a teoria poderá ser utilizada se comprovar-se que o superior hierárquico domina determinada estrutura organizacional (tem poder de mando ou de comando), de modo a falar-se em “domínio por organização do superior”:

De um ponto de vista geral, é necessário refletir e questionar as regras tradicionais do direito penal individual nas hipóteses de execução do fato por parte de outro no contexto de condutas da macrocriminalidade. A circunstância de o superior – a diferença dos casos “normais” de autoria mediata – não dominar de modo direto, apenas (e tão-somente) indireto através da estrutura, conduz a uma responsabilidade em virtude de competência funcional (como “autor de gabinete”, emissor das ordens, planejador, autor intelectual etc.), dito brevemente: a uma responsabilidade com base em um *injusto de organização em lugar de um injusto individual*. Por conseguinte, para a imputação é decisivo que se prove o domínio por organização do superior. Sua autoria mediata termina só naquele ponto em que “faltam os pressupostos precisamente desse domínio por organização” (AMBOS, 2002, p. 56).

Isso porque, no âmbito dos crimes empresariais, por exemplo, “não significa que fazer parte de uma sociedade ou estar na estrutura diretiva da empresa importe em participação criminal. A teoria não transforma toda e qualquer participação diretiva em participação criminal, tampouco, em coautoria” (CALLEGARI, 2013, p. 112).

De fato, aos sócios ou diretores de uma determinada sociedade, não podem ser imputados crimes praticados no âmbito societário, apenas por figurarem formalmente no quadro societário ou no grupo diretivo, posto que será imprescindível demonstrar sua conduta determinante e de domínio sobre os executores fungíveis.

Inclusive, até mesmo a análise do “grau de dependência psíquica do instrumento” apresenta-se relevante, com a finalidade de responsabilizar ou não o “homem de trás” como

autor mediato, visto que, dependendo da intensidade, poderá ser considerado mero instigador, (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 130).

Assim, os requisitos para adoção da teoria do domínio da organização devem ser analisados caso a caso, com a cautela de não se taxar de autor mediato todo e qualquer agente intermediário na hierarquia do grupo criminoso:

Por isso, insistimos no cuidado que o aplicador do Direito deve ter com a incidência da *teoria do domínio da organização*, precisamente quanto a automática definição da autoria mediata aos diversos intermediários da cadeia hierárquica-piramidal de uma organização criminosa, porquanto cada caso concreto deve ser verificado à luz dos pressupostos da teoria. (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 283).

Dessa feita, para a aplicação da teoria do domínio da organização, a situação em concreto deve evidenciar a existência de um poder de decisão sobre os executores substituíveis (fungíveis) que compõem esta organização:

O domínio de organização sempre tem como pressuposto o domínio sobre uma organização, ou melhor, sobre um coletivo de executores substituíveis, e, com ele, também a concorrência de um domínio mediante essa organização. Esse domínio se acumula e se faz mais denso na medida em que se incrementa o poder de decisão e a disponibilidade de recursos pessoais. (AMBOS, 2002, p. 61).

A importância da análise em concreto pode ser observada nos exemplos da época do nazismo, julgados por Tribunais como Nuremberg, que avaliaram a conduta de generais e membros de direção durante a guerra, posto que, conforme o caso, uma assinatura em um documento, ou mesmo uma chamada telefônica, poderiam resultar em um homicídio (AMBOS, 2002, p. 61).

Desse modo, condutas que seriam naturalmente consideradas acessórias, passaram a ser valoradas de acordo com o resultado ordenado, como se percebe nos atos homicidas praticados durante o Holocausto, visto que uma determinação poderia passar por diversos agentes componentes de uma linha hierárquica, até ser recebida por seu executor.

Nesse aspecto, percebe-se que a distância entre o superior e o fato típico praticado pelo executor direto, é próprio da autoria mediata (AMBOS, 2002, p. 64).

Mas, conforme inicialmente ressaltado, no caso da criminalidade organizada, não se pode concluir, inicialmente e de modo genérico, quanto à ocorrência de hipótese de “domínio de organização”, devendo ser constatados, no caso em concreto, os pressupostos mencionados.

De fato, evidente a maior dificuldade de comprovação da responsabilidade penal de um líder de organização criminosa, por exemplo, visto que “o organizador e o verdadeiro responsável pelo delito está cada vez mais distante da lesão do bem jurídico e oculto no processo causal do acontecimento ilícito” (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 281).

Assim, apesar da teoria alargar a compreensão da atividade de autoria de um delito, necessário observar se, no âmbito de uma determinada estrutura organizada de poder, verifica-se a hipótese do domínio do fato, para então se poder falar na imputação criminal dos fatos.

Com efeito, imperativo a existência de **prova cabal** no que se refere ao domínio do fato, a fim de demonstrar-se que o agente tenha o “curso causal dos fatos em suas mãos”, não se apresentando suficiente a posição hierárquica de liderança dentro de um grupo criminoso:

É claro que a teoria do domínio do fato tem sido reiteradamente citada em diversos julgamentos quando se trata, principalmente, de crimes “empresariais”, isto é, aqueles que envolvem uma série de pessoas dentro de uma estrutura organizada de poder. De fato, ganhou força nos tribunais quando se analisava a participação criminal dos integrantes de uma empresa ou de uma sociedade, pois, segundo o entendimento de alguns intérpretes, alcançaria um maior número de possíveis coautores do delito. O problema é que nem sempre a prova foi clara no sentido de demonstrar o domínio final do fato, pois, em determinados casos, os sujeitos integravam a sociedade, mas, não tinham o curso causal dos fatos em suas mãos. De outro lado, também se prestou a teoria para incluir determinadas condutas na forma de coautoria quando os sujeitos eram tão somente integrantes de órgãos diretivos, ou, da própria sociedade, porém, sem que houvesse uma cristalina demonstração de que tivessem “as rédeas” da situação sob suas mãos. (CALLEGARI, 2013, p. 111-112).

Dessa feita, ao serem praticados crimes no âmbito de uma empresa ou sociedade, haverá necessidade de que as provas indiquem com clareza que os integrantes de referida “estrutura organizada de poder”, detinham não apenas uma função hierárquica superior, diretiva, mas também foram os responsáveis pela emanção da ordem e possuíam o domínio final dos fatos.

Assim sendo, com a finalidade de concluir pela configuração processual do domínio do fato, Mendroni indica quatro circunstâncias que podem ser aplicadas, na análise do material probatório:

Surgiria então a questão: Como configurar, na prática, a situação jurídica com seus pressupostos que permitam concluir sobre estas situações – do agente que detém o “domínio do fato?”

Pois bem, são basicamente quatro as circunstâncias que, bem aplicadas, nos permitem obter conclusões bastante seguras:

1. A configuração pela caracterização presumida;
2. A aplicação da “máxima de experiência”;
3. Utilização de medidas processuais penais investigativas;
4. A análise do contexto probatório – como um todo. (MENDRONI, 2013, p. 443-444).

Desse modo, o autor, ao mencionar a “configuração pela caracterização presumida”, ressalta a importância da prova indiciária, explicando a capacidade demonstrativa das provas “críticas” ou “indiretas”, que demandam um exercício interpretativo e de inferência lógica (MENDRONI, 2013, p. 444).

Ademais, quanto às “máximas de experiência”, Mendroni (2013, p. 444) lembra que na análise do conjunto probatório, o juiz deverá valer-se de procedimentos empíricos, a fim de

apreciar as situações relacionadas ao fato imputado, a fim de compreender circunstâncias que não estão aparentes, mas nas entrelinhas, como “informações ocultas”.

Já quanto às “medidas processuais penais investigativas”, o mesmo autor lembra que para a incriminação de uma organização criminosa, muitas vezes são utilizadas medidas mais constritivas, tais como as interceptações telefônica, a busca e apreensão, dentre outras:

3) A utilização de medidas processuais penais investigativas é imprescindível para a obtenção de provas e elementos de provas em casos que envolvem organizações criminosas, para que se obtenha material probatório suficiente em relação aos agentes que comandam e a forma como o fazem em uma organização criminosa. São muito eficientes, capazes de gerar provas diretas em relação a fatos que incriminam por si só. Nestes casos, são muitas vezes necessárias medidas como interceptações de comunicações, apreensão de documentos, agentes infiltrados, colaboração premiada etc. (MENDRONI, 2013, p. 444-445).

Por fim, na análise do contexto probatório, devem ser consideradas todas as provas e indícios aportados aos autos, juntamente com as circunstâncias acima mencionadas, em uma análise ampla e abrangente, exigindo-se “um maior esforço analítico-interpretativo de circunstâncias e condições, às vezes até abstratas ou subjetivas, para promover análises das provas” (MENDRONI, 2013, p. 445).

Desse modo, não apenas os procedimentos investigativos (incluindo eventuais medidas cautelares) serão essenciais no desvelamento de uma situação em que o agente detenha o domínio do fato, como também deverão ser consideradas as provas indiciárias, indiretas, incluindo as “máximas de experiência” na análise do conjunto probatório.

Isso porque, na busca pela verdade real, todos os elementos probatórios ou circunstâncias deverão ser analisados, incluindo indícios e provas indiretas, principalmente porque o autor mediato não será encontrado no local dos fatos (na “cena do crime”), sendo necessário um maior aprofundamento do contexto fático.

De fato, a ação do autor mediato, embora muitas vezes não deixe vestígios, deve ser comprovada de forma a restar demonstrado seu domínio do fato, a fim de que seja responsabilizado juntamente com os executores diretos:

Enfim, na análise da silenciosa e disfarçada conduta de mando imposta por quem detenha o domínio do fato, o “homem de trás”, ao seu comandado, com o peso da superioridade hierárquica; deve ser levado em conta que, apesar de raramente deixar vestígios, a sua ação de comando é perfeitamente dedutível através de elementos probatórios que provocam a segurança da sua ocorrência, merecendo punição, tanto quanto (ou mais) que os próprios executores da ação criminosa. Eliminando somente os executores, não se estanca a criminalidade organizada, já que eles podem ser e são facilmente substituídos. É preciso parar a fonte da criminalidade, de onde são distribuídas as ações criminosas (MENDRONI, 2013, p. 445).

Com efeito, apenas a responsabilização dos agentes executores de um grupo criminoso, não será suficiente para o enfrentamento eficaz dessa criminalidade organizada, visto que estas “peças” serão facilmente substituídas em um mecanismo que continuará em pleno funcionamento, realizando os mandos de seus líderes e auferindo proveitos da ilicitude.

Nesse sentido, diante da dificuldade de visualizar a conduta do “homem de trás”, responsável pela emissão da ordem, também configura um desafio a demonstração e análise do elemento subjetivo desse agente, motivo pelo qual aplica-se a “**teoria da cegueira deliberada**” e a incidência do **dolo eventual**:

Não raro a jurisprudência tem invocado a teoria da “cegueira deliberada” e a incidência do dolo eventual para possibilitar a adequação típica ao agente criminoso, que tem um envolvimento menos aparente e direto com os principais protagonistas do crime.

Não se trata de reinventar ou interpretar diferente a figura do dolo eventual, prescrito no artigo 18, inciso I, do Código Penal. Tampouco de se estabelecer uma maior eficiência à repressão penal. Mas sim de permitir, quando não houver expressa proibição na lei penal, sua incidência no quase intocável e blindado cenário construído pelos agentes que integram organizações criminosas, em especial, aqueles de “colarinho branco”, que, deliberadamente, sobretudo no contexto da lavagem de capitais, preferem fingir, ignorar sua ciência sobre um fato antecedente ilícito. (LEMOS JÚNIOR; OLIVEIRA, 2014, p. 93-94).

Isso porque, quando se trata da criminalidade organizada que atua no âmbito empresarial, nos delitos de “colarinho branco”, na maioria das vezes é praticamente impossível comprovar que houve dolo direto na conduta do “autor de escritório”, de modo que a consideração do dolo eventual se afigura possível, diante da importância de suas funções na estrutura organizacional, não sendo crível que não tivesse conhecimento dos fatos.

Por exemplo, considera-se o dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro, diante do “interesse recíproco de deliberada ignorância ou cegueira”, já que “o autor do crime antecedente não quer ter contra si uma testemunha e o lavador de dinheiro não pretende complicar-se ainda mais, o que justifica o aparente desconhecimento deste da origem ilícita dos bens recebidos” (LEMOS JÚNIOR; OLIVEIRA, 2014, p. 95-96).

Nesse aspecto, entende-se quanto à **prescindibilidade da prova do dolo**, em relação ao agente mediato não fungível, de quem emanou o comando para a prática delitiva, no caso de comprovado domínio da organização:

7. Se compreende que seria prescindível a prova do dolo na hipótese de domínio de organizações criminosas constituídas tão somente para a prática de crimes, desde que haja prova irrefutável: (i) da existência da organização; (ii) do efetivo comando do investigado ou processado e, pois, de seu caráter não fungível nos quadros da estrutura, ao contrário de outros membros subordinados; e (iii) prova suficiente da prática de um crime qualquer no contexto da organização criminoso, cabendo, na

hipótese, somente a inversão do ônus da prova em hipótese em que algum subordinado tenha agido à revelia do chefe da organização⁸⁹. (MORAES; NASSAR, 2019, p. 42).

Ainda, entendendo ser dispensável a prova do dolo (elemento subjetivo), para os líderes das organizações criminosas, desde que haja prova incontestada do seu efetivo comando, explicam Moraes e Nassar:

Aceitando-se a premissa de que os Estados, diante das novas formas de criminalidade, já apresentam explicitamente em seus respectivos ordenamentos diferentes políticas criminais legitimando, inclusive, uma legislação excepcional para a criminalidade organizada, é crucial a evolução dogmática do concurso de pessoas para os fins de se adotar a teoria do domínio da organização, prescindindo-se da prova do elemento subjetivo do tipo aos comandantes e chefes das organizações criminosas, quando patente a função de comando, a prova irrefutável da existência da organização ilícita e a prova cabal da prática de algum crime por subordinado (fungível) dentro da estrutura piramidal. (MORAES; NASSAR, 2019, p. 35).

Desse modo, a incorporação da teoria do domínio da organização, na dogmática do concurso de agentes, traria esta possibilidade, de desnecessidade de prova do dolo (direto) dos autores mediatos (ou “de escritório”), desde que inequivocamente comprovada a ordem criminosa emanada de um superior e executada por autor fungível, dentro da estrutura organizada de poder.

Isso porque, nestes casos de domínio da organização, haveria uma “**presunção de dolo**”, operando-se uma possível **inversão do ônus da prova**, de modo que caberia à defesa comprovar que o comando delitivo não se originou do cargo assumido pelo imputado:

Caso a acusação demonstre que existe um cargo de comando que filtra e autoriza as ações criminosas de seus inferiores hierárquicos; que estas ações são ligadas ao funcionamento e finalidades da estrutura; e que determinado indivíduo, no caso o réu, ocupa esse cargo, forçoso concluir que há substrato lógico suficiente para que se opere o fenômeno jurídico da inversão do ônus da prova, devendo a própria defesa demonstrar que aquele comando apontado da denúncia não emanou do cargo que, comprovadamente, é ocupado pelo acusado.

Patente que essa análise não implica em uma mera responsabilização objetiva, porquanto a acusação denuncia com base nas provas cabais existentes do funcionamento da organização, que, por sua configuração diferenciada, cria uma espécie de presunção de dolo, que só pode ser afastado pela defesa, a quem passa a pertencer o ônus da prova. (MORAES; NASSAR, 2019, p. 36).

Inclusive, diante da criminalidade econômica ou criminalidade altamente organizada, a fim de obter-se uma maior eficácia punitiva, há quem defenda a possibilidade de o legislador permitir a **inversão do ônus da prova**, de modo que “seria o arguido que deveria ter o ônus de

⁸⁹ “Logicamente que, havendo prova, no caso concreto, de que algum executor praticou crime ao arripio do comando do chefe da organização, este pode ser absolvido mas nesse caso deveria haver verdadeira inversão do ônus da prova, cumprindo-lhe mostrar que naquela hipótese a organização não agiu sob seu comando como de costume.” (MORAES; NASSAR, 2019, p. 35).

provar a proveniência dos bens, a proveniência do capital, e não, para o dizermos de maneira simplificada, a acusação” (COSTA, 2001, p. 21).

Isso porque as dificuldades encontradas no desenvolvimento de uma investigação criminal, no que se refere a estes crimes de alta complexidade e sofisticação, praticados pelo crime organizado – como no crime de lavagem de dinheiro -, podem ser percebidas no reduzido número de inquéritos policiais, Procedimentos Investigatórios Criminais e ações penais propostas, envolvendo este delito⁹⁰.

A propósito, uma das dificuldades na apuração do **crime de lavagem de dinheiro**, refere-se à sua prática por diversos agentes, em concurso de pessoas, sendo que estes não precisam estar próximos fisicamente, tampouco estar perto do local de onde foi praticado o crime antecedente:

Decorre da natureza do crime e do próprio fenômeno da lavagem de dinheiro a dificuldade de visualizá-lo, pois *não há uma vítima pontual* e, tampouco, um único agente do delito. O concurso de pessoas é indispensável à consecução do delito, o que funciona como fator altamente complicador. Não se trata de uma simples co-autoria, tampouco de uma quadrilha ou bando, mas sim de uma complexa estrutura de pessoas organizadas em torno de um objetivo comum. Para tanto, tais agentes não precisam estar próximos ou agirem juntos. E normalmente não é isto que ocorre. O lavador de dinheiro normalmente está distante do local de consumação do delito antecedente, não se comunica com o executor material deste delito e vale-se da tecnologia para proceder a dissimulação do dinheiro, ou seja, em pouco tempo procede a inúmeras transferências de seu capital, seja através da aplicação do dinheiro *on line*, bolsa de valores ou em *off shore*. (LEMOS JÚNIOR, 2007, p. 447).

Ademais, o fato de não ser individualizada ou visualizada uma determinada vítima⁹¹, torna o crime de lavagem de dinheiro de difícil percepção e, conseqüentemente, torna sua persecução penal ainda mais complexa, sem contar o desvelamento dos diversos agentes envolvidos nas fases da ocultação e dissimulação do capital.

Ainda, além da complexa dinâmica observada na lavagem do dinheiro, também a utilização de “laranjas” (pessoas interpostas) na titularidade das empresas utilizadas pelos lavadores, acabam dificultando o êxito das apurações desse ilícito:

⁹⁰ Nesse aspecto, questiona Lemos Júnior (2007, p. 446): “Parece-nos indiscutível a existência do fenômeno da lavagem de dinheiro no Brasil e nenhum operador do Direito discute esta realidade. Mas, então, por que são tão insignificantes as investigações criminais voltadas ao combate desse delito?” O mesmo autor inicialmente responde a esta questão: “Uma primeira resposta para o ínfimo número de investigação criminal resulta da própria *natureza do crime de lavagem de dinheiro*. Não estamos diante de um crime de dano, mas sim de um delito de perigo abstrato. Assim, nem sempre haverá uma lesão efetiva, ou um resultado naturalístico ao bem jurídico tutelado pela norma, sendo suficiente a potencialidade ou o perigo do dano. Estamos ainda diante de um crime de mera atividade e não de um delito de resultado.” Ainda, destaca a dificuldade de percepção quanto à prática do crime de lavagem de dinheiro, bem como sobre a dificultosa visualização do ofendido (posto que não existe uma “vítima pontual”), além de ser geralmente praticado em concurso de pessoas (LEMOS JÚNIOR, 2007, p. 447).

⁹¹ Cumpre notar que o crime de lavagem de bens e capitais “trata-se, ainda, de um *crime pluriofensivo*, que tutela uma variedade de bens jurídicos - a doutrina costuma eleger a Justiça, o sistema financeiro e a credibilidade da economia, como bens protegidos pela norma” (LEMOS JÚNIOR, 2007, p. 447).

De fato, visualizar tais fenômenos não é tarefa fácil, porquanto tais organizações criam perfeitas "condições para a utilização lícita de bens ou produtos obtidos através de fatos ilícitos", tudo num contexto econômico ambivalente caracterizado por uma atividade comercial legítima, mas abastecida por capital ou bens de procedência criminosa. Como se não bastasse essa integração perfeita ao mundo capitalista, há ainda que se atentar para o fato das empresas constituídas para a lavagem do dinheiro ilícito nunca estarem no nome do chefe da organização criminosa, mas sim em nome de pessoas de seu vínculo de amizade ou de parentesco, as quais sempre devem ser averiguadas. Nestes termos, no aspecto formal nada vinculará o líder do crime organizado à lavagem de dinheiro. (LEMOS JÚNIOR, 2007, p. 448).

A propósito, a importância da contenção do crime de lavagem de capitais depreende-se do fato notório de que as organizações criminosas, que recebem altas cifras de pagamento de valores, posto que atuam como verdadeiras empresas, necessitam “lavar” ou tornar lícito referido fluxo de dinheiro.

De fato, o crime de organização criminosa sempre estará relacionado com a prática delitiva de lavagem de dinheiro, motivo pelo qual a persecução penal deverá ter por objetivo a investigação ampla de ambos os delitos (além dos outros delitos perpetrados pelo grupo criminoso), na busca por um enfrentamento eficaz da moderna criminalidade.

Dessa feita, depreende-se a importância da atividade persecutória investigativa, com a participação do Ministério Público, que também poderá investigar autonomamente, com a instauração de Procedimento Investigatório Criminal (PIC)⁹², para que não se dependa apenas do trabalho a ser realizado pela Polícia Judiciária:

Contudo, desde o início da investigação há que se ter um órgão da persecução penal que possa ter uma visão de futuro da ação penal a ser proposta, com a capacidade de prever os argumentos da Defesa, na medida em que estamos diante de fatos ilícitos com aparência de lícitos. Todo o panorama reclama a necessidade da atuação do Ministério Público desde a fase da investigação preliminar, sem prejuízo da harmônica e importante atuação da Polícia Judiciária, nomeadamente em busca da definição do crime antecedente. (LEMOS JÚNIOR, 2007, p. 452).

Assim, diante da necessidade de uma persecução criminal eficaz dos crimes graves e complexos perpetrados pelo crime organizado,

torna-se fundamental manejar as antigas teorias da ciência jurídico-penal, à luz dessa nova realidade, e conferir tratamento jurídico-penal e processual penal adequado para o tratamento repressivo de tais fenômenos, que se alteraram substancialmente após o término da Guerra Fria e o advento da democratização da informática (LEMOS JÚNIOR; OLIVEIRA, 2014, p. 101).

⁹² Nesse diapasão, cumpre levantar a discussão quanto ao possível alargamento dos instrumentos de investigação a serem utilizados pelo Ministério Público brasileiro, vez que outros países “conferem ao Ministério Público poderes legais para obter informações bancárias, bloquear numerários em contas correntes, apreender objetos, infiltrar agentes, dentre outras providências, a serem sempre ratificadas pelo Juiz, em prazo de 24 ou 48 horas” (LEMOS JÚNIOR, 2007, p. 452).

Ante o exposto, a partir da evolução da criminalidade organizada, faz-se necessária a aceitação da teoria do domínio do fato e da teoria da organização, como dogmas do Direito Penal contemporâneo, com todos os reflexos daí decorrentes, repercutindo na análise do elemento subjetivo do agente e possível inversão do ônus da prova.

5.2. A questão da responsabilização do “homem de trás”

Como anteriormente citado, em um Seminário sobre Criminalidade Organizada, realizado na Espanha (cidade de Huelva), que contou com a participação de Claus Roxin e Muñoz Conde, em junho de 1998, abordou-se a teoria da participação, como tema por excelência, no âmbito do crime organizado (DIAS, 1999, p. 358).

Isso porque, estando os conceitos de autoria e participação, no centro da responsabilização penal, no âmbito de uma organização criminosa deve-se perquirir as dificuldades jurídicas de imputar delitos ao indivíduo “que fica na sombra” ou que “não comete pela sua própria mão” (DIAS, 1999, p. 358).

De fato, o agente que pratica atos executórios fica direta e visivelmente implicado, contudo, os responsáveis pela emanção das ordens ilícitas, que se encontram em uma hierarquia superior, dificilmente serão identificados com a mesma facilidade.

Nesse diapasão, notadamente nos delitos praticados no âmbito de grandes corporações, percebe-se a dificuldade de visualizar os agentes de níveis hierárquicos intermediários e superiores, dos quais são emanadas as ordens criminosas que alcançam os executores imediatos, estes sim facilmente percebidos na cena do delito:

Nesse sentido, parece não existir dificuldades na identificação e culpabilidade daquele ou daqueles que, numa sociedade, realizam *atos imediatos* (executórios) de uma determinada infração penal, ante a visibilidade de se estar à frente da atividade de prestação de bens ou serviços. Entretanto, a questão fica mais complexa quando se observa que, não raro, há a concorrência ou mesmo a emanção de ordem para delinquir por parte de agentes que se encontram nas instâncias *intermediárias e superiores* de uma pessoa jurídica, notadamente quando se está diante das grandes e complexas corporações. Ademais, diversos delitos econômicos contêm, nas suas descrições típicas, condições ou qualidades especiais para o sujeito ativo, as quais não são geralmente partilhadas pelos executores diretos da infração (SOUZA, 2013, p. 60).

Por tais motivos, deve-se questionar quanto à responsabilização dos dirigentes das organizações criminosas e empresariais, que ordenam a prática de infrações penais, sobre os

quais a imputação como meros instigadores ou partícipes provavelmente não seja suficiente ou adequada, conforme o caso concreto.

Com efeito, o fato de os líderes ordenarem a prática de crimes, sem realizarem atos executórios, levanta o problema de responsabilização do autor mediato que atua no quadro de uma organização criminosa:

O aspecto fulcral, que justifica uma referência autônoma à questão do concurso de agentes no domínio em apreço, prende-se com a determinação da responsabilidade penal dos membros da organização criminosa que, ocupando lugares de chefia ou comando, decidem e ordenam a prática de certos delitos, sem todavia tomarem parte na respectiva execução (DIAS, 1999, p. 358).

Nesse diapasão, a questão da responsabilização do “homem-de-trás” (ou “autor de escritório”) conseguirá ser resolvida no desenvolvimento dos conceitos de autoria e participação, obtidos com a adoção da teoria do domínio do fato, especificamente na vertente do domínio da organização.

Assim, Dias relembra que em Portugal, por volta de 1970, a doutrina e a jurisprudência majoritárias sustentavam um “conceito extensivo” de autor: era considerada “autoria moral ou intelectual” a situação em que “alguém motivasse ou determinasse outrem à prática de um delito, desde que este último constituísse uma consequência previsível da conduta do primeiro, nos termos da aludida teoria da adequação” (DIAS, 1999, p. 359).

Dentro desse entendimento, no contexto de uma organização criminosa, na hipótese da conduta ilícita do agente executor, ser consequência previsível de uma ordem dada por um chefe ou dirigente, restaria configurada a “autoria moral ou intelectual”:

Sempre que, no âmbito de uma organização criminosa, a conduta do executor constituísse uma consequência previsível da ordem ou instrução dada por alguém que ocupasse, dentro do aparelho, uma posição de comando, estaria presente uma hipótese de autoria moral ou intelectual. A conclusão em nada ficaria prejudicada pelo fato de se punir o executor a título de autoria imediata dolosa. Conforme referi já, o conceito de autoria – e portanto também de autoria intelectual – apenas dependia da circunstância de a prática do delito representar uma consequência previsível da conduta, independentemente de se verificar, ou não, de permeio, a intervenção dolosa de outra pessoa. (DIAS, 1999, p. 359-360).

Desse modo, já se chamava de “autoria moral” ou “autoria intelectual” esta hipótese hoje comumente chamada de “autoria mediata”, notadamente quando observada dentro de uma organização criminosa, quando se afigura previsível o cumprimento de uma ordem por seu executor.

Nesse contexto, a teoria do domínio da organização apresenta-se fundamental na compreensão da autoria mediata no âmbito das organizações criminosas e empresariais, não

havendo que se falar em hipótese de coautoria ou de indução e instigação, por parte dos líderes do crime organizado.

De fato, não poderíamos falar em coautoria, visto que inexiste uma “co-intervenção em regime de repartição de tarefas”, entre o executor do fato e seu superior, que não compactuavam uma decisão em comum. Ademais, “a co-autoria precisamente não reflete de modo adequado as hierarquias de mando que são imanentes à criminalidade estatal organizada” (AMBOS, 2002, p. 55).

Também não seria pertinente falar apenas de participação, diante da maior importância da conduta dos superiores hierárquicos em relação aos seus subordinados, executores direto do delito, o que demandaria também uma maior responsabilização criminal, que ficasse à altura da relevância de seus atos de autor.

No mesmo contexto, e com a preocupação de não se atribuir uma “responsabilidade penal objetiva” aos dirigentes de uma empresa, por exemplo, “tem-se refletido, de maneira cada vez mais intensa, sobre a utilização da chamada teoria do domínio do fato, com as suas subdivisões teóricas – domínio da ação, domínio funcional do fato e domínio da organização – , para a correta imputação de autoria ou coautoria e participação na criminalidade empresarial” (SOUZA, 2013, p. 60).

Então, do mesmo modo como o dirigente de uma empresa não poderá ser responsabilizado criminalmente, tão e somente por figurar no quadro societário de uma pessoa jurídica, também não deverá ser incriminado apenas como partícipe, nos casos em que sua atuação for determinante na consumação de um delito empresarial, perpetrado por parte de seus subalternos.

5.3. Ingerência penal e responsabilidade por omissão

Cumprindo ainda mencionar a tendência de utilização dos crimes omissivos, no âmbito da “sociedade de risco”, diante da dificuldade de identificação da autoria e do nexos causal em determinados casos, apresentando-se possível, ao menos, responsabilizar aquele que, podendo e devendo atuar para evitar o resultado, manteve-se inerte:

De um modo geral, o aumento da utilização de crimes omissivos próprios e impróprios está em sintonia com a expansão da normatização de deveres e com a intensa regulamentação de setores e atividades que passaram a ser encarados como perigosos com o advento dos novos riscos tecnológicos. Pode-se dizer que, em razão da imprevisibilidade dos processos causais que determinam o surgimento dos novos

riscos, instaura-se uma mentalidade de vigilância generalizada, em que qualquer ação pode se revelar perigosa e, portanto, todos devem estar preparados a atuar para evitar um dano ou um perigo derivado de suas ações. Nesse contexto, insere-se a instrumentalidade dos delitos omissivos, que responsabilizam, criminalmente, aquele que, podendo e devendo agir para evitar um risco ou um dano, mantém-se inerte (MACHADO, 2005, p. 139).

Desse modo, tendo em vista que o presente trabalho se funda na responsabilização dos dirigentes e líderes de organizações (criminosas e empresariais), imperativo compreender se os delitos omissivos poderiam ser admitidos nesse cenário, bem como se a teoria do domínio do fato também teria lugar nesse raciocínio.

De início, cumpre notar o entendimento de que o domínio do fato somente se aplicaria aos crimes comissivos e omissivos dolosos (já que nos crimes culposos⁹³, o resultado é causado devido à falta de cuidado objetivamente devido), sendo aplicável ainda aos crimes omissivos impróprios, devido à análise da causalidade em relação ao resultado, nesses tipos penais (SILVA, 2014, p. 193).

Com efeito, a teoria do domínio do fato não se aplica a todas as espécies de delito⁹⁴, de modo que há quem entenda que não acaba sendo utilizada nos chamados “delitos de dever”, tais como: os crimes próprios (praticados por funcionários públicos, por exemplo), bem como os delitos omissivos impróprios (nos quais deve haver a posição de garantidor): “Os delitos omissivos não podem ser regidos pelos critérios dos delitos de domínio também porque o ‘domínio do fato pressupõe necessariamente um controle ativo do curso causal e não pode ser atingido por um mero não fazer’” (GRECO e LEITE, 2013, p. 66).

De acordo com Bacigalupo (2005, p. 452-453), citado por Rossetto (2009, p. 74), o próprio Claus Roxin indicou a distinção dos “delitos de domínio do fato” dos crimes considerados “de infração de dever”, em relação aos quais a autoria dependerá da infração a um dever que incumbe ao agente:

⁹³ Quanto à **inaplicabilidade da teoria do domínio do fato aos crimes culposos**, interessante mencionar decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo do Ag. Reg. no Habeas Corpus 138.637-São Paulo, entre 2 e 9 de outubro de 2020, no caso do acidente do *parque de diversões “Hopi Hari”*, que vitimou fatalmente uma jovem. Conforme consta, inicialmente houve a imputação de homicídio culposo ao presidente e administrador (“CEO – Chief Executive Officer”) do parque, contudo tal condição formal não foi considerada suficiente para justificar a persecução penal, sob os seguintes fundamentos: necessidade de demonstração, na peça acusatória, de nexos causal que estabeleça relação de causa e efeito entre a conduta atribuída ao agente e o resultado dela decorrente (cp, art. 13, *caput*); inexistência, no sistema jurídico brasileiro, da responsabilidade penal objetiva; prevalência, em sede criminal, como princípio dominante do modelo normativo vigente em nosso país, do dogma da responsabilidade com culpa (*nullum crimen sine culpa*); não se revela constitucionalmente possível impor condenação criminal por exclusão, mera suspeita ou simples presunção; o princípio da confiança, tratando-se de atividade em que haja divisão de encargos ou de atribuições, atua como fator de limitação do dever concreto de cuidado nos crimes culposos; entendimento doutrinário quanto à inaplicabilidade da teoria do domínio do fato aos crimes culposos.

⁹⁴ Nesse diapasão, a teoria do domínio do fato também não se aplica aos “delitos de mão própria”, nos quais o “autor é exclusivamente quem pratica em sua própria pessoa a ação típica, sendo impossível a autoria mediata e a coautoria” (GRECO; LEITE, 2013, p. 66).

Entre os crimes de infração de dever encontram-se os crimes próprios, os delitos societários e os crimes omissivos. O dever que constitui a matéria da lesão jurídica nesses tipos penais não é o dever genérico que surge de toda norma e alcança também os partícipes. Trata-se de um dever extrapenal, que não alcança os partícipes, mas somente aquele que têm uma determinada posição a respeito da inviabilidade do bem jurídico, como funcionários, administradores e os garantes nos crimes omissivos. Nesses crimes o critério dominante é a infração do dever especial que incumbe ao agente, independentemente se teve ou não o domínio do fato. Na coautoria há violação conjunta do dever especial, sem levar em conta a contribuição que cada um dos agentes deu ao fato delituoso.

Desse modo, para Roxin, nos casos dos “delitos de dever” (ou “infrações de dever”), não seria aplicável a teoria do domínio do fato, haja vista que nestes crimes, os autores já seriam incriminados pelo fato de descumprirem um determinado dever especial, uma atividade predeterminada.

Assim, nos crimes próprios, os funcionários públicos, por exemplo; nos crimes societários, os administradores da sociedade; e nos crimes omissivos impróprios, quem apresentar a posição de garante: todos estes agentes responderão pela infringência de uma obrigação, não sendo cabível a aplicação do domínio do fato.

De fato, nestes “delitos de dever” o que definirá a condição de autoria ou participação, será a vinculação ao dever do agente, e não a conduta omissiva ou comissiva, de modo que “autor é sempre e apenas aquele que possui o dever elevado a requisito do tipo penal em questão”. Nessas hipóteses, para Claus Roxin, visto que o autor será quem violar um dever, quem concorrer para a prática do fato será sempre partícipe, não importando o domínio que tenha sobre o fato ilícito (GRECO; LEITE, 2013, p. 66).

Ainda, considerando que os delitos omissivos não podem ser delitos de domínio (posto que o domínio do fato se refere a delitos comissivos, já que “só quem age positivamente tem algo nas mãos, que pode dominar”), a mera posição de “chefe” não fará do agente automaticamente autor de um ato ilícito. Isso porque, apenas a posição de chefia não significa que o agente conseguiria evitar um resultado, já que deveria haver um “dever de agir”, nos moldes do artigo 13, §2º, do Código Penal: “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado” (GRECO; LEITE, 2013, p. 69).

Por tal motivo, os administradores de uma sociedade empresária só poderiam ser responsabilizados por crime omissivos que sejam impróprios, ou seja, nos quais exista um dever de agir, não sendo possível imputar a eles um crime societário, tão apenas por ocuparem uma função de comando na empresa.

Isso porque, além da posição de chefia, seria ainda necessário a constatação do dolo por parte do agente, já que, se o agente não agiu nem mesmo com dolo eventual (assunção do risco de produzir o resultado), também não se poderia falar em domínio do fato:

(...) Como se viu, a ideia domínio do fato se aplica apenas a delitos de domínio, que são, em sua totalidade, delitos dolosos. Dolo é, segundo a definição clássica, conhecimento e vontade de realizar o tipo objetivo, querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo, no dizer do art. 18, I, do CP. Isso significa que se o agente não agiu, pelo menos, assumindo o risco da realização do tipo, isto é, com dolo eventual, sequer se poderá falar em domínio do fato. Uma responsabilidade fundada na mera posição de comando, que dispensa qualquer dolo, existe apenas no direito penal internacional, na chamada *command responsibility* (art. 28 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional), uma figura de duvidosa legitimidade, que nada tem a ver com aquilo de que agora estamos cuidando. (GRECO; LEITE, 2013, p. 70).

Interessante por fim notar que, para Claus Roxin, que entende ser inaplicável a teoria do domínio da organização, às sociedades empresárias, para fins de responsabilização de seus dirigentes, seria necessária uma nova regulamentação, no que se refere aos fatos ilícitos cometidos no âmbito empresarial:

Finalmente, também se tem indicado ainda o art. 13 do projeto de um Corpus Juris para a Proteção dos interesses financeiros da União Europeia, que igualmente tenta conduzir a ideia de responsabilização pelo comportamento alheio em empresas econômicas à forma legal. O dispositivo reza: “Se um fato punível é cometido através de uma empresa, por uma pessoa que está sob a autoridade do dirigente ou de outra pessoa que detenha o poder de controle ou decisão na mesma, então também o dirigente da empresa ou o detentor do controle ou da decisão é responsável, caso tivesse conhecimento do cometimento do fato punível, dado a ordem para o cometimento, deixado ocorrer o fato punível ou omitido as medidas de controle necessárias”. (ROXIN, 2009, p. 92-93).

Assim, Roxin mencionou propostas legislativas relacionadas à incriminação de dirigentes de empresas, quando detenham o poder de controle, nas situações em que se comprove: que teve ciência da prática do crime, proferiu a ordem criminosa, permitiu a sua prática ou se omitiu quanto às medidas necessárias para impedir o resultado – lógica que guarda certa proximidade com a tese do domínio da organização.

5.4. O “conceito aberto (ou geral) de autor” na teoria do domínio do fato

Conforme já introdutoriamente mencionado, o desenvolvimento do presente trabalho – tratando da teoria do domínio do fato, do domínio da organização e seus reflexos no ônus da prova para a persecução penal –, deve obrigatoriamente versar sobre um ponto fulcral nesse

contexto: o “conceito aberto de autor” (ou “conceito geral de autor”) desenvolvido por Claus Roxin no âmbito do domínio do fato.

De fato, inicialmente ressaltamos a importância de analisar, no estudo da autoria, o “conceito aberto” de autor, preconizado por Roxin em suas construções relacionadas ao domínio do fato e domínio da organização, bem como suas possíveis aplicações ao ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade de desenvolver soluções às questões relacionadas à teoria da autoria.

Conforme explicam Moraes e Nassar, na teoria do domínio do fato desenvolveu-se um conceito aberto de autoria, em constante evolução, sempre considerando o autor como “figura central do acontecer típico”:

4. A teoria, na concepção de Claus Roxin, observa o autor como a figura central do acontecer típico e trata o conceito de autoria como um conceito aberto, em constante expansão de acordo com a evolução do concurso de pessoas no plano do ôntico. A teoria, ademais, seria dividida em três critérios norteadoras: (i) o domínio da ação; (ii) o domínio funcional do fato; e (iii) o domínio da vontade. Este último, por sua vez, teria três subespécies: (iii.1) o domínio por coação; (iii.2) o domínio por erro; e (iii.3) o domínio da organização. (MORAES; NASSAR, 2019, p. 42).

Com efeito, esta construção dogmática, de conceito “aberto ou geral”, facilita a percepção do autor mediato no âmbito das organizações criminosas, conforme destaca Lemos Júnior:

Sublinhamos, neste particular, a superior fórmula da utilização de um conceito aberto de autor e a correlata doutrina do domínio do fato, que permitem, à luz do caso concreto, a construção de conceitos como da autoria mediata através do domínio da organização. (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 284).

Isso porque, utilizando-se este “conceito geral ou aberto de autor”, no seio da teoria do domínio do fato de Claus Roxin, a imputação do delito ao autor mediato não dependerá apenas da subsunção dos fatos à norma, ou seja, do exato enquadramento da conduta ao descrito no tipo penal, possibilitando uma análise mais abrangente e atual do ato criminoso.

Assim, considerando que “um conceito indeterminado geraria um excesso de insegurança jurídica, enquanto um conceito fixo engessaria a prática forense, que lida com novas manifestações criminosas diariamente, mormente quando o tema é o crime organizado”, Roxin optou pelo “conceito aberto” de autoria, em constante adaptação à nova realidade, mas com um conteúdo descritivo, que dê um norte ou direção para o operador do Direito (MORAES; NASSAR, 2019, p. 26).

Desse modo, este conceito de autoria, desenvolvido por Claus Roxin, consegue acompanhar a evolução criminológica, pois permite uma compreensão mais nítida de

importantes personagens na moderna criminalidade, que tem se utilizado de mecanismos estruturados, que blindam os verdadeiros “mentores” da prática criminosa, garantindo-lhes a impunidade.

De fato, diante da dificuldade de obter uma definição única de autoria – apesar dos adeptos do domínio do fato concordarem no ponto de que o autor é o “senhor do processo causal” –, Roxin desenvolveu um “conceito geral” de autor, de modo a não se prender a “fórmulas fixas”, para o fim de conseguir se ajustar às novas formas de cooperação advindas das organizações criminosas (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 91 e 96-97).

Desse modo, ao invés de idealizar um conceito exato ou indeterminado, Claus Roxin concebeu um “conceito aberto” de domínio de fato, que tenha uma “descrição” que abarque situações fáticas a respeito da autoria, cabendo sua apreciação em cada caso concreto (SILVA, 2014, p. 107-108).

Então, este conceito “aberto ou geral” de autor, embora traga certo grau de subjetivismo – posto que deverá ser analisado caso a caso –, apresenta um caráter descritivo, que acaba dirigindo ou orientando o raciocínio quanto à autoria, no contexto do domínio do fato.

Com efeito, conforme já visto no início do presente trabalho, mas apenas para recordar, no âmbito do domínio da organização, “os requisitos jurídicos que Roxin propôs para configurar essa nova forma de autoria são: ocupar uma posição de comando em uma organização verticalmente estruturada; a fungibilidade dos executores; e que a organização seja dissociada do direito” (MORAES; NASSAR, 2019, p. 31).

Assim, preenchendo os requisitos já estudados quanto à teoria do domínio da organização, deverá ser analisada se a conduta do autor (mediato) – que exercia uma função de direção ou comando – foi determinante e condutora do ato criminoso, de modo a dominar ou controlar verdadeiramente o curso dos fatos.

Ainda, o conceito aberto de autoria, de Roxin, se aplicaria às três formas ou manifestações de domínio do fato (autoria imediata, autoria mediata e coautoria), que possuem a mesma estrutura dialética, conforme explica Lemos Júnior:

Ainda na doutrina de Roxin, o conceito aberto e dialético de autor, numa perspectiva descritiva a que nos referimos, aplicam-se nas três formas diferentes de manifestação do domínio do fato: o *domínio da ação* – relativo ao autor imediato, que realiza o tipo de própria mão -, o *domínio de vontade* – relativo a autoria mediata: o autor (mediato) não intervém propriamente na execução do fato, em virtude de seu poder de vontade – e, por último, o *domínio do fato funcional* – específico da co-autoria (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 98-99).

De fato, para Roxin, o autor é quem detém o “controle sobre o curso do fato”, algo que não se trata de um conceito fechado, mas que por comportar diversas interpretações, também acaba sendo motivo de críticas:

Autor, para essa teoria, é quem domina a realização do fato típico, determina quando, onde, como e se ocorrerá o delito. Enfim, é quem tem o poder de decisão sobre o fato, quer seja porque o realiza, no todo ou em parte, quer porque se utiliza de outrem como instrumento de sua realização, no dizer de Jescheck, quem *governa o curso do fato*. Acontece que o controle sobre o curso do fato não é um conceito fechado, comportando variadas interpretações, o que é reconhecido pela doutrina como sendo, ao mesmo tempo, o motivo igualmente do êxito e dos problemas de que padece essa teoria. (BUSATO; CAVAGNARI, 2017, p. 191).

Dessa feita, considera-se este conceito de autor como “aberto” ou “geral”, posto que para determiná-lo, será necessária a comprovação de que o agente detinha o domínio da realização do fato criminoso, contudo este controle do curso causal pode-se dar de diversas formas, por isso não é uma definição estanque, dependendo da análise de cada caso em concreto.

5.5. Proibição da proteção insuficiente e o enfrentamento às organizações criminosas

Dessa feita, o presente estudo busca demonstrar a relevância de aceitação da “teoria do domínio do fato”, na vertente da “teoria do domínio da organização”, especialmente em vista do princípio da proporcionalidade, em seu viés de proibição da proteção deficiente, com o intuito de salvaguardar os direitos e garantias fundamentais, essenciais ao Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, lembra Silva quanto à necessidade de observância do princípio da proporcionalidade, no âmbito do direito processual penal, diante do avanço da criminalidade organizada:

Assim como em outros ramos do Direito, o princípio da proporcionalidade no processo penal destina-se a regulamentar a confrontação indivíduo-Estado. De um lado, os interesses estatais na realização da investigação criminal e da persecução penal em juízo, visando ao exercício do *ius puniendi* para a concretização do Direito Penal; de outro lado, o cidadão investigado ou acusado, titular de direitos e garantias individuais, que tem interesse na preservação do *ius libertatis*. Tem a finalidade, portanto, de equilibrar essa relação aparentemente contraditória de interesses, para evitar tanto a violação dos direitos fundamentais do particular, como o comprometimento da atividade estatal na repressão da criminalidade. (SILVA, 2009, p. 44).

De fato, no cenário da persecução penal torna-se ainda mais visível a relevância do princípio da proporcionalidade, para a manutenção do equilíbrio que deve haver entre o direito de punir estatal, na defesa da sociedade, e os direitos e garantias individuais do cidadão que está sendo investigado ou processado criminalmente, duas questões antagônicas, mas que não precisam ser conflitantes.

Assim, na busca desse equilíbrio, no combate ao crime organizado, a valoração das provas deve ter um enfoque diferenciado, visto que as organizações criminosas muitas vezes se utilizam de inúmeros recursos, inclusive se valem de “pessoas jurídicas criminosas”, para operacionalizar suas atividades e garantir sua impunidade.

Nesse sentido ressalta Turessi, afirmando que a valoração da prova, na persecução do crime organizado, deve ser diversa da análise do conjunto probatório feito para a criminalidade comum:

É nesse contexto que a colheita da prova no âmbito da criminalidade organizada e, por corolário, sua valoração, devem receber um olhar diferenciado daquele lançado para a análise dos elementos de convicção produzidos no âmbito da criminalidade comum.

Os modelos não são os mesmos. Impõe-se, aqui, a necessidade de um novo e atento olhar a pessoa jurídica criminosas, seja ela de direito público ou de direito privado, interno ou externo e, nesse trilho, aos atos de preparação. Cuidando-se de criminalidade organizada, força e convir que não é o Estado que se apresenta como transgressor e violador de preceitos fundamentais. Os centros de agressão, ao revés, são outros que, por vezes, também desenvolvem atividades lícitas, apresentando-se, *prima facie*, distantes de qualquer suspeita.

Nessa toada, a leitura tradicional dos direitos fundamentais como exclusivos direitos de defesa se afasta da proibição da proteção penal insuficiente que identifica, nesses mesmos direitos, um conteúdo jurídico-objetivo, vale dizer, direcionados a sua concretização. (TURESSI, 2013, p. 242).

Nesse contexto, não apenas a colheita e valoração das provas deve receber um olhar diferenciado para a criminalidade organizada, como também os dogmas tradicionais devem ser revistos e adaptados à nova realidade, aceitando-se a teoria do domínio do fato e suas acepções, conforme defendido nesse trabalho.

E conforme já mencionado, apesar das críticas existentes, quanto à sua integral conformação ou não, pelo ordenamento jurídico brasileiro, a teoria do domínio do fato tem sido admitida em julgamentos de relevo, tais como no “Caso do Mensalão”, que refletem importante mudança de paradigma no sentido da proteção integral dos direitos fundamentais.

De fato,

diferentemente do que acontece com a criminalidade de massa ou comum, o domínio exercido através de uma organização criminosas reduz o significado da responsabilidade do autor direto e, ao mesmo tempo, eleva o tom da responsabilidade do autor situado por detrás (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 137-138).

Com efeito, a aplicação da teoria do domínio do fato possibilitará desvelar os principais autores responsáveis pelos crimes perpetrados em uma estrutura organizada de poder, diminuindo a costumeira impunidade de importantes chefes de organizações, em respeito ao princípio da proibição da proteção deficiente.

Nesse sentido, conclui Souza (2013, p. 73) quanto à importância da adoção da teoria do domínio do fato em julgamentos de relevância social destacada, como no “Mensalão”:

Por fim, guardadas as distintas circunstâncias histórico-institucionais de cada país, pode-se observar um vigor pragmático a respeito do uso da teoria dos aparatos organizados de poder em determinados casos de grande relevância social, como visto recentemente por ocasião do julgamento da APn 470 no STF. E, de fato, em que pesem eventuais divergências, tal teoria afigurou-se apropriada àquele julgamento, considerando-se o resultado final de condenações e absolvições havidas no Caso Mensalão, repercutindo positivamente no nosso Direito e na nossa Sociedade.

Ademais, a teoria do domínio da organização, apresenta adesão de diversos doutrinadores brasileiros, sendo considerado um instituto visto em consonância com a legalidade e com os princípios do Estado Democrático de Direito, na resolução de questões envolvendo a criminalidade contemporânea crônica (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 286).

Isso porque, se no âmbito das organizações criminosas a responsabilização penal resvala apenas e principalmente nos agentes subordinados e secundários, apresenta-se evidente a necessidade de construção de modernos instrumentos dogmáticos, bem como de política criminal, que permitam responsabilizar “aqueles que, efetivamente, decidem a prática do crime sem, contudo, nela intervir” (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 124).

Dessa feita, imperativo o estudo da construção de um “conceito aberto de autoria”⁹⁵, para a aplicação da teoria do domínio do fato, na forma desenvolvida por Claus Roxin, conforme mencionado no tópico precedente, buscando uma maior efetividade na persecução penal de casos sensíveis para a sociedade.

Por tais motivos, com a finalidade de enfrentar de modo eficaz o crime organizado, também se observa a necessidade de reformulações constantes na política criminal de um Estado Democrático de Direito, a fim de que os direitos fundamentais sejam assegurados em sua integralidade:

⁹⁵ Conforme visto no Capítulo 2 do presente trabalho, o “conceito aberto de autor”, compreendido no contexto da teoria do domínio da organização, de Claus Roxin, não adota apenas o método de subsunção, utilizando uma metodologia flexível e compatível com o combate eficaz à moderna criminalidade: “Trata-se o *domínio da organização* de uma teoria relativamente nova, no que toca à sua aplicação e que só foi possível ser desenvolvida em razão do método adotado por Roxin, sobretudo, do conceito aberto e dialético de autor no âmbito da teoria do domínio do fato. Por isso, tem grande importância o ponto de partida metodológico flexível, com destaque para a superior técnica de não se adotar conceitos fundados no sistema da subsunção, com relações fechadas, tampouco orientações lógico-conceituais, as quais jamais permitiriam acompanhar a incessante evolução da criminalidade. (LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 121-122).

o enfrentamento da criminalidade organizada reclama uma nova leitura das relações processuais e do próprio Direito Penal. A construção jurídica dessa problemática exige, outrossim, um olhar diferenciado sobre os tradicionais dogmas da autoria, coautoria e participação, dos atos preparatórios não puníveis e dos limites da flexibilização de garantias individuais.

Exige, pois, a adoção de uma nova e reformulada política criminal, entendida aqui como uma atividade do estado que tem por objetivo identificar de que forma e em que medida o Direito Penal deve ser empregado no combate à criminalidade organizada. (TURESSI, 2013, p. 244).

Assim, a aplicação da teoria do domínio da organização, ao possibilitar a responsabilização dos líderes do crime organizado, permite uma proteção penal suficiente aos bens jurídicos atingidos:

8. Em relação à questão constitucional, a teoria do domínio da organização traz uma tutela mais efetiva aos direitos fundamentais, revelando-se legítima e constitucional, mesmo com aplicação excepcional, segundo uma ótica de garantismo integral e de proteção jurídica suficiente de bens jurídicos. Isso porque a responsabilização efetiva e apropriada dos líderes de organizações criminosas como verdadeiros autores é medida imprescindível para atingir uma proteção penal suficiente dos bens jurídicos ameaçados. (MORAES; NASSAR, 2019, p. 42).

E essa necessária tutela penal integral e suficiente, arrefeceria “o Estado paralelo comandado pelo crime organizado”, como lembram Moraes e Nassar:

Uma proteção insuficiente culminaria na perda da crença na efetividade da ideia de Estado de Direito e, por conseguinte, incitaria a justiça privada e surgimento de entes paraestatais, concorrentes contra o Estado, em outras palavras, o crime organizado. O Estado ficaria em segundo plano e a anomia fortaleceria o Estado paralelo comandado pelo crime organizado. (MORAES; NASSAR, 2019, p. 39).

Com efeito, imperativa uma mudança de paradigma, aceitando-se uma transformação de pensamento e de compreensão quanto à importância da evolução do Direito Penal, vez que, se a criminalidade comum hodiernamente já afeta a segurança pública, a criminalidade organizada atinge a sociedade como um todo, refletindo no enfraquecimento do Estado.

Por derradeiro, cumpre ressaltar que as necessárias políticas criminais deverão ser aplicadas em consonância com uma nova dogmática penal e processual penal, erigida em vista da criminalidade altamente organizada e sofisticada, conforme exposto no presente trabalho:

Nessa linha, impende destacar que de nada adiantará uma nova política criminal, acompanhada de novos textos legais, se as técnicas hermenêuticas de interpretação dessa nova ordem jurídica forem as mesmas empregadas para o enfrentamento da criminalidade comum. A interpretação dessa legislação, à luz da doutrina da proibição da proteção penal insuficiente, é medida que se impõe. É tarefa que compete, pois, à nossa jurisprudência. (TURESSI, 2013, p. 244).

Isso porque, para um eficaz enfrentamento da moderna criminalidade organizada, uma sucessão de políticas criminais ou incremento na criação de tipos penais nunca serão suficientes

para o atingimento de seus fins, se a dogmática penal e processual penal não se adaptar à nova realidade, possibilitando a aplicação e interpretação destes dispositivos em consonância com o princípio da proibição da proteção insuficiente.

6. CRIMINALIDADE ORGANIZADA E NOVOS MEIOS DE INVESTIGAÇÃO E DE OBTENÇÃO DE PROVA

Como já mencionado, as diferenças entre a “criminalidade de massa” (a “criminalidade do dia a dia”, envolvida com crimes patrimoniais, tráfico de drogas etc.) e a criminalidade organizada e empresarial, acabam evidenciando a necessidade de políticas criminais específicas, bem como instrumentos jurídicos que tutelem integralmente os bens jurídicos em questão.

De fato, cabe uma análise e interpretação diferenciada, na persecução penal da moderna criminalidade:

força é convir que o combate a criminalidade organizada, vale dizer, sua forma de persecução penal em solos extrajudicial e judicial, não pode percorrer o mesmo caminho trilhado para a descoberta de autoria e materialidade dos ilícitos penais cometidos pela chamada criminalidade comum. O combate à criminalidade organizada merece uma leitura diferenciada. (TURESSI, 2013, p. 232).

Por este motivo, com o fim de combater a “criminalidade moderna”, são vislumbradas necessárias reformas no âmbito do direito penal, incluindo novas criminalizações de tipos penais, bem como a ampliação de instrumentos processuais penais (abrangendo modificações nos métodos de investigação). Conforme menciona Machado (2005, p. 98) ao citar Hassemer:

Ainda, prosseguindo na análise da denominada criminalidade moderna, Hassemer afirma que as reformas do aparato penal por ela inspiradas concentram-se em dois aspectos: primeiro, em uma *nova criminalização*, exemplificada por Hassemer pela ampliação territorial do direito penal e pela utilização de delitos abstratos; e, segundo, nos mecanismos processuais penais, com modificações intensas na fase de investigação (e.g., introdução de métodos técnicos, dados informatizados, invasão de privacidade, investigadores infiltrados, privatização da segurança etc.) e com a massificação das soluções consensuadas. Em realidade, verifica-se que as questões afetas à fase pré-processual mencionadas por ele estão muito mais relacionadas aos casos de crime organizado.

Assim, com os olhos voltados para a evolução da delinquência, tanto o Direito Penal como o Direito Processual Penal acabam demonstrando a necessidade de atualização, seja com a tipificação de novos delitos, como também pela adaptação dos procedimentos nas esferas da investigação e do processo criminal.

Com efeito, o enfrentamento ao crime organizado demanda uma nova política criminal aliada à dogmática penal e processual adaptada à contemporaneidade, que possa validar o resultado da persecução penal, levando as investigações à êxito:

Emerge, pois, quando se fala em crime organizado, a necessidade de uma nova leitura do Direito Penal, uma leitura que, tendo por fundamento o texto constitucional, passe

pela necessidade de antevisão do risco, pela análise mais detida da pessoa jurídica criminosa, e, nesse contexto, pelo fortalecimento das investigações autônomas do Ministério Público. (TURESSI, 2013, p. 245).

Isso porque, nas modernas organizações criminosas, a conduta do “homem de trás” dificilmente deixará vestígios, e sua responsabilização apresenta-se tão ou mais necessária que a dos agentes executores fungíveis, para um eficaz enfretamento a esta forma de criminalidade:

Enfim, na análise da silenciosa e disfarçada conduta de mando imposta por quem detenha o domínio do fato, o “homem de trás”, ao seu comandado, com o peso da superioridade hierárquica; deve ser levado em conta que, apesar de raramente deixar vestígios, a sua ação de comando é perfeitamente dedutível através de elementos probatórios que provocam a segurança da sua ocorrência, merecendo punição, tanto quanto (ou mais) que os próprios executores da ação criminosa. Eliminando somente os executores, não se estanca a criminalidade organizada, já que eles podem ser e são facilmente substituídos. É preciso parar a fonte da criminalidade, de onde são distribuídas as ações criminosas. (MENDRONI, 2013, p. 445).

Nesse aspecto, considerando que o alvo principal das organizações deve ser quem detenha o domínio do fato criminoso, posto que os executores serão facilmente substituídos, imperativo conferir um tratamento penal e processual penal adequado à repressão do fenômeno do crime organizado.

Dessa feita, o combate eficaz à criminalidade organizada e empresarial deve se valer, além de um instrumental legislativo adequado, também da adoção de uma dogmática penal condizente com as peculiaridades desse nicho criminológico, motivo pelo qual a teoria do domínio do fato tem sido cada vez mais explorada:

Para além de o ordenamento jurídico-penal e processual penal ter se aperfeiçoado, é ainda imperioso o manejo de teorias e doutrinas no âmbito da dogmática penal que sejam coerentes com a complexidade e particularidades da criminalidade organizada. Destacamos o emprego do dolo eventual para o agente criminoso que prefere ignorar deliberadamente as condições ilícitas de eventuais negócios feitos com pessoas envolvidas em infrações penais, o que permite a adequação típica do delito de lavagem de capitais (artigo 1º, par. 2º, inc. I, da Lei 9613/98). Na problemática da autoria e participação invocamos a teoria do domínio funcional do fato, desenvolvida por Claus Roxin, que se ajusta à divisão de tarefas tão típica na criminalidade organizada e permite definir o chefe ou “Senhor de Escritório”, que não executa materialmente o delito, como coautor do crime à vista do codomínio funcional do fato. (LEMONS JÚNIOR; OLIVEIRA, 2014, p. 101-102).

6.1. Crime organizado: histórico, conceito e características. direito comparado

O crime de organização criminosa foi tipificado, no ordenamento jurídico brasileiro, pela Lei nº 12.850/2013:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Diante desse conceito fornecido pela atual Lei do Crime Organizado, podem ser indicados como seus elementos: a) associação de no mínimo quatro agentes; b) estruturalmente ordenada; c) divisão de tarefas, ainda que informalmente; d) objetivo de obtenção de vantagem de qualquer natureza; e) mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos; e/ou f) mediante a prática de infrações penais de caráter transnacional.

Quanto aos mencionados pressupostos, cumpre notar o número de agentes estipulado para a configuração da organização criminosa, que deverá ser de ao menos quatro pessoas, requisito esse determinado por força de política criminal, posto que variável:

a) associação de quatro ou mais pessoas: o número de associados, para configurar o crime organizado, resulta de pura política criminal, pois variável e discutível. Segundo entendemos, conforme o caso concreto, duas pessoas podem organizar-se, dividir tarefas e buscar um objetivo ilícito comum. Por certo, não é comum que assim ocorra, embora não seja impossível. Tanto que a Lei 11.343/2002 (Lei de Drogas), no seu art. 35, prevê a associação de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, os crimes previstos nos arts. 33 e 34 (tráfico). Independente disso, optou o legislador pela ideia esboçada pela anterior redação do art. 288 do Código Penal, constitutiva da quadrilha ou bando, que é a reunião de mais de três pessoas, logo, quatro ou mais. (NUCCI, 2021, p. 3).

Diz-se variável, esse número mínimo de quatro indivíduos para a configuração de uma organização criminosa, visto que na legislação brasileira existem dispositivos admitindo diversos quantitativos para formações criminosas similares: dois agentes para a associação ao tráfico (artigo 35 da Lei nº 11.343/2002); e três autores para uma associação criminosa (artigo 288 do Código Penal).

Por tal motivo, critica-se esta escolha legislativa, visto que “permanece-se, lamentavelmente, sem uniformidade: mantém-se o número de duas pessoas na Lei de Drogas; cria-se o mínimo de três pessoas na associação criminosa do Código Penal; exigem-se pelo menos quatro pessoas na organização criminosa” (NUCCI, 2021, p. 3).

Ademais, outro motivo de crítica para este número mínimo de quatro agentes, pode ser observado na comparação com definição de “grupo criminoso organizado”, trazido pela Convenção de Palermo⁹⁶, posto que esta refere-se ao agrupamento de no mínimo três pessoas,

⁹⁶ Antes da tipificação trazida pela Lei do Crime Organizado, utilizava-se do conceito constante na Convenção de Palermo da ONU, introduzida ao ordenamento jurídico brasileiro. Assim, nos termos do artigo 2, “a”, da

conforme disposto em seu artigo 2: “a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”.

No elemento relativo à (b) estruturação ordenada, refere-se à organização interna do grupo criminoso, que deve estabelecer um líder (ou líderes) que deverá ter suas ordens obedecidas e cumpridas por parte de seus integrantes, de modo a garantir o funcionamento do mecanismo.

Assim, os membros da organização criminosa devem estabelecer certa forma de hierarquia, entre superiores e subordinador, visto que, conforme destaca Nucci (2021, p. 4), “não se concebe uma organização criminosa se inexistir um escalonamento, permitindo ascensão no âmbito interno, com chefia e chefiados”.

Quanto à (c) divisão de tarefas, decorre da repartição do trabalho, sendo que cada agente exerce determinada função nesse organismo, ainda que informalmente. Este requisito pode ser exemplificado pela organização criminosa conhecida como Primeiro Comando da Capital (PCC), totalmente estruturada, hierarquizada, disciplinada e dividida por células, que compõem os diversos setores (chamados de “sintonias”), como por exemplo: “sintonia dos gravatas” (braço jurídico da facção), “sintonia da cebola” (cobrança da mensalidade); “sintonia do progresso” (responsável pelo tráfico de drogas); “sintonia final”⁹⁷ (líderes da cúpula), dentre outras.

Ainda, no que se refere ao objetivo de obter (d) vantagem de qualquer natureza, apresenta-se como a finalidade dos membros em obterem, com aquela atuação, um proveito que geralmente é financeiro (lucro), mas também pode ser de outra espécie.

No aspecto que envolve as infrações penais (e), estas deverão ter penas máximas superiores a quatro anos, conforme determinado por questões de política criminal, conforme acima mencionado.

Convenção, definia-se o crime de organização criminosa como “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existentes há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material” (LEMOS JÚNIOR, 2007, p. 452).

⁹⁷ Esta divisão estrutural da organização criminosa “PCC”, apresenta uma forma “piramidal”, com a divisão das células que o compõem em diversos setores (“sintonias”), tendo sido expressamente prevista no Estatuto da facção criminosa, que assim dispôs em seu artigo 10: “Deixamos claro que a sintonia final é uma fase da hierarquia do comando, composta por integrantes que já estão há alguns anos no comando e por integrante que tenha sido indicado e aprovado pelos outros irmãos que fazem parte da sintonia final. No comando existem várias sintonias, mas a final é a última instância. Um dos principais objetivos da sintonia final é lutar pelos nossos ideais e pelo crescimento da nossa organização”.

Contudo, essa limitação é criticada por deixar de fora contravenções penais e crimes que podem causar graves danos à sociedade: “Ora, é evidente poder existir uma organização criminosa voltada à prática de jogos de azar (contravenção penal) ou de furtos simples (pena máxima de quatro anos)” (NUCCI, 2021, p. 5).

Por fim, a organização criminosa pode se direcionar à (f) infrações de caráter transnacional, ou seja, praticar crimes ou contravenções penais que transponham as fronteiras do Brasil, atingindo outros países, ou vice-versa (NUCCI, 2021, p. 6).

Cumpra também notar que a Lei do Crime Organizado finalmente definiu e tipificou o crime de organização criminosa, atendendo às indicações de criminalização e combate ao crime organizado, constantes da Convenção de Palermo⁹⁸.

Com efeito, a Lei nº 12.850/2013 enfim cumpriu o mandato constitucional implícito de criminalização, oriundo da Convenção de Palermo, diante do disposto no parágrafo 3º do artigo 5º da Carta Magna (incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004): “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (MORAES, 2014, p. 63).

De fato, como anteriormente explanado no Capítulo 4 (item 4.5.2), tendo sido a Convenção de Palermo, incorporada ao nosso ordenamento jurídico brasileiro, e considerando tutelar matéria afeta aos direitos humanos, com a sua aprovação nos moldes do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal (conforme o procedimento das emendas constitucionais do art. 60 da Constituição Federal), apresentou *status* de emenda constitucional, gerando efeitos de mandado de criminalização.

Dessa feita, sobre os comandos constitucionais implícitos de criminalização, advindos dos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário, discorre Moraes, principalmente o decorrente da Convenção de Palermo, que trata das organizações criminosas:

Considerando-se que se trata de comandos, ao menos implícitos contidos na Constituição Federal, a definição e proteção jurídico-penal suficiente dos crimes praticados por organizações criminosas passaram a ser um imperativo legal, diante da Convenção de Palermo (Decreto nº 5.015/04):

Art. 5º - criminalização da participação em um grupo criminoso organizado

Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticado intencionalmente:

Um dos atos seguintes, ou ambos, enquanto infrações penais distintas das que impliquem a tentativa ou a consumação da atividade criminosa:

⁹⁸ O Decreto nº 5.015/2004, promulgou a “Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional”, que entrou em vigor internacional no dia 29 de setembro de 2003 e o Brasil a ratificou em 12 de março de 2004.

O entendimento com uma ou mais pessoas para a prática de uma infração grave, com uma intenção direta ou indiretamente relacionada com a obtenção de um benefício econômico ou outro benefício material e, quando assim prescrever o direito interno, envolvendo um ato praticado por um dos participantes para concretizar o que foi acordado ou envolvendo a participação de um grupo criminoso organizado; A ordem, finalmente cumprida pela Lei nº 12.850/2013, também incluía a lavagem de dinheiro de crimes praticados por organizações criminosas, conforme se infere do art. 6º. (MORAES, 2014, p. 63).

Ainda, quanto ao **histórico da criação desse tipo penal**, no ordenamento jurídico brasileiro, cumpre lembrar que a antecedente Lei nº 9.034/1995 (antiga “Lei do Crime Organizado”, que dispunha sobre os meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas), não criou o tipo penal de organização criminosa, de modo que não havia uma conceituação legal.

Desse modo, ante a ausência de tipificação por parte da Lei nº 9.034/1995, o ordenamento jurídico brasileiro antes contava apenas com os crimes de associação criminosa para fins de tráfico (artigo 35 da Lei nº 11.343/2006), bem como para fins de genocídio (artigo 2º da Lei nº 2.889/1956), além do delito de “quadrilha ou bando” (artigo 288 do Código Penal), atualmente denominado de “associação criminosa” (redação dada pela Lei nº 12.850/2013).

Dessa forma, considerando que a antiga Lei do Crime Organizado não criou o tipo penal respectivo, “a única maneira de se criminalizar qualquer conduta associativa para a prática delituosa dava-se pelo tipo penal do art. 288 do Código Penal (quadrilha ou bando)” (NUCCI, 2021, p. 10).

Então, diante da inexistência de tipo penal específico, os integrantes das organizações criminosas geralmente respondiam pelo crime de quadrilha ou bando (se não fosse uma associação delitiva para fins de tráfico de drogas, tampouco visando a prática de genocídio), que atualmente apresenta uma pena de reclusão de um a três anos (artigo 288 do Código Penal).

De fato, o cotejamento com o atual crime de organização criminosa, previsto na Lei nº 12.850/2013, demonstra o quanto a imputação anterior, no crime de quadrilha ou bando, seria insuficiente, principalmente ao notar a pena de reclusão, de três a oito anos, prevista para o crime do artigo 2º da atual Lei do Crime Organizado.

Ainda, cumpre lembrar que a Lei nº 12.694/2012⁹⁹ tratou apenas do aspecto processual voltado às organizações criminosas (posto que dispõe sobre o processo e o julgamento

⁹⁹ Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal), o Decreto-Lei nº 3.689/1941 (Código de Processo Penal), e as Leis nºs 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro), e 10.826/2003; e dá outras providências.

colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, dentre outras disposições), mas não chegou a tipificar este delito,

Cumpra também mencionar, nessa evolução histórica, o chamado Pacote Anticrime¹⁰⁰, que adicionou o crime de organização criminosa no rol da Lei dos Crimes Hediondos, quando direcionado à sua prática (artigo 1º, parágrafo único, inciso V).

Isso porque, no artigo 1º da Lei nº 8.072/1990, consta o rol dos crimes considerados hediondos¹⁰¹, sendo que o Pacote Anticrime incluiu no inciso V de seu parágrafo único, o “crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado”.

Desse modo, cumpre mencionar que a hediondez de uma organização criminosa ficará dependendo de que suas práticas delitivas sejam previstas no rol previsto na Lei dos Crimes Hediondos, o que reduz suas hipóteses de incidência, considerando que muitos delitos praticados pelos grupos criminosos (incluindo lavagem de dinheiro e crimes contra a Administração Pública) não estão previstos como hediondos:

Com as inovações do “Pacote Anticrime” (Lei nº 13.964/2019), em que pese tenha sido o crime de organização criminosa incluído no rol dos crimes hediondos, note-se que o legislador apenas assim o considerou na hipótese do crime organizado ser “direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado.”

Ocorre que esta condição acaba limitando sobremaneira as hipóteses de hediondez da criminalidade organizada, notadamente quando o grupo criminoso tiver por objetivo a prática de delitos não previstos no rol taxativo dos crimes hediondos (tais como: lavagem de capitais, corrupção ativa ou passiva, dentre outros crimes contra a Administração Pública), comumente perpetrados pelo crime organizado (PONTE; MARANGONI, 2021, p. 171-172).

¹⁰⁰ A Lei nº 13.964/2019, de 24 de dezembro de 2019, trouxe alterações na legislação penal e processual penal, incluindo novos dispositivos no Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941), na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), na Lei dos Crimes Hediondos, na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), na Lei das Interceptações Telefônicas (Lei nº 9.296/1996), na Lei de Lavagem de Dinheiro, no Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003), na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), na Lei nº 11.671/2008 (que dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima), na Lei nº 12.037/2009 (que dispõe sobre identificação criminal), na Lei do Crime Organizado, dentre outras.

¹⁰¹ Cumpre mencionar que o mandado constitucional de criminalização inserto no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, quanto aos crimes hediondos, não foi atendido de forma suficiente pelo legislador ordinário (PONTE, 2016, p. 177-179), visto que o rol taxativo previsto na Lei dos Crimes Hediondos parece mais ter se preocupado com questões eleitoreiras do que com o combate à criminalidade. Nesse sentido, ressalta Ponte (2016, p. 177-178): “Do modo como se encontra atualmente nossa legislação, em especial nos casos indicados, o mandado de criminalização existe, todavia sua concretização mostra-se frágil e deficitária.” Com efeito, haveria a necessidade de ampliação do rol dos crimes hediondos, conforme defende Moraes (2014, p. 66), sugerindo inclusive o crime de corrupção, como tipo penal que deveria estar previsto em referido rol, juntamente com os delitos praticados contra o erário: “V. A adequada proteção jurídico-penal dos crimes praticados contra o erário exige alargar o rol de crimes hediondos, colocando a corrupção como espécie e a imediata criminalização do enriquecimento ilícito”.

Quanto ao conceito doutrinário de “organização criminosa”, Nucci destaca sua fisionomia de empresa (com objetivos e métodos ilícitos), muitas vezes inserido nas estruturas do Poder Estatal:

Diante disso, a *organização criminosa* é a associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo preestabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes. Pode-se sustentar que a organização criminosa tem a visível feição de uma empresa, distinguindo-se das empresas lícitas pelo seu objeto e métodos ilícitos.¹⁰² Vamos além, com o fito de demonstrar a inserção do crime organizado nas estruturas de poder político do Estado. Seja qual for o objetivo da organização criminosa, a sua atuação, em algum ponto e sob determinada medida, termina por se sustentar pelo apoio de servidores públicos mancomunados e aliciados, integrantes do esquema, direta ou indiretamente. (NUCCI, 2021, p. 12).

Com efeito, a estruturação e profissionalização destes grupos criminosos, cada vez mais sofisticados e organizados, chega a apresentar uma formatação de sociedade ou corporação, conforme se depreende de organizações criminosas que têm verdadeiros organogramas sobre o funcionamento de seus setores e das funções de seus membros.

Desse modo, as organizações criminosas trazem consigo uma “visão empresarial do crime”, causando danos e perigos incomensuráveis à sociedade e ao Estado, como ressalta Nucci:

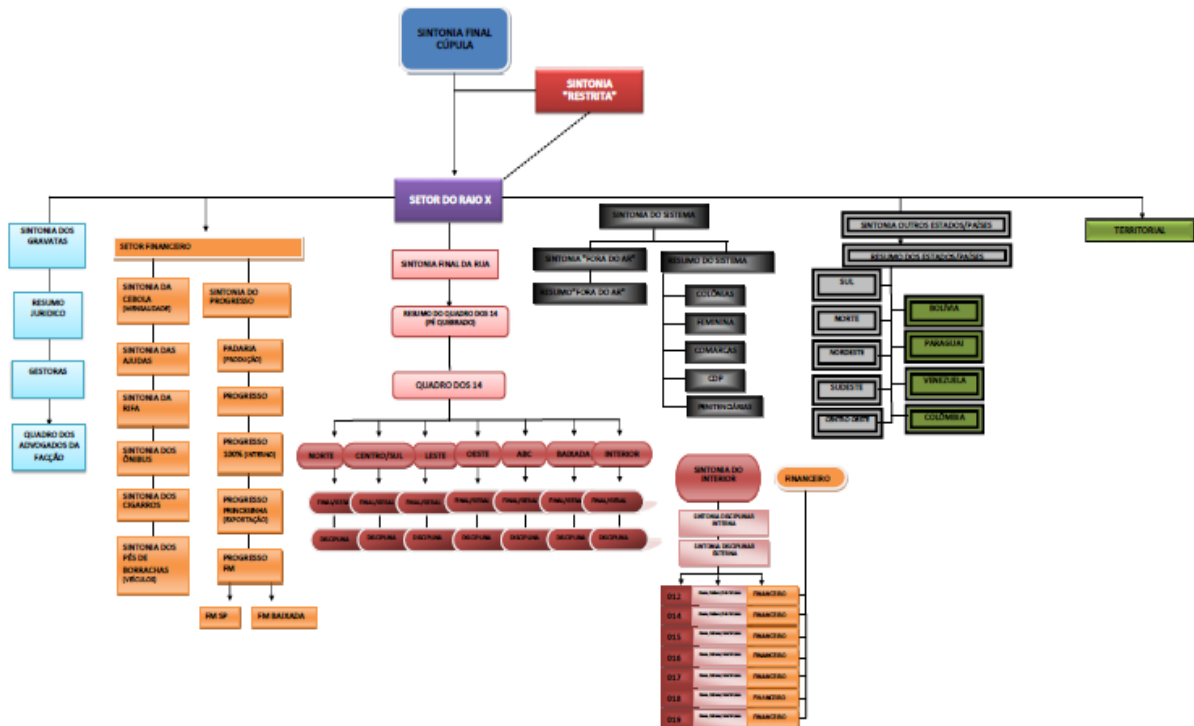
Não se pode discordar dessa visão empresarial do crime, que se molda como se fosse autêntica corporação, com “diretoria, gerências regionais e locais, funcionários”, na busca do lucro, em estrita hierarquia, com invasão nas entranhas dos órgãos estatais, dispondo de tecnologia de ponta, conexões variadas no mercado, atitudes de controle estrito de obediência, validando a violência como exemplo para a fidelidade dos seus membros e espalhando-se, sempre e cada vez mais, não somente pelo território nacional, mas, sobretudo, para outros países. Os danos e o perigo que provoca à sociedade e ao Estado são imensuráveis, até porque essas organizações têm a capacidade de corroer a honestidade pública, corrompendo políticos e autoridades e gerando descrédito às instituições oficiais, bem como fomentando a impunidade no tocante aos crimes em geral. (NUCCI, 2017, p. 770-771).

A título exemplificativo, segue abaixo um organograma¹⁰³ que traz a estrutura e a divisão de tarefas da organização criminosa chamada PCC, com a terminologia empregada na designação das funções e das suas atividades ilícitas:

¹⁰² Citando o autor Alexandre Rorato Maciel, *Crime organizado*, p. 32.

¹⁰³ Referido organograma das “sintonias” (setores e funções) da facção criminosa PCC foi apresentada em diversas Denúncias oferecidas por membros do Ministério Público do Estado de São Paulo, integrantes do GAECO, no enfrentamento a esta conhecida organização criminosa.

Figura 1. Organograma do PCC



Fonte: Processo Criminal nº 0003437-14.2019.8.26.0348 – 2ª Vara Criminal da Comarca de Mauá/SP, fls. 172.

Desse modo, o crime organizado muitas vezes aparelha-se como uma verdadeira corporação, definindo seus setores e funções em verdadeiras diretorias e gerências, estabelecendo a hierarquia entre seus membros, e exercendo suas atividades criminosas a ponto de invadirem a Administração Pública, corrompendo funcionários públicos e autoridades, na busca de maiores lucros ou da garantia da impunidade.

Isso porque, as organizações criminosas geralmente voltam seus intuítos criminosos para a prática das seguintes atividades ilícitas:

Os autores que se dedicam ao estudo das formas e atividades das organizações criminosas costumam elencar as suas atividades principais, indicando:

- tráfico de entorpecentes;
- extorsões;
- corrupção e concussão (dentre outros crimes conta a administração pública);
- ameaças e intimidações (de vítimas e testemunhas);
- contrabando e descaminho;
- exploração de jogos de azar;
- promoção e favorecimento à prostituição/tráfico de pessoas (mulheres);
- receptações em grande escala;
- fraudes diversas (estelionatos, falsificações de documentos etc.);
- falsificações de mercadorias;
- falsificações de dinheiro;
- roubo/furto de cargas;
- homicídios;
- lesões corporais dolosas;
- sequestros de pessoas;
- golpes econômicos contra o Estado (fraude a concorrências etc.);
- lavagem de dinheiro;

- tráfico de armas;
- usura;
- fraudes contábeis e financeiras;
- crimes de informática;
- tráfico de influência;
- cartelização de empresas
- terrorismo. (MENDRONI, 2020, p. 31).

No mais, ainda quanto ao histórico das organizações criminosas, cumpre mencionar ter sido na Itália e nos Estados Unidos, a partir do século XIX, onde se desenvolveu “o fenômeno específico da máfia, cuja estrutura viria a influenciar a abordagem da moderna criminalidade organizada em todo o mundo” (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 100).

De fato, as organizações mafiosas italianas ganharam notoriedade mundial, chegando a ser interpretadas em diversas obras cinematográficas (como a trilogia de filmes *The Godfather*, inspirada na máfia siciliana “Cosa Nostra”, e que narra a história de uma das famílias da máfia italiana nos Estados Unidos, lançada no ano de 1972).

Inclusive, em sua luta contra a máfia, a Itália criou a “Direção Nacional Antimáfia”, composta pela “Procuradoria Nacional Antimáfia” (que é formada por diversas “Procuradorias Regionais Antimáfia”), sendo que em 1972 a legislação italiana trouxe a definição de “crime de associação criminosa do tipo mafioso”. Ainda, em 1982, houve a aprovação de leis sobre o confisco de bens, que compõem as medidas de prevenção existentes na Itália, posto que, para combater a máfia, deve-se enfraquecê-la, notadamente apreendendo seu patrimônio.¹⁰⁴

Ainda, a denominação “crime organizado” foi consagrada nos Estados Unidos, com a evolução da atividade criminal de determinados grupos:

A expressão *crime organizado* veio a ser cunhada, porém, nos Estados Unidos, onde o seu significado não se manteve, porém, sempre inalterado. Com efeito, nas décadas de vinte e trinta do século passado, a expressão crime organizado era entendida como atividade criminal sistemática ou *racketeering*, sem uma alusão a grupos determinados, sendo traços marcantes, ainda, a conexão com agentes públicos corruptos, a exploração de mercados ilícitos de bebidas e drogas, e a inclusão no conceito de atividades ilegais nos parcamente regulados mercados financeiros, como é próprio do capitalismo desenfreado, o que acabou culminando na grande depressão (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 101-102).

Ademais, no âmbito do direito comparado, podemos mencionar que “nos Estados Unidos, é tradicional a figura da conspiracy”, sendo que “mais recentemente, a matéria é tratada no diploma conhecido como Racketeer Influenced and Corrupt Organisations Act (RICO), que

¹⁰⁴ Informações transmitidas durante exposição no Curso de “Combate ao Crime Organizado”, promovido pela *International Experience, Accademia Juris Roma* e a *Unviersità degli Studi di Roma Tor Vergata*, no período de 7 a 17 de maio de 2018.

integra o chamado Federal Organisation Crime Control Act de 1970” (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 160).

Na Itália, considerando a realidade das máfias, o legislador fez distinção entre a “Associação para Delinquir” (artigo 416) do crime de “Associação de Tipo Mafioso”, previsto no artigo 416 bis do Código Penal, que traz a seguinte definição (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 160-161):

Art. 416 bis. Associação de tipo mafioso
 Aquele que faz parte de uma associação de tipo mafioso formada por três ou mais pessoas é punido com reclusão de três a seis anos.
 Aqueles que promovem, dirigem ou organizam a associação são punidos, tão somente por isso, com reclusão de quatro a nove anos.
 A associação é do tipo mafioso quando aqueles que nela fazem parte se valem da força de intimidação do vínculo associativo e da condição de sujeição e de lei do silêncio¹⁰⁵ que dela deriva para cometer crimes, para adquirir, de modo direto ou indireto a gestão ou de qualquer modo o controle de atividade econômica, de concessões, de autorizações, contratos e serviços públicos ou para obter lucros ou vantagens injusta para si ou para outrem ou com o fim de impedir ou obstar o livre exercício do voto ou obter voto para si ou para outrem por ocasião das eleições.

Interessante mencionar que a conhecida “Operação Mãos Limpas”, (“Operação Mani Pulite”) que aconteceu na Itália, descobriu uma rede ampla de corrupção envolvendo a máfia e a classe política, motivo pelo qual foi acrescentado, no artigo 416, o tipo penal de “Troca eleitoral político-mafiosa” (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 161).

De fato, consta que na Itália não há máfia sem relação com a política, posto que os mafiosos querem ter dinheiro, mas também poder, ou seja, pretendem fazer parte da organização estatal, das relações de poder.

Inclusive, na Itália foi promulgado um “Código Antimáfia”, em 2011, com alteração legislativa em 2017, que previu o funcionamento de Varas Judiciais que tratam apenas de sequestro e confisco de bens, sendo que a administração dos bens passa para uma Agência Nacional de bens confiscados. Cumpre mencionar que o sistema italiano de prevenção, permite o sequestro e o confisco de bens, mesmo antes da condenação, bastando a existência de indícios

¹⁰⁵ A legislação italiana refere-se à utilização de metodologia mafiosa para obtenção de proveitos econômicos, como a utilização da “lei do silêncio”, com o uso da força de intimidação dos mafiosos, incluindo a prática de extorsão. Assim, conforme as características observadas no cadáver, era facilmente identificado o motivo do homicídio realizado pela máfia italiana, Por exemplo: um corpo encontrado com pedra na boca, identificava quem havia “falado demais”; cadáver com uma pequena bolsa de dinheiro, indicava que a vítima havia roubado/furtado a máfia; cadáver com genitais na boca, indicava que o ofendido havia tocado alguma mulher de mafioso; utilizava-se também a técnica do “encabritamento”, pela qual eram amarrados os pés e as mãos da vítima, junto ao seu pescoço, de modo que acaba sendo enforcado por ele mesmo (cf. notas sobre a exposição no Curso de “Combate ao Crime Organizado”, promovido pela *International Experience, Accademia Juris Roma* e a *Unviersità degli Studi di Roma Tor Vergata*, no período de 7 a 17 de maio de 2018).

– há **inversão do ônus da prova** (basta provar que o agente não tem bens que comprovem aquele montante de patrimônio, além de ter o costume de delinquir)¹⁰⁶.

Também podem ser mencionados os seguintes países que já há algum tempo possuem tipo específico de organização criminosa: Espanha¹⁰⁷, Suíça¹⁰⁸, Bélgica¹⁰⁹, Áustria¹¹⁰ e Bolívia¹¹¹. Por sua vez, alguns países não apresentam tipo penal de organização criminosa que seja distinta do delito de associação criminosa, como ocorria no Brasil: Chile¹¹², Paraguai¹¹³, Peru¹¹⁴, Portugal¹¹⁵, Uruguai¹¹⁶ e Alemanha¹¹⁷ (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 158).

Com efeito, no final do século passado, juntamente com a globalização, o crime organizado passou a ser notado como uma preocupação em nível mundial, culminando, inclusive, na Convenção de Palermo:

Mas até a década de oitenta, o crime organizado era visto como um fenômeno circunscrito à Itália e aos Estados Unidos, eventualmente estendido ao Japão, China, Rússia e Colômbia, sendo de rara utilização no restante da Europa. É somente nas duas últimas décadas do século passado, com o fenômeno da globalização e, em especial, pela expansão do tráfico de drogas e do mercado de emigração ilegal para os países ricos, que a criminalidade organizada passa a ser percebida como um problema mundial e não mais como fenômeno circunscrito aos Estados Unidos, à Itália, e às telas dos cinemas. A partir daí, operou-se uma verdadeira universalização do conceito e o crime organizado passa a ser uma preocupação mundial, em um processo que culmina com a publicação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 102-103).

6.2. Crime organizado: formas e aplicação da teoria do domínio do fato

¹⁰⁶ Notas sobre a exposição no Curso de “Combate ao Crime Organizado”, promovido pela *International Experience, Accademia Juris Roma* e a *Unviersità degli Studi di Roma Tor Vergata*, no período de 7 a 17 de maio de 2018.

¹⁰⁷ Artigo 282 bis, n. 4, da Ley de Enjuiciamiento Criminal (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 160).

¹⁰⁸ StGB, artigo 260 ter, dentro do “Segundo Pacote de Medidas Legislativas contra o Crime Organizado” (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 161).

¹⁰⁹ Artigo 324 bis e 324 ter do CP (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 159).

¹¹⁰ O tipo de *Kriminelle Organisation* foi introduzido em 1993 e reformado em 1996, constando no §278 do CP (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 159).

¹¹¹ Artigo 132 bis do CP (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 160).

¹¹² Artigos 292 e 293 do CP (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 158).

¹¹³ Artigo 239 do CP (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 158).

¹¹⁴ Artigo 317 do CP (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 158).

¹¹⁵ Artigo 299 do CP (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 158).

¹¹⁶ Artigo 150 do CP (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 158).

¹¹⁷ O §129 do StGB traz o tipo de “Formação de Associação Criminal” (“Bildung Krimineller Vereinigung”), sendo que em 1992 foi publicada, na Alemanha, a “Lei para Luta do Comércio de Estupefacientes ilegal e outras formas de apresentação da Criminalidade Organizada”, mas que não trouxe a definição de crime organizado (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 158-159).

As organizações criminosas podem ser reconhecidas em quatro formações básicas, conforme explica Mendroni (2013, p. 441): 1) tradicional (ou clássica), sendo as máfias o exemplo mais clássico; 2) rede (Network/Rete Criminale/Netzstruktur), tendo como principal característica a globalização, posto que se apresenta como provisória, formada por um grupo de “experts” que age durante determinado tempo para a prática de crimes propostos, depois se diluem e formam um novo grupo, aproveitando-se das oportunidades de cada setor e local; 3) empresarial, observada no âmbito das empresas licitamente construídas, sendo que os empresários se utilizam de sua estrutura hierárquica para secundariamente praticar crimes ambientais, fiscais, licitatórios, lavagem de dinheiro, cartéis, dentre outros; e 4) endógena, que atua dentro do próprio Estado, sendo formada por políticos e agentes públicos (crimes contra a Administração Pública, como corrupção, peculato, concussão etc.).

No mesmo sentido explica Baltazar Júnior (2010, p. 103-116), quanto aos diversos paradigmas de organizações criminosas: 1) o paradigma mafioso ou tradicional; 2) o paradigma da rede; 3) o paradigma empresarial; e 4) o paradigma endógeno.

Assim, na organização criminosa tradicional ou clássica¹¹⁸, podem ser observadas algumas características, tais como: a potencial utilização da violência (para fins de intimidação); e a capacidade de fazer relações empresariais ou de poder – bastante patentes nas organizações mafiosas, por exemplo¹¹⁹.

Cumprido mencionar que no paradigma de rede criminosa, os agentes atuam em grupos que colaboram entre si, de modo que a hierarquia é menos rígida, e o lucro pessoal é a principal finalidade, não havendo o caráter de lealdade que identifica os modelos mafiosos tradicionais. Essas redes são formadas por meio dos recursos tecnológicos, facilitando a comunicação e o rápido deslocamento, próprios da globalização, sobretudo no âmbito econômico e empresarial (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 108-109)¹²⁰.

No que se refere ao paradigma empresarial de criminalidade organizada, podem ser vislumbradas algumas hipóteses: a) empresa criminosa propriamente dita (constituída para finalidades ilícitas); b) empresa regularmente constituída, por meio da qual passa-se a cometer

¹¹⁸ Baltazar Júnior (2010, p. 104) menciona que “nas organizações tradicionais, a obtenção de proveito econômico vem acompanhada de funções ou de componentes *sociais*, como o sentimento de pertinência ligado à ajuda recíproca, a obtenção de um especial *status* no meio criminal, uma justificação ideológica do comportamento criminoso e à disposição de um ambiente para troca de informações”.

¹¹⁹ Notas de explanações feitas no Curso de “Combate ao Crime Organizado”, promovido pela *International Experience, Accademia Juris Roma* e a *Unviersità degli Studi di Roma Tor Vergata*, no período de 7 a 17 de maio de 2018.

¹²⁰ “No Brasil, é exemplo do referido entrelaçamento a união entre o CV e o PCC”, visto que “esses criminosos profissionais reúnem-se em grupos que colaboram ou competem entre si, conforme as necessidades do momento, como ocorre no Rio de Janeiro, em caso de falta de drogas ou armas, obtidas com grupos aliados, na base da reciprocidade” (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 107 e 109).

crimes (ambientais, econômicos, fiscais, etc.) de forma sistemática; e c) empresa “de fachada” (criada para acobertar ilícitos, tais como lavagem de capitais, utilizando-se de pessoas interpostas, conhecidas como “laranjas”) (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 114-115).

De fato, no âmbito da criminalidade empresarial, uma sociedade empresária pode ser idealizada, desde o princípio, para objetivos ilícitos (inclusive nos casos de empresas “de fachada”), ou pode ocorrer dos dirigentes de uma empresa, que nasceu para a consecução de uma atividade econômica regular, acabarem se enveredando para a prática de delitos diversos, que lhes acaba trazendo lucros ainda maiores.

Quanto à forma de organização criminosa “endógena”, Mendroni (2013, p. 441) lembra ser também chamada de “criminalidade dos poderosos” (chamada pela doutrina alemã de “Kriminalität der Mächtigen”), dos quais são exemplos brasileiros os casos: “Mensalão, Sanguessugas, Correios, Satiagraha, Castelo de Areia, Máfia dos Fiscais (SP), Milícias (RJ) etc.”

Desse modo, nas diversas formas de organização criminosa a teoria do domínio do fato pode e deve ser adotada, visto que praticamente em todas elas observa-se a subordinação hierárquica, exceto, talvez, na que atua em forma de “rede”. Assim, “há constatação de divisão de tarefas e evidente possibilidade de substituição dos executores dos crimes, a mando do *boss*, sem que isso prejudique a obtenção do resultado” (MENDRONI, 2013, p. 442).

Isso porque, para a utilização da teoria do domínio do fato nas organizações criminosas que não sejam as “tradicionais” ou “clássicas” (como no caso das máfias), devem ser observadas suas características, tais como hierarquia entre seus membros e fungibilidade dos executores (MENDRONI, 2013, p. 442).

Com efeito, o domínio da organização poderá ser aplicado a todas as espécies de formações de organizações criminosas, desde que evidenciados os seus pressupostos, em que pese seja intuitivamente mais simples de visualizar esta teoria no âmbito das organizações criminosas tradicionais, clássicas ou mafiosas.

Por exemplo, observa-se com certa facilidade o pressuposto da fungibilidade dos executores, nas organizações criminosas no âmbito empresarial, bem como nas organizações que atuam no interior da Administração Pública, visto que esses agentes poderão ser rapidamente substituídos para o cumprimento da ordem ilícita:

Nos casos de organizações criminosas empresariais, que se utiliza do “aparato” legalmente constituído, da mesma forma, se o dono da empresa determinar ao seu diretor, a prática de fraude a uma licitação ou a formação de cartel, será “senhor” da situação e do resultado, pois que se aquele determinado diretor não cumprir a tarefa

criminosa, por qualquer razão, poderá facilmente ser substituído por outro que a ela se disponha.

Na hipótese de organização criminosa endógena, que age dentro do próprio Estado, por exemplo, o ocupante do cargo de chefia (mando) poderá determinar a um dos seus subordinados a prática de uma ação criminosa de corrupção, desvio de verba pública, lavagem de dinheiro etc. No caso de recusa, outro poderá executá-lo e a substituição é facilmente operada. (MENDRONI, 2013, p. 442).

Cumprir mencionar que, em todas estas configurações do crime organizado, a necessária responsabilização dos autores mediatos e imediatos, ou seja, do “homem de trás” e do executor, apresenta-se adequada com a utilização da teoria do domínio do fato, na medida em que todos estarão obtendo proveitos da prática ilícita.

Nesse sentido ressalta Mendroni (2013, p. 442):

Em todas estas formas, o mandante do crime tira proveito do delito, recebendo o seu produto. Os executores disfrutam do “aparato organizado”, e tiram proveito da situação na medida em que se sentem dele integrantes e nele envolvidos, ambicionando qualquer ação recompensatória, como parte do dinheiro subtraído/desviado, ou simplesmente o mero reconhecimento do chefe, objetivando, um dia experimentar algum benefício ou “promoção” no âmbito da organização.

6.3. Novos meios de prova: prova digital, provas para o crime organizado e criminalidade econômico-financeira

Inicialmente, cumpre lembrar que a atual Lei do Crime Organizado não apenas tipificou o crime de organização criminosa, como também dispôs sobre instrumentos de investigação criminal e produção probatória, destacando-se os seguintes meios de obtenção da prova: a colaboração premiada; captação ambiental; ação controlada; interceptação telefônica e telemática; quebra do sigilo bancário e fiscal; infiltração de agente policial (artigo 3º, incisos I a VIII, da Lei nº 12.850/2013).

Nesse aspecto, importante notar que esta nova lei dispôs e regulamentou acerca de institutos específicos relacionados a meios de obtenção de prova, haja vista a necessidade de aprimoramento dos instrumentos de investigação dessa forma de criminalidade moderna:

A relação umbilical existente entre a criminalidade organizada e a visível desestruturação política, social e econômica da sociedade moderna reclama do ordenamento jurídico novos e eficientes mecanismos de atuação, vale dizer, novas técnicas de investigação, sob pena de se assistir, num futuro próximo, a falência irreversível do aparato preventivo-repressivo do estado. (TURESSI, 2013, p. 232).

Desse modo, dentre os referidos meios probatórios, destaca-se a **colaboração premiada**, pela qual as declarações do colaborador, corroboradas com outras provas, apresentam relevante conteúdo probatório:

a palavra do colaborador passa a ganhar valor probatório, porém, limitado, desde que demonstradas a sua idoneidade e a sua credibilidade, exigências estas que não decorrem da sua condição de colaborador, mas sim da coerência e confirmação do seu conteúdo por outros meios de prova válidos (BECHARA, 2015, p. 7).

Nessa oportunidade não serão exploradas todas as peculiaridades desse instituto, a fim de manter o foco do objetivo do presente trabalho, mas alguns aspectos serão destacados, diante da importância de tal instrumento.

Então, de início cumpre notar a natureza híbrida da colaboração premiada – como fonte de prova, meio de prova e meio de defesa -, sendo que “tudo quanto for nele alegado deve ser investigado e demonstrado” (DEMERCIAN, 2016, p. 74).

Inclusive, cumpre consignar que o artigo 3º-A da Lei nº 12.850/2013 expressamente dispõe ser a colaboração premiada um “negócio jurídico processual”, além de “meio de obtenção de prova”¹²¹.

Assim, a colaboração premiada pode ser explicada nos seguintes termos:

O acordo de colaboração premiada pressupõe concessões recíprocas das partes legitimadas a figurar nos polos da ação penal. O imputado abre mão do direito ao silêncio e o titular da ação penal lança mão de poderes de *nolle prosequi* ou, alternativamente, concede benefícios de natureza penal. Diante desse cenário, apenas aqueles que são titulares de poderes, faculdades e posições processuais envolvidos no acordo podem nele figurar como parte, o que exclui juízes, defensores e autoridade policial (PEZZOTTI, 2020, p. 332).

Com efeito, é de fácil compreensão que as organizações criminosas, principalmente quando instituídas no âmbito empresarial e envolvendo uma complexa rede de membros e colaboradores, muitas vezes dificilmente serão desveladas sem que alguma informação acabe sendo revelada do interior desse mecanismo.

De fato, a maioria dos grupos criminosos organiza-se de forma a compartimentar suas informações sensíveis, motivo pelo qual nem sempre todos se conhecem dentro desse engenhoso organismo, uma sistemática idealizada para dificultar a descoberta pelas autoridades.

Mas no caso de eventuais integrantes pretenderem informar tais práticas criminosas para o Estado – por qualquer motivação que seja, inclusive de caráter pessoal –, nada mais justo que

¹²¹ “Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)”.

estimular esse comportamento com instrumentos que protejam não apenas estes elementos de prova, como o próprio colaborador, a fim de evitar quaisquer represálias.

Quanto a suas origens históricas em solo brasileiro, Pezzotti lembra que as Ordenações Filipinas até traziam dispositivos relativos à delação premiada para os crimes de Lesa Majestade, contudo não existem indicativos de que estas previsões tenham inspirado¹²² o instituto atual da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro (PEZZOTTI, 2020, p. 201-202).

Nesse aspecto, Pezzotti também menciona que as primeiras disposições relacionadas à delação premiada, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, surgiram no início da década de 1990:

A Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), pioneira nesse aspecto, dispõe, desde sua concepção, que *o participante ou o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços* (art. 8º, parágrafo único) (PEZZOTTI, 2020, p. 204).

Cumprе mencionar, ainda, que a delação premiada foi inicialmente prevista no âmbito doméstico como causa de diminuição de pena (na Lei nº 8.072/1990¹²³; na Lei nº 9.080/1995 – art. 16, p. único, da Lei nº 8.137/1990¹²⁴ –; na Lei 9.296/1996), sendo que na Lei nº 9.807/1999 (artigos 13 a 15)¹²⁵ ainda admitiu o perdão judicial com extinção de punibilidade (PEZZOTTI, 2020, p. 211).

¹²² Inclusive, quanto à inspiração do instituto da colaboração premiada, Pezzotti destaca que “tal como posta na Lei nº 12.850/13, é produto da influência de institutos jurídicos estrangeiros oriundos de ordenamentos permeados pelas tradições do *common law* e do *civil law*, mais especificamente do direito norte-americano e do direito italiano, respectivamente. Os movimentos que culminaram na sua formação, portanto, ocorreram parcialmente no interior desses ordenamentos jurídicos. Eles compõem, assim, em alguma medida, o código genético do instituto hoje aplicado no Brasil” (PEZZOTTI, 2020, p. 93). Nesse ponto, ainda destaca que “a inspiração inicial para a delação premiada brasileira surge a partir do direito italiano, como resultado de uma legislação de emergência, formulada para fazer frente às formas mais graves de criminalidade” (PEZZOTTI, 2020, p. 205).

¹²³ “Art. 8º Serรก de tręs a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”.

¹²⁴ “Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção. Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)”.

¹²⁵ “Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso. Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Ainda, a revogada Lei nº 9.034/1995, que dispunha sobre meios de prova e procedimentos investigatórios sobre crimes praticados por organizações criminosas, também trazia a delação premiada como uma causa de diminuição de pena, em seu artigo 6º: “Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”.

Desse modo, em suas primeiras previsões, a delação premiada era possível de ser reconhecida pelo juiz, independentemente de qualquer ajuste ou negociação entre as partes, de modo que, “ao contrário das primeiras previsões nacionais sobre a delação premiada, a Lei nº 12.850/13 confere ao instituto feições de um típico instrumento de justiça penal negociada” (PEZZOTTI, 2020, p. 211 e 217).

Ademais, “a lei de lavagem de dinheiro de nº 9.613/98¹²⁶, alterada pela Lei nº 12.683/12, já havia tratado da delação premiada com a designação de *colaboração premiada*”, expressão considerada mais adequada, visto que “premia-se a *colaboração* feita pelo integrante da organização criminosa e não sua delação” (LEMONS JÚNIOR; OLIVEIRA, 2014, p. 43).

Mas a atual Lei do Crime Organizado dispôs expressamente sobre a possibilidade de celebração do acordo de colaboração premiada, com o investigado, réu ou sentenciado, em sua Seção I (artigos 3º-A a 7º da lei), regulamentando suas regras e sistemática.

Assim, a Lei do Crime Organizado detalhou especificamente o instituto da colaboração premiada, trazendo diversas hipóteses pelas quais o colaborador poderá ser beneficiado, conforme se depreende da leitura do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013.

Inclusive, conforme disposto nos parágrafos 6º e 7º do artigo 4º da lei, o magistrado não participará das negociações no âmbito da colaboração premiada, aspecto “consentâneo com um processo penal de estrutura acusatória, que observe rigorosamente a iniciativa das partes e a inércia da jurisdição” (DEMERCIAN, 2016, p. 73).

Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

§ 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.

§ 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei.

§ 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados”.

¹²⁶ Conforme disposto no §5º do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998: “A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)”.

Nesse ponto, cumpre mencionar que a decisão judicial homologatória (prevista no parágrafo 7º do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013) não analisará o mérito ou conteúdo das declarações do colaborador, mas aspectos de legalidade e voluntariedade.

Nesse sentido ressaltam Lemos Júnior e Oliveira:

Importante reconhecer que a homologação do Termo de Acordo não implica em prejulgamento, porque o Juiz irá julgar o réu-colaborador e os demais comparsas apenas na fase da sentença. A avaliação judicial aqui fica refém a legalidade formal das condições abrangidas no acordo de colaboração premiada, sem exame de mérito e valoração de credibilidade do conteúdo da delação. (LEMONS JÚNIOR; OLIVEIRA, 2014, p. 48).

Ademais, a confissão apresentada pelo colaborador deve estar revestida de diversos aspectos (verossimilhança, clareza, pertinência, uniformidade e coerência), que devem ser analisados pelo magistrado¹²⁷, conforme destacam Demercian e Arruda:

Além disso, a colaboração, para ser válida, depende a coexistência de alguns requisitos. O corréu colaborador, para fazer jus às benesses legais já indicadas, deve confessar sua participação na empreitada criminosa. Essa admissão de culpa deve estar cercada de cuidadoso exame valorativo pelo juiz e revestido de determinadas condições intrínsecas, isto é: a **verossimilhança**, a **clareza**, a **pertinência**, a **uniformidade** e a **coerência**. É certo, ainda, que nenhuma sentença condenatória será proferida com base, exclusivamente, nas declarações do agente colaborador (artigo 4º, § 16). (DEMERCIAN; ARRUDA, 2019, p. 58).

Ainda quanto ao pressuposto da voluntariedade, cumpre mencionar o entendimento crítico de que na hipótese de o colaborador estar preso cautelarmente, faltaria referido requisito para a confecção do acordo de colaboração. Contudo, importante notar que o pretense colaborador sempre estará assistido por seu Defensor e, ademais, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, no *Habeas Corpus* 127.483/PR, que para a celebração do acordo, exige-se, como requisito de validade, que o colaborador aja com liberdade psíquica, e não liberdade de locomoção, de modo que não haveria óbice a que o colaborador estivesse preso, desde que presente, assim, a voluntariedade da colaboração (ausência de coação).

Ademais, imperativo notar o entendimento de que, a despeito da previsão disposta na atual Lei do Crime Organizado, quanto à possibilidade de a colaboração premiada ser proposta

¹²⁷ Os mesmos autores destacam que, quanto à natureza jurídica da decisão judicial que referenda a colaboração premiada, trata-se de “sentença homologatória meramente verificativa”, visto que “o magistrado, ao homologar o acordo (ou indeferir seu referendo), deve estar atento, exclusivamente, aos termos da lei (artigo 4º da Lei 12.850/2013), bem como aos critérios já aludidos anteriormente, a saber: verossimilhança, a clareza, a pertinência, a uniformidade, a coerência e, principalmente, a espontaneidade (cf. artigo 4º, §§7º e 8º, da Lei 12.850/13)” (DEMERCIAN; ARRUDA, 2019, p. 59).

pela Autoridade de Polícia Judiciária¹²⁸, o Ministério Público, sendo autor da ação penal pública, também deverá participar:

Contudo, entendemos que a elaboração do Termo de Acordo de Colaboração Premiada deve ser redigido em conjunto com o representante do Ministério Público, porquanto a autoridade policial fica alheia à condução da ação penal e, assim, não pode elaborar ajustes no lugar do acusador. Nada impede que o Delegado de Polícia proponha a colaboração premiada, por exemplo, num termo de interrogatório, e o Termo de Acordo seja, num segundo momento ou em outra data, subscrito em conjunto com o Promotor de Justiça e o Investigado, acompanhado sempre por seu Defensor. (LE MOS JÚNIOR; OLIVEIRA, 2014, p. 48).

No mesmo sentido explica Demercian, ressaltando a impossibilidade do Delegado de Polícia conseguir sopesar a importância da colaboração premiada para determinado caso, notadamente por não configurar como titular da ação penal:

Por outro lado, não obstante previsão legal nesse sentido, não parece possível – isoladamente – a formulação de proposta de colaboração premiada por parte da autoridade policial.

Em primeiro lugar, o Delegado de Polícia não é parte no processo penal, como prevê o artigo 3º. Além disso, o inquérito não é um fim em si mesmo e os elementos de prova ali colhidos servirão de base ao oferecimento da denúncia. O titular privativo a ação penal pública, como é cediço, é o órgão do Ministério Público (artigo 129, I, CF), portanto só ele tem legitimidade para a proposta de colaboração premiada e não a autoridade, a quem não incumbirá atuar nos demais termos do processo. Além disso, não é possível à Autoridade Policial avaliar a efetividade da colaboração para o deslinde da causa. (DEMERCIAN, 2016, p. 73-74).

No mesmo sentido, Pezzotti ainda conclui que o acordo seria impugnável por meio de mandado de segurança, diante da violação de direito líquido e certo do titular da ação penal:

A homologação judicial do acordo lavrado por iniciativa do delegado de Polícia, sem aquiescência ministerial, viola o direito líquido e certo do titular da ação penal de perseguir em juízo a concretização do *jus puniendi* em toda a extensão prevista na norma penal incriminadora, tratando-se de ato impugnável mediante mandado de segurança. (PEZZOTTI, 2020, p. 332).

De fato, não parece fazer sentido ou ter efetividade um acordo de colaboração premiada confeccionado sem a participação do autor da ação penal, que será o destinatário (direto ou imediato) das provas e conclusões angariadas por meio do Inquérito Policial, que embasarão eventual Denúncia, em busca da aplicação das sanções penais aos envolvidos.

Ainda, cumpre pontuar que na hipótese de retratação do pretense colaborador, “as provas auto incriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas

¹²⁸ Questionando a legitimidade de Delegados de Polícia conduzirem e entabularem acordo de colaboração premiada, o então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, defendendo a legitimidade privativa do Ministério Público, em 2016 ajuizou junto ao Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508/DF. Apesar do Supremo Tribunal Federal ter julgado improcedente o pedido formulado, declarando a constitucionalidade dos §§2º e 6º do art. 4º da Lei 12.850/2013, afirmou-se a necessidade da manifestação e anuência do Ministério Público.

exclusivamente em seu desfavor” (artigo 4º, parágrafo 10, da Lei nº 12.850/2013), motivo pelo qual outros elementos de prova poderão ser valorados.

Assim destacam Lemos Júnior e Oliveira:

Questão difícil será separar as provas autoincriminadoras por ele apresentadas durante o período de colaboração, pois tais provas não poderão ser utilizadas em seu desfavor. Entretanto, os demais elementos de prova, sejam derivados ou não daquelas, poderão ser consideradas para desenhar o quadro probatório desfavorável ao antigo Colaborador. (LEMOS JÚNIOR; OLIVEIRA, 2014, p. 50).

Ademais, apesar das duras críticas ao instituto da colaboração processual (tais como: apologia ao “dedodurismo” e eventual manipulação de acordos), a relevância e legalidade da medida são verificadas quando de sua utilização, conforme regulado na Lei nº 12.850/2013¹²⁹, como forma alternativa aos tradicionais métodos investigativos:

O uso seletivo e racional da colaboração imposto pelo regime jurídico da Lei 12.850/2013 freia a bravata e a caça às bruxas, em que o acordo é colocado como um mecanismo de solução negociada, que prima pela busca por uma maior eficiência, mas que em momento algum se distancia da preocupação garantista em resguardar a idoneidade do método e a participação do colaborador e do seu defensor em situações excepcionais, assim qualificadas pela impossibilidade de se recorrer aos métodos de investigação convencionais. (BECHARA, 2015, p. 7).

Com efeito, a colaboração premiada mostrou-se como um relevante instrumento para desvelar importantes e complexos esquemas criminosos, tais como se deu com a conhecida “Operação Lava Jato”, que contou com colaboradores nos diversos níveis hierárquicos, de membros empresários a “doleiros”.

Isso porque os métodos tradicionais de investigação não se apresentam suficientes para descortinar complexas organizações criminosas, motivo pelo qual este meio especial de investigação apresenta-se tão importante no combate ao crime organizado.

Ainda, não há que se falar em desrespeito ao princípio do estado de inocência, pois, conforme já mencionado, o sistema processual penal brasileiro “não é plasmado no *adversarial system* e sim no *inquisitorial system*, que permite ao magistrado o controle dos termos do acordo, suprindo eventual hipossuficiência do acusado” (DEMERCIAN, 2016, p. 81).

Nesse contexto de soluções negociadas, imperativo mencionar **o acordo de leniência nos crimes de formação de cartel** (celebrado nos termos dos **artigos 86 e 87 da Lei nº**

¹²⁹ A Seção I (artigos 3º-A ao 7º) da Lei 12.850/2013 regula o instituto da colaboração premiada, tratando da proposta e formalização do acordo, perdão judicial, aspectos para homologação judicial do acordo, direitos do colaborador, dentre outros.

12.529/2011)¹³⁰, haja vista sua semelhança com o instituto da colaboração premiada, bem como sua importância na investigação da criminalidade econômico-financeira.

Com efeito, o Programa de Leniência encontra previsão nos artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), sendo firmado entre o Conselho Administrativo

¹³⁰ **“Capítulo VII - Do Programa de Leniência: Art. 86.** O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º. O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2º. Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo.

§ 3º. O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4º. Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

§ 5º. Na hipótese do inciso II do § 4º deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o inciso I do art. 37 desta Lei.

§ 6º. Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.

§ 7º. A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

§ 8º. Na hipótese do § 7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

§ 9º. Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.

§ 11. A aplicação do disposto neste artigo observará as normas a serem editadas pelo Tribunal.

§ 12. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo”.

de Defesa Econômica (CADE), e as empresas envolvidas, bem como seus integrantes (lenientes), no bojo do inquérito administrativo da autarquia, tendo ainda o Ministério Público como parte interveniente.

Nesse aspecto, relevante mencionar quanto à imprescindibilidade da participação ativa do membro do Ministério Público, autor da ação penal pública, diante dos benefícios penais previstos no instituo em comento:

Mas, de outra monta, também se faz importante a atuação conjunta do CADE e Ministério Público quando da assinatura do acordo de leniência, porque a lei prevê a extinção da punibilidade com relação ao crime de cartel, e também àqueles com ele diretamente relacionados, muitas vezes praticados em concurso com o cartel – como fraude à licitação pública, formação de quadrilha etc. (MENDRONI, 2016, p. 206).

Apresenta-se como premissa básica do acordo de leniência, que os beneficiários do acordo, em troca de imunidade total ou parcial em relação às penas administrativas e criminais aplicáveis, confessem e colaborem com as investigações, trazendo informações e documentos que permitam à autoridade identificar os demais coautores e comprovar a infração noticiada ou sob investigação.

Então, conforme se depreende da leitura do artigo 87 da Lei nº 12.529/2011, a celebração de acordo de leniência, nos crimes contra a ordem econômica, bem como nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia em face dos agentes beneficiários da leniência.

Ainda, diante do disposto no parágrafo único do referido artigo 87 da Lei nº 12.529/2011, o cumprimento do acordo de leniência pelo agente, extingue a punibilidade dos crimes contra a ordem econômica, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel.

Seguindo, no âmbito da **prova digital**, pode-se mencionar que a atual Lei do Crime Organizado, ao dispor sobre a infiltração de agentes policiais, previu expressamente a possibilidade da “**ação de agentes de polícia infiltrados virtuais**” na *internet* (artigo 10-A¹³¹, incluído pela Lei nº 13.964/2019).¹³²

¹³¹ Conforme disposto no “caput” do artigo 10-A: “Será admitida a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais, obedecidos os requisitos do caput do art. 10, na internet, com o fim de investigar os crimes previstos nesta Lei e a eles conexos, praticados por organizações criminosas, desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)”.

¹³² Cumpre citar que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), em seus artigos 190-A a 190-E já previa a infiltração de agentes policiais na *internet* com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes.

Com efeito, a Lei nº 12.850/2013 já previa o instituto da infiltração presencial de agente policial, em seu artigo 10¹³³, sendo que, após as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime, passou a prever também a modalidade de infiltração virtual (ou digital/cibernética) de agente, no âmbito da *internet*, no rol dos meios de obtenção de prova.

Desse modo, com a recente alteração legislativa, tornou-se possível obter autorização judicial para que policiais se infiltrem em organizações criminosas, usando a *internet*, redes sociais e aplicativos de comunicação como o *WhatsApp*, ampliando-se os instrumentos de investigação da Lei do Crime Organizado, que já admitia a infiltração real (presencial) de agentes.

Assim, a Lei do Crime Organizado passou a disciplinar e regular o procedimento desse meio especial de obtenção de prova, que agora conta expressamente com a modalidade virtual, adequando-se às modernas práticas criminosas, que se valem da *internet* em seu *modus operandi*.

Quanto aos elementos indispensáveis à representação do delegado ou ao requerimento do Ministério Público, no pedido de deferimento da medida, Nucci destaca os seguintes, baseado no disposto no artigo 10 da Lei nº 12.850/2013:

- a) *demonstração de indícios de materialidade* (art. 10, § 2.º, da Lei nº 12.850/2013): como já mencionamos no item anterior, é fundamental haver prova mínima do crime de organização criminosa;
- b) *necessidade da medida*: deve envolver a indispensabilidade da diligência oculta e seu caráter subsidiário (art. 10, § 2.º, segunda parte, da Lei nº 12.850/2013). Não há de ser a primeira medida investigatória tomada pela polícia, mas um nítido complemento a outras diligências já efetivas, aptas, inclusive, a evidenciar a materialidade;
- c) *alcance das tarefas*: é o ponto indicativo ao juiz quanto ao grau de intromissão na intimidade alheia, quando se investiga infiltrado. Com base nessa exposição, o magistrado poderá – ou não – estabelecer os limites da diligência, nos termos preceituados pelo art. 10, caput, parte final, da Lei nº 12.850/2013;
- d) *nomes ou apelidos dos investigados*: cuida-se de informe necessário apenas quando a autoridade policial ou o Ministério Público tiver conhecimento dos integrantes da organização – ao menos alguns. Confere-se maior consistência ao pedido e garante-se visibilidade ao quesito referente à materialidade do crime de organização;

¹³³ Quanto à precedente legislação sobre infiltração de agentes: “Antes da atual Lei nº 12.850/13, a Lei nº 10.217, de 12 de abril de 2001 havia alterado a Lei nº 9.034/95 e introduzido o inciso V ao artigo 2º. Não havia, porém, uma definição do regime jurídico para a utilização do instituto do agente infiltrado. A Lei que tratava da repressão ao crime organizado exigia que o Magistrado estabelecesse todas as circunstâncias da infiltração, vez que a Lei não disponha a esse respeito. Inexistiam regras adequadas. Nada constava quanto ao tempo de duração desse meio de prova, a arrecadação e utilização de verbas para o agente do Estado infiltrado, limites, obrigações, regras de avaliação da prova, alteração de nome, punições ou amparo legal aos crimes cometidos durante a infiltração, dentre outros aspectos.” (LEMOS JÚNIOR; OLIVEIRA, 2014, p. 65-66). Ainda, a Lei de Drogas previu a infiltração de agentes policiais, em seu artigo 53, inciso I, mas sem regular suas regras e circunstâncias, como lembram Lemos Júnior e Oliveira (2014, p. 66): “A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, também prevê a infiltração de agentes de polícia – não autoriza agentes de inteligência – como meio eficaz de prova do comércio ilícito de drogas, mas sem especificar um regime jurídico próprio.”

e) *local da infiltração*: nos mesmos termos do subitem anterior (nomes), é preciso indicar, quando conhecido, o local da infração, vale dizer, onde funciona ou atua a organização criminosa. Embora não seja indispensável, pois a lei menciona “quando possível”, deve-se verificar a sua ligação natural com a materialidade do delito. Dificilmente se poderá indicar ao juiz indícios de existência do delito se não for capaz nem mesmo de apontar a localidade. (NUCCI, 2021, p. 135-136).

Cumprir mencionar a imprescindibilidade desse meio de obtenção de prova, notadamente nos casos em que, diversamente do que ocorre em organizações criminosas onde o requinte de violência e a prática do crime é evidente – restando razoavelmente fácil a obtenção de provas por meio de interceptação telefônica, telemática ou busca e apreensão –, a investigação dirige-se para desvelar a identidade de pessoas cuja atuação criminosa se passa de forma muito mais discreta, por meio de grupos no aplicativo de *WhatsApp* e/ou *Facebook*.

Assim, por exemplo, tal medida apresentou-se adequada para a investigação de uma organização criminosa voltada para a prática de tráfico de pessoas (crianças) na modalidade de adoção ilegal (art. 149-A, inciso IV, do Código Penal), que se utilizava de grupos de aplicativo de *WhatsApp* e comunidades no *Facebook* onde divulgavam a venda de crianças¹³⁴.

Interessante ainda mencionar que algumas medidas requeridas cautelarmente ao juiz, como interceptações telefônicas e a infiltração de agentes virtual (ou digital), geralmente são representadas em conjunto com pedido de utilização do procedimento denominado de “**ação controlada**”¹³⁵ que, nos termos dos artigos 8º e 9º da Lei do Crime Organizado, consiste em

retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações (art. 8º da Lei nº 12.850/2013).

Nesse sentido, o instituto da ação controlada permite aos investigadores a intervenção dos atos criminosos no melhor momento, garantindo a integral obtenção da prova:

O tratamento legal da ação controlada evita que agentes policiais sejam responsabilizados penalmente pelo deliberado retardamento de suas condutas, ante a

¹³⁴ Conforme consta, estes grupos de *WhatsApp* seriam um espaço virtual para a realização de processos de adoção clandestinos, ou de “adoção à brasileira”, em que pretensos adotantes encontrariam mães biológicas e mulheres grávidas que estariam dispostas a entregar seus filhos, sem observar o devido processo de adoção legal e mediante uma remuneração monetária pela criança, chamada de “ajuda de custo”.

¹³⁵ Lemos Júnior e Oliveira (2014, p. 62) lembram que este meio de prova, a **ação controlada**, já havia sido prevista em dispositivo específico da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas): “Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes; II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível. Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores”.

constatação de práticas delituosas em curso, possibilitando maior êxito na colheita dos elementos de prova, através da eleição do melhor momento para intervir nos atos praticados pelos integrantes da organização criminosa. (SILVA, 2009, p. 158).

Isso porque, muitas vezes, durante o cumprimento de uma medida cautelar (como no caso de uma interceptação telefônica, por exemplo), os agentes policiais tomam conhecimento de outras práticas criminosas, contudo, não atuam imediatamente, mas aguardam o término das diligências, a fim de que seja obtido o material probatório pretendido.

Desse modo, a ação controlada pode ocorrer nos casos de flagrante esperado, ou durante uma interceptação telefônica, por exemplo, com o intuito de uma obtenção de provas mais proveitosa:

Pode ser praticada, no que couber, em forma de flagrante esperado (admitido pela jurisprudência), na medida em que a Polícia não só recebe a notícia da prática de um crime para então aguardá-lo, de campanha, como também observa a distância os passos de integrantes da organização criminosa, monitorando-os com eventual escuta telefônica e outros expedientes investigatórios, para então agir no momento considerado mais oportuno. (MENDRONI, 2016, p. 212).

Ainda quanto às **provas digitais**, obtidas no ambiente online (e-mails, mensagens, rede sociais etc.), imperativo mencionar a **quebra do sigilo telemático**, como uma medida cautelar muito pedida ao Judiciário, no âmbito da investigação ao crime organizado ou empresarial.

De fato, o afastamento do sigilo das comunicações telemáticas, para análise do conteúdo dos correios eletrônicos, por meio de acesso às contas de e-mail de investigados, é medida muitas vezes extremamente necessária para a produção probatória de crimes perpetrados pelas organizações criminosas.

Da mesma forma, imprescindível o acesso a registro de dados (metadados)¹³⁶ decorrentes da utilização do aplicativo de *WhatsApp*, o que se fundamenta nos termos da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.¹³⁷

Isso porque os serviços do *Whatsapp*, empresa integrante do Grupo Econômico do *Facebook*, são famosos pela realização de criptografia ponta a ponta em suas mensagens, de modo que não há possibilidade técnica e jurídica de interceptar mensagens ou ligações pelo aplicativo. Todavia, o que se constata é que os serviços do *WhatsApp* coletam outros registros

¹³⁶ Cumpre notar que estes metadados não se confundem com os dados cadastrais, constantes de bancos de dados públicos ou privados, previstos no artigo 15 da Lei nº 12.850/13 e que independem de autorização judicial: “Art. 15. O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito”.

¹³⁷ A Lei das Interceptações Telefônicas (Lei nº 9.296/1996), em seu artigo 1º, parágrafo único, ampliou a aplicação dessa lei aos casos de “interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.”

de dados (metadados) de interesse às investigações e que não estão submetidos à criptografia de conteúdo das mensagens.

Ademais, pela própria política de privacidade da empresa *WhatsApp*, é possível se concluir que para qualquer usuário ter acesso ao serviço de mensagem instantânea, este deverá criar uma conta, colocando o número de telefone móvel e, ao menos, um nome de perfil, sendo viável que eventualmente ainda adicione foto ao referido perfil – e referidos dados, que não são criptografados, apresentam especial importância em uma investigação.

Ainda, a empresa *WhatsApp* esclarece, em sua política de privacidades, que registra os dados do usuário, relacionados à agenda de contatos deste – sendo que, igualmente, referida informação não é criptografada.

Também, a empresa *WhatsApp* afirma que tem acesso a dados como os recursos utilizados pelos usuários – os nomes dos grupos nos quais o usuário faz parte, a imagem do grupo, sua descrição; além de dados de ligações e mensagens enviadas a outros usuários.

Assim, o registro dos grupos, com a imagem e descrição de tais grupos, nos quais os investigados são integrantes apresenta-se de extrema importância, posto que, não raras as vezes, diante da certeza do usuário quanto ao absoluto sigilo dos conteúdos de ligação e mensagens, estes deixam transparecer de forma escancarada quais os objetivos de determinados grupos criados no *WhatsApp*, batizando-os com nomes que indicam o uso do espaço para discussão de delitos em contexto de organização criminosa¹³⁸.

E ainda, como objeto da mesma cautelar de quebra telemática, ainda é possível requerer autorização judicial para acesso a dados do *WhatsApp* quanto a serviços de terceiros, mais especificamente, quanto à existência de *Backup* das conversas de *WhatsApp* em serviços “de nuvem”, tais como *GoogleDrive* e *OneDrive* – no caso, tratando-se da quebra de dados telemáticos estáticos.

Cumprе mencionar, quanto aos fundamentos jurídicos para o levantamento de sigilo telemático estático (por exemplo, quebra de sigilo dos registros/dados/metadados do *WhatsApp*; quebra do sigilo telemático de e-mails), com a finalidade de produção probatória, sua previsão consta regulamentada tanto pelo “Marco Civil da Internet” (Lei nº 12.965/2014)¹³⁹, quanto pela Lei nº 9.296/1996.

¹³⁸ A título exemplificativo, o GAEGO, do Ministério Público do Estado de São Paulo, já teve a oportunidade de apreender celulares em operações, nas quais, após análise do conteúdo de *WhatsApp*, verificavam-se nomes de grupos emblemáticos, tais como “Arrecadação dos Comissionados”, em tema afeto à popular “rachadinha” ou “Arrecadação do Estacionamento (nome próprio do Estacionamento – Espaço Público Concedido em um Parque Municipal)”, em investigação que se apurava o crime de peculato-desvio.

¹³⁹ A Lei nº 12.965/2014 estabeleceu princípios, direitos e deveres para o uso da *internet* no Brasil.

Com efeito, o “Marco Civil da Internet” trata da possibilidade de acesso ao conteúdo das comunicações telemáticas para fins de investigação no §2º do seu artigo 10, cuja redação é a seguinte:

Seção II

Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º. O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º. O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

Desse modo, observados os princípios constitucionais de preservação da intimidade e da vida privada (que não são absolutos e devem ceder, quando confrontados, ao princípio maior de interesse público e social de apuração de ilícitos e responsabilização de seus autores, sobretudo aqueles que atingem a Administração Pública, vitimando toda a sociedade), o acesso ao conteúdo das comunicações telemáticas pode ser disponibilizado mediante autorização judicial e nos termos da legislação mencionada.

Por fim, importante mencionar “**o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal**”, previsto no inciso VI do artigo 3º da atual Lei do Crime Organizado, como um dos mecanismos especiais de prova, possíveis de utilização no enfrentamento ao crime organizado.

A partir da quebra de referidos sigilos legais, poderão ser reveladas as informações relativas:

- I) à movimentação financeira, que inclui dados de cartão de crédito, empréstimos e outros informes relacionados às finanças particulares do investigado;
- II) à movimentação bancária, ou seja, aos extratos de contas, empréstimos consignados e aplicações em bancos;
- III) ao sigilo fiscal, isto é, aos informes prestados junto às Fazendas (Federal, Estadual, Municipal). (ZANELLA, 2016, p. 143-144).

A permissão para decretar a **quebra dos sigilos bancário e financeiro**, consta na Lei Complementar nº 105/2001 (que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras), em seu artigo 1º, parágrafo 4º, o qual preleciona que o afastamento poderá ser decretado se necessário para apuração de ocorrência de qualquer ilícito e em qualquer fase das investigações ou do processo judicial, e, especialmente, nos crimes praticados por organização criminosa, dentre outros (inciso IX):

Art. 1º. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. [...]

§ 4º. A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

I – de terrorismo;

II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;

IV – de extorsão mediante seqüestro;

V – contra o sistema financeiro nacional;

VI – contra a Administração Pública;

VII – contra a ordem tributária e a previdência social;

VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;

IX – praticado por organização criminosa.

Quanto à importância destas informações nas investigações envolvendo o crime organizado, lembra Zanella:

O acesso à movimentação financeira e bancária poderá conformar prova extremamente importante no combate ao crime organizado, em especial para rastreamento do dinheiro obtido com o crime (produto) ou a partir dele (proveito) e posterior bloqueio, pois a apreensão do capital é fundamental para se enfraquecer um grupo criminoso organizado. (ZANELLA, 2016, p. 144).

Ainda, no que se refere à **quebra do sigilo fiscal**, a permissão legal está no artigo 198, parágrafo 1º, inciso I, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966), *in verbis*:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º. Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

De fato, estas informações fiscais, incluindo o conteúdo da declaração de imposto de renda de investigados, configuram importantes elementos para o conjunto de provas:

As informações fiscais, com destaque peculiar à declaração do imposto de renda, podem consubstanciar-se em formidável material investigatório para confrontar valores, rendimentos e bens declarados por pessoas físicas e jurídicas com a real movimentação financeira ou bancária por elas realizada, visto que será possível checar inconsistências indicativas de condutas ilícitas. (ZANELLA, 2016, p. 145).

No mesmo sentido, destaca Fernandes, quanto à relevância da quebra dos sigilos bancário e fiscal, para a arregimentação da prova no processo criminal:

Tema importante para a prova criminal é o da quebra do sigilo bancário ou financeiro. Os registros contidos nos bancos a respeito de uma pessoa servem para revelar aspectos importantes da sua vida privada, como, por exemplo, os locais que frequenta, as viagens que realiza, as pessoas com as quais se relaciona. O conhecimento de tais informes servirá para mostrar a maneira de viver, os hábitos, as preferências do

indivíduo, as suas dificuldades, os seus vícios, ou seja, permitirá desvendar a sua vida privada. Assim, com base no inc. X do art. 5º da Constituição Federal, busca-se resguardar os dados bancários com a proteção do sigilo. Mas, por outro lado, o acesso a esses dados poderá servir para desvendar crimes de difícil apuração e, às vezes, de grande lesividade social, como o de lavagem de dinheiro, muitas vezes ligado ao tráfico de entorpecentes, os crimes praticados por agentes políticos etc. Não se pode negar o conhecimento de registros constantes de instituições financeiras, quando relevantes para a investigação e instrução, mas se deve condicionar o acesso aos dados a expressa autorização legal e a prévia decisão judicial. (FERNANDES, 2010, p. 105).

Desse modo, observa-se que a quebra do sigilo fiscal e bancário se mostra imprescindível para o eficaz desenvolvimento do trabalho investigativo em relação ao destino dos recursos financeiros de organizações criminosas, o que poderá esclarecer os reais beneficiários do esquema criminoso, servindo para identificar outras pessoas envolvidas nas práticas ilícitas, inclusive eventuais agentes públicos, além de ser apta a colher elementos necessários à prova das infrações penais e da possível caracterização do crime de lavagem de dinheiro.

6.4. Estudo de caso (“Cartel dos Cegonheiros”)

Dentre os grupos criminosos estudados no presente trabalho, imperativo mencionar que os “cartéis” da criminalidade organizada configuram exemplo de estrutura delincente que se desenvolve, muitas vezes, por muitos anos, minando certa parcela da economia, em prejuízo dos concorrentes e dos consumidores finais.

Isso porque, o crime de cartel¹⁴⁰ atinge bem jurídico penal difuso, visto que “o ilícito contra a livre concorrência se caracteriza por não se dirigir apenas contra interesses individuais, mas sim – e principalmente – contra interesses supraindividuais da vida econômica” (ABADE, 2020, p. 67).

Assim, no crime de cartel, como espécie de crime contra a ordem econômica, são observadas condutas abusivas do poder econômico, com a finalidade de dominação do mercado, utilizando-se de condutas mercadológicas anticompetitivas, para eliminar a concorrência (acordos entre as empresas que compõem o cartel, fixando preços artificiosos, por exemplo) –

¹⁴⁰ Cumpre mencionar que, em cumprimento ao mandado constitucional de criminalização, previsto no artigo 173, §4º, da Constituição Federal brasileira (“A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”), o legislador ordinário editou a Lei de Defesa da Concorrência, parte da Lei nº 8.137/90 (criminalização da prática de cartel) e a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações Públicas), que abarcou a prática de cartel em licitações (ABADE, 2020, p. 62). Ainda, importante mencionar que a Lei nº 8.666/1993, na parte que regulava sobre os crimes e suas penas, foi revogada pela Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), que incluiu no Código Penal brasileiro os novos dispositivos sobre os crimes licitatórios.

condutas essas que geram graves danos à coletividade, afetam o consumidor final e causam reflexos na economia.

Então, com a finalidade de ilustrar certas dificuldades encontradas nos casos práticos, iremos mencionar uma investigação relacionada ao chamado “Cartel dos Cegonheiros”, a partir de dados apresentados por esta subscritora, no evento “A cooperação na investigação e no combate aos cartéis”, promovido pelo CADE, na Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) em Brasília, no dia 9 de agosto de 2022.

Nessa ocasião, no painel “Cartéis no setor privado”, foi apresentada, para Promotores de Justiça e Delegados de Polícia, a experiência no “Cartel dos Transportes” (ou “Cartel dos Cegonheiros”), na chamada “Operação Pacto”, realizada pela Polícia Federal, em parceria com o CADE e o Ministério Público do Estado de São Paulo, pelo GAECO¹⁴¹.

Conforme consta, houve a deflagração da “Operação Pacto”, realizada pela Polícia Federal em 17 de outubro de 2019 (ref. Medida Cautelar de Busca e Apreensão, autos nº 0016737-74.2019.8.26.0564 – 1ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo, apenso aos autos principais nº 0016748-06.2019.8.26.0564 – Inquérito Policial Federal nº 333/2019), com cumprimento de mandados de busca e apreensão, em quatro Estados (São Paulo, Minas Gerais, Espírito Santo e Bahia), com a participação de representantes do CADE, haja vista a autorização judicial para o compartilhamento dos elementos probatórios com a autarquia federal (CADE), para os fins disciplinados nos artigos 48 e seguintes da Lei de Defesa da Concorrência.

Esta “Operação Pacto” foi realizada em decorrência da investigação (que apurou a prática de crime contra a ordem econômica, previsto no artigo 4º da Lei 8.137/1990 e do delito de organização criminosa, tipificado no artigo 2º da Lei nº 12.850/2013), realizada no bojo do Inquérito Policial instaurado pela Delegacia da Polícia Federal, com o fim precípuo de apurar a existência de um grupo criminoso (conhecido como “Cartel dos Cegonheiros”) voltado para a prática de condutas anticompetitivas no mercado nacional de prestação de serviços de transporte rodoviário (“cegonheiros”) de veículos novos importados, em relação a montadoras, pelo menos no lapso temporal de 2010 a 2015.

Ainda, cumpre observar que esta investigação foi instaurada com base em um PIC, da Procuradoria da República em São Paulo, e para apurar inicialmente os fatos narrados em um Acordo de Leniência firmado pelo CADE, ou seja, suposta formação de cartel envolvendo os

¹⁴¹ Tendo em vista a existência de dados sigilosos, angariados inclusive a partir de quebra de sigilo telemático, inserido em Acordo de Leniência firmado pelo CADE, bem como a Cautelar de Busca e Apreensão (Autos nº 0016737-74.2019.8.26.0564, apensado ao IP 333/19), contendo dados sigilosos de caráter pessoal e empresarial, foram suprimidas informações que possibilitem a identificação de referidos agentes investigados, empresas e sindicato.

responsáveis legais de diversas empresas de transporte e logística de veículos, bem como um Sindicato dos Transportadores Rodoviários de Veículos.

De fato, os lenientes – sócios e um Diretor de uma das empresas que compunham o Cartel – levaram ao conhecimento do CADE a existência de organização criminosa que teria violado o mercado nacional de prestação de serviços de transporte rodoviário (“cegonheiros”) de veículos zero-quilômetro, sendo que o abuso do poder econômico teria ocorrido com a participação dos representantes das empresas envolvidas (em um total de cinco empresas de transporte de veículos), além do Sindicato de Transportadores Rodoviários de Veículos.

Os signatários (lenientes) descreveram as ações que configurariam o abuso de poder econômico, consistentes na (i) fixação de preços, condições e vantagens, (ii) divisão de mercado entre concorrentes e (iii) troca de informações concorrencialmente sensíveis, e envolveriam o Sindicato dos Transportadores Rodoviários de Veículos [de determinado Estado], bem como de outras cinco empresas de transporte de veículos.

Referido Sindicato era utilizado por seu representante e Presidente, como instrumento de pressão para cumprimento do acordo, havendo seu interesse direto na manutenção de referido pacto, já que, inclusive, o próprio Presidente do Sindicato possuía empresa do ramo de transporte, com “cegonheiros” autônomos, os quais eram subcontratados pelas empresas componentes do cartel (as empresas que formavam o cartel eram pressionadas a subcontratar seus serviços). Assim, sua função principal no cartel era fazer cumprir o acordo que estabelecia e mantinha as condutas anticompetitivas do cartel, além de ter interesse direto nas subcontratações. Consta que o Sindicato se dirigia até as empresas, fiscalizar “in loco” se estava sendo cumprido o acordo, sob pena dos ataques às carretas, principalmente as queimas de caminhões-cegonha.

Os lenientes assumiram diversas obrigações, decorrentes do Acordo de Leniência¹⁴², dentre elas: apresentar ao CADE e ao MPF documentos, informações e outros materiais que possuíssem ou que viessem a ter conhecimento no curso da investigação.

Assim, o CADE expediu uma Nota Técnica, concluindo pela existência de robustos indícios de atuação cartelizada no mercado de transporte de veículos zero-quilômetro, recomendando a realização da busca e apreensão, notadamente diante da observância de que a maior parte das montadoras possuía contratos de transporte antigos e celebrados sem a

¹⁴² No ordenamento jurídico brasileiro, o Programa de Leniência encontra previsão nos artigos 86 e 87 da Lei de Defesa da Concorrência, sendo sua premissa básica que os beneficiários do acordo, em troca de imunidade total ou parcial em relação às penas administrativas e criminais aplicáveis, confessem e colaborem com as investigações, trazendo informações e documentos que permitam à autoridade identificar os demais coautores e comprovar a infração noticiada ou sob investigação.

realização de procedimentos competitivos, reforçando distorções ilegais na concorrência. Ainda, a referida Nota Técnica do CADE também sugeriu a continuidade das investigações e a adoção de medidas excepcionais como a busca e apreensão.

Após deflagração da “Operação Pacto”, em 17 de outubro de 2019, os documentos e materiais eletrônicos apreendidos seguiram para análise dos agentes da Polícia Federal.

Foi juntado aos autos do inquérito policial, um Relatório de Análise de Polícia Judiciária, trazendo análise de documentos, mídias, aparelhos celulares e computadores apreendidos na “Operação Pacto”. Consta dos “Comentários Finais” de referido relatório de análise policial, a conclusão quanto à continuidade das atividades do cartel:

A farta documentação acima indicada demonstra o quão promíscua é a relação entre as empresas de transportes de carros zero quilometro (“cegonheiros”). Em diversos momentos ficou cabalmente comprovado a forma de trabalho destas empresas de transporte que funcionam como se fosse uma só.

Há de se notar também a forte participação do sindicato [...] como peça chave nas negociações entre empresas, lembrando que os próprios dirigentes do sindicato têm sua pessoa jurídica e participam ativamente da cartelização. Outro fato que chama a atenção são as suspeitas graves que pairam sobre este mesmo sindicato, em razão do possível cometimento de crimes violentos, como ameaças de morte, incêndios a caminhões, apedrejamento e agressões.

Assim de todo o material acima analisado pode-se inferir que o Cartel continua suas operações corriqueiras de ajuste de preços, fidelização de clientes, combinação de “não agressão” entre as empresas participantes e loteamento do território nacional em áreas de atuação divididas, como “domínios”, dessas mesmas empresas. Tal empreitada anticoncorrencial e criminosa tem como personagens principais as empresas ... que tem em sua Diretoria:....; [...] e por fim a pessoa de ... presidente dos Transportadores de Veículos do Estado.... e dono de uma empresa de transporte a pessoa jurídica de nome ...

Ainda, foi angariada farta prova oral, sendo que a grande maioria eram testemunhas protegidas (pelo Provimento nº 32/2000 da Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo), destacando-se: testemunhas que presenciaram ações violentas e incêndios criminosos de caminhões e cargas de empresas; paralisação sindical em meio a rodovias; bem como a interrupção forçada das atividades das montadoras.

Ademais, os lenientes, ao serem ouvidos em sede policial, confirmaram que para permanecerem no setor, tiveram que se submeter ao acordo (cartel), com valores de frete e distribuição de clientes; inclusive, após ser estabelecido o acordo entre os membros do cartel, cessaram os ataques aos caminhões da empresa; dentre outras informações de relevo.

Desse modo, na referida investigação foi produzido farto material probatório acerca do *modus operandi* dos envolvidos no “cartel”: as empresas envolvidas, por meio de seus representantes, pactuaram uma “divisão de concessionárias” que seria realizada na forma de “rodízio”, de modo que, cada nova concessionária que abrisse, seria designada para cada um dos participantes do cartel, de acordo com a ordem previamente estabelecida.

Também a prova documental demonstrou claramente as condutas anticompetitivas praticadas pelos representantes das empresas envolvidas, nesse aspecto, quanto à fixação de preço aos clientes, ou seja, uma padronização de preços entre empresas que, em tese, seriam empresas concorrentes.

Assim, restou claro que os representantes das empresas do cartel, estabeleceram um verdadeiro monopólio, com divisão do mercado, fixação de preços e troca de informações sensíveis, conforme também corroborado pelas apreensões realizadas na “Operação Pacto”.

Conforme mencionado, tal conduta definida pelo cartel, também foi demonstrada pelos documentos apresentados no acordo de leniência, tais como: e-mails trocados entre os envolvidos no cartel, contendo documento da distribuição geográfica dos serviços, ordem no atendimento de novas concessionárias, bem como tabela definindo preço, valor de frete, com especificação de valor do quilômetro rodado, valor de partida cobrado no percurso (“bandeirada”) e os modelos de veículos de determinada montadora; e-mails encaminhando informações envolvendo as concessionárias, com as respectivas transportadoras e apontamentos que demonstram claramente um controle na divisão de mercado entre empresas componentes do cartel; dentre outros.

Desse modo, no presente caso foi produzida robusta prova quanto à materialidade dos crimes, contudo, quanto à autoria, aparentemente não foram desvelados os verdadeiros líderes dessa organização criminosa – posto que foram identificados apenas seus Diretores e Gerentes, que transmitiam as ordens de cartelização para seus subordinados.

Por tal motivo, ao término dessa investigação, foram denunciados apenas nove réus, tratando-se de Diretores Comerciais, Gerentes Comerciais e Executivos, Diretores Gerais e proprietários das empresas componentes do “cartel”, além do presidente do Sindicato, em relação aos quais foram encontradas principalmente provas documentais e digitais.

Assim sendo, referido caso envolvendo um complexo “cartel” levanta questionamentos sobre a possibilidade de aplicação da teoria do domínio do fato, a fim de imputar a conduta criminosa também ao chefe desse grupo criminoso, conhecido como tal no meio empresarial e político; contudo, primando-se pela garantia aos princípios constitucionais, nesse caso optou-se pela continuidade da investigação em autos apartados, a fim de serem angariadas maiores provas que pudessem subsidiar uma certa condenação sobre sua liderança.

Isso porque, para a comprovação do crime de formação de cartel, podem ser produzidas provas diretas ou indiretas, conforme destaca Mendroni (2016, p. 359):

A prova da prática do crime de Formação de Cartel pode ser feita, basicamente, de duas formas:

a) Pela caracterização direta. São aquelas formas pelas quais as provas e evidências são produzidas por meios diretos. Chamada de prova "direta", "representativa" ou de prova "histórica", decorre do ato comunicativo, compreensível em decorrência da mera comunicação visual (ou verbal). O entendimento acerca do objeto (situação) é imediato, e decorre de uma dedução. Nos casos de Cartéis, exemplos: dados obtidos das interceptações telefônicas, ambientais, documentos escritos etc.

b) Pela caracterização indireta. São chamadas de provas "críticas", formas pelas quais as provas e evidências são produzidas por meios indiretos. Exige análise de ligação entre o fato indicativo e o fato indicado, em exercício de raciocínio em relação ao *factum probandum* cuja análise não é "automática". Nestas, a obtenção da prova é geralmente documentada e decorrente da análise do conjunto da situação - aí considerados, comumente, nos casos de Cartéis, a análise econômica das evidências e das provas (*economic analysis*), e fatores de *price-fixing* e *market sharing*, em detrimento da concorrência.

Ambas as formas devem receber valoração em correspondência com o conteúdo, mais do que em razão da sua forma. (MENDRONI, 2016, p. 359).

Nesse sentido, apresenta-se cabível a aplicação da teoria do domínio do fato na hipótese de cartelização, ao sócio proprietário ou qualquer agente que tenha função de comando, e que comprovadamente tenha atuado na determinação de seus acordos e ajustes:

Aplica-se, em casos de Formação de Cartéis, a teoria do domínio do fato. A ação típica não se entende unicamente como uma atuação com determinada atitude pessoal, nem como mera consequência do mundo exterior, mas como unidade de sentido objetivo-subjetiva. O fato decorre de uma vontade que se dirige ao sucesso. Não só é determinante para a autoria, a vontade de direção, mas também o peso objetivo da parte do fato assumida por cada interveniente.

Então, o dono, o sócio-proprietário, o cotista, qualquer pessoa que exerça função de mando ou não, e tenha, comprovadamente -, de qualquer forma – assim agido para a prática de formação do cartel, poderá responder pela conduta criminosa. Significa dizer que qualquer participação – de qualquer integrante da empresa, *em formar acordos, consórcios, convênios, ajustes e alianças, como ofertantes ou proponentes*, visando à fixação artificial de preços; configura o delito – independentemente da obtenção do resultado, por se tratar de crime formal. (MENDRONI, 2016, p. 359).

CONCLUSÃO

1. O enfrentamento eficaz à criminalidade organizada e empresarial não apenas necessita de instrumentos penais e processuais adequados (tais como os dispostos na atual Lei do Crime Organizado), como também carece da atualização da dogmática no âmbito criminal, incluindo a aceitação, pela jurisprudência e doutrina nacionais, da teoria do domínio do fato e sua versão da teoria do domínio da organização.

2. Apesar dos questionamentos quanto à sua conformação ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como as críticas referentes à possível falta de técnica em sua utilização, a teoria do domínio do fato tem sido cada vez mais adotada em muitos julgados, principalmente após o julgamento paradigmático do “Mensalão” – indicando um direcionamento no sentido da busca pela tutela integral dos direitos e garantias fundamentais.

3. Diante do desenvolvimento das modernas formas de criminalidade, com sofisticados níveis de organização, imperativa a necessidade de tutelar integral e amplamente os bens jurídicos fundamentais, incluindo o direito humano fundamental à segurança pública, por meio de construções dogmáticas aperfeiçoadas, vislumbrando-se o princípio da proporcionalidade em sua vertente da proibição da proteção insuficiente.

4. Em face da atual ineficiência da dogmática penal clássica, na delimitação das formas de autoria, notadamente no âmbito das organizações criminosas e empresariais, vislumbra-se a necessidade de adaptação da teoria restritiva (formal-objetiva), atualmente adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro e cada vez mais integrada pela teoria do domínio do fato.

5. Para o eficaz enfrentamento às organizações criminosas, no contexto da sociedade contemporânea, apresenta-se necessária uma atual política criminal aliada a uma moderna dogmática penal e processual, sobretudo no âmbito do concurso de pessoas, sob pena de o Estado continuar com um enfrentamento tímido a estas novas formas de criminalidade.

6. Na busca pela responsabilização adequada dos dirigentes de uma empresa envolvida em um ilícito econômico-financeiro, e a fim de evitar qualquer hipótese de “responsabilidade penal objetiva”, a teoria do domínio do fato (em sua vertente de domínio da organização) deve ser adotada como uma solução para a adequada imputação de autoria no âmbito da criminalidade empresarial.

7. Não é cabível apenas presumir-se que o líder de uma organização tenha sido o autor mediato de um ilícito praticado pelo seu grupo, posto que eventual condenação dependerá de provas suficientes do comando ou controle, visto que a teoria do domínio do fato deve ser

aplicada em consonância com os princípios constitucionais, notadamente o “princípio do estado de inocência”, em respeito aos postulados de um Estado Democrático de Direito.

8. Imperativo ampliar os estudos acerca da evolução de um “conceito aberto de autoria”, no âmbito do domínio da organização de Claus Roxin, possibilitando a adoção de conceitos de autoria mediata, com o intuito de adaptar a teoria da autoria à criminalidade contemporânea, notadamente nas formas do crime organizado.

9. Para alcançar o conceito “aberto” ou “geral” de autor, necessária a comprovação de que o agente possuía o domínio da realização do fato criminoso, sendo que este controle do curso causal pode-se dar de diversas formas, motivo pelo qual não se afigura uma definição fechada ou estanque, dependendo da análise de cada caso concreto.

10. Para se descobrir quem representa o “regente da orquestra” (referência feita pelo Ministro Ayres Britto, na Ação Penal 470, do conhecido “caso do Mensalão”, p. 56842), ou seja, quem figura como o “homem de trás”, verdadeiro autor mediato de uma prática criminosa, será necessária a adoção da teoria do domínio do fato, juntamente com um suficiente arcabouço probatório no caso concreto.

11. Imperativo compreender os reflexos no ônus da prova em decorrência da aceitação da teoria do domínio da organização, adotando a inversão do ônus da prova, para determinados crimes praticados pelo crime organizado, notadamente na lavagem de dinheiro, nos moldes da Lei nº 9.613/1998.

12. A inversão do ônus da prova deve ser admitida, no ordenamento jurídico brasileiro, também em outros contextos relacionados às organizações criminosas (não apenas para os bens confiscados), em vista do que foi propugnado pelos tratados e convenções internacionais (Convenções de Palermo e de Viena), notadamente diante do princípio da proporcionalidade, em seu viés de proibição da proteção deficiente ou subdimensionada.

13. A adoção da teoria do domínio do fato, bem como sua vertente do domínio da organização, já consta na doutrina e jurisprudência nacionais, apesar das críticas expostas no presente estudo, motivo pelo qual uma alteração no âmbito legislativo apresenta-se salutar, a fim de sanar qualquer dúvida e trazer maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

14. Necessária a admissão da “teoria do domínio do fato”, na vertente da “teoria da organização”, notadamente com base no princípio da proporcionalidade (pelo viés do princípio da proibição da proteção deficiente), tudo com vistas à salvaguarda dos direitos fundamentais – essenciais ao Estado Democrático de Direito – e seus reflexos no ônus da prova.

15. O combate ao crime organizado demanda, além de políticas criminais consentâneas com a contemporaneidade, de uma nova dogmática penal e processual penal, haja vista a

necessidade de que a legislação atualizada seja interpretada à luz dessa criminalidade altamente organizada e sofisticada, em respeito ao princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição da proteção deficiente, visando à garantia dos direitos fundamentais tão caros ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise Neves. Bens jurídicos e direitos: repensando a competência penal nas infrações contra a livre-concorrência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 172, p. 59-96, 2020.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. 2ª ed. Madrid: Gedisa, 2004.

AMBOS, Kai. Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder: uma valoração crítica e ulteriores contribuições. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, p. 43-72, 2002.

AMBOS, Kai. Sobre la “organización” en el dominio de la organización. *Revista Indret*, Barcelona, v. 3, 2011.

ARAS, Vladimir. Projeto de Lei “Anticrime” e o conceito de crime organizado. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (Orgs.). *Projeto de Lei Anticrime*. São Salvador: JusPodivm, 2019.

ASSUMPCÃO, Vinícius. *Pacote anticrime*. São Paulo: Saraiva, 2020.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Principios de Derecho Penal. La ley y el delito*. Buenos Aires: Sudamericana, 1990.

BACIGALUPO, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales*. Barcelona: Marcial Pons, 2002.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, t. I.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

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

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

- BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. *Colaboração processual: legalidade e valor probatório*. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 269, p. 6-7, 2015.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BICUDO, Tatiana Viggiani. A globalização e as transformações no Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 23, p. 97-109, 1998.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 1.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Direito Penal da Sociedade*. 2ª ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. A teoria do domínio do fato e o Código Penal brasileiro. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 9, n. 17, p. 175-208, 2017.
- CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo Penal Integral*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.
- CALLEGARI, André Luís. Domínio do fato, limites normativos da participação criminal e dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro: reflexos na APn 470/MG. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 933, p. 111-129, 2013.
- CARNEIRO, Rafael Melo. Corrupção, Políticas Públicas e efeito simbólico: uma análise das políticas públicas anticorrupção no Brasil. *Revista da AGU*, Brasília, n. 40, p. 239-259, 2014.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
- CASTRO, Lola Aniyar de. Forms of organized crime in America Latina. *RBCCRim*, São Paulo, v. 112, p. 125-148, 2015.
- CHAVES, Anna Cecília Santos. A Corrupção Privada no Brasil. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 4, p. 231-260, 2013.
- CHEMIM, Rodrigo. *Mãos Limpas e Lava Jato: a corrupção se olha no espelho*. Porto Alegre: Citadel, 2017.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CONDE, Francisco Muñoz. Problemas de Autoría y Participación en la Criminalidad Organizada. In: OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; BORRALLO, Enrique Anarte (Org.). *Delincuencia*

organizada. *Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva: Universidad de Huelva, 1999.

COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 34, p. 9-25, 2001.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. A colaboração premiada e a Lei das Organizações Criminosas. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 9, p. 53-88, 2016.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. Breves notas sobre natureza jurídica da decisão que referenda o acordo de colaboração premiada e suas consequências jurídicas. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 9, p. 56-57, 2016.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; ARRUDA, Eloísa de Sousa. O descumprimento do acordo de colaboração premiada e suas consequências jurídicas. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, Bebedouro, v. 7, n. 2, p. 49-66, 2019.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; TORRES, Tiago Caruso. A constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 113-137, 2017.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. *A imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder: teoria do domínio da organização*. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, 2012.

ESSADO, Tiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ESTEFAM, André. *Direito Penal – Parte Geral*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a constituição penal*. 2ª ed. Livraria do Advogado, 2012.

FELDENS, Luciano. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 70, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Sigilo no processo penal. Eficiência e garantismo*. São Paulo: RT, 2008.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouveia de. A teoria dos White-Collar Crimes, suas divergências conceituais e a necessária reflexão sobre as técnicas de tutela. *RBCCRim*, São Paulo, n. 94, p. 417-457, 2012.

FISCHER, Douglas. *Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. Sobre a impunidade da macro-delinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 11, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. *O princípio da ofensividade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Rodrigo Carneiro. *Crime organizado na visão da Convenção de Palermo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 933, p. 61-92, 2013.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marial Pons, 2014.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12 ed. Niterói: Impetus, 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: volume 1 – parte geral*. 24ª ed. Barueri: Atlas, 2022.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 27, p. 71-79, 1999.

GUZELLA, Tathiana Laiz. *A expansão do direito penal e a sociedade de risco*. Florianópolis: CONPEDI, 2008, p. 3070-3092.

HIRECHE, Gamil Föppel El. *Análise criminológica das organizações criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio: manifestação do direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao Código Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

IBAÑEZ, Eva Fernandez. Constituye la “fungibilidad” del ejecutor inmediato un presupuesto estructural imprescindible de la autoría mediata en aparatos organizados de poder? *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, p. 337-391, 2005.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros – sobre os conceitos de autor e partícipe na APN 470 do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 106, p. 47-90, 2014.

LEMOS JUNIOR, Arthur Pinto de. Uma reflexão sobre as dificuldades da investigação criminal do crime de lavagem de dinheiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 864, p. 446-459, 2007.

LEMOS JUNIOR, Arthur Pinto de; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. *Crime Organizado e a Lei 12.850/13*. São Paulo: Verbatim, 2014.

LEMOS JUNIOR, Arthur Pinto de. *Crime Organizado: uma visão dogmática do concurso de pessoas*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

LYRA, Roberto. *Criminalidade Econômico-Financeira*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MACHADO, Martha de Toledo Machado. *Proibições de excesso e proteção insuficiente no direito penal – A hipótese dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes*. São Paulo: Verbatim, 2008.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. *IBCCrim*, São Paulo, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal – Volume II - Da infração penal*. São Paulo: Saraiva, 1956.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal – Volume III*. 3ª ed. Campinas: Millennium, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal*. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2001.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A autoria no Código Penal e a Teoria do Domínio do Fato. *Rev. Minist. Público*, Rio de Janeiro, v. 14, 2001.

MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito Penal: lições fundamentais – parte geral*. 8ª ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2023.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Autoria pelo domínio do fato em organizações criminosas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 937, p. 437-458, 2013.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo G. *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEYER-PFLUG, Samanta Ribeiro; OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de. O Brasil e o combate internacional à corrupção. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 181, p. 187-194, 2009.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A Política Criminal pós-88: O Ministério Público e a Dualidade entre Garantismos Positivo e Negativo. In: SABELLA, Walter Paulo; POZZO, Antônio Araldo Ferraz Dal; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Ministério Público – Vinte e cinco anos do novo perfil constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013, p.750-779.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A Terceira Velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo'*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 5, p. 43-68, 2014.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. O Direito Penal de Emergência. In: GRECO, Alessandra (Org.). *Direito Penal Avançado: Homenagem ao Professor Dirceu de Mello*, Curitiba: Juruá, 2015.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2008.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal Racional: Propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva*. Curitiba: Juruá, 2016.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; COSTA, Rafael de O. O Processo Coletivo: primeiras impressões para a construção de uma nova dogmática processual. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1609-1648, 2019.

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. *Fronteiras Interdisciplinares do Direito – Interdisciplinary Boundaries of Law*, São Paulo, v. 1, n. 1, 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 89-100, 2000.

MOURA, Evânio. Mandados de Criminalização e a Proteção Jurídica Insuficiente no Direito Penal Brasileiro. In: PONTE, Antônio Carlos da; CASTRO, Wellington Clair de (Orgs.). *Mandados de criminalização e Novas Formas de Criminalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 81-113.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOTARI, Marcio Bonini. As Convenções Internacionais Ratificadas pelo Brasil no Combate à Corrupção. *Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 60-77, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022a.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022b.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

OLIVEIRA, Lucia Helena Silva Barros de. Rol de Crimes Hediondos: art. 1º da Lei 8.072/90. In: DUTRA, Bruna Martins Amorim; AKERMAN, William (Orgs.). *Pacote Anticrime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

OLIVEIRA, Rogério Filippeto de. *Lavagem de Dinheiro – crime econômico da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, William Terra de et al. (Orgs.). *Direito Penal econômico, Estudos em Homenagem aos 75 anos do Prof. Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013.

ORSI, Omar Gabriel. *Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto*. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência Indevida. Os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida; Hernandes, Luiz Eduardo Camargo Outeiro (Orgs.). *Direito penal econômico*. Salvador: JusPodivm, 2017.

PELLEGRINI, Angiolo; COSTA JR, Paulo José da. *Criminalidade Organizada*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PEZZOTTI, Olavo Evangelista. *Colaboração premiada: uma perspectiva de direito comparado*. São Paulo: Almedina, 2020.

PIANUD, Mateus Picanço de Lemos. Anotações sobre a atividade de inteligência e investigação criminal financeira: o relatório de inteligência financeira do Conselho de Controle de Atividades Financeiras. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 44, p. 101-116, 2012.

PINAUD, Mateus Picanço de Lemos. Anotações sobre a atividade de inteligência e investigação criminal financeira: o Relatório de Inteligência Financeira do Conselho de Controle de Atividades Financeiras. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, edição comemorativa, 2015.

PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídicos penais*. São Paulo: RT, 1992.

PIMENTEL, Fabiano. *Provas, procedimentos e recursos criminais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. *Organização criminosa – Nova perspectiva do tipo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PONTE, Antonio Carlos da; CASTRO, Wellington Clair de (Orgs.). *Mandados de Criminalização e Novas Formas de Criminalidade*. São Paulo: Lumen Juris, 2017.

PONTE, Antonio Carlos da; AOKI, L. G. O. S. Apontamentos sobre os movimentos de recodificação e consolidação do Direito Penal brasileiro. *Humanidades & Tecnologia em Revista (FINOM)*, Patos de Minas, v. 13, p. 100-123, 2018.

PONTE, Antonio Carlos da; FELICIO, G. L. O Direito Penal a partir de um Estado Democrático de Direito: O legado da reforma penal brasileira de 1984 para a Constituição Federal de 1988. *Doutrinas Jurídicas*, Brasília, v. 1, p. 1, 2018.

PONTE, Antonio Carlos da; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Terrorismo: Análise da Lei n 13.260/2016. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 11, p. 132-148, 2017.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PONTE, Antonio Carlos da; MARANGONI, Cíntia. Mandados de Criminalização e o Enfrentamento à Criminalidade Organizada. In: PINTO JÚNIOR, Alceu de Oliveira;

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves (Orgs.). *Direito penal, processo penal e Constituição I*. Florianópolis: CONPEDI, 2021, p. 159-178.

PONTE, Antonio Carlos da; MARANGONI, Cíntia. Mandados de Criminalização, Tratados Internacionais e Enfrentamento à Corrupção. In: FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; CASTRO, Matheus Felipe de (Orgs.). *Direito penal, processo penal e criminologia*. Florianópolis: CONPEDI, 2022, p. 223-243.

PRADO, Luiz Regis. Associação criminosa – crime organizado (Lei 12.850/2013). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 938, p. 241-297, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Fundamentos de Direito Penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito penal: parte geral*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROSSETTO, Enio Luiz. Teoria do Domínio do Fato. *R. Curso Dir. Centr. Univ. Fac. Metrop. Unidas*, São Paulo, n. 31, p. 66-82, 2009.

ROXIN, Claus. *Autoria y Domínio del Hecho en Derecho Penal*. 7ª ed. Barcelona: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Panóptica*, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 69-94, 2009.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Delitos de Organización*. Montevideú: B de f, 2008.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Eficiência e Direito Penal*. Barueri: Manole, 2004.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español. In: SCHÜNEMANN, B.; DIAS, J. de Figueiredo (Orgs.). *Fundamentos de un sistema Europeo del Derecho penal, Libro-Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: J.M. Bosch, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 60-122, 2004.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime Organizado: procedimento probatório*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, João Bernardo. Mecanismos de proteção aos criminosos do “colarinho branco”. In: Borges, Paulo César Corrêa (Org.). *O Princípio da igualdade na perspectiva penal: temas atuais*. São Paulo: Unesp, 2007.

- SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Teoria do Domínio do Fato*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Teoria do domínio do fato na doutrina e jurisprudência brasileiras. *Universitas JUS*, Brasília, v. 25, n. 2, p. 15-33, 2014.
- SILVA, Tadeu A. Dix. Globalização e direito penal brasileiro: acomodação ou indiferença? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 23, p. 81-96, 1998.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Empresarial: A Omissão do Empresário Como Crime*. Belo Horizonte: D' Plácido, 2016.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2019.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 105, p. 59-92, 2013.
- SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de. Tutela penal coletiva e crime organizado. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, Recife, n. 2, p. 85-110, 2010.
- SPINELLI, Mário. Mecanismos de prevenção e controle da corrupção: o aprimoramento do sistema de integridade corporativa da Petrobras. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *Corrupção: Ensaio sobre a Operação Lava Jato*. São Paulo: Marcial Pons; CEDPAL, p. 249-279, 2019.
- STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição. A face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime: the Uncut Version*. New Haven: Yale University, 1983.
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida (Org.). *Repressão Penal e Crime Organizado*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TORRES, Sergio Gabriel. *Derecho Penal de Emergencia*. Buenos Aires: AD-HOC, 2008.
- TÓRTIMA, Fernanda Lara. Teoria do domínio do fato diferencia autor e partícipe. *Consultor Jurídico*, 24 de out. de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-out-24/fernanda-tortima-teoria-dominio-fato-diferencia-autor-participe>>. Acesso em: 11 de abr. de 2023.

TURBIANI, Gustavo de Castro. O crime fiscal como delito antecedente ao crime de lavagem de capitais: novas perspectivas a partir das alterações da Lei nº 9.613/98. *RBCCrim*, São Paulo, v. 119, 2016.

TURESSI, Flávio Eduardo. Breves apontamentos sobre crime organizado, delação premiada e proibição da proteção penal insuficiente. *Revista Jurídica da ESMP*, São Paulo, v. 3, p. 229-249, 2013.

TURESSI, Flávio Eduardo. *Bens Jurídicos Coletivos - Proteção Penal, Fundamentos e Limites Constitucionais à Luz dos Mandados de Criminalização*. Curitiba: Juruá, 2015.

VIANA, Eduardo. Notas à teoria do domínio do fato. *IBCCrim*, São Paulo, 1 de out. de 2013. Disponível em: <<https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/5878/>>. Acesso em: 5 de abr. de 2023.

YACOBUCCI, Guillermo J. (Org.). *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005.

YACOBUCCI, Guillermo J. *El sentido de los principio penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

ZANELLA, Everton Luiz. *A infiltração de agentes e o combate ao crime organizado*. Curitiba: Juruá, 2016.

MORAES, Maurício Zanoide de. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Sigilo no processo penal. Eficiência e garantismo*. São Paulo: RT, 2008.

ZIEGLER, Jean. *Os Senhores do Crime. As novas máfias contra a democracia*. Lisboa: Terramar, 1999.

RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal. In: OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; BORRALLO, Enrique Anarte (Orgs.). *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva: Universidad de Huelva, 1999.