

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS - UFMG**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

**RENATO MARTINS MACHADO**

**DO CONCURSO DE PESSOAS: DELIMITAÇÃO ENTRE  
COAUTORIA E PARTICIPAÇÃO A PARTIR DA TEORIA DO  
DOMÍNIO DO FATO**

**Belo Horizonte**

**2013**

**RENATO MARTINS MACHADO**

**DO CONCURSO DE PESSOAS: DELIMITAÇÃO ENTRE  
COAUTORIA E PARTICIPAÇÃO A PARTIR DA TEORIA DO  
DOMÍNIO DO FATO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Luís Augusto Sanzo Brodt.

Área do Conhecimento: Direito.

Área de Concentração: Direito e Justiça.

Linha de Pesquisa: Poder e Cidadania no Estado Democrático de Direito.

Projeto Estruturante: Teoria Geral do Delito.

**Belo Horizonte**

**2013**

MACHADO, Renato Martins

M149 c Do concurso de pessoas: delimitação entre autoria e participação a partir da teoria do domínio do fato./ Renato Martins Machado, 2013.

207 f. enc.

Orientador: Prof. Luís Augusto Sanzo Brodt

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais – Faculdade de Direito

Referências: f. 200-207

1. Concurso de pessoas. 2. Diferença entre autoria e participação. I. Brodt, Luís Augusto Sanzo. II. Universidade Federal de Minas Gerais. III. Título.

CDU 343.237 (043)

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS - UFMG**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

**Dissertação intitulada** Do concurso de pessoas: delimitação entre coautoria e participação a partir da teoria do domínio do fato, **de autoria de** Renato Martins Machado, **analisada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores (as):**

---

Professor Doutor Luís Augusto Sanzo Brodt – Orientador

---

---

O candidato foi considerado \_\_\_\_\_ pela banca examinadora, com média final igual a ( \_\_\_\_ ) \_\_\_\_\_.

Belo Horizonte, \_\_/\_\_/2014

Para a minha filha Maria Fernanda Machado e

Para a Minha Esposa Maria Cândida,

com todo amor que nesse mundo houver...

## **AGRADECIMENTOS**

Registro aqui a minha mais sincera gratidão

A Deus, pela constante presença em minha vida.

A minha esposa, Maria Cândida Machado, pela paciência, pelo incentivo, pelo companheirismo, pelo amor incondicional e por cuidar de nossa pequenina Maria Fernanda, durante as minhas ausências.

Aos meus pais, Souza e Maria Ninfa, por renunciarem parte de seus sonhos em favor dos meus.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt, pela confiança e por todas as intervenções precisas, exemplo definitivo de seriedade e compromisso com a pesquisa.

Ao Prof. Doutor Luciano Santos Lopes, pessoa que, em virtude de uma sincera amizade de aproximadamente 13 anos, tomei a liberdade de chamar de amigo. Obrigado, professor, pelas primeiras lições, pelo incentivo, pelo acesso amplo e irrestrito à sua biblioteca e por encorajar-me rumo a essa difícil empreitada.

Ao meu sócio e leal amigo, Leonardo Barbosa, pelo incondicional apoio.

Ao Prof. Mariano Lopes, pela revisão e adequação do texto ao padrão culto da língua portuguesa.

Ao Prof. Emerson Castro, pela primeira oportunidade junto ao magistério superior.

Ao meu irmão Rodrigo Machado, aos meus familiares, aos meus amigos e a todos os meus alunos.

Por fim, a minha amada filha, Maria Fernanda, exemplo de força e coragem.

## RESUMO

O trabalho tem como objetivo apresentar critérios dogmáticos seguros e sistematizados para adequadamente caracterizar a autoria e distinguir autoria e participação no estudo do concurso de pessoas. Para esse fim, o trabalho apresentará, inicialmente, as formas básicas de concurso de pessoas, destacando a relevância da teoria da acessoriedade da participação como critério limitador da elaboração de um conceito indiferenciado de autor. Em seguida, em uma segunda parte do trabalho, apresentaremos criticamente as principais teorias da autoria que precederam a teoria do domínio do fato na função de caracterizar a autoria e adequadamente distinguir autoria e participação no estudo do concurso de pessoas. Posteriormente, apresentaremos a teoria do domínio do fato, destacando sua origem histórica, seus principais aspectos, seu âmbito de abrangência, bem como suas principais vertentes para, finalmente, nos posicionarmos em favor dessa teoria, segundo a concepção de Roxin. Justificaremos nossa adesão à essa teoria demonstrando sua coerência lógica, sua sistematização e a sua compatibilidade como o nosso ordenamento jurídico. Por fim, destacaremos a importância prática da teoria da teoria acolhida e um estudo de caso real a partir dessa teoria. A conclusão a que se chega nesse trabalho é a seguinte: a adoção da teoria do domínio do fato de Roxin como critério para a definição da autoria e da consequente distinção entre autoria e participação no estudo do concurso de pessoas, além de ser a teoria dogmaticamente aconselhável para esse fim, é uma teoria absolutamente compatível com uma leitura minimalista da Constituição.

Palavras-chave: Concurso de pessoas. Autoria e participação. Teoria do domínio do fato.

## RIASSUNTO

Il presente lavoro ha come scopo la presentazione dei criteri dogmatici sicuri ed sistematizzati affinché si possa adeguatamente caratterizzare l'autoria ed distinguerla dalla partecipazione nello studio del concorso di persone. Affinché si possa raggiungere questo scopo il lavoro presenterà per prima le forme basiche del concorso di persone, sottolineando la rilevanza dalla teoria dell'accessorietà dalla partecipazione come limite nell'elaborazione di un concetto senza differenziazione di autore. In seguito, nella seconda parte, presenteremo di forma critica le principali teorie precedute dalla teoria del domino del fatto con l'obbiettivo di caratterizzare l'autoria ed adeguatamente fare la distinzione fra autoria e partecipazione nel concorso di persone. Ulteriormente, presenteremo la teoria del domino del fatto sottolineando la sua origine storica, i suoi principali aspetti ed il suo ambito di amplitudine. Presenteremo anche le sue principali vertenti per, infine, ci mettere da parte con questa teoria, cha va dietro com il pensiero di Roxin. Giustificeremo la nostra adesione a questa teoria dimostrando sua coerenza logica, sua sistemazione e la sua compatibilità com il nostro ordenamento giuridico. Infine, sottolineeremo l'importanza pratica dalla teoria accolta e presenteremo uno studio di caso reale fatto con base in questa teoria. La conclusione a cui ci riusciamo è che adottare la teoria del domino del fatto di Roxin, come criterio di definizione dall'autoria e in conseguenza, distinguere l'autoria dalla partecipazione nello studio del concorso di persone, è oltre la migliore scelta dogmatica per questa finalità e una teoria assolutamente compatibile con una lettura redotta dalla Costituzione brasiliana.

Parole chiave: Concorse di persone. Autoria e partecipazione. Teoria del domino del fatto



## Sumário

<b>1 - INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 – DAS FORMAS DE CONCURSO DE PESSOAS</b> .....	15
2.1 Considerações iniciais .....	15
2.2 Da autoria .....	18
2.2.1 Da autoria direta .....	20
2.2.2 Da autoria mediata .....	22
2.2.3 Da coautoria .....	26
2.3 Da participação .....	28
2.3.1 Da teoria da acessoriedade da participação .....	29
2.3.1.1 Da teoria da acessoriedade da participação como causa de extensão da pena ou como causa de extensão do tipo penal .....	34
2.3.1.2 Da teoria da acessoriedade da participação no contexto do Código Penal Brasileiro .....	37
2.3.2 Das formas de participação .....	42
2.3.2.1 Da instigação .....	44
2.3.2.1 Do auxílio .....	47
<b>3 - DA DISTINÇÃO ENTRE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO: CONCEPÇÕES TEÓRICAS ANTERIORES À TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO.</b> .....	55
3.1 Considerações iniciais .....	55
3.2 Teoria unitária da autoria .....	56
3.2.1 Críticas à teoria unitária de autoria .....	62
3.3 A teoria extensiva de autor .....	65
3.3.1 Críticas à teoria extensiva da autoria .....	70
3.4 Teorias restritivas ou diferenciadoras de autoria .....	72
3.4.1 Teoria objetiva-formal .....	73
3.4.2. Críticas à teoria objetiva-formal .....	76
3.4.3 Teorias objetivo-materiais .....	80
3.4.1 Teorias subjetivas .....	82
3.4.1.1 Teoria do dolo .....	84
3.4.1.2 Teoria do interesse .....	87
3.4.1.3 Críticas às teorias subjetivas .....	89
<b>4 - A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO</b> .....	92
4.1 Considerações iniciais .....	92
4.2 Da origem e da evolução do conceito de domínio do fato .....	96
4.3 Âmbito de aplicação da teoria do domínio do fato .....	100
4.4 A teoria do domínio do fato como critério reitor da caracterização da autoria e da distinção entre autoria e participação .....	111
4.4.1 A concepção de domínio do fato de Hans Welzel .....	111
4.4.2 A concepção de domínio do fato de Maurach .....	123
<b>5 - A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA CONCEPÇÃO DE CLAUS ROXIN</b> ....	132
5.1 Considerações iniciais sobre teoria do domínio do fato na concepção de Claus Roxin .....	132
5.2 Das três formas de manifestação concreta da autoria a partir da teoria do domínio do fato de Claus Roxin .....	139
5.2.1 Do domínio da ação como fundamento da autoria imediata .....	139

5.2.2 Do domínio da vontade como fundamento da autoria mediata .....	142
5.2.3 Do domínio funcional como fundamento da coautoria .....	149
5.2.3.1 A cooperação prestada na fase de execução do crime.....	149
5.2.3.1 A cooperação prestada na fase preparatória do crime.....	163
<b>6 – CRÍTICAS À TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO .....</b>	<b>168</b>
<b>7 – POSIÇÃO ADOTADA E APLICAÇÃO PRÁTICA DA TEORIA DA AUTORIA ADOTADA: DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE COAUTORIA E PARTICIPAÇÃO A PARTIR DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO .....</b>	<b>180</b>
7.1 Posição adotada e a possibilidade de admissibilidade, pelo Código Penal Brasileiro, da teoria da teoria acolhida .....	180
7.2 Análise de decisões jurisprudenciais favoráveis à teoria do domínio do fato no Brasil .....	182
7.3 Estudo de caso a partir da teoria do domínio do fato segundo a concepção de Roxin .....	185
<b>8 – CONCLUSÃO .....</b>	<b>196</b>
<b>9 – REFERÊNCIAS.....</b>	<b>200</b>

## 1 - INTRODUÇÃO

É indiscutível a importância do estudo do concurso de pessoas na teoria do crime. A doutrina da intervenção coletiva é, sem dúvida, uma das mais importantes de toda a parte geral do Direito Penal. Não por acaso, a doutrina (tanto nacional quanto estrangeira) tem se esmerado no sentido de constantemente apresentar novas contribuições a esse importante tema. Além de, indiscutivelmente, ser um dos temas mais importantes da parte geral do Direito Penal, o estudo de concurso de pessoas para a prática de crime é também considerado um dos temas mais áridos de todo o estudo da teoria do crime<sup>1</sup>.

Atento a essas considerações, o objetivo central do presente trabalho é contribuir no sentido de aclarar um dos pontos mais complexos do estudo do concurso de pessoas para a prática de crime: a distinção entre autoria e participação. A presente investigação busca, em resumo, apresentar critérios dogmáticos seguros e sistematizados para adequadamente delimitar a autoria e conseqüentemente distinguir autoria e participação no estudo do concurso de pessoas para a prática de crime.

Para cumprir esse desiderato, o trabalho foi dividido em partes distintas. Inicialmente, apresentaremos as formas de concursos de pessoas, destacando a autoria e suas formas principais de manifestação (autoria direta, autoria mediata e coautoria), bem como a participação e suas espécies (indução, instigação e auxílio). Esses conceitos aparecerão ao longo do desenvolvimento do trabalho e, em razão disso, optamos por apresentá-los no início da pesquisa. Nessa abordagem inicial, quer-se demonstrar também a importância da teoria da acessoriedade da participação como critério limitador da elaboração de um conceito indiferenciado de autor. Conforme será demonstrado, a acessoriedade da participação compõe dados

---

<sup>1</sup> Sobre as dificuldades do tema, assim se expressou Schünemann: “Lamentablemente, justo em el ámbito de la teoría de la autoria y participación no es posible efectuar limitaciones de esta clase, ya que nada supera a este tema en su complejidad y grados de direrenciación de los problemas dogmáticos que presenta. A ello se suma que los esquemas fundamentales de clasificación en este tema han pasado en los últimos años a hallarse controvertido. (SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. T. I. Buenos Aires/Santa Fé: Rubinzal – Culzoni Editores, 2009, p. 491/492)

prévios ao ordenamento jurídico que são, portanto, imodificáveis pelo legislador, segundo nossa opinião.

Importa destacar que a delimitação da distinção entre autoria e participação depende essencialmente da teoria da autoria acolhida. Considerando que acolhemos a teoria do domínio do fato como critério de definição da autoria, essas noções básicas serão apresentadas levando-se em consideração as premissas básicas dessa teoria.

Após, passaremos a desenvolver criticamente as principais teorias da autoria que precederam a teoria do domínio do fato: a teoria unitária da autoria, a teoria extensiva da autoria e, por fim, as teorias restritivas da autoria. Apresentaremos analiticamente as seguintes teorias restritivas: teoria objetiva-formal, as teorias objetivo-materiais e as teorias subjetivas (teoria do dolo e teoria do interesse).

Por fim, em capítulo específico, apresentaremos o desenvolvimento analítico da teoria do domínio do fato (que é também uma teoria restritiva da autoria). Essa teoria merecerá especial destaque em virtude de ser essa a teoria por nós acolhida como critério de definição da autoria e da distinção entre autoria e participação, bem como em função da grande adesão de nossa doutrina e da nossa jurisprudência a essa teoria.

Com o propósito de, adequadamente, compreendermos a teoria do domínio do fato, apresentaremos sua origem histórica, seus principais aspectos, seu âmbito de abrangência para, em seguida, apresentarmos analiticamente suas principais vertentes que se desenvolveram ao longo do tempo.

A teoria do domínio do fato, a partir especialmente de Welzel, passou a contar com expressiva adesão na Alemanha e, após a abordagem inicial feita por esse autor, essa teoria se desenvolveu gerando outras importantes e distintas vertentes.

Nesse estudo, desenvolveremos, também, e conforme já destacado, as principais concepções da teoria do domínio do fato, quais sejam: a já citada teoria do domínio do fato de Welzel, a teoria do domínio do fato de Maurach e, por fim, a teoria do domínio do fato segundo a concepção de Roxin.

A teoria do domínio do fato, segundo a concepção do Roxin, por sua importância, também será abordada em capítulo específico. Consoante restará evidenciado, não seria leviano afirmar que a teoria do domínio do fato de Roxin é absolutamente autêntica e muito bem sistematizada. Mais: a concepção de Roxin inaugurou uma nova era na história da teoria do domínio do fato. Esse autor dedicou ao estudo desse tema mais de trinta e cinco anos<sup>2</sup> de sua vida. Por esse motivo, optamos por abordar sua teoria em capítulo especial.

Após a apresentação analítica das principais teorias da teoria, adotar-se-á, justificadamente a teoria do domínio do fato segundo a concepção de Roxin. Entendemos que não é suficiente afirmar que se acolhe a teoria do domínio do fato. Essa afirmação é dogmaticamente fragmentária. Para os que acolhem a teoria do domínio do fato é imprescindível se posicionarem, complementarmente, em relação à vertente acolhida. Nossa adesão à teoria do domínio do fato de Roxin, como demonstraremos, justifica-se especialmente em virtude da coerência lógica e da bem elaborada sistematização dessa teoria feita por esse autor. Por outro lado, demonstraremos que a teoria do domínio do fato de Roxin é uma teoria restritiva da autoria e, assim, absolutamente compatível com regulamentação da autoria prevista em nosso Código Penal. A partir da reforma da parte geral do nosso Código Penal (Lei 7209 de 11 de julho de 1984) restou clara a opção do nosso legislador pelo acolhimento da teoria da acessoriedade da participação no tratamento do concurso de pessoas. Especialmente em função de sua exigência metodológica e de ser aceita como uma teoria restritiva da autoria, a teoria do domínio do fato de Roxin pode ser considerada, outrossim, como uma teoria limitadora do poder punitivo do estado e, portanto, igualmente compatível com uma leitura minimalista da nossa constituição.

Por fim, após justificarmos nossa adesão à teoria do domínio do fato de Roxin como critério de definição da autoria e da conseqüente distinção entre autoria e participação no estudo concurso de pessoas, destacaremos a importância da aplicação prática dessa teoria e estudaremos um caso real, a partir da teoria por nós acolhida.

---

<sup>2</sup> JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato: uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos*. Trad. de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manoele, 2003, p.1.

Em síntese, é esse o trabalho que apresentamos para a apreciação como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

## 2 – DAS FORMAS DE CONCURSO DE PESSOAS

### 2.1 Considerações iniciais

Assim como ocorre em toda e qualquer obra humana, a realização de um delito pode se dar de forma unitária ou, eventualmente, através da intervenção de mais de uma pessoa.

La voluntad y el brazo de un sólo hombre bastan para la comisión de un delito; desde que la voluntad determinó y el brazo consumó el hecho transgresor de la ley, nada falta a la existencia de aquél. Pero en el desenvolvimiento de los sucesos criminales no siempre aparece como única y aislada aquella figura; con frecuencia a su alrededor otras personas, que constituyen más o menos el suceso criminoso. De aquí la teoría de la complicidad derivada inevitablemente de la naturaleza de los hechos; esto es, de su susceptibilidad de recibir impulso de más de una inteligencia o de más de una mano; de donde procede, que los momentos constitutivos de la criminalidad de un hecho se dividan entre varios sujetos<sup>3</sup>.

No que diz respeito à realização de um delito através da intervenção de mais de um agente, diversos são os fatores que justificam essa escolha: a maior possibilidade de êxito, a maior probabilidade de se garantir a impunidade dos intervenientes, a maior possibilidade de desvios patrimoniais mais expressivos nos delitos que envolvem questões patrimoniais, etc.

O fato punível pode ser obra de um só ou de vários agentes. Seja para assegurar a realização do crime, para garantir-lhe a impunidade, ou simplesmente porque interessa a mais de um o seu cometimento, reúnem-se os consórcios, repartindo entre si as tarefas em que se pode dividir a empresa (sic) criminosa, ou, então, um coopera apenas na obra de outro, sem acôrdo (sic) embora, mas com a consciência dessa cooperação. Fala-se, então, em concurso de agentes, participação ou co-delinquência<sup>4</sup>.

Regra geral, os tipos penais previstos na parte especial dos Códigos Penais descrevem condutas realizadas por uma única pessoa. Nada impede, contudo, que

---

<sup>3</sup> CARRARA, Francesco. *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*. Trad. Vicente Romero Girón. Buenos Aires: Rodamillans Srl, 2000, p. 171.

<sup>4</sup> BRUNO. Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo 2º. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1962, p. 257.

eventualmente, esses crimes possam ser realizados por mais de uma pessoa. Essa hipótese contempla, inclusive, a maioria dos tipos penais. Os crimes que podem ser praticados por uma ou mais pessoas são chamados, pela doutrina, de crimes unissubjetivos (monossubjetivos ou de concurso eventual). Podemos citar como exemplos desses crimes os crimes de homicídio (art. 121 do CPB), de lesão corporal (art. 129 do CPB), de furto (art. 155 do CPB), de roubo (art. 157 do CPB), etc. Em verdade, os crimes unissubjetivos contemplam a maioria dos crimes previstos em nossa legislação penal.

Há, por outro lado, os chamados crimes plurissubjetivos ou de concurso necessário. Esses crimes exigem a pluralidade de agentes, ou seja, são crimes que só podem ser praticados por mais de uma pessoa como, por exemplo, os crimes de rixa (art. 133 do CPB), associação criminosa (art. 288 do CPB), motim de presos (art. 354 do CPB), etc. Conforme assinala Sheila Jorge Selim de Sales, nos tipos penais caracterizados pela pluralidade ativa "a lei penal se cinge a indicar, quer implícita, quer explicitamente, (...), um número mínimo de sujeitos ativos para a realização de alguns tipos incriminadores previstos na parte especial"<sup>5</sup>.

Os problemas relacionados ao estudo do concurso de pessoas para a prática de crimes estão essencialmente relacionados aos denominados crimes unissubjetivos. É nesses crimes que, via de regra, se apresentam as vicissitudes que dizem respeito à autoria e à participação como formas de concurso.

El delito suele ser conducta de un solo hombre, mas, con frecuencia, aparecen varios cooperando a la ejecución de acciones criminales que el tipo legal no requiere. A esta codelincuencia es a la que vamos a referimos, no a la de índole necesaria; es decir, a la requerida por la definición legal de ciertas figuras delictivas. La pareja se precisa en el duelo y en la riña; en el adulterio y en el amancebamiento. Sirvan estos ejemplos para demostrar lo que acabamos de decir. Mas repitamos que esta cooperación necesaria no es la codelincuencia, sino que afecta a la naturaleza misma de los tipos legales aludidos<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 101

<sup>6</sup> ASÚA. Luis Jiménez de. *Principios de derecho penal: la ley y el delito*. 3ª Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 495.



Cumpra esclarecer que a expressão participação contempla duas acepções distintas: em sentido amplo, a participação ocorre quando um certo grupo de pessoas toma parte em um determinado crime na condição de autores, indutores, instigadores ou cúmplices; em sentido estrito, a participação é o fenômeno através do qual uma ou mais pessoas tomam parte em um determinado delito, contribuindo com o autor, ou com os coautores, moralmente (induzindo ou instigando) ou materialmente (através do intuído auxílio ou cumplicidade)<sup>7</sup>.

Para uma melhor e mais adequada compreensão da proposta do presente estudo faz-se necessário, pensa-se, uma breve abordagem dos institutos da autoria e da participação no estudo do concurso de pessoas para a prática de crimes, objetivando fixar os contornos básicos desses institutos.

É importante frisar que a definição e a demarcação da distinção entre autoria e participação no estudo do concurso de pessoas depende substancialmente, como se verá oportunamente, da teoria da autoria acolhida. Antes, contudo, de abordarmos as referidas teorias da autoria é essencial fixarmos os contornos básicos da autoria e da participação, para adequadamente compreendê-las.

Cabe ressaltar, desde já, que a teoria por nós acolhida para promover a definição e delimitação da distinção entre autoria e participação é a teoria do domínio do fato. Diante de nossa filiação à referida teoria do domínio do fato, cumpre-nos advertir que essa abordagem inicial da delimitação da autoria e de suas formas de manifestação, bem como da participação e de suas espécies, será feita, essencialmente, à luz dessa teoria.

Importante enfatizar, por outro lado, que a teoria do domínio do fato é absolutamente compatível com a atual parte geral do nosso Código Penal (reformada em 1984, por ocasião da publicação da Lei 7209, de 11 de julho de 1984). As alterações promovidas na parte geral do Código Penal Brasileiro de 1940 sofreram, inegavelmente, grande influência da teoria finalista da ação. A teoria do domínio do fato, por sua vez, foi desenvolvida, conforme será demonstrado oportunamente, a partir da teoria finalista da ação. Assim, considerando a forte

---

<sup>7</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 767.

ligação entre a teoria do domínio do fato e a teoria finalista da ação (que, como já se assinalou, influenciou substancialmente nosso legislador reformador) não há nenhuma incompatibilidade entre aquela teoria (teoria do domínio do fato) e o nosso Código Penal.

## 2.2 Da autoria

Na delimitação da autoria, o legislador parte da ideia de que autor é quem realiza a integralidade dos elementos do tipo penal<sup>8</sup>.

Se llama autor, en el sentido riguroso y técnico en que lo emplean nuestras leyes penales, aquel individuo al que se refieren inmediatamente la definición legal de una especie de delitos y la medida penal señalada á la misma; aquel individuo, por consiguiente, cuya acción ú omisión puede ser inmediatamente incluida en la definición de referencia; o lo que es igual, aquel que realiza la acción presupuesta en la ley correspondiente, la acción que pone por obra los caracteres que, según la ley, constituyen el delito de que se trata, esto es, la «acción principal», los «actos de ejecución». Sobre ciertas modificaciones que experimenta este concepto, véanse los párrafos siguientes<sup>9</sup>.

Mir Puig divide os tipos penais em tipos de autoria – que são aqueles em que o agente recebe o nome de autor –, e tipos de participação – que são aqueles em que o agente se considera partícipe de um tipo de autoria. Adverte esse autor, com razão, que "no es cierto, pues, que autor sea quien realiza un tipo, sino sólo quien realiza una clase de tipos, los tipos de autoria. Y no puede equipararse la autoria a realización del tipo, sino que debe distinguirse entre tipos de autoria y tipos de participación"<sup>10</sup>.

A delimitação da autoria, em resumo, apresenta algumas particularidades quando se está diante de espécies distintas de delito. A delimitação da autoria em

---

<sup>8</sup> JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte geral*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. renovada y ampliada. Granada: Comares, 2002, p. 692. Título original. *Lehrbuch des Strafrechts: All. Teil. 5 vollständig neubearb. u. erw. Aufl.* Berlin: Dunker u. Humblot, 1996.

<sup>9</sup> MERKEL, Adolf. *Derecho penal: parte general*. Traducción por Pedro Dorado Montero. Madrid: La España Moderna, 2000, p. 197.

<sup>10</sup> PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal Parte General*. 7ª ed. Buenos Aires/Montevidéu: Euros Editores/B de F Ltda, 2005, p. 365/366.

um delito comissivo doloso, por exemplo, não se confunde com a delimitação da autoria de um delito comissivo culposo. Ainda: a delimitação da autoria nos intitulados crimes próprios exige que o agente, sujeito ativo do crime, possua determinada qualidade. Assim ocorre, por exemplo, no crime de peculato, previsto no art. 312 do CPB. Esse tipo penal exige, para fins de delimitação da autoria, a qualidade de funcionário público do sujeito ativo<sup>11</sup>.

Beatriz Vargas Ramos adverte, contudo, que as peculiaridades existentes da delimitação da autoria, a partir da análise das várias espécies distintas de delito, não impede que seja criado um conceito de autor que tenha a mesma base teórica e que contemple todas essas espécies de crime. Mais: para ela, formular um conceito de autor nesse sentido não significa negar as especificidade da autoria nas distintas espécies de delito<sup>12</sup>.

Importa registrar, novamente, que a despeito de ser possível elaborar um conceito de autor sobre a mesma base teórica e que contemple todas as várias formas de delito, a definição desse conceito variará conforme a teoria da autoria acolhida.

Essa teorias da autoria que serão tratadas a partir do próximo capítulo se dividem basicamente em dois grandes grupos: o grupo das teorias que contemplam todos os participantes de um determinado fato criminoso como autores e o grupo das teorias que apresentam distinções entre as várias pessoas que concorrem para a prática de um determinado crime<sup>13</sup>.

Vale ressaltar que o nosso atual Código Penal não define autoria. A definição desse instituto no Brasil ficou, portanto, a cargo da doutrina.

De acordo com a concepção defendida nesse trabalho, autor é quem tem o domínio do fato. Esse conceito de autor corresponde à concepção da autoria

---

<sup>11</sup> RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 25

<sup>12</sup> RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal*, p. 26.

<sup>13</sup> QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Autoría e participación*. Madrid: Akal, 1996, p. 19.

proposta pela teoria do domínio do fato e é essa, como se viu, a teoria da autoria por nós adotada para a delimitação do conceito de autor no estudo do concurso de pessoas. Dela nos ocuparemos a partir do capítulo terceiro.

Sobreleva destacar, ainda, que para Sheila Jorge Selim de Sales sujeito ativo e autor são conceitos que não se confundem.

(...) a noção de “sujeito ativo”, do ponto de vista estritamente jurídico, precede à noção de autor.

Como componente técnico do tipo penal da Parte Especial, o “sujeito ativo” trata-se de elemento que se insere no desvalor de ação do fato tipificado, integrando, ao mesmo tempo, a estrutura objetiva do tipo penal.

O “sujeito ativo”, pois, é o suporte legal, o dado técnico objetivo, sobre o qual se constrói a noção de “autor”, quer adotem legislações as teorias mínima, limitada ou máxima da acessoriedade, ou, ainda, a teoria da hiperacessoriedade.

Note-se, pois, que enquanto a noção de “sujeito ativo” é atinente à apreciação do fato incriminado, um sua imóvel tipicidade, a noção de autor não pode ser elaborada prescindindo-se da consideração de outros dados, que fogem aos estritos confins do tipo penal.

Com efeito, esse último se extrai da apreciação viva, concreta e dinâmica do fato histórico que se faz objeto do juízo de adequação típica e, posteriormente, do juízo de ilicitude<sup>14</sup>.

Como se observa, Sheila Jorge Selim Sales, entende, outrossim, que a noção de autor deve ser elaborada considerando outros dados que estão fora do tipo penal.

Roxin, por sua vez, entende que a autoria é uma forma de injusto típico. Nas palavras do autor: “La autoría es más bien la forma de injusto típico correspondiente a la descripción del delito, a la que, en virtud de las normas especiales de los §§ 48 y 49 StGB, se conectan inducción y complicidad como ampliaciones de la pena”<sup>15</sup>.

Por fim, quanto à autoria, pode-se ser afirmar que existem três formas básicas de ela se manifestar, quais sejam: autoria direta, autoria mediata e coautoria.

### 2.2.1 Da autoria direta

---

<sup>14</sup> SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo na parte especial do código penal*. Belo Horizonte, Del Rey, 1993, p. 22.

<sup>15</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 361.

É autor direto o agente que tem o domínio do fato em virtude de sua pessoal, dolosa, direta e isolada (ou seja, sem a contribuição de outros agentes) realização da conduta descrita no tipo penal. Essa é uma definição de autoria direta que tem por base, como se percebe, a teoria do domínio do fato.

Na autoria direta a execução do delito é realizada isoladamente pelo agente e com as suas próprias mãos.

En este caso la autoría es particularmente simple, dado que al haber un único sujeto agente, si su acción es típica, no se presentará la cuestión de distinguir su comportamiento del de otros partícipes. Dicho en otras palabras: si la acción es típica el único agente será necesariamente autor<sup>16</sup>.

Jakobs sintetiza o conceito de autor direto da seguinte forma: “Autor es siempre quien comete el hecho por sí mismo, es decir, quien ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito”<sup>17</sup>.

A autoria direta é a forma mais simples e mais comum de autoria e, nessa forma de autoria, “a ideia de realização do tipo se confunde com a ideia de execução física e pessoal do delito”<sup>18</sup>.

É autor direto do crime de homicídio previsto no art. 121 do CPB, portanto, o agente que pessoalmente desfere os tiros que causam a morte da vítima. É, igualmente, autor direto do crime de furto, previsto no art. 155 do CPB, o agente que pessoalmente subtrai, de forma clandestina, os pertences da vítima. Essas afirmações dizem respeito, evidentemente, à autoria dos crimes comissivos dolosos.

---

<sup>16</sup> BACIGALUPO. Enrique. Derecho penal: parte geral. 2ª Ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 500.

<sup>17</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 744. Esse conceito de autor direto apresentado por Jakobs é um conceito genérico e não nos permite prontamente decodificar de que forma deve-se limitar o conceito de autor para ele. Não obstante, importa esclarecer que Jakobs adota, como se verá oportunamente, um conceito de autor essencialmente normativo e jungido à sua teoria da imputação objetiva.

<sup>18</sup> RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal*, p. 28.

Adverte Nilo Batista que

O conceito de *autoria direta* está ancorado nos tipos da parte especial, e guarda assim certa dependência da disciplina específica de cada delito. Dessa forma, um conceito geral da autoria direta importa um processo de abstração e generalização, que revelará suas insuficiências na aplicação a certos casos<sup>19</sup>.

A caracterização da autoria direta, independentemente da teoria da autoria acolhida, é bem próxima, até mesmo quando se leva em consideração teorias da autoria com fundamentação teórica intensamente distintas.

### 2.2.2 Da autoria mediata

Autor mediato é aquele que realiza o crime servindo-se, para a execução da ação típica, de uma terceira pessoa como instrumento<sup>20</sup>. Na autoria mediata, o homem de trás utiliza o homem da frente como instrumento para a realização da ação descrita no tipo penal.

La autoría mediata se caracteriza por la realización del delito mediante la instrumentalización de otra persona. Si bien, por lo general, esta instrumentalización va acompañada de la ausencia de responsabilidad del ejecutor, en muchos casos esto no ocurre así. En esta constelación de supuestos el auténtico autor del hecho no es aquel que lo ejecuta, el cual actúa siempre bajo alguna eximente o causal de exclusión de la responsabilidad penal, sino aquella persona que se vale de este sujeto (instrumento) para cometer a través de éste el delito propuesto<sup>21</sup>.

Para Carolina Bolea Bordon, a finalidade da autoria mediata é ampliar o conceito de autor, haja vista que, historicamente, a autoria se restringiu às hipóteses em que o agente executa com as próprias mãos o fato<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> BATISTA, Nilo. Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.

<sup>20</sup> Para uma análise detalhada sobre o estudo da autoria mediata no concurso de pessoas ver BORDON, Carolina Bolea. *Autoría mediata en Derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000 e ABOSO, Gustavo Eduardo. *Los límites de la autoría mediata*. Buenos Aires: Euros Editores/B de F Ltda, 2012.

<sup>21</sup> ABOSO, Gustavo Eduardo. *Los límites de la autoría mediata*. p. 7.

<sup>22</sup> BORDON, Carolina Bolea. *Autoría mediata en Derecho penal*. p. 148.

Na autoria mediata, o agente que determina o crime não pode ser considerado partícipe em sentido estrito do crime (induzidor, instigador ou cúmplice), senão autor, ainda que ele não realize a ação típica. Por outro lado, as hipóteses em que o agente utiliza como instrumento um animal, um determinado objeto ou, ainda, uma terceira pessoa que não executa a ação típica, configuram a autoria direta e não de autoria mediata<sup>23</sup>.

Quanto à hipótese de uma pessoa que, para execução de uma ação típica, se serve de uma terceira pessoa como instrumento, mas que não realiza a ação típica, oportuna é a crítica de Guillermo Julio Fierro:

En la conceptualización de la autoría mediata casi todos los autores se refieren a la utilización de personas que actúan como instrumentos, mas es preciso poner en guardia al lector, que no se trata de valerse de otra persona que actúa como un mero cuerpo tal como ocurre en el clásico ejemplo del individuo que empuja violentamente a otro y éste con su cuerpo rompe el escaparate, consumando-se de tal modo el delito de daño, hipótesis ésta expresamente excluida, una que en dicho supuesto se trata de un caso que falta la acción por parte del empujado, pues la violencia que se ha ejercido sobre él excluye todo atisbo de acción; sería lo mismo que el verdadero autor hubiera tomado un palo a arrojado una piedra para lograr idéntico resultado<sup>24</sup>.

Contrário a esse entendimento – no sentido de que não é necessário, para fins de autoria mediata, que o executor material do fato realize, a cargo do autor mediato a conduta descrita no tipo penal –, Anibal Bruno. Para ele, dentre as hipóteses de autoria mediata, encontra-se aquela em que o executor material do fato atua sob coação física absoluta. Argumenta esse autor que, nesse caso,

O ato de execução não se acompanha, em quem o pratica, daquele mínimo de vontade necessário, e para constituir ação carece mesmo do movimento muscular próprio do agente. Aí é que a imagem de puro instrumento se ajusta à pessoa do executor<sup>25</sup>.

A figura da autoria mediata é rechaçada na doutrina nacional por Nelson Hungria. Esse autor – que, como se verá, é partidário de um conceito unitário, de um

<sup>23</sup> BRUNO. Aníbal. *Direito penal: parte geral*, p. 268.

<sup>24</sup> FIERRO, Julio Guillermo. *Teoría de la participación criminal*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 359.

<sup>25</sup> BRUNO. Aníbal. *Direito penal: parte geral*. p. 269.

conceito único de autor – partindo de uma veemente crítica à teoria da acessoriedade da participação, nega qualquer validade ao instituto da autoria mediata.

Como tôda (sic) teoria falsa, a da acessoriedade, para manter-se viável, teve de recorrer a subterfúgios. Assim, no caso do executor irresponsável ou isento de pena, como fosse um absurdo lógico admitir-se a punibilidade da participação por acessão a um fato não punível *in concreto*, excogitou-se o expediente da *autoria mediata*: o executor irresponsável ou imune de pena não representa mais que um autômato, uma *longa manus*, um instrumento, um instrumento passivo, de modo que, *sub specie juris*, deixa de haver participação, e até mesmo o simples auxiliar (ainda que alheio à execução material do *factum principale* e sem *animus auctoris*) passa a ser autor, isto é, autor mediato. É flagrante o artifício. A própria expressão “autor mediato” redundava numa impropriedade: se o executor não é mais que um *instrumento passivo*, quem dele se serviu é *autor imediato*, como sê-lo-ia quem praticasse um crime fazendo funcionar um *robot*<sup>26</sup>.

Beatriz Vargas Ramos entende que a expressão “autor mediato” é uma expressão inexata. Argumenta a autora, em síntese, que para que se possa falar em autor mediato é necessário que haja um autor imediato. Como na autoria mediata não se pode falar autoria imediata do executor material, por ser ele mero instrumento causador do resultado, não há como se referir a um autor mediato. Contudo, a despeito da crítica, a autora admite o uso da expressão “autor mediato”, especialmente por ser essa expressão já definitivamente consagrada pela doutrina<sup>27</sup>.

Quanto ao fundamento da autoria mediata, Enrique Gimbernat Ordeig apresenta a seguinte justificação: “a justificar por qué el autor meditado es verdadero autor, por qué su responsabilidad no es accesoria de otro hecho principal, sino que el hecho principal es precisamente el que él comete”<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao código penal. V. I. T. II. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 403. Na Alemanha o instituto da autoria mediata é rechaçado por Hoegel e Zimmerl. (ABOSO, Gustavo Eduardo. *Los límites de la autoría mediata*. p. 12/13.

<sup>27</sup> RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal*, p. 37.

<sup>28</sup> ORDEIG, Gimbernat Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. Buenos Aires: Euros Editores/B de F Ltda., p. 194.



Já quanto às hipóteses em que se dá a autoria mediata não há, na doutrina, posicionamento uniforme. As divergências doutrinárias quanto aos critério e quanto às hipóteses de autoria mediata estão, também, relacionadas com o conceito de autor acolhido, ou seja, as hipóteses de autoria mediata variam de certa forma – especialmente quanto à sua extensão – de acordo com a teoria da autoria adotada. Não são poucas as divergências doutrinárias sobre o assunto.

Contudo, apesar das divergências, pode-se elencar, basicamente, as seguintes hipóteses de autoria mediata: a) autoria mediata em virtude do aproveitamento de um erro do agente executor material do fato. Nessa hipótese há certo alinhamento da doutrina no sentido de haver autoria mediata quando o agente provoca e se aproveita de um erro de tipo essencial invencível do executor material do fato. Para ilustrar essa hipótese cumpre destacar o clássico exemplo do médico que se serve de uma enfermeira para executar a ação típica de homicídio. O médico *A* desejando matar o paciente *B* determina à enfermeira *C* que aplique, no referido paciente, determinado analgésico. A enfermeira *C* se distraí e o médico *A* troca o citado analgésico por uma substância letal. Sem ter com perceber a ação do médico *A*, a enfermeira *C* aplica a substância letal no paciente *B*, causando-lhe a morte; b) autoria mediata em virtude do aproveitamento de agente executor material do fato que atua de forma lícita. Essa hipótese pode ser ilustrada através do seguinte exemplo de Nilo Batista:

o cliente *A* que narra ao advogado *B* um estória (sic) falsa, e faz com que este dê causa à instauração de inquérito policial contra *C*, cuja inocência conhece, é autor mediata de denúncia caluniosa (art. 339 do CP) através de instrumento agente lícitamente (em exercício regular de direito)<sup>29</sup>;

c) autoria mediata em virtude do aproveitamento de agente executor material do fato que atua de forma inculpável. Incluem-se, nessa hipótese, todas os casos em que o executor material do fato atua revestido de qualquer causa excludente de culpabilidade como, por exemplo, os casos de inimputabilidade, erro de proibição, coação moral e obediência hierárquica; e d) autoria mediata em virtude do aproveitamento de agente executor material do fato que atua de forma plenamente

---

<sup>29</sup> BATISTA, Nilo. Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro, p. 148.

responsável. Há aqui, talvez, uma das maiores polêmicas relacionadas à figura da autoria mediata, qual seja, a de que se é possível e em qual medida seria possível a figura da autoria mediata através da utilização de instrumento que age de forma plenamente responsável. Incluem-se, aqui, por exemplo, os casos de erro de tipo essencial vencível do executor material do fato e a autoria mediata a partir das estruturas de poder organizadas.

### 2.2.3 Da coautoria

A coautoria é, na essência, a própria autoria. Contudo, trata-se de uma autoria conjunta que se fundamenta na divisão de trabalho dos coparticipantes. Para que haja a coautoria, a melhor doutrina está alinhada no sentido de que não há a necessidade de que todos os coparticipantes da empreitada criminosa pratiquem os mesmos atos. Isso em virtude do princípio da divisão de trabalho.

Nesse sentido, Jacobo López Barja de Quiroga faz a seguinte afirmação, relacionada às hipóteses em que o fato criminoso é realizado por mais de uma pessoa e de comum acordo: “Aparece por consiguiente la coautoría como un supuesto de «división del trabajo», aunque claro está no basta con cualquier aporte dentro de esa distribución de funciones, pues, en otro caso, la coautoría abarcaría la complicidad”<sup>30</sup>.

Embora a divisão de trabalho para a execução do crime seja critério reitor para toda e qualquer forma de concurso de pessoas, é na coautoria que ele se manifesta de maneira mais evidente<sup>31</sup>.

Cumpra esclarecer que, nos chamados tipos plurissubjetivos ou de concurso eventual há, como se viu, a hipótese de coautoria necessária, haja vista que nesses tipos penais existe, obrigatoriamente, a necessidade de intervenção de mais de uma pessoa. Essa forma de coautoria, também conforme já ressaltado, não interessa, em princípio, ao estudo do concurso de pessoas. “Para que haja co-autoria direta, é preciso que todos os agentes ou co-autores, como a própria expressão está a

---

<sup>30</sup> QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Autoría e participación*, p. 63.

<sup>31</sup> BATISTA, Nilo. Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro, p. 101.

indicar, atuem, cada qual, como autores direto do fato. A co-autoria é co-execução eventual”<sup>32</sup>.

Para a configuração da coautoria há, outrossim, a necessidade de identidade de elemento subjetivo e também de liame subjetivo entre os concorrentes. A ausência de liame subjetivo afasta o concurso, transformando-o em condutas autônomas. Quando a execução de um crime ocorre ao mesmo tempo por mais de uma pessoa, a ausência do liame subjetivo entre os concorrentes faz surgir a autoria colateral.

A autoria colateral, sem síntese, ocorre quando duas ou mais pessoas, ignorando cada uma delas a contribuição dos demais concorrentes, praticam condutas convergentes objetivando a realização de um mesmo crime.

Nesse sentido, veja-se a lição de Bockelmann, a partir de uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça Alemão:

A autoria colateral existe “quando vários autores, sem que esteja presente o vínculo associativo da vontade de cooperar, estabeleceram as condições a serem consideradas como causas que, associadas ou mesmo isoladamente são apropriadas a provocar o resultado” (E 68, 256; BGH 4, 21)<sup>33</sup>.

A delimitação, bem como os requisitos necessário para a configuração da coautoria, também dependem sobremaneira da teoria da autoria acolhida.

Jakobs, crítico da teoria do domínio do fato, por exemplo, apresenta a seguinte definição de coautoria:

La coautoría concurre cuando, según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes en la ejecución

---

<sup>32</sup> RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal*, p. 30.

<sup>33</sup> BOCKELMANN, Paul; VOLK, Paul. *Direito penal parte geral*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 219. No original: *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 4ª edição, de 1987, p. 236.

codeterminan la configuración de ésta, o el que se lleve o no a cabo<sup>34</sup>.

Como na coautoria todos os concorrentes são autores, cada um dos concorrentes, em virtude de uma coerência lógica, deverá reunir os requisitos exigidos para ser considerado autor de um determinado delito.

Em resumo, cada coparticipante deverá reunir os requisitos objetivos e subjetivos da autoria individual para ser considerado como coautor. E, conforme já se disse exaustivamente, esses requisitos serão diversos conforme a teoria da autoria acolhida.

De acordo com a concepção de autoria por nós acolhida a coautoria também se fundamenta a partir do domínio do fato. Ou seja, será coautor de um determinado delito o agente que agir revestido do domínio do fato. Já os que colaboram com esse fato sem ter sobre ele domínio, serão considerados com meros partícipes (instigadores ou cúmplices).

### **2.3 Da participação**

Conforme já anteriormente destacado, o termo participação pode ser empregado tanto em sentido amplo quanto em sentido estrito. Para fins de se distinguir os diversos agentes que contribuem para o resultado de uma empreitada criminosa, o termo participação deve ser empregado em seu sentido estrito.

O partícipe, a despeito de favorecer a realização do crime, desenvolve contribuição que não deve ser confundida com a do autor. Há várias formas diferentes de participação estrito senso. Contudo, a despeito de haver diferenças entre essas várias formas de participação, há em comum entre elas o fato de que todas auxiliam a conduta desenvolvida pelo autor (ou coautores).

Assinala-se, desde já, que o Código Penal Brasileiro não definiu participação, limitando-se a dizer que “se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um terço a um sexto” (art. 29, §1º, do CPB).

---

<sup>34</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*, 1997, p. 745.

Dentre as teorias da autoria que serão desenvolvidas a partir do capítulo subsequente, cumpre evidenciar que, em algumas delas, eventual distinção entre a conduta do autor (ou autores) e do partícipe (ou partícipes) deve ser tratada apenas para a delimitação da pena no âmbito da culpabilidade. Para outras teorias, entretanto, a diferença existente entre esses agentes ocorre no âmbito da tipicidade. Há, ainda, teorias da autoria que não enxergam nenhuma distinção, do ponto de vista do nível da contribuição, entre os vários agentes que participam de um determinado crime.

Não há como negar, contudo, que a participação é uma maneira de se praticar um crime.

La participación, en cualquiera de sus grados o formas en que se manifieste es, en esencia, un modo de delinquir. No solo el que ejecuta la acción típica es penalmente responsable de su conducta, sino también todos aquellos que de una forma u otra cooperan, contribuyen eficazmente a la producción de un resultado delictivo, no importando que esa contribución resida exclusivamente en un actuar físico, ya que también puede ser intelectual, psíquico o, como se lo ha denominado “moral”<sup>35</sup>.

Guillermo Julio Fierro esclarece que a não realização da conduta típica é um característica essencial da participação, qualquer que seja sua forma. Ainda, adverte esse autor, que se o partícipe realizasse a conduta típica ele não seria, evidentemente, partícipe, senão autor<sup>36</sup>.

### **2.3.1 Da teoria da acessoriedade da participação**

A acessoriedade da participação implica determinada relação de dependência jurídica da conduta desenvolvida pelo partícipe em relação à conduta desenvolvida pelo autor. Afirmar que a participação é acessória significa dizer, em síntese, que a contribuição do partícipe é secundária em relação à contribuição do autor. Nesse sentido Bockelmann afirma que “a acessoriedade é outra coisa, a participação depende da existência de um fato (principal) ao qual se refere. A participação em si

---

<sup>35</sup> FIERRO, Julio Guillermo. *Teoría de la participación criminal*. p. 15/16.

<sup>36</sup> FIERRO, Julio Guillermo. *Teoría de la participación criminal*. p. 1.

não é concebível. A ajuda pressupõe um fato em que se ajuda, a instigação, um destinatário sobre o qual ela deve agir<sup>37</sup>.

Além de secundária, a contribuição do partícipe não se confunde com a contribuição de autor. Há, nessa concepção, o entendimento de que obrigatoriamente existe diferença entre autoria e participação no estudo do concurso de agentes.

El principio de accesoriedad implica que existe dependencia entre personas, valores, hechos o situaciones. Y, cuando se afirma que la participación es siempre accesoría quiere decirse que el hecho del partícipe depende del hecho del autor. Participar es, como dijimos, intervenir en hecho ajeno<sup>38</sup>.

A despeito da cotidianidade dos debates sobre a doutrina da intervenção conjunta em uma obra criminosa remanesce, ainda, a antiga discussão doutrinária no sentido de serem os conceitos de autor e partícipe elaborações puramente legislativas ou, ao contrário, conceitos que compõem dados prévios ao ordenamento, ou seja, integram a natureza das coisas. Em resumo, discute-se, em doutrina, se a acessoriedade da participação seria uma opção de cunho puramente legislativo ou se, ao contrário, essa acessoriedade seria algo que integrasse a própria natureza da participação.

Welzel, em sua famosa monografia publicada em 1939 – *Estudios sobre el sistema de derecho penal* (no original: *Studien zum Systems des Strafrechts*) – já havia se posicionado no sentido da impossibilidade terminológica de se conceber um conceito geral de autor. Para ele, seria até mesmo possível que o legislador positivo pudesse equiparar amplamente a participação e a autoria no que diz respeito às consequências punitivas do crime. Contudo, não se poderia supor, com isso, que o legislador positivo pudesse conceber uma forma de autoria pura na cooperação em um fato alheio<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> BOCKELMANN, Paul; VOLK, Paul. *Direito penal parte geral*. p. 240.

<sup>38</sup> QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Autoría e participación*, p. 115.

<sup>39</sup> WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Traducción por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Reimpresión. Buenos Aires/Montevideo: Euros Editores/B de F Ltda., 2007, 84.

Hirsch, referindo-se a Welzel, Bockelmann e Gallas, posiciona-se no sentido de que a distinção entre autoria e participação, por um lado, e entre as formas de participação, por outro, parte das estruturas lógico-objetivas prévias ao ordenamento. Afirma o autor:

Los criterios para responder a la cuestión de si una conducta debe calificarse como inducción o como autoría mediata, evidentemente deben elaborarse sobre los principios generales de la distinción dogmática entre autoría y participación por un lado, y entre inducción y complicidad por otro. En este sentido, las investigaciones llevadas a cabo sobre todo durante los años cincuenta por Welzel, Bockelmann y Gallas, dieron por resultado que la distinción se basa en estructuras lógico-objetivas, que vienen dadas al ordenamiento jurídico<sup>40</sup>.

No mesmo sentido, Jescheck afirma que

La división de las formas de manifestarse la intervención en una acción punible no es una materia que pertenezca a la libertad del legislador o a la discrecionalidad judicial. Está determinada más bien por sólidas estructuras de relaciones sociales de las que no puede alejarse la valoración jurídica se es que la aplicación del Derecho no quiere perder su fuerza de convicción<sup>41</sup>.

Entre nós, Fragoso sustenta o mesmo posicionamento. Para ele, a distinção entre autoria e participação precede a atividade legislativa, ou seja, a referida distinção está na natureza das coisas. Nas palavras do autor:

"Se a lei não distingue entre autor e partícipe (em sentido estrito), considerando co-autores todos quanto concorrem para a ação delituosa, tal distinção, no entanto, está na natureza das coisas e não pode ser desconhecida pela doutrina, pois dela resultam consequências jurídicas"<sup>42</sup>.

Em sentido contrário, Mir Puig. Para o autor,

La filosofía ha puesto de manifiesto que las cosas no tienen una esencia necesaria, implicada en ellas mismas, sino que las concebimos a través de la mediación convencional de las palabras

---

<sup>40</sup> HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho Penal; Obras completas*. T. 1. Santa Fe: Rubinzal-Culzone, 1999, p. 197.

<sup>41</sup> JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*, p. 693.

<sup>42</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16ª ed. rev. Por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 312.

con las que las designamos. No existen conceptos ontológicos, sino conceptos convencionales. La mayoría de las palabras se usan en distintos sentidos. El término autor no es una excepción. Mientras que se llama autor de una obra literaria al creador de su contenido, y no al mecanógrafo que la materializa, la doctrina dominante en nuestro país y en otros (no en todos) no considera autor de un asesinato al que idea el plan e induce a un matón a sueldo a ejecutarlo, sino a éste. El llamado concepto ontológico de autor no es más que el concepto que la doctrina actualmente dominante en nuestro país y en otros (no en todos) considera preferible. Es, pues, preferible denominarlo concepto doctrinal<sup>43</sup>.

Ao se acolher o primeiro entendimento – no sentido de que a distinção entre autoria e participação deve respeitar a natureza das coisas – a lei poderia desvalorar, de forma distinta e respeitando os dados da realidade, as várias formas de participação dos agentes nos crimes praticados em concurso de pessoas. Por outro lado, ao se acolher o segundo entendimento – no sentido de que a referida distinção se inclui dentro do âmbito de liberdade de uma elaboração puramente legislativa –, o legislador poderia estabelecer, rechaçando o critério da acessoriedade da participação, um conceito de autor unitário, ou seja, autor poderia ser todo aquele que de alguma forma contribuisse para a realização do delito, independente da natureza de sua contribuição<sup>44</sup>.

Parece não restar dúvida de que a realidade das coisas deve limitar a função legislativa. A acessoriedade da participação é um dado essencialmente prévio e na construção da distinção jurídica entre autoria e participação esse dado prévio não pode, em definitivo, ser olvidado. A distinção entre autoria e participação, no sentido de que o partícipe é o agente que colabora de maneira acessória, prescinde de definições jurídicas.

Nesse sentido, também, Bockelmann (conforme já destacado). Para esse autor, a participação é “necesariamente, asesoría, es decir, dependiente de la existencia de un hecho principal. Esa accesoriadad no es 'producto de la ley', ella

---

<sup>43</sup> PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal Parte General*, p. 366.

<sup>44</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*, p. 767/768.



está en la naturaleza misma de la cosa. Complicidad e instigación presuponen conceptualmente 'algo' al cual se prestan"<sup>45</sup>.

Para Zaffaroni, a distinção entre autoria e participação revela-se de forma natural e habitual.

En la vida cotidiana se manejan las ideas de autor y partícipe sin necesidad de acudir para ello a conceptos jurídicos. A diario se dice que una persona es autora de una obra, que otra cooperó en la de un tercero, o que otro decidió a alguien a emprender una tarea determinada. En los prólogos se suele agradecer a los colaboradores y a quienes le impulsaron y decidieron a escribir, ya se distinguen nítidamente los roles de casa uno, sin necesidad alguna de acudir a conceptos jurídicos<sup>46</sup>.

Reconhece-se a propriedade dos argumentos trazidos por Mir Puig. Todavía, os conceitos jurídicos de autor e partícipe não podem desconsiderar, conforme evidenciado, as definições prévias. Há, evidentemente, limites ontológicos que não podem ser desconsiderados pelo legislador no exercício de sua atividade legislativa. Do contrário, essa atividade legislativa restaria ilimitada e irracional. A participação é, assim, necessariamente acessória<sup>47</sup>.

La participación es el aporte doloso a un injusto doloso ajeno, hecho en la forma de instigación o de complicidad. Expresado en forma negativa, puede decirse que el partícipe es quien es alcanzado por la pena sin ser autor. La propia expresión participación nos está indicando que no hallamos ante un concepto referenciado, es decir, ante un concepto que necesita de otro, porque participación, en sí misma, no expresa nada sin una referencia la en qué se participa. Inevitablemente, indica una relación, porque siempre que se participa se lo hace en algo: un baile, una obra de teatro, un libro, una fiesta o un delito. Este carácter referencial o relativo (relacionado con algo,

---

<sup>45</sup> BOCKELMANN, Paul. *Relaciones entre autoría y participación*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1960, p. 7.

<sup>46</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*, p. 768.

<sup>47</sup> Zaffaroni adverte que o acolhimento do conceito unitário de autor – que deriva da concepção que entende que a distinção entre autoria e participação é meramente legislativa – limitou-se, apenas, a aplicar ao partícipe a mesma pena do autor principal. Nas palavras do autor: "La teoría del autor único no ha logrado nunca modificar el concepto de autor niño sólo aplicar al partícipe la pena del autor, que no es lo mismo, llegando al extremo máximo de irracionalidad cuando se quiere considerar autor del delito de autoaborto al farmacéutico que proporciona el abortivo a la mujer, o autor de violación al que sólo golpea a amedronta a la víctima. In ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*, p. 768.

necesita de algo) es lo que confiere a la participación su naturaleza accesoria<sup>48</sup>.

O reconhecimento da imprescindibilidade de se distinguir autoria e participação no estudo do concurso de pessoas, implica, necessariamente a admissão do princípio da acessoriedade da participação<sup>49</sup>.

Na Espanha, Carolina Bolea Bardon afirma que: “todo sistema de participación incorpora el principio de accesoriidad porque, por definición, la participación tiene que vincularse a un hecho ajeno. Las propias reglas del lenguaje ordinario así lo exigen<sup>50</sup>.”

Ressalte-se, por fim, que a despeito do grande prestígio de que goza a teoria da acessoriedade da participação, há autores que a negam veementemente. Entre nós, consoante já destacado, Nelson Hungria<sup>51</sup>.

### **2.3.1.1 Da teoria da acessoriedade da participação como causa de extensão da pena ou como causa de extensão do tipo penal**

A teoria da acessoriedade da participação admite duas diretrizes distintas: teoria da acessoriedade como causa de extensão da pena e teoria da acessoriedade como causa de extensão do tipo penal.

Há, na primeira hipótese, o entendimento de que as espécies de participação funcionam como causas de extensão da pena, ou seja, segundo essa concepção, as hipóteses de participação (indução e auxílio) são punidas em virtude de serem elas alcançadas pela pena do autor.

Desde el prisma del concepto restrictivo de autor, la previsión de especiales formas de participación, como la inducción y la

---

<sup>48</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 624.

<sup>49</sup> RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal*, p. 64.

<sup>50</sup> BORDON, Carolina Bolea. *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, p. 111/112.

<sup>51</sup> HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*. V. I. T. II. p. 403 e 405.

complicidad, significa que la *punibilidad* se *amplía* a acciones que quedan fuera del tipo, pues con arreglo al propio tipo sólo podría castigarse al que por sí mismo mata, hurta u ofrece resistencia. Otros intervinientes que se limitan a determinar al autor a la omisión del hecho o a auxiliarle en el mismo, deberían quedar impunes si no existiesen los especiales preceptos penales que regulan la inducción y la complicidad<sup>52</sup>.

Essa é a concepção da teoria da acessoriedade adotada por Roxin. Para ele,

La autoría es más bien la forma de injusto típico correspondiente a la descripción del delito, a la que, en virtud de las normas especiales de los §§ 48 y 49 StGB, se conectan inducción y complicidad como ampliaciones de la pena. En este lugar tiene que encontrar su puesto en la teoría del delito, y al verificar los casos concretos, y ello tras haber constatado los demás requisitos objetivos y subjetivos del tipo de injusto<sup>53</sup>.

Em desfavor dessa concepção, Leonardo Augusto de Almeida Aguiar pondera que ela “vincularia a punição do partícipe à culpabilidade do autor, prescindindo da análise individualizada desse elemento em relação a cada um dos intervenientes”<sup>54</sup>.

Na segunda hipótese – teoria da acessoriedade como causa de extensão do tipo penal –, as regras da participação (indução e auxílio) funcionam como dispositivos legais que expandem o tipo penal. Esse é o entendimento, por exemplo, de Jescheck. Para esse autor,

La teoría de la participación constituye una parte de la teoría del tipo. (...) Los requisitos de inducción y complicidad se deducen, así, sólo parcialmente del correspondiente tipo de delito, y por lo demás, sólo de preceptos complementarios de la Parte General que se refieren, no obstante, a las tipicidades de la Parte Especial<sup>55</sup>.

No mesmo sentido, entre nós, Nilo Batista<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> JESCHECK. Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Tradução de Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. v II, p. 893.

<sup>53</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 361.

<sup>54</sup> AGUIAR. Leonardo Augusto de Almeida. *Da participação de menor importância: Código Penal – Artigo 29, §1º*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 171.

<sup>55</sup> JESCHECK. Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*, p. 887/888

<sup>56</sup> BATISTA, Nilo. Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro, p. 29.

Nessa concepção,

diz-se que a participação representa uma hipótese de extensão do tipo penal, pois a conduta praticada pelo partícipe não corresponde àquela descrita na norma, mas os preceitos que regulam essa forma de intervenção no crime ampliam a incidência da norma penal, fazendo-a atingir não só quem pratica a conduta proibida (autor), mas também quem concorre para o resultado de outra maneira (partícipe)<sup>57</sup>.

Em virtude de o partícipe não realizar a conduta descrita na norma, não poderia ser ele, em princípio, punível. Contudo, os preceitos gerais sobre a participação lhe estenderiam a tipicidade justificando, assim, sua censura. A participação seria, para essa concepção, um forma de adequação típica indireta ou mediatamente subordinada, assim como ocorre no instituto da tentativa.

Essa é, também para nós, a concepção correta, ou seja, segundo nossa opinião, a punição do partícipe só se justifica em função de ser seu comportamento alcançado pela ampliação do tipo penal que é dirigido ao autor. É inegável a coerência dessa concepção e uma razão muito importante justifica nossa adesão: nos crimes dolosos unissubjetivos praticados em concurso de pessoas, há a exigência de que todos os participantes (autores e partícipes) atuem com dolo. O dolo, por sua vez, é elemento que integra o tipo penal. Por esse motivo há, segundo nosso entendimento, a extensão do tipo penal para o partícipe.

A extensão da pena funciona, em verdade, como uma consequência da extensão da tipo penal, ou seja, a tipicidade indireta (e anterior) do comportamento do partícipe tem como consequência sua punição (desde que, logicamente, estejam presentes os demais elementos constitutivos do crime). Evidentemente, o juízo de adequação típica do comportamento é anterior à punibilidade.

Esse posicionamento, ademais, preserva a função de garantia do tipo penal na medida em que os partícipes só serão punidos em função da realização indireta da conduta descrita no tipo. Resguarda-se, assim, a garantia do Princípio da Legalidade.

---

<sup>57</sup> AGUIAR. Leonardo Augusto de Almeida. *Da participação de menor importância: Código Penal – Artigo 29, §1º*, p. 171.

### 2.3.1.2 Da teoria da acessoriedade da participação no contexto do Código Penal Brasileiro

O Código Penal Brasileiro, em vigor desde o dia 1 de janeiro de 1942, trazia em sua redação original (arts. 25, 26 e 27, da revogada parte geral)<sup>58</sup> normas extremamente simplificadas sobre o estudo do concurso de pessoas. A sistematização do tema na original parte geral do atual Código Penal Brasileiro contrariou o desenvolvimento histórico do estudo do concurso de pessoas no Direito Penal Brasileiro<sup>59</sup>. Com nítida influência da doutrina causalista da ação, o código não diferenciava autoria e participação. Acolhia-se um conceito indiferenciado de autor<sup>60</sup>. A resolução dos problemas relacionados à doutrina da intervenção coletiva no delito estava atrelada à teoria da equivalência das condições. Essa era a teoria acolhida pelo Código Penal Brasileiro para o estudo do nexo de causalidade.

Admitida pelo Código, na explicação do nexo causal, a equivalência das condições, cada condição é uma causa, e todo indivíduo, só por haver pôsto uma condição para o resultado, assume a posição de autor. Todo colaborador é autor. Pouco importa que um tenha consumado a ação típica de matar alguém e outro apenas fornecido a arma ou ficado de tocaia para garantir a segurança do matador.

---

<sup>58</sup> Adotando a denominação "Da Co-autoria", o título IV da primitiva Parte Geral do Código Penal Brasileiro, em vigor desde o dia 1º de janeiro de 1942, continha três artigos: Art. 25 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominada. Art. 26 - Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. Art. 27 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado (art. 76, parágrafo único).

<sup>59</sup> Não é objeto deste estudo elaborar um panorama sobre a evolução histórica da legislação que regulamentou o concurso de pessoas no Brasil. Sobre essa evolução histórica, Nilo Batista *in* BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*, 2005. Contudo, nessa evolução histórica da legislação brasileira é importante destacar que o Código Criminal do Império de 1830 (arts. 4º e 5º) e o Código Penal Brasileiro de 1890 (art. 17 e ss.) acolhiam expressamente a acessoriedade da participação no tratamento do concurso de pessoas para a prática de crimes.

<sup>60</sup> O positivismo naturalista pretendia transplantar para as ciências do espírito as ideias das ciências naturais e reduzir os fenômenos jurídicos a meras concatenações causais de diversas classes. No estudo da autoria e da participação, essas ideias conduziam ao entendimento de que o concurso de pessoas para a prática de um crime deveria ser analisado a partir da contribuição causal de cada participante na produção do resultado. O conceito causal poderia resolver os problemas de autoria e participação. Roxin adverte que o entendimento de que doutrina da participação tem como base científica a doutrina da causalidade deixa margem para duas soluções completamente distintas. Ou se considera equivalente todas as condições do resultado ou se considera que cada uma das formas de participação pode conduzir a distintas formas de causação. "Para la primera concepción, que sostiene la equivalencia de todas las condiciones, es obvio nega la diferencia entre autores, cómplices, e inductores y a partir del concepto unitario de autor. (ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 2).

"Quem, de qualquer modo, concorre para o crime", diz o Código, "incide nas penas a este cominadas". Da equivalência das condições segue-se a equivalência, em princípio, da responsabilidade de todos os que põem um condição para que o fato ocorra. E com isso se suprime a existência de categorias aprioristicamente distintas entre os partícipes<sup>61</sup>.

A despeito de a redação original do Código Penal de 1940 se filiar declaradamente à equiparação de todos os agentes (nos crimes praticados em concurso), havia, na doutrina da época, autores que se posicionavam no sentido de que essa opção do código não fez desaparecer a característica da acessoriedade da participação. Assim, por exemplo, Esther de Figueiredo Ferraz:

Tornada obrigatória a parificação legal dos agentes do crime, continuarão a existir, no delitos praticado em concurso, delinquentes que executam o ato material típico e característico da infração e partícipes que realizam atos diversos dos consumativos. E entre estes últimos sempre haverá os que se limitam a dar sua contribuição material e os que concorrem com atividade meramente psíquica; os que participam de maneira principal e os que o fazem de maneira os que acessória; os que praticam atos de comissão e os que agem por omissão; os que intervêm antes da execução e os que dão entrada na cena delituosa enquanto dura tal execução. Porque são, todas essas, diferenças reais que a lei pode ignorar sem, contudo, ter forças para eliminar<sup>62</sup>.

A mencionada reforma da parte geral do atual Código Penal Brasileiro (L. 7209/84) trouxe grande aprimoramento técnico à teoria do delito. No que diz respeito ao concurso de pessoas, observa-se que o atual Título IV da parte geral reformulado. À regra básica da causalidade – que regia o estudo do concurso de pessoas na revogada parte geral – acresceu-se a necessidade da análise da culpabilidade para fins de fixação das penas dos vários concorrentes (art. 29, *caput*, do CPB); a participação de menor importância (art. 29, §1º, do CPB) passou de simples atenuante (conforme art. 48, inc. II, da revogada parte geral do CPB) a causa geral de diminuição de pena. Com essa alteração, restou nítida a participação como conduta acessória à autoria; por fim, a eventual participação em crime menos grave (art. 29, §2º, do CPB) se alinhou ao princípio da culpabilidade. Essa situação,

---

<sup>61</sup> BRUNO. Aníbal. *Direito penal: parte geral*. p. 258.

<sup>62</sup> FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinquência no direito penal brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 4.

na vigência da revogada parte geral do CPB, implicava no acolhimento de responsabilidade penal objetiva (art. 48, inc. II, da revogada parte geral do CPB)<sup>63</sup>.

Por outro lado, a opção pela teoria da acessoriedade da participação já estava de alguma forma consignada, pensa-se, na antiga redação do antigo art. 27 do CPB (atual art. 31 do CPB)<sup>64</sup>. Assim dispõe o art. 31 do CPB: “o ajuste, a determinação, ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”.

É indiscutível que a reforma da parte geral do Código Penal Brasileiro revigorou o estudo do concurso de pessoas no Brasil. Com o acolhimento definitivo da teoria da acessoriedade da participação, a nova parte geral do Código Penal Brasileiro oportunizou a rediscussão do tema no âmbito da doutrina nacional e as discussões sobre o método causalista da autoria, que não ultrapassavam o trivial, perderam força de forma definitiva.

Em recentíssimo artigo intitulado “O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal”<sup>65</sup>, os autores Luis Greco e Alalor Leite se posicionaram no sentido de entender que a redação do atual art. 29 do CPB indica a opção legislativa de não diferenciar, no estudo do concurso de pessoas, autoria e participação. Para os referidos autores, a nova redação do art. 29, do CPB assinalou, e até mesmo inclinou-se, no sentido de acolher um conceito extensivo e unitário de autor:

---

<sup>63</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*, p. 25.

<sup>64</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*, p. 163/164

<sup>65</sup> GRECO, Luis; LEITE, Alalor. *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 dos Tribunais, v. 933, p. 61, jul./ 2013. Em sentido semelhante, Juarez Cirino dos Santos. Para o autor, “A lei penal brasileira adota, em princípio, a teoria *unitária* de autor, mas a introdução legal de critérios de distinção entre *autor* e *partícipe* transforma, na prática judicial, o paradigma *monístico* da teoria unitária em paradigma *diferenciador*, admitindo o emprego de teoria modernas sobre autoria e participação (...)”. SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: *Lumen Juris*, 2008, p. 361. Observa-se que Juarez Cirino dos Santos, ao contrário do que pensam Luis Greco e Alalor Leite, não descarta a possibilidade de distinção entre autoria e participação, considerando a introdução de critério legais que apontam a referida distinção.

Do ponto de vista teórico, pode-se atribuir esse quadro de recepção tardia, entre outras coisas, à contingência legislativa de o art. 29 do CP, nesse aspecto pouco diferindo do art. 25 do CP, indicar e mesmo inclinar-se a um contexto extensivo e unitário de autor, que não distingue, no plano do injusto, entre autores e partícipes, mas que declara autor todo aquele que, de qualquer forma, concorre para o crime.

(...)

O Código Penal Brasileiro (art. 29, *caput*), todavia e como já se observou, não exige, mas permite e mesmo insinua uma interpretação segundo a qual todo aquele que concorre para o crime – quem efetuou o disparo, quem convenceu esse primeiro a que cometesse o delito, quem emprestou a arma – é simplesmente autor do homicídio. Haveria mesmo autores de maior ou menor importância (cf. art. 29, § 1º., do CP), mas todos os concorrentes seriam autores<sup>66</sup>.

Não há, pensa-se, como negar a atual preferência legislativa pela acessoriedade da participação. Embora essa opção (acessoriedade da participação) não esteja expressa em nossa legislação (como ocorre, por exemplo, no Código Penal Espanhol e no StGB – Código Penal Alemão), restou evidente a preferência do legislador reformador no sentido de distinguir os institutos da autoria e da participação no tratamento do concurso de pessoas. Mais: a distinção proporcionada pelo legislador reformador entre autoria e participação se dá no âmbito do tipo penal e não no âmbito da culpabilidade, como fator de adequação de pena. A redução da pena para o partícipe é, em verdade, uma consequência do acolhimento da teoria da acessoriedade. Há, para o partícipe que contribui para a realização de um determinado crime, a extensão típica e, como consequência de sua contribuição acessória, a redução de sua pena. Os atuais art. 29 e 30 do CPB permitem essa afirmação e essa conclusão.

Ainda: a preferência e a pretensão do legislador reformador pela acessoriedade da participação restou evidente conforme se infere do item 25 da exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal Brasileiro<sup>67</sup>. Trata-se de uma interpretação autêntica.

---

<sup>66</sup> GRECO, Luis; LEITE, Alair. *O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal*, p. 61.

<sup>67</sup> Neste sentido, o item 25 da exposição de motivos do CPB, assim dispõe: 25. Ao reformular o Título IV, adotou-se a denominação "Do concurso de Pessoas" decerto mais abrangente, já que a coautoria não esgota as hipóteses do *concursum delinquentium*. O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monística do Código



### 2.3.1.3 Dos quatro graus possíveis de acessoriedade da participação

A partir do acolhimento da teoria da acessoriedade da participação, cumpre refletir sobre o nível de exigência que se deve fazer em relação ao comportamento desenvolvido pelo autor para que se possa falar em punição do partícipe. Bastaria, para fins de punição do agente na condição de partícipe, que o autor principal praticasse um fato típico?

Max Ernest Mayer<sup>68</sup> apresentou quatro distintos graus de acessoriedade da participação: acessoriedade mínima; acessoriedade limitada; acessoriedade máxima ou extrema; e hiperacessoriedade.

De acordo com a acessoriedade mínima, para que haja punição do partícipe, basta que o fato praticado pelo autor seja típico. Segundo a acessoriedade limitada, a punição do partícipe está condicionada à necessidade de o autor praticar um fato típico e ilícito, não se exigindo seja ele culpável. A acessoriedade máxima exige, por sua vez, que o fato praticado pelo autor seja típico, ilícito e culpável, para que se possa falar em punição do partícipe. Por fim, a hiperacessoriedade exige, para que haja punição do partícipe, que o fato praticado pelo autor seja típico ilícito, culpável e punível.

Sobre esses quatro possíveis graus de participação, Jacobo López Barja de Quiroga faz a seguinte ponderação:

De entre todas estas posibilidades es preciso elegir la adecuada. La doctrina dominante, con toda razón, se inclina por la accesoriedad limitada. La razón se encuentra en que la accesoriedad mínima no puede mantenerse, por cuanto, un hecho típico puede no ser antijurídico y la concurrencia de una causa de justificación produce como efecto la exclusión de la responsabilidad penal y civil no sólo del autor, sino también del partícipe; la accesoriedad extrema, exige un hecho típico, antijurídico y culpable y, como es

---

italiano como corolário da teoria da equivalência das causas (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). Sem completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos críticos dessa teoria, ao optar, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem *autoria e participação*. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina em face de decisões reconhecidamente injustas.

<sup>68</sup> MAYER, Max Ernst. *Derecho penal; parte general*. Traducción por Sergio Politoff Lifschitz. Buenos Aires/Montevideo: Euros Editores/B de F Ltda., 2007, p. 486.

sabido, la culpabilidad es individual (superadas las teorías basadas en la participación en la culpabilidad) y corresponde a cada persona. Así pues, únicamente es posible admitir la accesoriedad limitada, por lo que basta con que el hecho del autor sea típico y antijurídico. De ahí se deduce que es punible la participación en un hecho típico y antijurídico realizado por un autor no culpable<sup>69</sup>.

Entre nós, a divergência restringe-se à opção pelo acolhimento do grau de accesoriedade limitada ou máxima, com clara prevalência do acolhimento da accesoriedade limitada. Esse é, inclusive, o nosso posicionamento.

Nilo Batista, partidário da teoria da accesoriedade limitada, argumenta que é preciso identificar qual o grau de accesoriedade que foi adotado pelo legislador. Assim, não caberia ao jurista, segundo ele, acolher um ou outro grau de accesoriedade. Para Nilo Batista, o legislador penal brasileiro optou pela accesoriedade limitada. O autor justifica seu posicionamento argumento que no tratamento de concurso de pessoas o legislador emprega reiteradamente a expressão crime (arts. 29, § 2º, 30, 31 e 62, todos do CPB). E crime para o legislador penal brasileiro é, segundo interpretação de Nilo Batista, uma conduta típica e antijurídica<sup>70</sup>.

Beatriz Vargas Ramos, por sua vez, afirma que o CPB “não adota a teoria da accesoriedade em nenhuma de suas formas. A expressão “na medida de sua culpabilidade” (...), não quer significar que a teoria da accesoriedade limitada foi adotada”<sup>71</sup>. Essa autora, ao contrário de Nilo Batista, entende que a accesoriedade em grau máximo deve prevalecer.

### **2.3.2 Das formas de participação**

A participação criminal pode ser classificada, segundo Nelson Hungria, em dois grandes grupos: a participação psíquica (moral ou intelectual) e a participação material. A participação moral, por sua vez, pode ser subdividida em participação

---

<sup>69</sup> QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Autoría e participación*. 1996, p. 63.

<sup>70</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*, p. 165.

<sup>71</sup> RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal*, p. 64.

moral por determinação (ou induzimento) e participação moral por instigação. A participação material corresponde ao auxílio<sup>72</sup>.

Induzimento e determinação são, para nós, expressões sinônimas, assim como auxílio e cumplicidade. Em nosso atual Código Penal, auxílio<sup>73</sup> é a expressão utilizada para tratar da participação material (arts. 31 e 122 do CPB).

A divisão da participação que foi acolhida por Nelson Hungria (determinação, instigação e auxílio) é a que também foi acolhida por Beatriz Vargas Ramos<sup>74</sup>.

A despeito de a subdivisão das formas de participação em três grupos encontrar apoio em nosso Código Penal<sup>75</sup> há, em nossa doutrina, quem acolhe uma subdivisão diferente dessas formas de participação.

Para Luiz Greco<sup>76</sup>, Cezar Roberto Bitencourt<sup>77</sup>, Nilo Batista<sup>78</sup>, Anibal Bruno<sup>79</sup>, Heleno Cláudio Fragoso<sup>80</sup>, Juarez Cirino dos Santos<sup>81</sup>, Zaffaroni e Pierangeli<sup>82</sup>, entre

---

<sup>72</sup> HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao código penal. V. I. T. II. p. 411/412.

<sup>73</sup> No primeiro Código Penal da história do Brasil (Código Criminal do Império de 1830), o termo utilizada para tratar da contribuição material era cumplicidade. Assim dispunha os arts. 4º e 5º do Código Criminal do Império: **Art. 4º.** São criminosos, como autores, os que cometerem, constringerem, ou mandarem alguém cometer crimes. **Art. 5º.** São criminosos, como cúmplices, todos os mais, que directamente concorrerem para se cometer crimes. Brasil. Código Criminal (1830). Código Criminal da Império do Brasil. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm) >. Acesso em: 03 dez. 2013. O Código Penal de 1890 manteve a mesma sistemática do Código Criminal do Império de 1830, utilizando também a expressão cumplicidade para tratar da participação material. Assim dispunha o art. 17 do Código Criminal de 1890: **Art. 17.** Os agentes do crime são autores ou cúmplices. Brasil. Código Penal (1890). Disponível em < <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049> >. Acesso em: 03 dez. 2013.

<sup>74</sup> RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal*, p. 74.

<sup>75</sup> O art. 122, *caput*, do CPB (Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio) tem a seguinte redação: **Art. 122.** “Induzir ou instigar alguém a suicídio ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena – reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave. BRASIL. Código Penal (1940). Código Penal Brasileiro. 8.º. São Paulo, Saraiva, 2012.

<sup>76</sup> GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: uma imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 6.

<sup>77</sup> BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17º ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 553/554.

outros, há apenas duas formas de participação, quais sejam, a instigação e o auxílio (ou cumplicidade). Como se observa, a divisão bipartida da participação tem prevalecido entre os autores nacionais.

Na Alemanha, a participação moral é representada apenas pela instigação. Para os Alemães, indução e instigação são expressões sinônimas. Assim dispõe o § 25 do StGB (Código Penal Alemão):

**§ 25. Autoría**

(1) Se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por si mismo o a través de otro.

(2) Si varios cometen mancomunadamente el hecho punible, entonces se castigará a cada uno como autor (coautoría).

**§ 26. Instigación (inducción a delinquir)**

Igual que el autor será castigado el instigador. Instigador es quien haya determinado dolosamente a otro para la comisión de un hecho antijurídico.

**§ 27. Complicidad**

(1) Como cómplice se castigará a quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión un hecho doloso antijurídico<sup>83</sup>.

Estamos também de acordo com a melhor e mais moderna doutrina, ou seja, a participação se manifesta, pensa-se, apenas através de duas formas distintas: instigação e auxílio (ou cumplicidade).

### 2.3.2.1 Da instigação

Instigação é, segundo Nilo Batista, “a dolosa colaboração de ordem espiritual objetivando o cometimento de um crime doloso”<sup>84</sup>.

---

<sup>78</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*, p. 181 e 186.

<sup>79</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. p. 271.

<sup>80</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16ª ed. rev. Por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 318/319.

<sup>81</sup> SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 366/367.

<sup>82</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: volumen 1: parte geral*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.

<sup>83</sup> ALEMÁN, Código Penal (1871 con la última reforma del 31 de enero de 1998). *Código Penal Alemán*. Trad. Claudia Lopez Diaz. Bogotá: Calle, 1999.

Conforme já assinalado, dentro da concepção que se entende como correta, o termo instigação abarca tanto a instigação quanto o induzimento<sup>85</sup>.

Contudo, cumpre destacar que para os autores que entendem esses termos como formas distintas de contribuição, a diferença entre eles é basicamente a seguinte: a instigação seria a contribuição através da qual o agente fomentasse determinado propósito preexistente do autor, ou seja, o instigador seria o agente que contribuísse exortando o autor rumo a uma decisão pela prática do delito. O induzidor ou determinador, por sua vez, seria aquele agente que contribuísse inculcando na mente do autor a ideia criminosa que ainda não existe.

Não vemos nenhuma necessidade prática para essa distinção. O importante, insista-se, é distinguir as contribuições moral e material.

Não vemos, igualmente, nenhuma necessidade de se elencar e diferenciar distintas formas de contribuição moral como fez, por exemplo, Francesco Carrara. Esse autor elencou cinco formas distintas de participação.

Al parecer, este concepto se ofrece como caso único, mas no es así iertamente. Contiene cinco fases que, pertenecientes todas a la misma familia, son, sin embargo, muy diversas: el *mandante*, el que *obliga*, el que *ordena*, el *consejero* y el *sacio*. Notas características de las más señaladas distinguen estas cinco figuras, pues el *mandato*, la *coacción*, la *orden*, el *consejo* y la *sociedad* son entes jurídicos sustancialmente distintos<sup>86</sup>.

Estamos com Johannes Wessels que entende que não há a menor importância em se elencar formas distintas de instigação. Adverte esse autor, com razão, que “é indiferente como o instigador alcança seu objetivo. Meios de instigação podem ser todas as possibilidades de influência volitiva: persuasão, dádivas,

---

<sup>84</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*, p. 181.

<sup>85</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*, p. 182.

<sup>86</sup> CARRARA, Francesco. *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*. Trad. Vicente Romero Girón. Buenos Aires: Rodamillans Srl, 2000, p. 208.

promessa de recompensa, provocação de um erro de motivo, abuso de uma relação de subordinação, ameaça, etc”<sup>87</sup>.

O que deve ser considerado relevante, pensa-se, é que a instigação tenha constituído a decisão do autor no sentido de se praticar o crime.

Nesse sentido, adverte Jescheck que

Finalmente, la acción del inductor ha de ocasionar la resolución de cometer el hecho en el autor principal. Si el sujeto a inducir ya se halla decidido a cometer el hecho (*omni modo facturas*), únicamente concurrirá tentativa de inducción (§ 30 I) o complicidad psíquica<sup>88</sup>.

Importante destacar, ademais, que a indução necessita ser direta, ou seja, “referida y concretada a una persona determinada y con la finalidad de decidirla a realizar un delito preciso, por lo que la inducción debe presentarse de forma clara e inequívoca”<sup>89</sup>.

Mais: a indução também precisa ser dolosa. O indutor deve atuar dolosamente, ainda que a título de dolo eventual. Sobre o significado e a extensão do dolo do indutor, Maria Del Carmen Gómez Rivero pondera que

En efecto, cuando se hace referencia al dolo del inductor puede subrayarse con ello, en primer lugar, la necesidad de que éste actúe con consciencia y voluntad de su actuación como tal, es decir, que conozca y quiera la circunstancia de que está induciendo a la realización de un resultado delictivo<sup>90</sup>.

Para Jescheck, para a configuração da indução há a necessidade do intitulado “duplo dolo”.

El dolo del inductor debe, por una parte, estar dirigido a la producción de la resolución de cometer el hecho y, por otra parte, a la ejecución del hecho principal por parte del autor, incluyendo los elementos

---

<sup>87</sup> WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral*. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFe, 1976, p. 127.

<sup>88</sup> JESCHECK. Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*. v II, p. 959.

<sup>89</sup> QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Autoría e participación*. 1996, p. 129.

<sup>90</sup> RIVERO, Maria Del Carmen Gómez. *La inducción a cometer el delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, p. 334.

subjetivos del tipo y la realización del resultado típico (*doble dolo*). Un error de tipo en el inductor hacer desaparecer el dolo de inducir, mientras que, por el contrario, un error de prohibición o un error en el tipo permisivo (...) únicamente afecta a la culpabilidad del inductor<sup>91</sup>.

Segundo afirma Luis Greco, a exigência do intitulado “duplo dolo” é uma característica defendida pelo direito positivo alemão e, em verdade, sustentada essencialmente pelos autores finalistas. Luis Greco entende que não há a necessidade desse “duplo dolo” para que se possa falar em participação. Contudo, pondera esse autor que, “apesar de não exigir em tese o dolo duplo para que haja punição por cumplicidade, pouco acabarei diferindo, na prática, daqueles que fazem essa exigência”<sup>92</sup>.

Por fim, cumpre destacar que nas hipóteses em que o autor já está suficiente e definitivamente convencido a praticar o crime, não há que se falar, evidentemente, em indução<sup>93</sup>.

### 2.3.2.1 Do auxílio

Auxiliar ou cúmplice é o agente que contribui materialmente para a realização do fato. Não obstante a cumplicidade tenha tradicionalmente representado a contribuição material, nosso legislador optou pelo termo auxílio para representar essa forma de contribuição.

Como afirma Jacobo López Barja de Quiroga, “la complicitad implica una colaboración que se concreta en una prestación de ayuda que facilita o favorece a que el autor principal realice el hecho”<sup>94</sup>.

Para nós, como já se viu, esses termos (cumplicidade e auxílio) são sinônimos.

---

<sup>91</sup> JESCHECK. Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*. V II, p. 958.

<sup>92</sup> GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: uma imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 6.

<sup>93</sup> QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Autoría e participación*. 1996, p. 130.

<sup>94</sup> QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Autoría e participación*. 1996, p. 147.

Para alguns autores, o auxílio é admitido tanto na forma técnica (ou física) quanto na forma intelectual (ou psíquica). Nesse sentido, por exemplo, Welzel<sup>95</sup>, Maurach<sup>96</sup> e Jescheck. Segundo Jescheck,

La complicidad psíquica puede tener lugar, en especial, mediante el fortalecimiento de la voluntad de actuar del autor principal. Tal forma de complicidad cabrá, entre otros casos, cuando el autor deje de utilizar un instrumento proporcionado por el cómplice, pero se siente fortalecido por la cooperación psíquica de éste.

*Ejemplos:* El amigo da al autor un instrumento para robar "por si acaso", que éste, sin embargo, no necesita porque se encuentra la puerta sin cerrar (...). La amante promete al uxoricida contraer matrimonio en el caso de que dé muerte a su mujer (...). La promesa previamente formulada de vender tras la comisión del hecho las latas sustraídas, origina complicidad con el hurto (...). Una vendedora fortalece la resolución criminal de un compañero que interviene en un hurto nocturno en un almacén, si le ofrece una coartada mediante la utilización de su billete de tranvía (...) <sup>97</sup>.

Stratenwerth reconhece o predomínio da admissibilidade, tanto na doutrina quanto na jurisprudência de seu país, de um auxílio psíquico por fortalecimento da vontade do autor principal do fato. Contudo, pondera que

Por ello, no puede ser considerada ya la mera aprobación del hecho como complicidad, sino solamente la influencia psíquica *comprobable*, p. ej., en la eliminación de las últimas dudas e inhibiciones del autor. Está fuera de duda la posibilidad de complicidad (psíquica) por consejo técnico, como datos sobre los usos y costumbres de la víctima, instrucción sobre la utilización adecuada de instrumentos, referencias sobre dispositivos de seguridad, etc. <sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte Geral. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 124.

<sup>96</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. Derecho penal; parte general. T. 2. Traducción de la 7 ed. Alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 452.

<sup>97</sup> JESCHECK. Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*. V II, p. 962/963

<sup>98</sup> STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal; parte general I – el hecho punible*. 4 ed. alemã/ 1ª ed e 1ª reimpressão argentina. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 428.



Entre nós, Nilo Batista é contra à possibilidade de auxílio psíquico. Para ele, à luz do Código Penal Brasileiro, toda e qualquer contribuição que tenha natureza psíquica só poderá ser considerada como um forma de instigação<sup>99</sup>.

O auxílio também precisa ser doloso. Não existe, evidentemente, a possibilidade de auxílio culposo em um fato alheio e, igualmente não há auxílio em um fato culposo de outrem<sup>100</sup>. Assim como ocorre na indução, para Jescheck o dolo do auxiliador deve ser duplo, ou seja, o dolo do auxiliar deve contemplar a execução do fato principal e, também, o favorecimento de mesmo fato.

El dolo del cómplice debe referirse tanto a la ejecución del hecho principal mismo como, también, a su favorecimiento, de suerte que, al igual que en la inducción el *dolo* debe ser *doble*. (...). El dolo del cómplice también debe dirigirse a un hecho principal individual determinado (...), mas en los actos de favorecimiento que se encuentran en el estadio preparatorio no es preciso todavía que se halle determinada la persona del autor (...). Para el dolo del cómplice no es necesario su aprobación personal del hecho principal (...)<sup>101</sup>.

Jescheck pondera, nesse sentido, que somente se poderá falar em auxílio quando o fato para o qual o auxiliar contribui alcance a consumação ou, pelo menos, a fase de tentativa punível<sup>102</sup>. No mesmo sentido, Jacobo López Barja de Quiroga: “El cómplice puede contribuir en fase de preparación o en fase ejecutiva. Como dijimos, su aporte sólo puede ser esencial si ocurre en fase de preparación, pues, sí

---

<sup>99</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*, p. 186.

<sup>100</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. T. 2, p. 452. Nesse mesmo sentido, por exemplo, Donna (DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal*. 3ª Ed. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2009, p. 17), Guillermo Julio Fierro (FIERRO, Julio Guillermo. *Teoría de la participación criminal*. p. 479) e Jacobo López Barja de Quiroga. Esse autor afirma: “La complicidad es dolosa. El cómplice debe actuar dolosamente, por lo que su conocimiento debe abarcar que mediante su aportación presta ayuda a otro para facilitarle la ejecución del hecho. Ahora bien, es suficiente con el dolo eventual. El cómplice colabora dolosamente en un hecho ejecutado dolosamente por el autor. No es admisible la participación en delitos imprudentes. La colaboración imprudente no sería complicidad sino autoría accesoria imprudente”. QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Autoría e participación*. 1996, p. 154.

<sup>101</sup> JESCHECK. Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*. V II, p. 966.

<sup>102</sup> JESCHECK. Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*. V II, p. 966.

contribuye con aporte esencial en fase ejecutiva, no es un cómplice sino que se trata de un coautor<sup>103</sup>.

Além de doloso, o auxílio, assim como a indução, necessita ser direcionada no sentido de contribuir com uma pessoa determinada e também com a realização de um fato determinado, ou seja, um fato delimitado e preciso.

Ainda, de uma maneira geral, o auxílio pode ser prestado através de qualquer meio idôneo.

En términos generales cabe afirmar que cualquier medio es hábil para conformar la complicidad. Siempre que se emplee un medio que suponga una colaboración con el autor principal prestándole ayuda para la realización del hecho, nos encontramos ante un supuesto de complicidad. Los medios son, pues, ilimitados<sup>104</sup>.

Discute-se, em doutrina, se auxílio precisa ser causal. Tradicionalmente, a doutrina tem se posicionado nesse sentido, ou seja, no sentido de entender que entre a contribuição do auxiliar e o resultado produzido pelo autor principal no crimes de resultado deve haver nexo de causalidade. Welze, por exemplo diz, em favor desse posicionamento:

La complicidad debe fomentar el hecho principal (objetivamente) y el cómplice debe quererlo (subjétivamente). "Fomentar" quiere decir: prestar una contribución causal a la comisión del hecho principal; por tanto, en los delitos de resultado, también una contribución al resultado. Quien presta al ladrón una ganzúa, con la que éste vanamente trata de abrir la puerta, si el ladrón después entra por una ventana, comete solamente complicidad en la tentativa, en tanto no exista para todo el hecho una ayuda psíquica a través del cómplice<sup>105</sup>.

Alinhado ao posicionamento de Welzel, podemos elencar, entre outros, Maurach<sup>106</sup>, Jescheck<sup>107</sup>, Zaffaroni<sup>108</sup> e Bockelmann<sup>109</sup>.

---

<sup>103</sup> QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Autoría e participación*. 1996, p. 152.

<sup>104</sup> QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Autoría e participación*. 1996, p. 147/148.

<sup>105</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Parte Geral*. p. 124.

<sup>106</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. T. 2, p. 91.

<sup>107</sup> JESCHECK. Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*. V II, p. 965.

Nos intitulados delitos de mera atividade, Jescheck afirma que a contribuição não pode ser causal em relação ao resultado. Para ele, nos delitos de mera atividade é suficiente, para que haja cumplicidade, que a contribuição do auxiliar tenha influenciado a conduta do autor principal, favorecendo-a. Já nos delitos de resultado, Jescheck se posiciona no sentido de que o auxiliar deve contribuir para produção do resultado típico, facilitando a ação criminosa do autor principal. Para o auxílio, há a necessidade do que ele chama de “causalidade fortalecedora”. Afirma Jescheck que

Lo decisivo no es que el cómplice ofrezca al autor mejores posibilidades para la ejecución del hecho, que es posible que éste no utilice, sino que le siga auxiliando efectivamente, por lo que, por ejemplo, el llevar la escalera constituye complicidad con el hurto con escala aunque el ladrón hubiera podido llevar por sí solo la escalera sin la cooperación del cómplice. Esto significa que en los casos en los que el cómplice ha proporcionado un instrumento no utilizado en el hecho (...), sólo puede estimarse complicidad bajo el punto de vista del apoyo *psíquico* del autor principal<sup>110</sup>.

Para outra parte da doutrina, o critério da causalidade deve ser completamente abandonado e substituído pela teoria da elevação dos riscos. Esse é o posicionamento, por exemplo, de Strantenwerth<sup>111</sup>, de Roxin<sup>112</sup> e de Jacobo López Barja de Quiroga<sup>113</sup>.

De acordo com essa teoria, para que haja auxílio, é suficiente que o auxiliar tenha contribuído incrementando o risco de lesão ao bem jurídico abstratamente tutelado.

---

<sup>108</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 805.

<sup>109</sup> BOCKELMANN, Paul; VOLK, Paul. *Direito penal parte geral*, 246.

<sup>110</sup> JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*. V II, p. 965.

<sup>111</sup> STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal; parte general I – el hecho punible*. p. 428.

<sup>112</sup> ROXIN, LK, § 27, 4 y 5 *apud* QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Autoría e participación*. 1996, p. 150.

<sup>113</sup> QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Autoría e participación*. 1996, p. 150.

Strantenwerth, por exemplo, considera suficiente, para que se possa falar em cumplicidade, que a contribuição do cúmplice tenha

aumentado la chance de la acción que cumple el tipo producir el resultado, que la haya, p. ej. Mediante un consejo técnico, que la haya acelerado por la entrega de instrumentos *apropiados*, que le haya dado seguridad haciendo de campana, etc. Si falta esta influencia en el hecho, si, p. ej., la palanqueta entregada al ladrón no es utilizada por éste, ello queda en mera tentativa de complicidad, que en sí misma es impune<sup>114</sup>.

Entre nós, Nilo Batista entende que o auxílio não necessita ser necessariamente causal. Para ele, o importante para fins de delimitação do auxílio é que a colaboração do auxiliar tenha favorecido objetivamente ao desempenho do autor direto do fato. Para ilustrar seu posicionamento, o autor cita o seguinte exemplo: “Assim, se *A* fornece a *B* uma chave falsa, sendo certo que *B* já possuía outra apta a abrir a porta, não há cumplicidade de *A*, podendo subsistir instigação se a conduta de oferecer a chave ensejar tal apreciação”<sup>115</sup>.

Arremata Nilo Batista, afirmando que importante não é o “coeficiente causal da conduta de *A* com respeito ao resultado do delito, e sim se ela consistiu ou não num objetivo favorecimento. Nessa linha, a hipótese do “aprendiz” deve ser resolvida pela negativa de cumplicidade (desde, é claro, que a “aula” não seja prática ...)”<sup>116</sup>.

Cumprir registrar, por fim, que, em alguns países, como, por exemplo, a Argentina<sup>117</sup>, a Venezuela<sup>118</sup> e a Espanha<sup>119</sup>, há a previsão legal de intitulada

<sup>114</sup> STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal; parte general I – el hecho punible*. p. 428.

<sup>115</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*, p. 186/187.

<sup>116</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*, p. 186/188.

<sup>117</sup> Assim dispõe o art. 45 do Código Penal Argentino: **Art. 45.**

– Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo. ARGENTINA, Código Penal (1984). Código Penal de La Nación Argentina. Disponível em < <http://www.codigopenalonline.com.ar/> >. Acesso em: 02 dez. 2013.

<sup>118</sup> Assim dispõe o art. 83 do Código Penal Venezuelano: **Artículo 83.-** Cuando varias personas concurren a la ejecución de un hecho punible, cada uno de los perpetradores y de los cooperadores inmediatos queda sujeto a la pena correspondiente al hecho perpetrado. En la misma pena incurre el que ha determinado a otro a cometer el hecho. VENEZUELA, Código Penal (2000). Código Penal de

cooperação necessária (ou cumplicidade primária). Trata-se de uma forma de contribuição essencial prestada pelo partícipe (ou partícipes) ao autor (ou autores) sem a qual o fato não poderia alcançar a consumação.

Em contrapartida à cooperação necessária há, na legislação penal desses países, a figura da cooperação desnecessária (ou cumplicidade secundária) que, ao contrário da contribuição necessária, se caracteriza pela colaboração do partícipes de qualquer outro modo que não seja essencial à configuração do fato criminoso. Essa forma de contribuição encontra previsão no art. 46 do Código Penal Argentino<sup>120</sup> no art. 84 do Código Penal Venezuelano e no art. 29 do Código Penal Espanhol<sup>121</sup>.

### Segundo Zaffaroni,

La complicidad secundaria consiste en una cooperación dolosa que se presta al autor de un injusto penal doloso. La cooperación es la ayuda que el autor acepta, en forma tácita o expresa, es decir, que la misma siempre requiere una cierta coordinación entre autor y cómplice hacia la obtención del resultado típico. El conocimiento de la ayuda y su aceptación por parte del autor, son presupuestos objetivos de la tipicidad de la participación secundaria. Si el autor no se entera de la ayuda que se le presta – o si enterado la rechaza –

---

Venezuela. Disponível em < [http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_ven\\_anexo6.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo6.pdf)>. Acesso em: 02 dez. 2013.

<sup>119</sup> Assim dispõe o art. 28 do Código Penal Espanhol: **Artículo 28**

Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

**a)** Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

**b)** Los que cooperan

ESPAÑA. Código Penal (1995). Código Penal de España. Disponível em < <http://html.rincondelvago.com/codigo-penal-espanol-de-1995.html>>. Acesso em: 02 dez. 2013.

<sup>120</sup> **Art. 46.**– Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicara reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicara prisión de diez a quince años.

Nota: texto originario conforme a la ley n 230779.

ARGENTINA, Código Penal (1984). Código Penal de La Nación Argentina. Disponível em < <http://www.codigopenalonline.com.ar/>>. Acesso em: 02 dez. 2013.

<sup>121</sup> **Artículo 29**

Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. ESPAÑA. Código Penal (1995). Código Penal de España. Disponível em < <http://html.rincondelvago.com/codigo-penal-espanol-de-1995.html>>. Acesso em: 02 dez. 2013.

no puede haber complicidad secundaria. No es necesario que sepa concretamente de quién procede la ayuda, ni tampoco cumplir ninguna formalidad para aceptarla. Nunca puede ser cómplice secundario quien dispone las cosas en forma tal que el autor resulte engañado y crea que es un efecto de la naturaleza o del azar. En cuanto a la forma de la complicidad, nada obsta para que ésta puede tener lugar por omisión, como el funcionario que deja de cumplir con su deber de vigilancia para permitir que otro cometa un delito (las llamadas *zonas liberadas*)<sup>122</sup>.

Maria Carmen Lopez Peregrin, por sua vez, resume esse tema de acordo com o Código Penal Espanhol da seguinte forma:

La llamada cooperación necesaria se define en el art. 28, párr. 2o b) Cp como cooperación a la ejecución del hecho «con un acto sin el cual no se habría efectuado». Por el contrario, «Son cómplices — dice el art. 29— los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos»<sup>123</sup>.

Cumpre destacar, por fim, que há entre a coautoria e a denominada culpabilidade primária inegável proximidade. Essa proximidade tem proporcionado um cipoal de divergências doutrinárias nos citados países sobre os critérios que devem balizar a aludida distinção.

Em nosso Código Penal, não há a previsão expressa da figura do partícipe necessário (ou auxiliar primário). Nosso Código Penal também não conceitua autoria e participação e, quanto a esse último instituto, limita-se a falar apenas em uma forma de participação intitulada “participação de menor importância” (art. 29, §1º do CPB).

A participação de menor importância prevista no referido art. 29, §1º do CPB pode ser comparada, pensa-se, com citada participação desnecessária prevista, por exemplo, nos citados códigos penais da Argentina, da Venezuela e da Espanha.

---

<sup>122</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general. p. 634/635.

<sup>123</sup> LOPES PEREGRÍN, Maria Carmen. *La complicidad en el delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, p. 408/409.

### **3 - DA DISTINÇÃO ENTRE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO: CONCEPÇÕES TEÓRICAS ANTERIORES À TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO.**

#### **3.1 Considerações iniciais**

Fixados os conceitos básicos de autoria (e suas formas essenciais de manifestação: a autoria direta, a autoria mediata e a coautoria), bem como o de participação e suas espécies (indução, instigação e auxílio), cumpre agora desenvolvermos as principais teorias que delimitam esses institutos no estudo do concurso de pessoas.

A distinção entre autoria e participação compõe, sem dúvida, o principal aspecto do estudo do concurso de pessoas e, como se observará, a aludida distinção apresenta grandes dificuldades.

A despeito da prevalência da participação como conduta acessória e distinta da autoria, remanesce a dúvida sobre quais critérios devem balizar as diferenças entre esses institutos. Sobre o tema há inúmeras teorias.

Esclarece-se que dentre as incontáveis teorias que vertem sobre o tema, grande parte delas tem apenas interesse histórico. Há, por outro lado, ainda, teorias idênticas e que, em verdade, se distinguem apenas pela nomenclatura. Essas teorias, em resumo, trazem uma roupagem diferente para conceitos já definitivamente consolidados e conhecidos<sup>124</sup>.

Nesse estudo exporemos somente aquelas teorias cujo conteúdo ainda continuam despertando interesse.

Neste capítulo desenvolveremos todas as principais correntes, excetuando-se a teoria do domínio do fato. Essa teoria será abordada separadamente. Em virtude da larga aceitação dessa teoria em nosso país e, especialmente, por ser essa teoria, como já se antecipou, a teoria por nós acolhida para diferenciar autoria e participação, terá ela uma abordagem diferenciada.

---

<sup>124</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 53.

Antes, contudo, de ingressarmos na apresentação e no desenvolvimento dessas principais teorias, cumpre anteciparmos que, na delimitação da autoria e da conseqüente diferença entre autoria e participação no estudo do concurso de pessoas há três concepções distintas: unitária (que, negando a acessoriedade da participação, afasta toda e qualquer distinção entre autoria e participação), extensiva (que parte de premissas muito próximas da teoria unitária da autoria, mas reconhecendo disposições legais que distinguem autoria e participação se vê compelida a encontrar critérios que possam subsidiar essa distinção) e restritivas (que partem da existência de diferenças subjetivas, objetivas ou subjetivas-objetivas entre autoria e participação). É a partir dessa divisão que abordaremos as principais teorias sobre a autoria.

### **3.2 Teoria unitária da autoria**

Essa teoria, negando a acessoriedade da participação, não distingue autoria e participação, ou seja, não é possível, segundo os seus partidários, distinguir níveis de importância de contribuição para o fato criminoso.

Corno he dicho antes, el concepto unitario de autor se caracteriza por una renuncia a la distinción entre autor y partícipe (en el sentido que a esta palabra se le da como intervención en el hecho de otro) y por el encuadramiento de todas las formas de intervención en el delito bajo una única figura de autoría, aunque sea con la denominación general de participación, intervención, colaboración, codeinfluencia o expresiones similares<sup>125</sup>.

Para a teoria unitária de autoria, todos que de alguma forma contribuem para o sucesso de uma empreitada criminosa são autores.

Eventual análise de relevância da contribuição individual para a realização global do fato criminoso interessa apenas para fins de determinação da pena sem que, com isso, se acolha qualquer forma de distinção entre as várias formas possíveis de contribuição.

El concepto unitario de autor trata como autor a todo interviniente que ha realizado una prestación causal para la realización del tipo, sin atender a cuál es el significado que se atribuye a su colaboración

---

<sup>125</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Miguel. *La autoría en derecho penal*. Barcelona: PPU, 1991, p. 41/42, p. 47.



en el marco del suceso global. Esta cuestión sólo adquiere significado para la determinación de la pena y es aquí donde, debe ser resuelta sólo de acuerdo con la culpabilidad individual del codelincuente<sup>126</sup>.

A teoria unitária da autoria se fundamenta na teoria da equivalência das condições que teve como primeiro defensor Julius Glaser (1858). Essa teoria foi posteriormente desenvolvida por Von Buri<sup>127</sup>. Segundo essa teoria, toda e qualquer causa de um resultado é equivalente e cada uma dessas causas deve ser considerada como causa desse mesmo resultado.

Assim, à luz da teoria da equivalência das condições, todo agente que apresentar uma contribuição causal ao fato, nos crimes praticados em concurso de pessoas, deve ser considerado autor, sem distinção.

Nesse sentido, destaca Mir Puig que a teoria unitária da autoria:

En su versión clásica se fundó en la teoría de la equivalencia de las condiciones: si toda condición del hecho, en su concreta configuración, es causa del mismo, todos quienes aportan alguna intervención que afecte al hecho deben considerarse causas del mismo y, por consiguiente, autores<sup>128</sup>.

Por outro lado, afirma-se que a concepção unitária da autoria atende a um critério político criminal de se punir todos os intervenientes de um fato criminoso da mesma forma. Contempla-se o delito, assim, como uma obra comum.

Neste sentido, Rafael Berruezo afirma que:

Por otro lado, se fundamenta en que la teoría analizada está en la idea, que se acerca más a una opción político-criminal, que parte de la contemplación del delito como obra en común de todos los que contribuyen a él, y estima conveniente castigar por igual a todos

---

<sup>126</sup> JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*, p. 694.

<sup>127</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. T. 1. 5 reimpressão. Traducción de la 2 ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días, García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008. p. 348. Miguel Días y García Conlledo afirma que o desenvolvimento proporcionado por Von Buri à teoria da equivalência das condições teve por base os trabalhos de Schirach (1819) e Stübel (1828). DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Miguel. *La autoría en derecho penal*. p. 67.

<sup>128</sup> PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal Parte General*, p.368.

ellos, y especialmente sino que el castigo de unos (los partícipes) depende de lo que haga otro (el autor).<sup>129</sup>.

Nesse modelo, o crime será imputado indistintamente a todos os intervenientes da empreitada criminosa sem qualquer distinção. A definição de autoria abrange, aqui, todas as formas possíveis de colaboração (indução, instigação, cumplicidade, coautoria, autoria mediata) e se deduz a partir da contribuição do agente para a realização do tipo penal concreto. Todavia, a determinação da pena dependerá da maior ou menor culpabilidade do agente, porquanto a questão de ser partícipe (*lato sensu*), em um crime, não se confunde com a questão da culpabilidade do agente colaborador (que, evidentemente, é pessoal e deve ser individualizada). Conforme destacado por Jescheck, as distinções dogmáticas da teoria da autoria não interessam aqui para fins de determinação da importância das várias formas de contribuição para a realização do fato.

A autoria conjunta é identificada a partir do nexo de causalidade entre o comportamento e o fato e toda e qualquer contribuição causal a esse fato reveste-se do mesmo grau de importância para o sucesso do empreendimento criminoso.

O mais expressivo defensor da teoria unitária da autoria é, sem dúvida, o alemão Kienapfel. O autor defende o conceito unitário de autoria alegando, em síntese, que a doutrina da acessoriedade da participação só existe em função de uma dogmática minuciosa que permitiu distinguir autor e demais colaboradores em um nível de abstração extremamente depurado. Contudo, para esse autor, existe uma carência quase que absoluta no que diz respeito a uma dogmática correspondente acerca da medição judicial da pena. Para ele, seria o caso de essa depurada dogmática dispensar a devida atenção no sentido de ponderar o ilícito e a culpabilidade de cada colaborador, para medir a justa pena entre cada um deles. Essa negligência justificaria, para ele, a necessidade de se romper com essa dogmática preponderante em favor de uma dogmática de medição judicial da pena. Por fim, Kienapfel argumenta no sentido de que a solução unitária da autoria

---

<sup>129</sup> BERRUEZO, Rafael. *Autoría y participación - Desde una visión normativa*. Buenos Aires: Euros Editores/B de F Ltda, 2012, p. 6.

permitiria soluções mais adequadas para o tratamento dos casos relacionados ao concurso de agentes nos crimes especiais (próprios) e nos crimes de mão própria<sup>130</sup>.

Do ponto de vista legislativo, tal concepção é acolhida, por exemplo, pelo Código Penal Italiano de 1930<sup>131</sup>.

Com nítida influência do pensamento positivista-naturalista, o Código Penal Italiano de 1930 não distingue autoria e participação. Por intermédio do dogma do nexo de causalidade, autoria e participação estão niveladas na escala de importância dos comportamentos que precedem a produção do resultado.

Praticamente abandonada a teoria da causalidade, o novo Projeto Definitivo de Código Penal acolheu as regras do concurso de pessoas que se fundamentam na equivalência causal das condições: todas as pessoas que concorrem para a produção de um evento único e indivisível realizam esse evento em sua totalidade e, por esse motivo, esse evento deve ser imputado a cada um dos participantes (tradução nossa)<sup>132</sup>.

Ferrando Montovani destaca, em defesa da teoria unitária, que, nessa concepção de autoria, a integração entre o tipo penal previsto na parte especial e a norma geral do concurso de pessoas, para fins de incriminação das formas de participação, proporciona um novo fato típico que não se confunde com aquele que incrimina o agente pela prática individual da mesma conduta típica. Aqui, ao contrário do que ocorre na teoria da acessoriedade da participação, toda e qualquer contribuição atípica e que não se coloca em uma relação direta com a realização do crime, não pode ser passível de incriminação.

Nas palavras do autor:

---

<sup>130</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. T. 2. p. 287.

<sup>131</sup> O Código Penal Italiano (conhecido com Código Rocco) acolhe o conceito unitário de autor. O art. 110 do Código Penal Italiano assim estabelece: " Art. 110 - Pena per coloro che concorrono nel reato - Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti". Além Italiana, também podemos citar a Noruega. Nesse país também se acolhe o conceito unitário de autor (conforme DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Miguel. *La autoría en derecho penal*. p. 56).

<sup>132</sup> Pressoché abbandonata è la *teoria causale*, accolta anche nel Progetto definitivo del c.p. che fonda il concorso sulla *equivalenza causale* delle condizioni concorrenti: poiché ogni persona che concorre a produrre l'evento unico e indivisibile lo cagiona nella sua totalità, questo andrebbe integralmente imputato ad ognuno dei compartecipi. MONTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. 7ª ed. Firenze: Cedam, 2011, p. 511.

Expressão primeira da instância garantista da legalidade, a teoria da acessoriedade possui o mérito de ter evidenciado que, para incriminar todas as formas de participação em um crime, não é suficiente a cooperação causal, mas importa complementar a norma da parte especial com a norma da parte geral sobre concurso; sem, contudo, atingir a lógica consequência que da integração nasce um novo e diferente fato típico que não se confunde com o que foi cometido por um só agente e que aquele que contribuiu atípicamente resta impunível em todos os casos nos quais não se coloca em relação direta com a realização do crime (tradução nossa)<sup>133</sup>.

A despeito do acolhimento legislativo da teoria unitária da autoria na Itália há, nesse país, autores que criticam a referida teoria. Nesse sentido, Giovanni Fiandaca apresenta o seguinte inconveniente à citada autoria:

Por outro lado, a renúncia a uma distinção analítica, por parte do legislador, das várias formas de participação, não tem se consolidado como uma aplicação prática muito gratificante. Se por um lado não há mais a necessidade de se perder na polêmica distinção entre os diversos tipos de concorrentes, essa simplificação aparente tem, por outro lado, o seguinte inconveniente: a excessiva dilatação da responsabilidade penal a título de concurso favoreceu uma certa tendência jurisprudencial de encobrir os requisitos objetivos mínimos de uma legítima responsabilidade no crimes praticados em concurso de pessoas (tradução nossa)<sup>134</sup>.

Essa foi a concepção de autoria que inspirou o legislador do Código Penal Brasileiro de 1940. Em sua redação original, o Código Penal Brasileiro (em vigor desde o dia 1 de janeiro de 1942), com declarada influência do Código Rocco de 1930<sup>135</sup>, acolhia, com se viu, o conceito unitário de autor.

---

<sup>133</sup> Espressione prima della istanza garantista di legalità, la teoria dell'accessorietà ha il *merito* de avere evidenziato che per incriminare tutte le forme de partecipazione al reato non basta la cooperazione causale, ma occorre integrare la norma di parte speciale con la norma generale sul concorso; senza però pervenire alla logica conseguenza che dall'integrazione nasce una nuova fattispecie diversa da quella che incrimina il reato commesso da un solo soggetto e che il contributo atípico resta non punibile in tutti i casi in cui non si pone in relazione con la realizzazione del reato. MONTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*, p. 511/512.

<sup>134</sup> D'altra parte, la renuncia ad una distinzione analítica, da parte del legislatore, delle varie forme de partecipazione, non ha neppure agevolato il consolidarsi di una prassi applicativa veramente appagante. Se per un verso è venuta meno la necessità di impelagarsi nella controversa distinzione tra i vari tipi concorrenti, questa apparente semplificazione ha per altro verso prodotto un consto tutto'altro che lieve: quello cioè di un'eccessiva diltatazione della responsabilità a titolo de concorso favorita da una certa tendenza giurisprudenziale a sorvolare sui requisiti oggettivi minimi de una legittima responsabilità concorsuale. FIANDACA, Giovanni; MUSCO Enzo. *Diritto penale: parte generale*. 5ª ed. Bologna: Zanichelli Editori, 2007, p 489.

<sup>135</sup> Conforme item 25 da exposição de motivos da parte geral do CPB de 1940.

Sem dúvida, um dos mais acérrimos defensores do conceito unitário de autoria no Brasil foi Nelson Hungria. Repudiando completamente a diferenciação entre autoria e participação, conforme já destacado no capítulo anterior, o autor sustentava, com peculiar vigor, a impossibilidade de se diferenciar níveis de importância na participação.

A solução que se impõe, remetendo-se para o museu do direito penal as teorias da acessoriedade e da autoria mediata, é o repúdio à diferenciação apriorística entre os participantes, pelo reconhecimento da singela verdade de que a participação, em qualquer caso, e concausação do resultado antijurídico, não havendo distinção entre causa e concausa, entre causa e condição, entre causa imediata e causa mediata, entre causa principal e causa secundária. O resultado é uno e indivisível, e como todos os seus antecedentes causais, considerados *in concreto*, se equivalem, segue-se logicamente que é atribuível, na sua totalidade, a cada um dos que cooperam para sua produção<sup>136</sup>.

Noronha, por sua vez, pondera que a unificação dos participantes do crime promovida pelo Código Penal Brasileiro de 1940 é feita precariamente e que essa unificação não afastava os modos de concorrer para a prática do crime. Para o autor, não se deve confundir o nivelamento da responsabilidade penal dos agentes no âmbito da responsabilidade penal (sanção penal a ser imposta) com a irrenunciável demarcação existente entre as várias formas de contribuir para a prática do crime. Para Noronha,

não há negar que, embora a lei não tenha aprioristicamente estabelecido diferenças esquemáticas entre os participantes do crime, não olvida determinar ao juiz que atenda à distinção fundada na participação ou atuação dos agentes, quer no plano físico ou material, quer no intelectual ou subjetivo<sup>137</sup>.

A teoria unitária da autoria, segundo nosso entendimento, vigorou no Brasil até a reforma da parte geral do Código Penal de 1984 (Lei 7.211 de 11 de julho de 1984). A partir da citada reforma, entendemos que o Código Penal Brasileiro passou a acolher a teoria da acessoriedade da participação, de acordo com o que se demonstrou no capítulo anterior.

---

<sup>136</sup> HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao código penal. V. I. T. II. p. 405.

<sup>137</sup> NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 1º V. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 239/240.

Conforme lembra Nilo Batista<sup>138</sup>, ainda sob a vigência da revogada parte geral do Código Penal Brasileiro, a doutrina brasileira já se insurgia contra a exclusividade do dogma do nexo de causalidade como fundamento da autoria nos crimes praticados em concurso de pessoas. Por todos, Miguel Reale Júnior:

"Doutra parte, é de se reconhecer a insuficiência do nexo de causalidade, voltado para o resultado, para explicar o concurso de pessoas, pois se é o mesmo um dado relevante, no entanto, muitas vezes a ação ou omissão praticadas não guardam nenhuma força na corrente produção do resultado, além de se dar o concurso em formas de crime sem evento naturalista, como no caso da concussão em que a exigência pode ser feita por dois funcionários, sem que de forma estrita possa-se falar em nexo de causalidade em crime formal. Da mesma maneira, a presença de um dos autores no local do crime, por exemplo, de um policial, que com sua permanência no recinto onde o fato se realiza, dá tranquilidade ao executor da ação delituosa, e, que pode ser compreendida como co-autoria, não se insere no aspecto material de produção do evento. Assim, a causalidade deveria mudar de natureza quando se trata de "causalidade moral ou psíquica", não tendo referência com o disposto no antigo art. 11, hoje art. 13 do Código Penal<sup>139</sup>.

Entretanto, parte da doutrina brasileira<sup>140</sup> se posiciona no sentido de que a reforma da parte geral do Código Penal de 1984 não alterou a opção legislativa anterior no sentido de não se diferenciar, no estudo do concurso de pessoas, autoria e participação. Ou seja, para essa parte da doutrina brasileira, o Código Penal Brasileiro continua se filiando a um conceito unitário de autor.

### **3.2.1 Críticas à teoria unitária de autoria**

Contra a teoria unitária da autoria, que inicialmente pode parecer prática, há inúmeras críticas e dentre essas críticas merecem destaques as que seguem.

Jescheck, reconhecendo a eventual praticidade do conceito unitário de autor, adverte que, através da reformulação da integralidade das contribuições prestadas

---

<sup>138</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*, p, 26

<sup>139</sup> REALE Jr., Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 310.

<sup>140</sup> Por todos, GRECO, Luis; 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*, p. 61.

ao fato na produção de lesão ao bem jurídico tutelado, se perde, segundo essa concepção, “*el específico injusto de acción del tipo correspondiente*”. Restaria afetada, assim, a função de garantia dos tipos penais<sup>141</sup>.

Ainda segundo Jescheck, o conceito unitário de autor conduz a uma indesejável extensão da punição, haja vista que a tentativa de contribuição é punível em todas os casos nos quais está previsto, no tipo, a pena dessa forma imperfeita de execução<sup>142</sup>. Assim, o partícipe estaria submetido à plena punibilidade do crime tentado praticado pelo autor, o que materialmente não se justifica<sup>143</sup>.

Nesse mesmo sentido, Miguel Díaz y García Conlledo pondera: <sup>144</sup>

Otra de las críticas más comunes al concepto unitario consiste en afirmar que el mismo conduce a una ampliación intolerable de la punibilidad de la tentativa. El razonamiento es el siguiente: como en un concepto unitario las formas de participación de los conceptos restrictivos se convertirían en formas de autoría de igual peso, lógicamente lo que en los sistemas diferenciadores sería tentativa (impune) de participación se convertiría en tentativa punible de autoría lo cual no es aconsejable, sobre todo en lo que sería la tentativa de complicidad, en la que no se ven razones serias para que sea castigada. Más discutible es el caso de la tentativa de inducción.

Ainda sobre a indesejável extensão da punibilidade proporcionada pelo conceito unitário de autoria, Jakobs apresenta a seguinte advertência:

En el estadio de la preparación (antes de la cesura que señala el comienzo de la tentativa; p. ej., procurarse útiles para el robo), nadie considera la posibilidad de punir en general las acciones de preparación que han quedado aisladas en tanto que una sola persona debe ejecutar por sí sola todo o necesario para el delito. Si se divide el trabajo (el primero que toma parte se ocupa de la preparación, el segundo del llevar el hecho a tentativa y a consumación), según el concepto unitario de autor, la acción preparatoria, sin embargo, se

<sup>141</sup> JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*, p. 695.

<sup>142</sup> Nas palavras do autor: “El concepto unitario de autor conduce, además, a una extensión indeseable de la punibilidad porque la tentativa de intervención se hace punible en todos los casos en lo que en el tipo está el castigo de tal forma imperfecta de ejecución, mientras que la participación intentada sólo aparece conminada con pena dentro de unos límites estrechos (§§ 30, 120 III, 159)”. JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*, p. 695.

<sup>143</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 289.

<sup>144</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Miguel. *La autoría en derecho penal*. p. 133/134.

convierte en una aportación concluida al delito, que, sin exigencia de accesoriedad, tendría que ser punible como tentativa de delito, aun cuando después no ocurra nada más. Así pues, se transforman los actos preparatorios en tentativas<sup>145</sup>.

Donna<sup>146</sup> destaca que nos crimes próprios (específicos ou especiais)<sup>147</sup> deverão ser considerados como autores os agentes que, de alguma forma, contribuírem com o resultado, ainda que eles não reúnam as condições ou qualidades exigidas nesses tipos penais<sup>148</sup>.

Ainda segundo o autor argentino, o mesmo ocorre com os chamados crimes de mão própria<sup>149</sup>. Aqui, o simples fato de o agente contribuir com a realização desse crimes já o converte em autor. Em resumo, no crime de falso testemunho, segundo a concepção unitária da autoria, o terceiro que instiga o autor a prestar depoimento falso, será considerado igualmente autor do delito de mão própria<sup>150</sup>.

A teoria unitária proporciona, ademais, o inconveniente de se punir a participação de estranhos em condutas que lesionam bens jurídicos próprios, como ocorre, por exemplo, nas autolesões e no suicídio. Isso ocorre em virtude de que o partícipe lesiona, nessas situações, bens jurídicos que lhes são alheios. Esse

---

<sup>145</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*, p.719/720.

<sup>146</sup> DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal*. p. 17.

<sup>147</sup> Segundo Jorge de Figueiredo Dias crimes próprios, específicos ou especiais “são aqueles que só podem ser cometidos por determinadas pessoa, às quais pertence uma qualidade ou sobre as quais recai um dever especial”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal; parte geral*. T. I. 2ª ed. portuguesa, 1 ed. Brasileira. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2007, p. 304.

<sup>148</sup> No Brasil, por força dos arts. 29 e 30 do CPB, o agente que contribui com a prática de um crime próprio, como por exemplo o crime de peculato (art. 313 do CPB), responde por esse mesmo crime, ainda que não reúna a condição ou qualidade exigida por esse tipo penal, qual seja, ser funcionário público.

<sup>149</sup> Segundo Jorge de Figueiredo Dias, crimes de mão própria são os tipos de ilícito “em que o preceito legal quer abranger como autores apenas aqueles que levam a cabo a ação através de sua própria pessoa, não através de outrem (...)”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal; parte geral*. T. I., p. 305.

<sup>150</sup> Jescheck resume as críticas direcionadas à análise dos crimes próprios e crimes de mão própria à luz da teoria unitária da autoria da seguinte forma: “(...) em los delitos especiales y em los de propia mano también los intervinientes extraños deberían ser considerados como autores por la mera causalidade de sua colaboración, a pesar de que, respectivamente, ni han actuado de propia mano ni están cualificados como autores”. JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*, p. 695.



inconveniente não ocorre quando se acolhe o princípio da acessoriedade, porquanto o partícipe restaria impune, nessa situação, por força da ausência de um fato principal<sup>151</sup>.

Muarach pondera que, pela via do conceito unitário de autoria, a desvantagem de uma dogmática de medição judicial da penal incompleta e insuficientemente desenvolvida, seria traspassada pelos pressupostos da pena, ou seja “*sobre la base de razones formales de un tratamiento igualitario, se abandonaría un elevado desarrollo dogmático, hasta ahora alcanzado al menos en el ámbito de la teoría del delito*”<sup>152</sup>.

Mir Puig, por seu turno, afirma o acolhimento da teoria unitária da autoria coaduna com a perspectiva de um direito penal fundado na periculosidade do agente, na medida em que nivela a contribuição do todos os intervenientes da empreitada criminosa, considerando igualmente perigosos todos os níveis de contribuição<sup>153</sup>.

Por fim, pensamos que a teoria unitária da autoria é incompatível com a atual redação do art. 29 do CPB. Conforme exhaustivamente evidenciado, o art. 29 do CPB diferencia, em nível de importância, autoria e participação. Segundo o art. 29, § 1º, do CPB, a participação terá, em relação à autoria, pena necessariamente menor. Não resta dúvida, conforme realçado, sobre a opção do legislador reformador no sentido de se acolher a distinção entre autoria e participação<sup>154</sup>. Assim, considerando que a teoria unitária rechaça veementemente a acessoriedade e, considerando ainda que essa teoria nivela, quanto à importância, as contribuições prestadas por todos os intervenientes do fato criminoso, não há como pretender aplicá-la atualmente em nosso país.

### 3.3 A teoria extensiva de autor

---

<sup>151</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. T. 2, 289.

<sup>152</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. T. 2, p. 288.

<sup>153</sup> PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal Parte General*, p. 368.

<sup>154</sup> Nesse sentido, veja-se novamente o item 25 da exposição de motivos do Código Penal Brasileiro já transcrito supra.

Na teoria extensiva de autor há o reconhecimento e a obrigatoriedade de se reconhecer as espécies legais de participação como causas de restrição de pena. Aqui, reconhecem-se as espécies de participação (instigação e cumplicidade) como causas de restrição de pena, com o objetivo de se evitar que todos os intervenientes sejam indistintamente punidos pelo simples fato de terem apresentado alguma contribuição para a produção do resultado típico. Ainda: essa obrigatoriedade de distinção evitaria que a determinação da pena ficasse a cargo da obscura análise da culpabilidade individual, como ocorre no conceito unitário de autoria.

Según este concepto, autor es aquel que ha cocausado el resultado típico, sin necesidad de que su aportación al hecho deba consistir en una acción típica. Según ello también el inductor y el cómplice serían por sí mismos autores pero la incorporación de disposiciones penales especiales para la participación demuestra que estas formas de colaboración, en el marco del concepto de autor, deben ser tratadas de un modo diverso al de la autoría misma. Con ello, la inducción y la complicidad aparecen como causas de restricción de la pena<sup>155</sup>.

Extensivo quer dizer, segundo Jakobs, que *“los tipos de la Parte Especial abarcan toda forma de tomar parte; la regulación de la participación en la Parte General constituye una limitación de la responsabilidad”*<sup>156</sup>.

O ponto de convergência mais importante entre os conceitos unitário e extensivo de autoria é justamente a fundamentação teórica baseada na teoria equivalência dos antecedentes causais.

A partir do substrato teórico da causalidade, as concepções unitária e extensiva da autoria equiparam todas as formas de contribuição para a produção do resultado criminoso. Independentemente de a contribuição de cada um dos agentes consistir em uma ação típica, eles serão considerados autores (do ponto de vista valorativo) para ambas as teorias, bastando, para tanto, que eles tenham apresentado qualquer forma de contribuição para a produção do resultado típico.

Mir Puig, a despeito de reconhecer a existência de algumas semelhanças entre esses conceitos – como, por exemplo, a fundamentação teórica na teoria da

---

<sup>155</sup> JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*, p. 699.

<sup>156</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*, p. 721.

equivalência dos antecedentes causais e, conseqüentemente, a equivalência valorativa de todas as formas de contribuição para a produção do resultado – afirma que, no conceito extensivo de autor, ao contrário do que ocorre no conceito unitário, a lei obriga a distinguir graus de responsabilidade dos agentes na realização do fato. No conceito extensivo de autor, os tipos legais de participação aparecem necessariamente como causas de restrição de pena, haja vista que, sem eles, todos os intervenientes deveriam ser castigados como autores.

Essas seriam as distinções apontadas por Mir Puig<sup>157</sup> entre os conceitos unitário e extensivo de autoria.

No mesmo sentido de Mir Puig, Miguel Díaz y García Conlledo afirma que

El concepto extensivo, por partir originariamente de premisas muy similares al unitario, reconoce la igualdad sustancial inicial de toda forma de participación, pero, al existir cláusulas que distinguen entre autores y partícipes en el Derecho positivo, se ve obligado a buscar criterios en los que basar tal distinción; los criterios los halla normalmente –pero no siempre– en la parte subjetiva de la conducta del sujeto, en el animus con el que actúa. Como es lógico, para este concepto las normas que se refieren a la participación en sentido estricto son causas de restricción de la punibilidad<sup>158</sup>.

O conceito unitário de autoria, relembre-se, nega veementemente qualquer forma de distinção entre autoria e participação, ou seja, todos que contribuem são indistintamente autores sem que se deva preocupar com o significado de cada contribuição dentro da análise global do fato. Essa questão apresenta relevância apenas para fins de determinação da pena de acordo com a culpabilidade individual de cada interveniente.

Entre nós, Luiz Regis Prado esclarece, no mesmo sentido de Puig, que, diferentemente do que ocorre no conceito unitário de autoria, no conceito extensivo, "as

---

<sup>157</sup> PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal Parte General*, p.368.

<sup>158</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Miguel. *La autoría en derecho penal*. p. 41/42.

espécies de participação seriam, em realidade, causas de restrição de pena, pois excluiriam do conceito de autor a indução, a instigação e a cumplicidade"<sup>159</sup>.

O mais prestigiado defensor da teoria extensiva da autoria foi, sem dúvida, Edmund Mezger<sup>160</sup>. Argumentava esse autor que

Las formas legales de la instigación del parágrafo 48 del Código y de auxilio (complicidad) del parágrafo 49 del mismo teste no son, por tanto, "causas de extensión de la pena" (1º), sino, en realidad, *causas de restricción de la pena*. Pues restringen la penal del autor, que en otro caso se deduciría de la relación causal, en ciertos casos precisamente determinado por la ley, y hacen surgir, en lugar de aquélla, otras formas de punibilidad<sup>161</sup>.

Importa advertir novamente que o conceito extensivo de autor se aproxima sobremaneira do conceito unitário de autoria sem, contudo, com ele se confundir. Nada obstante, no desenvolvimento das teorias da autoria, parte da doutrina não observa essa essencial consideração.

Assim, por exemplo, há quem trabalhe apenas com o conceito unitário de autoria, não tratando explicitamente do conceito extensivo. Nesse sentido, podemos citar, por exemplo, Donna<sup>162</sup> e Rafael Berruezo<sup>163</sup> na Argentina. Entre nós, Paulo Queiroz<sup>164</sup> e Juarez Cirino dos Santos<sup>165</sup>.

---

<sup>159</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts. 1º. A 120º*. 7 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 487.

<sup>160</sup> MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. T. 2. Traducción de la 2ª. ed. alemana, 1933 por José Arturo Rodríguez Muñoz. 3ª ed. adicionada y puesta al día por Antonio Quintano Ripollés, 1957. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957, p. 297 e ss. Registre-se, contudo, que posteriormente Mezger inclinou-se por um conceito de autor misto e que partia, essencialmente, de critérios subjetivos: "El resultado de tales consideraciones es, por consiguiente, que el deslinde de las distintas formas de la participación se realiza por separado, con arreglo a características subjetivas y objetivas; con ello, nosotros sostenemos una teoría mixta de la participación". (MEZGER, Edmund. *Derecho penal, libro de estudio, Parte General*. Traducción de la 6ª ed. alemana (1955) por Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

<sup>161</sup> MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, p. 293.

<sup>162</sup> DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal*, p. 17.

<sup>163</sup> BERRUEZO, Rafael. *Autoría y participación*, p. 3.

<sup>164</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal; parte geral*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010, p. 287.

Há, ao contrário, quem trabalhe apenas com o conceito extensivo de autor, não tratando explicitamente do conceito unitário de autoria. Nesse sentido, podemos citar, entre outros, Cerezo Mir<sup>166</sup> na Espanha e, entre nós, Rogério Greco<sup>167</sup>, Beatriz Vargas Ramos<sup>168</sup>, Bitencourt<sup>169</sup>, Mirabete<sup>170</sup>, Fabrício Leiria<sup>171</sup> e Jesus<sup>172</sup>.

Há, ainda e por fim, quem acertadamente, pensa-se, trabalhe de forma distinta os conceitos unitário e extensivo de autor. Acolhendo este posicionamento, podemos citar, entre outros, Zaffaroni<sup>173</sup> e Sancinetti<sup>174</sup> na Argentina, Bacigalupo, Mir Puig<sup>175</sup>, Miguel Díaz y García Conlledo<sup>176</sup> e Jacobo López Barja de Quiroga<sup>177</sup> na Espanha, Jescheck<sup>178</sup> e Jakobs<sup>179</sup> na Alemanha e, entre nós, Luiz Regis Prado<sup>180</sup> e Luiz Flávio Gomes<sup>181</sup>.

---

<sup>165</sup> SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: parte geral*, p. 356.

<sup>166</sup> MIR, José Cerezo. *Derecho penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Lima: Ara Editores, 2007, p. 1078.

<sup>167</sup> GRECO, Rogério. *Concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 31.

<sup>168</sup> RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal*, p. 105.

<sup>169</sup> BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, p. 546.

<sup>170</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINNI, Renato N. *Manual de direito penal, parte geral: arts. 1º a 120 do CP*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 216.

<sup>171</sup> LEIRIA, Antônio José Fabrício. *Autoria e Participação Criminal*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010, p. 84.

<sup>172</sup> JESUS, Damásio de. *Direito Penal, parte geral*. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 449.

<sup>173</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*, p. 771.

<sup>174</sup> SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción: una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscrito al disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 631 e ss.

<sup>175</sup> PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal Parte General*, p. 368.

<sup>176</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Miguel. *La autoría en derecho penal*. p. 41/42.

<sup>177</sup> QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Autoría e participación*, p. 20 e ss.

<sup>178</sup> JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*, p. 695.

<sup>179</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*, p. 719.

Reconhece-se, contudo, que em virtude da destacada proximidade existente entre as teorias unitária e a teoria extensiva da autoria, diferenciá-las não é tarefa fácil.

### 3.3.1 Críticas à teoria extensiva da autoria

Dentre as inúmeras críticas que são dirigidas ao conceito extensivo de autor cumpre destacar as que seguem abaixo.

Inicialmente, quanto à premissa de que no conceito extensivo de autor as espécies de participação funcionam como espécies de restrição de pena, Roxin pondera que não resta claro por qual motivo isso ocorre, haja vista que à luz de uma análise teológica todo ato de realização do resultado (toda contribuição) resulta absolutamente equivalente<sup>182</sup>.

Por outro lado, ao reconhecer as espécies de participação como causas de restrição de pena, o conceito extensivo de autor trouxe a necessidade de se distinguir autoria e participação exclusivamente para esse fim. Considerando que essa concepção não permite distinguir autoria e participação a partir de critérios objetivos – em virtude de essa teoria se posicionar, conforme destacado, no sentido da equivalência valorativa de todas as formas de contribuição –, a referida distinção só seria possível a partir de critério subjetivos.

Como se ha visto anteriormente, existe una tendencia a relacionar, a veces exclusivamente, el concepto extensivo de autor con las teorías subjetivas de la participación, y, es más, se ha afirmado incluso que los defensores de las teorías subjetivas de la participación por fuerza han de mantener un criterio extensivo y no restrictivo de la autoría. La razón de esta identificación no puede ser otra que la consideración de que las teorías subjetivas parten de la siguiente idea: en el plano objetivo, que se identifica con el causal, no cabe establecer diferencias entre los distintos intervinientes (equivalencia de las condiciones), por lo que todos serían en principio autores. Ahora bien, en el plano subjetivo sí que se puede distinguir entre los

---

<sup>180</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts. 1º. a 120º*. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 487.

<sup>181</sup> GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLO DE MOLINA, Antônio. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 495.

<sup>182</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 48.

que actúan con *animus auctoris* y los que lo hacen con *animus socci*<sup>183</sup>.

Por esse motivo, a melhor doutrina afirma que a teoria subjetiva da autoria – que será abordada em seguida – surgiu a partir da conceito extensivo de autor<sup>184</sup>.

No âmbito do conceito extensivo de autor, a obrigatoriedade e a necessidade de se distinguir autoria e participação a partir de critérios subjetivos, delimitou essa distinção exclusivamente pelos critérios de determinação de pena, afastando-a integralmente do tipo penal<sup>185</sup>. No conceito extensivo de autoria, a análise das espécies e dos níveis de importância da participação só interessam no espaço delimitado à aplicação da pena.

Não se pode olvidar, entretanto, que a descrição das espécies de concurso de pessoas pertence à teoria do injusto penal e que a particularidade de alguns tipos penais deve orientar a distinção entre autoria e participação.

Nesse sentido, adverte Wessels que:

Sistematicamente, a descrição das formas de concurso pertence à teoria do tipo de injusto. Isto resulta do nexos previsto no Código Penal entre a realização do tipo e da autoria. Do relacionamento típico da autoria do autor segue-se ainda que os critérios do conceito de autor se orientam segundo a particularidade do respectivo tipo penal.

Assim, nos delitos especiais próprios (...) o respectivo círculo de autor está limitado de antemão através da qualidade do sujeito, prevista no tipo legal (...). Se, e até onde, de outro modo, a questão da autoria depende de critérios especiais, como da lesão a um dever especial tipicamente especificado, do carácter de mão-própria da execução do fato, do domínio do fato ou da posição interna dos

---

<sup>183</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en derecho penal*. p. 290.

<sup>184</sup> Nesse sentido, Maurach e Zipf. Para os referidos autores, “A causa de la imposibilidad de realiza toda distinción dentro del aporte objetivo y causal al resultado, la teoría del concepto extensivo de autor no tiene otra alternativa que buscar el criterio decisivo en el ámbito de lo subjetivo: si acaso alguien es autor o partícipe depende exclusivamente de su posición frente al hecho”. (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 298). No mesmo sentido, Jakobs afirma que “el concepto extensivo de autor sigue siendo aún hoy punto de partida de la teoría subjetiva: En el ámbito objetivo, debido a su carácter causal, todos los que toman parte son autores potenciales; según esta teoría – que no tiene en cuenta lo que ocurre objetivamente, salvo la causalidad – sólo cabe diferenciar con arreglo a lo subjetivo. (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*, p. 721).

<sup>185</sup> JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*, p. 699.

colaboradores para com o fato, deve ser averiguado primeiramente a partir da constituição e das estrutura do tipo penal em espécie<sup>186</sup>.

Ao afastar da teoria do injusto penal a distinção entre autoria e participação, o conceito extensivo de autor reduziu, ao âmbito da censura (culpabilidade), a referida distinção “*contradicen el principio estructural del Derecho penal vigente que se compone principalmente por tipos descritos y delimitados objetivamente*”<sup>187</sup>.

Não há como deixar de reconhecer que o conceito extensivo de autoria ao exigir, a partir de regras do direito positivo, a obrigatoriedade do reconhecimento dos tipos legais de participação como causas de restrição de pena, contribuiu no sentido de apresentar elementos mais coerentes para o estudo do concurso de agentes. Todavia, o conceito extensivo não apresentou critérios minimamente racionais para se proporcionar a aludida distinção no âmbito da delimitação da censura penal. Essa delimitação, portanto, ficou exclusivamente a cargo da discricionariedade do julgador<sup>188</sup>.

Ainda, e o mais importante: a despeito de ter contribuído no sentido de entender ser obrigatório o reconhecimento dos tipos legais de participação como causas de restrição de pena, a teoria extensiva da autoria é para nós inservível. A distinção entre autoria e participação deve ser feita no âmbito do tipo e não no âmbito da culpabilidade como propõe essa teoria.

Registre-se, por fim, que, em virtude de a teoria extensiva de autor partir de premissas muito similares às da teoria unitária, ela apresenta os mesmos defeitos dessa teoria<sup>189</sup>.

### **3.4 Teorias restritivas ou diferenciadoras de autoria**

---

<sup>186</sup> WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral*, p. 117.

<sup>187</sup> JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*, p. 700.

<sup>188</sup> JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*, p. 700.

<sup>189</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*, p.721.



As teorias restritivas ou diferenciadoras da autoria que serão abordadas na sequência são as seguintes: teoria objetiva-formal, teorias objetivo-materiais e teorias subjetivas.

### 3.4.1 Teoria objetiva-formal

Segundo Roxin, essa teoria

Recibió su nombre de Birkmeyer, pero de hecho es bastante más antigua. Ya en el siglo XIX contaba con numerosos defensores; fue ganando entonces terreno hasta convertirse en doctrina dominante entre 1915 y 1933. Le dieron renombre los grandes dogmáticos Beling, Max Ernest Mayer y Liszt; también el 'Proyecto Oficial' de 1925 se basaba, frente a la jurisprudencia entonces dominante, en la teoría objetivo-formal.<sup>190</sup>

Para os partidários dessa teoria<sup>191</sup>, em linhas gerais e à margem de suas variantes, autor é quem executa total ou parcialmente a conduta descrita no verbo núcleo do tipo penal. Partícipe, por sua vez, é aquele que, de qualquer outra forma, contribui para a realização do crime, ou seja, é aquele que presta qualquer outra contribuição que não implica na realização total ou parcial da ação descrita no tipo.

Autor es quien realiza la acción típica, es decir, quien causa con su acción el resultado ilícito. Esta definición tiene su correlato en la noción naturalística de la acción. En el lenguaje común decimos que, quien realiza un hecho de la vida real, es causante del mismo porque

---

<sup>190</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p.54.

<sup>191</sup> Segundo Rafael Berruezo, aderem a essa teoria na Alemanha, entre outros, Beling, Birkmeyer, Mezger, Hippel, Finger, Alfeld, Graz zu Dohna, Frank, Hegler e Eberhard Schmidt e Sauer. Entre os espanhóis temos, entre outros, Gimbernart Ordeig, Rodríguez Mourullo, Quinteros Ollivares, Rodríguez Devesa e Cabo-Vives. Já na Argentina filiam-se a essa teoria Soler, Jiménez de Asúa, Núñez, Fontán Balestra e Fierro (BERRUEZO, Rafael. *Autoría y participación*, p. 16, nota 45). Conforme anteriormente registrado, Mezger, em verdade, acolheu um conceito extensivo de autor. Posteriormente, esse autor inclinou-se por um conceito de autor misto e que partia, essencialmente, de critérios subjetivos. Entre nós podemos citar, entre outros, Aníbal Bruno (BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*, p. 265), Beatriz Vargas Ramos (RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal*, p. 130). Heleno Cláudio Fragoso (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16ª. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 313/314), José Frederico Marques (MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. V. II. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 306), José Cirilo de Vargas (VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal: parte geral*. Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 434) Dotti (DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 350), Noronha (NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 1º V. p. 239) E Fabrício Leiria (LEIRIA, Antônio José Fabrício. *Autoria e Participação Criminal*, p. 92.

dispone de los elementos para llevarlo a cabo, y actúa en dirección al fin<sup>192</sup>.

Ou, como prefere Jakobs,

Según la teoría objetivo-formal (ya abandonada, pero dominante en los años veinte) solo es autor quien realiza el tipo de propia mano al menos en parte. Objeto de esta teoría es una sujeción (exacta, propia de Estado de Derecho) da la autoría a las descripciones típicas da la Parte Especial (...).<sup>193</sup>

Decisivo aqui é apenas e tão somente a realização de todos ou de alguns atos executórios previstos expressamente no tipo penal. Diferentemente do que ocorre com os critérios extensivo e unitário – em que a fundamentação da autoria está apoiada basicamente na causação do resultado –, o critério objetivo-formal tem por fundamento, na definição da autoria, a realização dos elementos do tipo. Beling, destaca que *“el participante accesorio no necesita cumplir los requisitos del delito-tipo, y especialmente es indiferente que para él concurren los elementos personalísimos del tipo, (sólo deben concurrir para el autor principal”*<sup>194</sup>. Afirma-se, assim, que a conduta desenvolvida pelo partícipe isoladamente não é típica<sup>195</sup>.

Como diz Beatriz Vargas Ramos,

o critério formal-objetivo não despreza a causalidade e, é evidente, não prescinde da culpabilidade como um dos fundamentos da imputação, pois a ausência destes requisitos descarta, deste logo, a possibilidade de qualquer forma relevante de ação. O que faz a concepção formal-objetiva é destacar, para a construção do conceito de autoria, o elemento formal da conduta<sup>196</sup>.

---

<sup>192</sup> BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito Tipo*. Trad. Sebastian Soler.

Buenos Aires: Libreria “El Foro”, 2002, p. 154.

<sup>193</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general*. p.734.

<sup>194</sup> BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito Tipo*, p. 147.

<sup>195</sup> RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal*, p. 115/116.

<sup>196</sup> RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal*, p. 116.

De uma maneira muito peculiar, o critério objetivo-formal garante a acessoriedade da participação individualizando claramente as formas de contribuição. Na medida em que esse conceito exige, para a definição de autoria, a execução total ou parcial dos elementos integrantes do tipo penal, as condutas típicas de participação restam sobremaneira individualizadas. A empregada doméstica que disponibiliza as chaves da casa de seu patrão para que seu namorado pratique um furto ou simplesmente o convença a fazê-lo desenvolve, para o critério objetivo-formal, uma atividade típica de participação. Os referidos comportamentos não configuram o “subtrair para si ou para outrem”. Não há forma mais clara e confortável de se distinguir autoria e participação.

A despeito da perda de prestígio dessa teoria na Alemanha a partir do surgimento da teoria do domínio do fato, ela apresenta também a vantagem de corrigir algumas impropriedades do desenvolvimento da causalidade como fundamento para a delimitação da autoria<sup>197</sup>. Não basta aqui, para a definição de autoria, o mero nexó de causalidade. A construção do conceito de autoria está ligada à realização formal dos elementos integrantes do tipo penal.

Indaga-se sobre o fundamento da teoria objetivo-formal: por qual motivo autor é o que executa total ou parcialmente a conduta descrita no tipo penal e o partícipe e o que auxilia sem levar a cabo um ato executivo?<sup>198</sup>

Os partidários do critério objetivo-formal, com o propósito de fundamentar essa teoria, apresentam basicamente três classes de respostas a essa indagação. Para uns, a circunstância de executar a ação típica revela maior periculosidade e reprovabilidade, se comparada com a mera preparação. Está de acordo com nossa sensibilidade punir de forma mais severa os que executam a ação típica. Para outros, a fundamentação da teoria formal-objetiva está mais adequada ao teor literal do preceitos penais. O ato de entregar uma arma para que alguém mate uma pessoa, a despeito de estar objetiva e subjetivamente vinculado à referida ação de matar, não pode ser considerado como um ato de execução. A punição desse ato só se justifica a partir de sua eficácia causal e da necessária extensão da

---

<sup>197</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 55.

<sup>198</sup> ORDEIG, Gimbernat Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 9.

punibilidade. Por fim, um último argumento em prol da teoria objetivo-formal é que alguns de seus partidários alemães têm tentado derivá-la da letra da lei. O §25 StGB assim define a coautoria: “*Si varios ejecutan conjuntamente una acción punible, cada uno de ellos será castigado como autor*”. Interpretando tecnicamente o “executar” desse preceito, deve-se colocá-lo jungido à teoria da tentativa. Depreende-se disso que o coautor só poderá ser aquele que realiza um ato executivo<sup>199</sup>.

### 3.4.2. Críticas à teoria objetiva-formal

Um das mais importantes críticas dirigidas à teoria objetiva-formal é a de que essa teoria não soluciona o problema da autoria mediata. A autoria mediata, como se viu, é uma forma de autoria em que o autor mediato serve-se de um interposta pessoa como instrumento para a realização da ação típica.

No famoso caso da enfermeira, citado no capítulo primeiro do presente trabalho, o médico não pode ser considerado como autor porque não executa, total ou parcialmente, a conduta descrita no tipo penal. Tampouco não pode ser o médico considerado com partícipe, porque entre ele e a enfermeira inexistente o liame subjetivo, elemento imprescindível para a configuração do concurso de agentes. A enfermeira, por sua vez, não poderia ser considerada autora ou partícipe, por ter ele agido, no máximo, culposamente.

Os partidários do conceito formal-objetivo não são unânimes em relação aos argumentos que rebatem essa crítica.

Zimmerl, ante a impossibilidade de se adaptar a teoria objetiva-formal à autoria mediata, propõe descartá-la e encarar essa figura a partir dos estudos sobre

---

<sup>199</sup> Conforme ORDEIG (ORDEIG, Gimbernat Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 9/11).

indução. Nas palavras do autor: “*lo mejor es excluir totalmente la autoría mediata y concebir tales casos como supuesto de inducción*”<sup>200</sup>.

O argumento de Zimmerl não se sustenta. A indução pressupõe necessariamente liame subjetivo entre o indutor e o induzido. Referido liame inexistente nas hipóteses de autoria mediata. Se *A* conecta à fechadura de seu vizinho e desafeto *B* um artefato explosivo com o objetivo de explodir seu apartamento e conseqüentemente causar a sua morte, imediatamente após a fechadura ser acionada por alguém, não se pode afirmar que *A* tenha induzido o eventual visitante a cometer crime<sup>201</sup>.

Há, por outro lado, alguns teóricos do critério objetivo-formal que sustentam que o autor mediato realiza também uma ação executiva. Neste sentido, por exemplo, Beling.

Otra cosa sucede cuando *Secundus* ha obrado “*como instrumento*” de *Primus*; ya sea que estuviese obligado jurídicamente (orden superior obligatoria, C. P. M. 47) o que estuviese inconsciente, o que careciese de imputabilidad, o que se encontrase en un error que le ocultara el proceso causal y que con respecto la producción del evento obrase, por ello, sólo imprudentemente o sin culpa alguna. En estos casos, el comportamiento de *Secundus* de “transmite” a *Primus* juntamente con el resultado producido, exactamente como si en vez de *Secundus*, es eslabón de la cadena causal hubiese sido una máquina, un perro, etc. Estos principios se deducen inmediatamente del contenido de los delitos-tipos . Pues el uso verbal corriente aceptado por el legislador en la expresión “matar”, etc., comprende también el hecho de matar “por medio de otro hombre”, cuando éste último está de tal modo bajo el influjo de *Primus* que no posee plena responsabilidad primaria, (...). En consecuencia, p. ej., *Primus* “mata” a X o a Y por mano de X, cuando X es un enfermo mental. Esta figura se llama “autoría mediata”, la cual, en el sentido de la ley, es “autoría”, y no constituye un concepto distinto de ésta<sup>202</sup>.

<sup>200</sup> ZIMMERL: *Zur Lehre vom Tatbestand. (Übersehene und vernachlässigte Probleme)*, Strafrechtliche Abhandlungen, t, 237, Breslau, 1928, p. 120. *Apud*, ORDEIG, Gimbernat Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 22.

<sup>201</sup> ORDEIG, Gimbernat Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 23/24.

<sup>202</sup> BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito Tipo*, p. 104.

Esse argumento igualmente não se sustenta. A autoria mediata exige, para a sua configuração, que a pessoa “instrumento” realize, total ou parcialmente, a conduta descrita no verbo reitor do tipo. A ação executiva jamais poderá ser realizada pelo autor mediato. Nem sempre a utilização de uma pessoa como “instrumento” para a prática de um crime, como já se viu, configura a autoria mediata. Assim, por exemplo, o agente executor que empurra uma pessoa contra a prateleira de uma loja com o objetivo de destruí-la. Aqui, uma pessoa foi utilizada como “instrumento” para a prática de um crime de dano. Contudo, nessa hipótese, estamos diante de uma autoria direta e não mediata, haja vista que a pessoa “instrumento” não realizou, total ou parcialmente, a conduta descrita no verbo reitor do tipo penal. A ação executiva do crime de dano foi realizada pelo agente que empurrou uma pessoa contra a prateleira. Autoria direta, portanto.

Ainda, não se deve confundir atos preparatórios – meramente impuníveis, via de regra –, com atos executórios. No citado exemplo de Zimmerl, o que realiza a ação executiva não é o que conecta à fechadura de seu vizinho o artefato explosivo. Essa conduta configuraria ato meramente preparatório de um crime de homicídio e por força do Princípio da Lesividade, essa conduta não pode ser punível. Em verdade, a ação executiva foi realizada pela pessoa que acionou a fechadura<sup>203</sup>.

Há, ainda, alguns teóricos do critério objetivo-formal que sustentam a existência de dois conceitos de autor

Autor es por regla general, se dice, el que realiza un acto ejecutivo; pero también lo puede ser, excepcionalmente, el que, aun sin ejecutar, ha si a “causa” del resultado producido (Finger, Frank, v. Hippel), o tiene la “preponderância” en el acontecimiento delictivo (Hegler), o es el que, “desde un punto de vista normativo, realiza o más grave” (Sauer)<sup>204</sup>.

É também insustentável esse argumento de um possível duplo conceito de autor. O argumento poderia até solucionar o problema da autoria mediata. Contudo, colidiria com o fundamento básico utilizado pelo critério objetivo-formal para

---

<sup>203</sup> ORDEIG, Gimbernat Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 25.

<sup>204</sup> ORDEIG, Gimbernat Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 25.

distinguir autoria e participação, qual seja, a realização pessoal da ação executiva<sup>205</sup>.

Além da irrefutável crítica relacionada à não explicação da autoria mediata, a teoria objetiva-formal tem dificuldades de delimitar, com maior nível de segurança, o critério da realização da ação executiva como elemento definidor da autoria.

Nos delitos em que o tipo penal não define os meios para se alcançar o resultado – como ocorre por exemplo no homicídio – não se consegue definir, com a necessária precisão, qual ou quais atos devem ser considerados como de execução para fins de se definir quem realiza a ação típica. Esse problema se faz presente nas hipóteses de coautoria.

Nesse sentido, Stratenwert afirma que

Sin embargo, al igual que allá, también aquí se hace necesario delimitar con más detalle, por su parte, el concepto de “acción ejecutiva”: ¿Ejecuta el delito de homicidio doloso también aquel que hace caer en la trampa a la víctima, o solamente aquel que dispara el tiro mortal? Los defensores de la teoría formal-objetiva respondieron en primer lugar que autor es sólo quien realiza el tipo “*en su propia persona*”. Pero, por un lado, con ello no quedaron superadas las dificultades: ¿con qué derecho se puede decir, en el caso del ejemplo, que sólo el que disparó ha ejecutado la acción típica en su propia persona?, o la inversa: ¿con que derecho, que también hay que incluir al otro?<sup>206</sup>

Para se defenderem dessa crítica, os partidários da teoria objetiva-formal precisam reconhecer como satisfatória, para fins de delimitação da coautoria, a realização de apenas parte da ação executiva<sup>207</sup>. Beatriz Vargas Ramos reage a essa crítica afirmando que

Se os defensores da teoria formal-objetiva parecem contentar-se, como querem os adeptos do critério finalista, com parte da execução

---

<sup>205</sup> ORDEIG, Gimbernat Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 25/26.

<sup>206</sup> STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal; parte general I – el hecho punible*. p. 369.

<sup>207</sup> Nesse sentido, Nilo Batista afirma que “(...) o critério formal-objetivo se contenta, na verdade, não com a integral realização da conduta executiva, e sim com a realização de um ‘trecho’ dessa conduta; com a mera interferência em *parte* da execução; seu compromisso com a tipicidade, pois, não é tão profundo quanto apregoado por seus seguidores (BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*, p. 63/64).

para caracterizar a coautoria, os fautores (sic) da teoria finalista, por sua vez, parecem satisfeitos com uma fração de domínio do fato, para os mesmos fins.<sup>208</sup>

Por fim, uma última e igualmente importante crítica dirigida à teoria objetiva-formal é que nesse critério o mentor intelectual de um crime deve ser considerado sempre como partícipe em virtude de não praticar ele, nem total nem parcialmente, qualquer ato de execução<sup>209</sup>.

Sobre esse crítica, Maurach afirma que a teoria formal objetiva

Como estaba adherida a lo formal, no le era posible tomar con suficiente consideración una forma especialmente peligrosa de la coautoría, esto es, el de la división del trabajo consentida en el acontecer delictivo. Ella no podía castigar como autor, sino solamente como cómplice, al jefe de la banda que dirigía el asalto ordenando y controlando, dado que éste, sin intervenir por propia mano, dejaba la parte menos importante del asalto a sus cómplices. Ella significaba por lo mismo un absurdo premio del autor más peligroso<sup>210</sup>.

### 3.4.3 Teorias objetivo-materiais

As teorias objetivo-materiais distinguem autoria e participação a partir de critérios de relevância da contribuição para a realização do tipo. Essas teorias trabalham basicamente com a ideia de que a conduta desenvolvida pelo autor é sempre mais importante do que a conduta desenvolvida pelo partícipe.

Essas teorias procuraram evitar os defeitos da teoria objetiva-formal, remetendo a um critério material a distinção entre autoria e participação: a importância objetiva da contribuição<sup>211</sup>. Assim, a distinção entre autoria e

---

<sup>208</sup> RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal*, p. 131.

<sup>209</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*, p. 64. Beatriz Vargas Ramos rebate essa crítica alegando que “a autonomia do conceito de instigação, como já foi dito, não leva obrigatoriamente a uma menor punição deste agente em relação ao autor. Se fosse assim, também o critério finalista mereceria a mesma crítica que seus adeptos fazem ao critério formal-objetivo (...). RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal*, p. 130.

<sup>210</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 311.

<sup>211</sup> PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal Parte General*, p. 371



participação deve ser investigada a partir da relevância causal das respectivas condutas<sup>212</sup>.

Roxin elenca as seguintes teorias objetivo-materiais: a) Teoria da necessidade (Bener, Von Bar, Liepmann, Baumgarten e Kohlrausch): o agente que realiza uma contribuição imprescindível – sem a qual o fato não ocorreria – para a concretização do crime é considerado autor principal. Por exclusão, aquele que contribui de forma acessória é partícipe; b) Teoria da simultaneidade (Birkmeyer): aquele que contribui durante a realização do fato é considerado autor – ou coautor –, e aquele que contribui antes da realização do fato é partícipe; c) Teoria da causalidade física e psíquica (Wuttig e Goetz): autor é aquele que desencadeia a causalidade que diretamente conduz ao resultado e o partícipe é aquele que contribui para o resultado por intermédio da ação de outrem; d) Teoria da supremacia do autor (Dahm e Schmidt): a distinção entre autoria e participação se desenvolve a partir de elementos determinados, avaliados segundo uma criteriosa análise do caso concreto. Se a relação entre os que contribuem for de equivalência, há coautoria. Se, ao contrário, a relação for de subordinação, a relação é de participação<sup>213</sup>.

O ponto de partida das teorias objetivo-materiais são as teorias individualizantes da causalidade, ou seja, aquelas que, em oposição à teoria da equivalência dos antecedentes causais, consideram que *“entre las distintas fuerzas que han contribuido al resultado, se puede distinguir entre causa y condiciones”*<sup>214</sup>.

Esse talvez seja o maior problema das teorias objetivo-materiais, ou seja, essas teorias recolocam “no campo do concurso de agentes toda a perplexidade que, na área específica da causalidade, já fora posta pelo empenho vão no diferenciar causa e condição”<sup>215</sup>.

---

<sup>212</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*, p. 65.

<sup>213</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 58/71

<sup>214</sup> ORDEIG, Gimbernat Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 95.

<sup>215</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*, p. 66.

No direito penal brasileiro, as teorias objetivo-materiais são inaplicáveis em virtude de nossa adesão expressa à teoria da equivalência dos antecedentes causais no que diz respeito ao nexos de causalidade. De acordo com o art. 13 do Código Penal Brasileiro, não há diferença entre causa e condição.

Por outro lado, as teorias objetivo-materiais se prestam a delimitar a distinção entre autoria e participação nos crimes materiais. Essas teorias são inservíveis para estabelecer a referida distinção nos crimes em que não há resultado naturalístico, como ocorre por exemplo nos crimes de mera conduta.

Todavia, conforme lembra Nilo Batista

O maior mérito do critério material-objetivo, em nossa opinião, está no questionamento à causalidade “absolutizada” pela equivalência dos antecedentes. A conduta de propiciar a arma pode ser considerada tão causal quanto a de ferir a vítima, mas o direito não pode *esgotar* a sua apreciação neste aspecto, sem um processo de quantificação física e valorativa revelador de uma diferença que não pode ser ignorada. A minorante da participação de menor importância (art. 29, § 1º, CP), demonstra que o direito brasileiro recomenda essa apreciação.<sup>216</sup>

Ressalte-se, por fim, que as teorias objetivo-materiais funcionam como precursoras da teoria do domínio do fato, que é igualmente considerada, para parte de doutrina, como uma espécie de teoria objetivo-material<sup>217</sup>. Nesse sentido, por exemplo, Fierro faz a seguinte advertência:

Si bien la ahora preponderante teoría del dominio del hecho no agota el campo de las teorías materiales objetivas, (...), no puede caber duda de que, atento a su importancia y aceptación, el punto de vista considerado (dominio del hecho) eclipsa a las demás y ocupa toda a escena<sup>218</sup>.

### 3.4.1 Teorias subjetivas

---

<sup>216</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*, p. 67.

<sup>217</sup> Ver, nesse sentido, Maurach (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 314) e Fierro (FIERRO, Julio Guillermo. *Teoría de la participación criminal*, p. 321).

<sup>218</sup> FIERRO, Julio Guillermo. *Teoría de la participación criminal*, p. 321.

As teorias subjetivas da autoria se caracterizam por diferenciar autoria e participação a partir de critérios subjetivos relacionados aos aspectos psíquicos do agente como a vontade, a intenção, o interesse os motivos, etc.

Mientras las teorías objetivas toman en cuenta indicadores del significado objetivo de la participación, las subjetivas se refieren a indicadores que deben permitir alcanzar la actitud del autor en relación con el hecho. Dicho de otra manera, mientras las teorías objetivas interpretan las conductas de los partícipes sobre la base de indicadores del significado exterior del hecho, las subjetivas sólo comprueban un mínimo de exterioridad y recurren a indicadores que permitan conocer la dirección de la voluntad del partícipe<sup>219</sup>.

As teorias subjetivas encontram também substrato teórico na teoria da equivalência dos antecedentes causais, à semelhança do que ocorre com as concepções unitária e extensiva da autoria. As referidas teorias subjetivas partem da concepção de que, a partir de critérios objetivos, não é possível estabelecer diferenças entre autoria e participação. Para essas teorias, é indemonstrável a diferenciação entre autoria e participação apoiada simplesmente em critérios de relevância das contribuições. Do ponto de vista objetivo causal, não há distinção entre o ato de emprestar a arma e o ato de efetuar o disparo contra a vítima. Ambos os comportamentos são idênticos do ponto de vista da causalidade para a produção do resultado. Assim, se se pretende apresentar alguma eventual diferença entre os referidos comportamentos, essa distinção deve ser buscada a partir de critérios subjetivos.

El fundamento de la teoría subjetiva es muy sencillo. Se parte de la teoría causal de la condición y, con base a ella, se niega toda distinción objetiva entre la actividad del autor e la del cómplice: ambos no hacen más que colocar una condición del resultado, y una condición non es posible distinguirla de otra condición. El razonamiento a que entonces se acude es éste: la ley positiva distingue entre autor y cómplice; las actividades de autor y cómplice no se distinguen objetivamente; luego la distinción – impuesta por la ley – ha de hallarse en terreno subjetivo<sup>220</sup>.

A partir da teoria da equivalência dos antecedentes causais – ponto de partida das teorias subjetivas – todo participante é, do ponto de vista objetivo, autor.

---

<sup>219</sup> BACIGALUPO. Enrique. *Hacia el nuevo derecho penal*, p. 462.

<sup>220</sup> ORDEIG, Gimbernat Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. Buenos, p. 28.

Aqui não há como distinguir em importância as várias formas de participação, repita-se. Contudo, se se requer que em um crime a autoria seja algo mais do que causalidade mais dolo, esse algo mais deve se fundamentar apenas em um elemento subjetivo<sup>221</sup>.

Así pues, la teoría subjetiva tiene también otra raíz: el dato psíquico (y en esta medida subjetivo, pero sólo en esta medida) de que en la participación de varias personas, algunos partícipes ponen su aportación a disposición de los demás partícipes, y estos otros, por su parte, adoptan la decisión sobre si disponen o no de ellas<sup>222</sup>.

A peculiaridade da teoria subjetiva de distinguir autoria e participação a partir de critério subjetivo explica, sem contradições, a autoria mediata. Talvez tenha sido esse o fator que justificou o triunfo dessa teoria na jurisprudência alemã conforme destaca Ordeig<sup>223</sup>.

As teorias subjetivas são formadas por dois grandes grupos: a teoria do dolo – que distingue autoria e participação a partir da classe de vontade – e a teoria do interesse – que leva em consideração a prática do fato como de interesse próprio ou alheio.

#### **3.4.1.1 Teoria do dolo**

O mais expressivo representante da teoria do dolo foi Von Buri. O autor – desenvolvedor da teoria da equivalência dos antecedentes causais –, reconhecendo as espécies de participação impostas pela lei, elaborou sua teoria subjetiva a partir do plano objetivo<sup>224</sup>.

Von Buri reconhecia que a teoria unitária a qual necessariamente levava sua concepção causal divergia essencialmente da regulamentação legal da época que distinguia claramente autoria, cumplicidade e instigação no estudo do concurso de agentes para a prática do crime. Assim, seu enfoque deveria estar relegado a uma

---

<sup>221</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*, p.736.

<sup>222</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*, p.736.

<sup>223</sup> ORDEIG, Gimbernat Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 28.

<sup>224</sup> FIERRO, Julio Guillermo. *Teoría de la participación criminal*. p. 321.

opinião *de lege ferenda*. Tensionado pela fidelidade ao seu conceito causal unitário (eminentemente objetivo) e pela necessidade de atender a determinação legal que distingua autoria e participação, o autor deliberou construir sua teoria subjetiva da participação<sup>225</sup>.

Para Von Buri, a distinção entre autoria e participação no estudo do concurso de pessoas só seria possível a partir de considerações relacionadas à dependência da vontade do autor e a independência da vontade do partícipe. Na concreção do fato, o partícipe deseja o resultado a critério do autor, ou seja, ele só quer o resultado se o autor igualmente o quiser. A decisão sobre se o resultado ocorrerá ou não depende exclusivamente da vontade do autor<sup>226</sup>.

Von Buri justifica seu posicionamento afirmando que, do ponto de vista causal, as contribuições prestadas pelos autores e pelos partícipes são absolutamente iguais, haja vista que ambas as cooperações causam igualmente o resultado em sua totalidade. Todavia, a punibilidade dos autores e dos partícipes não pode ser nivelada, porquanto no campo da vontade há uma diferença importante que demonstra que os partícipes merecem uma reprovação penal menor do que a reprovação que deve ser dispensada ao autor. Essa diferença, evidentemente, não está no plano objetivo, pois a contribuição do cúmplice é também tão essencial para a produção do resultado que sem essa contribuição o resultado não teria sido produzido da mesma forma. Essa diferença está, em verdade, na natureza da vontade dos que contribuem para a produção do resultado. Assim, com mesmo grau de efetividade para a produção do resultado, é possível distinguir autoria e participação levando em consideração a natureza da vontade dos que intervêm na empreitada criminosa<sup>227</sup>.

A teoria do dolo parece ter sido também defendida, durante determinado tempo, por Bockelmann, em sua obra *Relaciones entre autoria y participación*. Nessa

---

<sup>225</sup> FIERRO, Julio Guillermo. *Teoría de la participación criminal*, p. 321

<sup>226</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 72.

<sup>227</sup> VON BURI, ZStW 2 (1982), p. 252/253. *Apud*, ORDEIG, Gimbernat Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 28 (nota 113).

obra, o autor, discutindo sobre a eventual possibilidade de cumplicidade nos delitos culposos assim se posicionou:

la complicitad debe ser delimitada de la autoría recurriendo a puntos de vista subjetivos. Pero el criterio decisivo no está dado por una voluntad vaga y difícilmente captable de cometer el hecho “no como propio”, sino en una situación psíquica de hecho, totalmente concreta, consistente en la subordinación del propósito del cómplice a la decisión del hecho del autor principal. La naturaleza de esa subordinación ha sido descrita ilustrativamente en R.G., 3/181<sup>228</sup>.

Conforme se observa, o posicionamento inicial de Bockelmann foi edificado em conexão com a sentença oriunda do Tribunal do Reich, R.G. 3.181<sup>229</sup>.

Cumprе destacar, contudo, que mais tarde Bockelmann reviu seu posicionamento quanto ao acolhimento da teoria do dolo como critério reitor da delimitação da autoria e da consequente diferenciação entre autoria, instigação e cumplicidade no estudo do concurso de pessoas. O autor, após algumas reflexões, passou a adotar o critério do domínio do fato.

O fato de a pessoa que, por si mesma, satisfaz as características objetivas e subjetivas do crime ser qualificada como agente é a expressão de uma concepção resultante da compreensão e do sentimento jurídico que reconhece, no agente que atua de tal modo, o senhor do fato, o titular do domínio do fato. O domínio do fato é, portanto, a palavra chave para a caracterização do conjunto das

---

<sup>228</sup> BOCKELMANN, Paul. *Relaciones entre autoría y participación*. p. 71.

<sup>229</sup> Essa sentença, construída sobre a fórmula básica da teoria subjetiva da autoria de Von Buri, exerceu decisiva influência sobre a jurisprudência do Tribunal Imperial Alemão. Essa sentença ficou assim ementada: “Si el autor quiere llevar a la consumación su propio hecho, pero el partícipe sólo quiere apoyar un hecho ajeno, el del autor, al subordinar su voluntad a la de autor, dejando a criterio de éste si el hecho se va a consumir o no. Frente a esta voluntad dependiente del partícipe, el coautor no reconoce voluntad superior a la suya. Más bien su voluntad es de igual categoría que la de los demás coautores, y, ciertamente, según su parecer, el delito ha de materializarse con la cooperación de éstos, sin que no obstante considere tales voluntades con determinantes de la propia”. VON BURI, *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, 1885, p. 41. *Apud* ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 72/73. Sobre esse posicionamento inicial de Bockelmann, afirma Roxin: “Bockelmann, rechazando la doctrina final de la acción, partió de una teoría del dolo revitalizada, en conexión con la sentencia RGTs 3, 181 ss. Estimaba que la diferencia entre autor y partícipe se encuentra en que el partícipe “deja [el hecho] a criterio” del autor, en que “somete” su propio propósito a la decisión ajena. Quien no lo hace, o sea, aquel cuya decisión no depende de la de toros, es autor; así llega Bockelmann a un concepto “secundário de autor”. (ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 104).

circunstâncias que fundamenta a autoria, também naqueles casos em que várias pessoas colaboram no fato<sup>230</sup>.

A teoria do dolo, como se observará, foi duramente criticada pela doutrina. Nada obstante, Roxin pondera que a teoria do dolo, na realidade, traz uma contribuição substancialmente importante para solucionar problemas relacionados à autoria. Segundo Roxin, “es absolutamente inmerecida la mala fama que siempre ha padecido, como todas las teorías subjetivas”<sup>231</sup>.

Em síntese, merece destaque, nessa teoria, a ideia de que, para ela, o autor de um crime não reconhece uma vontade superior à sua, enquanto o partícipe deseja a realização do fato a cargo do autor.

A teoria do dolo exerceu, conforme destacado, decisiva influência sobre o Tribunal Imperial Alemão.

#### **3.4.1.2 Teoria do interesse**

Essa teoria, defendida, entre outros, por Feuerbach e Henke afirma, resumidamente, que autor de um crime é aquele que desenvolve conduta criminosa perseguindo interesse próprio, ou seja, é aquele que atua com *animus auctoris*. O partícipe, por sua vez, contribui com a prática da conduta delituosa, objetivando atender interesse alheio. Não há independência do partícipe na produção do resultado, senão que ele atua com *animus socii*<sup>232</sup>.

Assim, para essa teoria, autor de um crime é aquele que realiza o fato para atender a interesse próprio, independentemente da contribuição exterior que realize e da vontade de outras pessoas.

---

<sup>230</sup> BOCKELMANN, Paul; VOLK, Paul. *Direito penal parte geral*. p. 219. Roxin observa que já em 1954 que Bockelman, em sua obra: << Nochmals über das Verhältnis com Täterschaft und Teilnahme >>, GA, 1954, pp.193 e ss., havia revisto seu posicionamento passando a acolher o critério do domínio do fato para fundamentar a autoria. ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 105.

<sup>231</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 73.

<sup>232</sup> DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal*, p. 20/21.

Decorre dessa teoria que a realização formal e pessoal da conduta típica é prescindível para fins de se determinar a autoria. Aquele que realiza de própria mão a ação típica pode, por vezes, ser considerada partícipe, desde que o elemento subjetivo condutor de sua contribuição seja no sentido de querer o fato como algo alheio, de outrem.

O Tribunal Imperial Alemão, com o objetivo de estabelecer critérios substanciais para a fórmula “querer o fato como próprio”, considerou a ideia de julgar o interesse pessoal do autor no resultado como indício de sua vontade de autor<sup>233</sup>.

Há entre a teoria do dolo e a teoria do interesse inegável proximidade. Sobre essa proximidade, Roxin pendera que

En realidad, la fórmula del interés no va más allá en su significado que la teoría del dolo. Su valor reside en proporcionar un indicio tangible de la “subordinación de la voluntad” requerida por la teoría del dolo, previniendo el deslizarse en curvas formales. Si alguien carece de todo interés propio en la ejecución de un hecho cabe suponer que deja su realización a criterio del otro en cuanto auténtico interesado. A esta estrecha relación obedece que la teoría del interés haya aparecido en ocasiones a lo largo de su evolución imbricada casi indisolublemente con la teoría del dolo<sup>234</sup>.

As consequências práticas que o acolhimento da teoria do interesse pode gerar estão retratadas nos famosos casos da banheira<sup>235</sup> e Statschynskij<sup>236</sup>, julgados na Alemanha.

---

<sup>233</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 304.

<sup>234</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 76.

<sup>235</sup> “El caso de bañera involucró a dos hermanas, miembros de una familia campesina, solteras ambas, que quedaron embarazadas por la misma época. Una de ellas perdió al niño u el padre de las hermanas, enfurecido por enterarse entonces de que una había quedado embarazada, amenazó a las hijas con expulsarlas de casa se alguna vez volvían a quedar embarazadas. Por miedo a la amenaza de padre, la hija que seguía embarazada ocultó su embarazo a todos, excepto su hermana, y llegó a dar a luz a un niño vivo con la ayuda de ella. Ambas discutieron qué podían hacer para que el padre no se enterara, pues tenían miedo de que cumpliera con su amenaza. La madre del niño decidió que había que deshacerse de él y mantener oculto el hecho. Cuando la hermana estaba bañando al recién nacido, la madre le pidió insistentemente que lo ahogara, a lo que accedió finalmente aquélla, manteniendo al niño sumergido bajo el agua hasta que dejó de dar muestras de vida. Después se deshicieron del cadáver. El RG condenó a la hermana que con sus propias manos había ejecutado la muerte únicamente como cómplice de un asesinato, educiendo que no tenía *animus auctoris*, por actuar no en interés propio, sino ajeno, de su hermana y madre de la criatura (RGSt 74, 19-12-40, 84-85)”. BERRUEZO, Rafael. *Autoría y participación - Desde una visión normativa*, p. 14, nota 40.



Nos referidos casos, sob o argumento de atuarem com *animus socii*, os agentes que realizaram formal e pessoalmente a conduta típica foram considerados como meros partícipes dos crimes.

### 3.4.1.3 Críticas às teorias subjetivas<sup>237</sup>

As teorias subjetivas, conforme destacado, sofrem muitas críticas merecendo destaque as seguintes.

A primeira e talvez a mais importante crítica dirigida à teoria subjetivas diz respeito à ofensa ao Princípio da Legalidade. Por força desse princípio, os tipos penais descrevem os comportamentos eleitos como proibidos apontando, reflexamente, quem pode ser considerado como autor da conduta proibida. Não resta dúvida de que os tipos penais estabelecem um limite objetivo ao conceito de autor<sup>238</sup>. Ao propor critérios exclusivamente subjetivos para a distinção entre autoria e participação, os subjetivistas derrubam o conceito de autoria. Resta prejudicada, assim, a função de garantia dos tipos penais<sup>239</sup>.

Por outro lado, não se pode olvidar que os subjetivistas incorrem em indiscutível contradição. Para eles, a ação se esgota na mera causação de um resultado, desconsiderando integralmente a vontade do autor. A autoria se deduz, assim, unicamente da causa. Todavia, a finalidade do agente, até então irrelevante, é utilizada posteriormente como corretivo da extensão do conceito de autoria. Se a vontade do agente for no sentido de querer o fato como próprio, sua contribuição

---

<sup>236</sup> Nesse caso, “el acusado, al servicio del Comité para Seguridad Estatal en el Consejo de Ministros de la Unión Soviética (KGB), y condecorado por ello con la Orden de Lucha de la Bandera Roja, asesinó en Munich, siguiendo un detallado encargo de su organización, a dos guías de inmigrantes mediante su pistola de gas; no obstante haber actuado solo y por propia mano, el BGH LE condenó como *cómplice* del asesinato, puesto que el sujeto no habría tenido un interés propio en sus hechos ni habría poseído una *voluntad propia del hecho* (BHH 18, 95). MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 304/305.

<sup>237</sup> Considerando a proximidade existente entre as teorias subjetivas do dolo e do interesse na delimitação da autoria no estudo do concurso de agentes e, considerando ainda que alguns autores (por todos, Gimbernat Ordeig) não trabalham com essa distinção (dolo e interesse), preferiu-se apontar as críticas aos subjetivistas de uma maneira igualmente indistinta.

<sup>238</sup> DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal*, p. 25.

<sup>239</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 306.

seria considerada com típica de autoria. Se, ao contrário, sua contribuição fosse no sentido de auxiliar pretensão de terceiro, seria ela típica de participação<sup>240</sup>.

Gimbernat Ordeig reconhece um núcleo de verdade em relação à fundamentação do ponto de partida das teorias subjetivas, qual seja: “*consideradas como condiciones del resultado típico, las contribuciones del autor y del cómplice no pueden diferenciarse*”<sup>241</sup>. Contudo, destaca o autor que os subjetivistas não explicam o porquê, do ponto de vista objetivo, as atividades desenvolvidas pelo autor e pelo partícipe, devem ser consideradas apenas como condições. Segundo o autor, é perfeitamente possível considerar as atividades desenvolvidas pelos agentes também como quantidades. A partir disso, resta clara a existência de uma distinção objetiva entre as contribuições do autor e do partícipe.

Si yo entrego una pistola para que alguien mate con ella, es posible considerar mi actividad y la del autor directo como condiciones del resultado, y entonces, desde este punto de vista, no existe entre ellas ninguna diferencia objetiva. Pero si adoptamos otro enfoque, sí que existen distinciones. No es lo mismo entregar el arma que dispararla. Esta es una diferencia objetiva perceptible por la vista<sup>242</sup>.

Na prática, afirma-se que que o critério da intenção como elemento que deve balizar a distinção entre autoria e participação não apresenta um elemento racional que pode ser empiricamente verificado, senão que essa delimitação fica a cargo da subjetividade do juiz.<sup>243</sup>

Merece destaque, outrossim, a crítica de Bockelmann que, conforme já oportunamente destacado, acolheu, inicialmente, a teoria do dolo como critério reitor da delimitação da autoria.

Mas tão seguro quanto o fato de que a diferenciação entre autoria e participação deve levar em consideração a constituição psíquica dos participantes, é o fato de que ela erra quando não considera outras circunstâncias e, ainda por cima, apenas leva em conta se um ou outro agiu com dolo de autor ou com dolo de partícipe, com *animus*

<sup>240</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 299.

<sup>241</sup> ORDEIG, Gimbernat Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 29.

<sup>242</sup> ORDEIG, Gimbernat Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 30.

<sup>243</sup> JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*, p. 700.

*auctoris* ou *aminus soccii*, se quis o fato “como próprio”, ou “como alheio”, pois não acontece de um participante refletir sobre se quer o fato “como alheio” ou “como próprio” e se essa reflexão ocorresse, ela não teria nenhuma relevância jurídica. Ninguém pode negar a autoria com a simples reserva mental de querer um fato “como alheio”, nem se erigir em autor com a mera pretensão de quer o fato “como próprio” (...). Aqui é relevante se a pessoa tem “interesse” na comissão do fato e qual é esse “interesse”<sup>244</sup>.

Por fim, ainda com o objetivo de demonstrar a irracionalidade do critério subjetivo, merecem destaque, além dos citados casos da banheira e Statschinsky, as seguintes decisões proferidas no âmbito dos tribunais alemães.

También quien colabora frente a la víctima en el ejercicio de la violencia en una violación debe ser considerado, a pesar de ello, con un mero cómplice (RG 3, 181 [182 ss.]). Quien en un asesinato sólo asume el aseguramiento del autor sin colaborar en la acción homicida, debe no obstante poder ser calificado de coautor (RG 63, 101). Quien determina a una mujer a que ejecute de propia mano y de forma plenamente responsable un aborto, es autor y no meramente inductor en la medida en que posea voluntad de autor (RG 74, 21 [23]). (...). Quien origina la detención injustificada de otro es autor de la detención ilegal (BGH 3, 4 [5]) (...). Se califica de simple cómplice a quien, a requerimiento del conductor del vehículo en marcha, arroja a la víctima fuera del coche donde había quedada atrapada por el accidente, ocasionándole con ello la muerte (BGHGA 1993, pág. 187). Quien en el atraco a un banco asume la vigilancia en el vestíbulo del mismo, sólo debe ser considerado coautor se actúa con voluntad de autor (BGH *Dallinger* MDR 1973, pág. 729). A pesar de la ejecución de propia mano del homicidio, el interviniente fue sólo considerado como cómplice se actúa por un interés que no le es propio y lo hace sólo porque no quiere aparecer ante los otros como un cobarde (BGH *Dallinger* MDR 1974, pág. 547). También la simple actividad de servir de correo se considera tráfico en el sentido del § 29 I núm. 1 BrMG, se el autor quiere como un hecho propio la adquisición de la droga del extranjero para suministrarla a la red alemana de traficantes (BGH MDR 1979, pág. 71)<sup>245</sup>.

---

<sup>244</sup> BOCKELMANN, Paul; VOLK, Paul. *Direito penal parte geral*, p. 218/219.

<sup>245</sup> JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*, p. 700.

## 4 - A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

### 4.1 Considerações iniciais

Considerando o grande crescimento do acolhimento dessa teoria em nosso país e, considerando ainda ser essa a teoria por nós adotada para distinguir autoria e participação no estudo do concurso de pessoas, optamos, conforme antecipado, por abordá-la separadamente.

Optamos por apresentar as principais discussões relacionadas à origem da teoria do domínio do fato, um breve comentário contemplando os principais aspectos e a extensão dessa teoria e, por fim, o desenvolvimento dessa teoria a partir de seus principais defensores, quais sejam: Welzel, Maurach e Roxin. Considerando que Roxin apresentou, segundo nosso entendimento, o mais completo, substancioso e, definitivamente o melhor trabalho sobre essa teoria, optamos, ainda, por apresentar sua abordagem em relação à teoria do domínio do fato também separadamente (no próximo capítulo).

Assim, não é nossa aspiração abordar todos os detalhes da teoria do domínio do fato, todas as vertentes e as bases metodológicas que a inspiraram, bem como as aplicações práticas e o desenvolvimento apresentado e elaborado por todos os seus adeptos. Extrapolaria sobremaneira as pretensões desse estudo uma abordagem nesse sentido. Mais: essa tarefa exigiria um trabalho único como fez, por exemplo, Roxin em sua obra *Autoría e Dominio do Hecho em Derecho Penal* (no original: *Täterschaft und Tatherrschaft*).

Discute-se, em doutrina, se a teoria do domínio do fato seria uma teoria objetiva, subjetiva ou, ainda, se essa teoria seria uma teoria objetiva-subjetiva.

Alguns autores alemães sustentam que a teoria do domínio do fato constitui uma versão reeditada – através de algumas variações – dos conceitos apresentados pela teorias subjetivas, em que *“la conciencia del dominar para configurar e acto típico, convierte al dominio del hecho en una fórmula utilizada para determinar o excluir la autoría”*<sup>246</sup>. No caso concreto, a comprovação de que o fato seria obra do

---

<sup>246</sup> FIERRO, Julio Guillermo. *Teoría de la participación criminal*, p. 327/328.

autor, dependeria de componentes subjetivos, que não se confundem com o componente *animus auctoris*, típico das concepções subjetivas da autoria<sup>247</sup>.

Gimbernart Ordeig afirma que a teoria do domínio do fato aparece, por um lado, como uma continuação da teoria subjetiva em que “*el participe somete su voluntad a la del autor, de tal forma que deja al criterio de éste el que el hecho llegue o no a consumarse*”<sup>248</sup>. Esse “deixar a critério de” (*animus auctoris*) seria o ponto de conexão entre a teoria subjetiva e a teoria do domínio do fato<sup>249</sup>.

Há quem sustente, por outro lado, que a teoria do domínio do fato seria uma teoria constituída de componentes objetivos e subjetivos. Portanto, seria ela uma teoria objetiva-subjetiva. Para esses autores, em resumo, a possibilidade de dirigibilidade do curso causal da ação típica seria o componente objetivo e a vontade de dominar esse acontecer típico seria o elemento subjetivo (ou simplesmente o dolo)<sup>250</sup>.

Gimbernart Ordeig entende que a teoria do domínio do fato não é subjetiva e nem mesmo objetivo-subjetiva. Para o autor, a teoria do domínio do fato é totalmente objetiva<sup>251</sup>. Argumenta ele, em síntese, que aquele que possui o domínio do fato já pode atuar com a vontade que ele quiser que esse domínio o seguirá. Já aquele que não é titular do domínio do fato, ainda que queira o fato como próprio, ainda que atue com vontade de autor, não ser revestirá da posição de domínio que antes ele não possuía. Ainda, o domínio do fato exige que o agente tenha integral conhecimento das circunstâncias fáticas que fundamentam o seu real domínio sobre o acontecer típico. Assim, o dolo de domínio do fato seria algo além de um mero pressuposto de imputabilidade. Em verdade, esse dolo seria uma parte integrante do

<sup>247</sup> FIERRO, Julio Guillermo. *Teoría de la participación criminal*, p. 328.

<sup>248</sup> ORDEIG, Gimbernart Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 103.

<sup>249</sup> ORDEIG, Gimbernart Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 103.

<sup>250</sup> Nesse sentido, por exemplo, Maurach (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 317/318), Bockelmann e Volk (BOCKELMANN, Paul; VOLK, Paul. *Direito penal parte geral*, p. 219), Jescheck (JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*, p. 703) Welsses (WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral*. p. 120) e Jorge de Figueiredo Dias (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal; parte geral*. T. I. p. 765/766).

<sup>251</sup> ORDEIG, Gimbernart Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 104/105.

domínio do fato. Quem desconhece os fatores objetivos constitutivos do domínio do fato não está revestido desse dolo. Na eventualidade de ausência de dolo do agente, não lhe seria imputável a existência do domínio do fato, senão a ignorância da situação objetiva levada consigo<sup>252</sup>.

Se um médico *A* pede a seu colega distraído *B* que aplique uma injeção (em realidade um veneno) em um determinado paciente, não se pode afirmar que o médico *B*, que atendeu ao pedido do médico *A*, tenha objetivamente o domínio do fato e que, apenas por lhe faltar o dolo, o fato não lhe pode ser imputado. Em verdade, o médico *B* não tem, em definitivo, o domínio do fato<sup>253</sup>.

Gimbernati Ordeig sintetiza seu pensamento da seguinte forma:

Cierto, pues, que sin dolo no existe dominio del hecho. Pero querer llamar por esta doctrina una objetiva-subjetiva sería olvidar lo que tradicionalmente quiere decir "subjetivo", dentro del marco de la teoría de participación. Quiere decir que el sujeto que se da cuenta de lo que objetivamente sucede puede ser autor o cómplice según que sea una u otra la disposición de su ánimo. Y con esta concepción la doctrina del dominio del hecho no tiene nada que ver. Calificarla de objetivo-subjetivo, por tanto, solo puede dar lugar a equívocos<sup>254</sup>.

No mesmo sentido de Gimbernati Ordeig, Miguel Díaz y García Conlledo pondera que

Pues bien, se exija finalidad o se exija consciencia, lo que está claro es que ello nada tiene que ver con la posición interna del sujeto respecto a su forma de intervención en el hecho, nada tiene que ver con querer el hecho como propio o ajeno, con tener voluntad preponderante o no, con actuar en interés propio o ajeno, etc., es decir, que en este sentido, desde luego, la teoría del dominio del hecho no es subjetiva, y ni siquiera es mixta, pues, para calificar de tal a una teoría, ésta tendría que afirmar que es autor quien objetivamente lo sea (por el criterio de que se trate, cosa que ahora no interesa) y además quien, sin serlo, actúe con *animus auctoris* (carácter mixto "alternativo"), o bien, que es autor quien, actuando con *animus auctoris* (recuérdese que esto es algo distinto a la

---

<sup>252</sup> ORDEIG, Gimbernati Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 104/105.

<sup>253</sup> ORDEIG, Gimbernati Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 105/106.

<sup>254</sup> ORDEIG, Gimbernati Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*, p.106.

finalidad o la consciencia), cumpla además los requisitos objetivos de la autoría (carácter mixto "cumulativo")<sup>255</sup>.

A despeito do grande apoio que a teoria do domínio do fato tem recebido, tanto no estrangeiro, quanto em âmbito nacional, não se pode descuidar de suas distintas formas de manifestação. O estudo de Welzel, não resta dúvida, inaugurou o desenvolvimento dogmático dessa teoria. Todavia, conforme será exposto, esse estudo culminou com a elaboração de apenas uma vertente da teoria do domínio do fato que se distancia, por vezes e substancialmente, de outras.

A adesão imoderada à teoria do domínio do fato tem proporcionado equívocos de interpretação. A teoria do domínio do fato, não resta dúvida, proporciona, para parte da doutrina, determinada zona de conforto na missão de acertadamente caracterizar a autoria e distinguir autoria e participação no estudo do concurso de pessoas. Todavia, pensa-se, há a necessidade de se investigar adequadamente essa teoria para que o equívocos interpretativos não se tornem uma tendência.

Em nosso país, não seria temerário afirmar que a teoria do domínio do fato vem ganhando indiscutível adesão ao ponto de ser considerada preponderante, especialmente por parte da jurisprudência, inclusive de nossos tribunais superiores. Entretanto, particularmente no que diz respeito ao uso dessa teoria para distinguir autoria e participação no âmbito jurisprudencial, percebe-se um amplo equívoco. Escudadas, sobretudo, no entendimento de que a prova da unidade de desígnios e da divisão de tarefas no concurso de pessoas são suficientes para a configuração da coautoria, as decisões judiciais, a despeito de reconhecerem a teoria do domínio do fato com a teoria que deve servir de base para a delimitação da autoria, parecem se filiar a uma concepção unitária da autoria. Ou seja, estando demonstrada a unidade de desígnios e a divisão de tarefas para a prática do crime, não há que se falar em participação *stricto sensu*, senão coautoria segundo entendimento prevalente da jurisprudência nacional<sup>256</sup>.

---

<sup>255</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Miguel. *La autoría en derecho penal*. p. 575.

<sup>256</sup> Como exemplo dessa tendência, cita-se o seguinte julgado: EMENTA: APELAÇÃO - ROUBO MAJORADO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CONDENAÇÃO MANTIDA - INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO CONCURSO DE PESSOAS - RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA APLICADO NO GRAU ADEQUADO, TENDO EM VISTA AS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. 1 - Tratando-se de delito praticado na clandestinidade,

Por outro lado, doutrina e jurisprudência pátrias têm-se olvidado de que a teoria do domínio do fato possui vertentes diferentes. Não basta falar que se acolhe a teoria do domínio do fato como critério reitor da autoria e da distinção entre autoria e participação no estudo do concurso de pessoas. E preciso, ademais, afirmar qual vertente da teoria do domínio do fato se acolhe.

Em síntese, há ingente necessidade de adequadamente se compreender a teoria do domínio do fato como critério da autoria. Para tanto, deve-se, inicialmente compreender as suas principais vertentes para corrigir algumas lamentáveis interpretações inadequadas e precipitadas dessa teoria. Conforme Jakobs, “El contenido conceptual del «dominio del hecho» se determina en la doctrina de diversos modos – en general o demasiado naturalísticamente (dominio como hecho) o demasiado normativamente (dominio como motivo de la responsabilidad)<sup>257</sup> .

Por fim, cumpre esclarecer que a teoria do domínio do fato integra o rol das teorias restritivas da autoria.

#### **4.2 Da origem e da evolução do conceito de domínio do fato**

Hegler, em sua monografia sobre *Os Elementos do Delito*, publicada em 1.915, foi quem pela primeira vez fez uso da expressão “domínio do fato” em Direito Penal. Porém, nesse trabalho, Hegler não atribuiu a essa expressão o conteúdo que hoje ela tem. Em verdade, ele já considerava o domínio do fato como elemento da autoria, do sujeito do delito. Todavia, tal consideração estava relacionada aos requisitos materiais da culpabilidade jurídico-penal. Para ele, só atuava culpavelmente aquele agente que tinha domínio pleno do fato. Em momento algum

---

como o roubo, é de dar-se especial relevância às palavras das vítimas como elemento de prova, desde que não destoem do conjunto probatório e que não se encontrem, nos autos, indícios ou provas de que elas pretendam incriminar pessoas inocentes. 2 - Pela teoria do domínio final ou funcional do fato, se considera autor todo aquele que, com sua conduta, após uma prévia divisão de tarefas, além de influir subjetivamente direta e decisivamente no êxito da empreitada criminosa, poderia evitá-la. (Apelação Criminal 1.0024.11.322749-0/001, Relator(a): Des.(a) Paulo César Dias, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 20/11/2012, publicação da súmula em 28/11/2012).

<sup>257</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General.*, 1997, p. 740.



de seu trabalho, Hegler empregou o critério do domínio do fato como critério de delimitação da autoria e da distinção entre autoria e participação<sup>258</sup>.

Alinhados a Hegler, Frank e Goldschmidt assumiram também o domínio do fato como elemento integrando do conceito de culpabilidade<sup>259</sup>.

A teoria do domínio do fato como critério para a caracterização da autoria e da distinção entre autoria e participação no estudo do concurso de pessoas foi utilizada pela primeira vez por Hermann Bruns (1931). Esse autor partiu da ideia básica de que a autoria – seja ela dolosa ou culposa – pressupunha ao menos a possibilidade de domínio do fato, ou seja, para ele a autoria se fundamentava na possibilidade que tinha o agente de dominar o fato. Ainda, para Bruns, essa possibilidade que tem o agente de dominar o fato descrito no tipo penal deveria servir como parâmetro de imputação da conduta típica ao agente, pois nas formas de participação (indução e cumplicidade) não há, argumenta o autor, a figura do domínio integral do fato final. As formas de participação funcionavam, em verdade, como causas de extensão da pena<sup>260</sup>.

A despeito de ter sido o primeiro autor a tratar expressamente do critério do domínio do fato como critério delimitador da autoria e também da distinção entre autoria e participação, Bruns não é considerado por Roxin como o fundador da teoria do domínio do fato. Justifica Roxin que as reflexões de Bruns são demasiadamente incidentais e, outrossim, estão demasiadamente pouco desenvolvidas. Enfim, para Roxin, o sucinto desenvolvimento da teoria do domínio do fato como critério para a caracterização da autoria e para a distinção entre autoria e participação proporcionado por Bruns, não o credencia como precursor dessa teoria<sup>261</sup>.

Três anos após exposição de Bruns, o conceito de domínio do fato voltou a ser utilizado por Hellmuth v Weber (1935). Weber, partidário do conceito subjetivo de

---

<sup>258</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 81.

<sup>259</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 82.

<sup>260</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 82.

<sup>261</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 83.

autoria, se serviu da teoria do domínio do fato para justificar o seu posicionamento. Para ele, o autor é o agente que executa o fato com vontade de dominá-lo como um fato próprio<sup>262</sup>.

Algum tempo depois (1936), Eb. Schmidt (partidário do conceito extensivo de autor) em um pequeno trabalho sobre a autoria nos crimes militares, tentou conectar ao conceito extensivo de autoria por ele perfilhado a ideia de domínio do fato e o princípio do dever. Para esse autor, só se pode falar em autoria se a vontade do sujeito atuante demonstra ser ele o senhor, o dono do fato. Eb. Schmidt entende, ainda, que a disposição de vontade inerente ao domínio do fato pressupõe uma posição de dever tipicamente militar<sup>263</sup>.

Finalmente, Hans Welzel, em 1939, deu à teoria do domínio do fato os seus atuais contornos<sup>264</sup>. O autor, entrelaçando a teoria do domínio do fato com a sua teoria finalista da ação, elaborou o seu conceito de autoria final. Para Welzel, “*autoría final es la forma más abarcadora de dominio final*”<sup>265</sup>. Inaugura-se, a partir desse trabalho de Welzel, a história da dogmática da teoria do domínio do fato e a

---

<sup>262</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 84.

<sup>263</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 84.

<sup>264</sup> É importante registrar que, em verdade, a primeira formulação da ideia central da teoria do domínio do fato como critério de delimitação da autoria e da distinção entre autoria e participação se deu em 1933 com Lobe (ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 85. No mesmo sentido Miguel Díaz y García Conlledo in DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Miguel. *La autoría en derecho penal*. p. 550). Lobe, criticando o critério do *animus auctoris* (vontade de autor) para a delimitação da autoria sustentou que o que deve ser levado em consideração para a delimitação da autoria nos crimes praticados em concurso de pessoas não é essa vontade de cometer um fato como algo próprio, como propõe as concepções subjetivas, senão que, nessa vontade, deve-se materializar a ideia de que o agente autor realiza o fato dominando-o integralmente. Dentro da vontade de autor (*animus auctoris*), deve estar presente o domínio do fato, o domínio da execução do fato. Assim, para esse autor, a determinação da autoria deve partir de critérios subjetivos-objetivos. Arrematando, Lobe argumenta que essa sua ideia central de autoria permite adequadamente diferenciar autoria e participação. Argumenta ele que o partícipe é o que contribui sem dominar a ação executiva, ou seja, a contribuição do partícipe está dominada pela vontade do autor (ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 86). É inegável a proximidade existente entre as reflexões de Welzel e Lobe no que diz respeito à teoria do domínio do fato como critério determinante da autoria. Todavia, em seu famoso estudo de 1939 – *Estudios sobre o sistema de direito penal* –, Welzel não mencionou o seu antecessor Lobe e também não mencionou nenhum dos outros autores que anteriormente haviam aplicado o critério do domínio do fato na doutrina da autoria.

<sup>265</sup> WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*, 82.

esse autor pode-se atribuir a condição de primeiro autor a defender com êxito essa teoria<sup>266</sup>.

Ressalte-se, desde já, que Welzel trabalha com um conceito de autoria para os crimes culposos e outro para os delitos dolosos. Esses conceitos de autoria são, para o autor, absolutamente diferentes e se servem também de critérios delimitadores desiguais.

La autoría imprudente es una autoría muy especial y no tiene nada que ver con la autoría final situada en el punto central de la dogmática. Solo para esta última tiene la teoría de la participación un sentido objetivamente fundado.

El autor imprudente es simplemente una causa concomitante para el resultado producido, cuya especialidad frente a otras causas consiste solo en que fue intencionalmente evitable. La que se le reprocha es que él haya sido de alguna manera una (concomitante) causa para el resultado producido, a pesar de que lo hubiese podido evitar. Cualquier modo de causalidad concomitante, que sea evitable, da lugar por eso a una autoría<sup>267</sup>.

Conforme se observa, Welzel desenvolve o conceito de autoria culposa levando em consideração o plano puramente causal e próprio do conceito extensivo de autor. Já em relação ao conceito de autoria dolosa, Welzel trabalha com o seu citado conceito final de autor que junte a teoria do domínio do fato com a sua teoria final da ação.

Cumpra registrar a advertência de Roxin no sentido que dos autores mencionados nessa abordagem,

ninguno se refiera a los demás, sino que todos ellos hayan llegado independiente a formar este concepto. También es curioso que los puntos de partida dogmáticos que han conducido a la evolución del concepto de dominio del hecho sean absolutamente diferentes (...). La circunstancia de que todas estas teorías independientes entre sí converjan en el concepto de dominio del hecho y fuercen a consecuencias semejantes para la problemática de la participación pone de manifiesto que esta idea no representa el descubrimiento de

---

<sup>266</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en derecho penal*. p. 551.

<sup>267</sup> WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*, 81/82.

un solo autor, sino que estaba flotando “en el aire”, a la espera sólo de elaboración y desarrollo amplios<sup>268</sup>.

Em nosso país, Nilo Batista<sup>269</sup> foi quem desenvolveu pioneiramente a teoria do domínio do fato como critério delimitador da autoria e da distinção entre autoria e participação no estudo do concurso de pessoas.

### 4.3 Âmbito de aplicação da teoria do domínio do fato

É inegável o vertiginoso e envolvente surgimento e aceitação, pela doutrina, da teoria do domínio do fato como critério determinante da autoria, especialmente na Alemanha. A partir do citado trabalho do Welzel, de 1939 – *Estudos sobre o sistema de direito penal* –, essa teoria passou a ser dominante naquele país<sup>270</sup>.

Conforme já enfatizado, o tratamento da distinção entre autoria e participação na Alemanha é algo extremamente importante e necessário. Von Buri, como já destacado, reconhecia que a teoria unitária da autoria, a qual necessariamente levava sua concepção causal, divergia essencialmente da regulamentação legal da época que distinguia autoria e participação no tratamento do concurso de pessoas. Por esse motivo, ele criou a sua já citada teoria subjetiva da participação. Ele reconheceu a necessidade de se atender a determinação legal.

A teoria do domínio do fato surgiu com a mesma pretensão: a de distinguir autoria e participação no estudo do concurso de pessoas, o que ia ao encontro do tratamento legal da matéria na Alemanha<sup>271</sup>.

---

<sup>268</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 85. No mesmo sentido Miguel Díaz y García Conlledo (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en derecho penal*. p. 550).

<sup>269</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. A primeira edição dessa obra foi publicada no ano de 1979. Importa registrar que o critério do domínio do fato como critério da definição da autoria já havia sido apresentado, brevemente, por Fabrício Leiria (LEIRIA, Antônio José Fabrício. *Autoria e Participação Criminal* p. 88). O próprio Nilo Batista reconhece esse fato. (BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*, nota introdutória, p. ix).

<sup>270</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en derecho penal*. p. 545.

<sup>271</sup> É que no Código Penal Alemão, tanto em sua redação atual quanto em sua antiga redação, há, ao contrário do Código Penal Brasileiro, clara opção legislativa pela distinção entre autoria e participação (GRECO, Luis; 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*, p. 14). Consoante já se assinalou anteriormente, O Código

Ressalte-se, contudo, que a distinção entre autoria e participação proposta pela teoria do domínio do fato deve ocorrer exclusivamente no âmbito do tipo penal<sup>272</sup>.

Atribui-se o surgimento e a aceitação da teoria do domínio do fato, em parte

(...) como una mera reacción defensiva, frente a las indeseadas consecuencias de la teoría subjetiva extrema de autor (...) y en tal medida se limita a ciertas correcciones objetivas “de autoría” en el entramado de una teoría de la participación,, cuya construcción sigue siendo básicamente subjetiva (...); también en parte ella debe su surgimiento a una básica contradicción frente al concepto causal de acción (...); y también en parte se presenta como una combinación de ambas concepciones; finalmente, es fundada, por razones propias del Estado de derecho, en la “necesidad de una formulación más rigurosa de la ley<sup>273</sup>.

Elementos coincidentes entre a teoria do domínio do fato (que, conforme anteriormente destacado, é tratada por alguns autores como uma das espécies da teoria objetivo-material) e a teoria formal-objetiva é o afastamento do critério de vontade de autor como base exclusiva da distinção entre coautoria e participação, bem como o reconhecimento de determinado domínio de critérios objetivos para proporcionar, de maneira segura, a aludida distinção. As referidas teorias se distinguem entre si pelo fato de que a teoria do domínio do fato (e, igualmente, todas as teorias objetivo-materiais) não se reveste do critério da realização total ou parcial da conduta descrita no verbo reitor do tipo para a delimitação da autoria. Para tal

---

Penal Alemão (StGB) em seu Título III – Autoria e Participação, assim dispõe: **§ 25. Autoría** (1) Se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por si mismo o a través de otro. (2) Si varios cometen mancomunadamente el hecho punible, entonces se castigará a cada uno como autor (coautoría). **§ 26. Instigación (inducción a delinquir)** Igual que el autor será castigado el instigador. Instigador es quien haya determinado dolosamente a otro para la comisión de un hecho antijurídico. **§ 27. Complicidad** (1) Como cómplice se castigará a quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión un hecho doloso antijurídico (ALEMÁN, Código Penal (1871 con la última reforma del 31 de enero de 1998). *Código Penal Alemán*. Importa ressaltar que no Código Penal Alemão a instigação e punida com a pena do autor (§ 25 e § 26). A cumplicidade, por sua vez, é punida com pena atenuada (§ 27 II). Não resta dúvida quanto à opção do legislador alemão no sentido de uma evidente distinção entre autoria e participação. Ainda, o legislador alemão separou claramente os seguintes institutos jurídicos: autoria direta, autoria mediata, coautoria e participação nas modalidades de instigação (indução a delinquir) e cumplicidade.

<sup>272</sup> Para Roxin, com se viu, as espécies de participação são causas de extensão da pena (ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 361.)

<sup>273</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 314/315.

delimitação, essa teoria busca um elemento material que seja próprio da autoria dolosa e, igualmente, da coautoria, permitindo distinguir todas as classes de autoria e a participação. E esse critério é o domínio final do fato do autor e a inexistência desse domínio por parte do partícipe<sup>274</sup>.

Em resumo, dentro de seu trivial desenvolvimento, autor é quem tem o domínio do fato, ou seja, é quem detém o controle integral do curso da conduta típica. O partícipe, por sua vez, é aquele que presta qualquer outra contribuição ao fato dominando apenas a sua própria vontade. O partícipe é quem colabora de forma secundária. Enfim, o domínio final do fato é uma característica da autoria e não da participação.

O decisivo para a *autoria* é assim, se, e até onde, o colaborador individual, segundo a *espécie e importância de sua contribuição objetiva*, assim como com base em sua *colaboração volitiva*, domina ou co-domina o Se e o Como da realização do tipo de forma que o *resultado* apareça *como obra (também) de sua vontade dirigida finalisticamente ou co-formadora do fato*. A participação é, ao contrário, a causa ou a promoção de um fazer ou de uma omissão alheios, realizados sem este domínio do fato<sup>275</sup>.

A construção de Welzel (que, como se viu, inaugurou a história dogmática da teoria do domínio do fato), conforme destacado, alinhou o critério do domínio do fato com a sua teoria finalista da ação para criar o seu conceito final de autoria. A base, portanto, da teoria do autor final de Welzel é a teoria finalista da ação por ele desenvolvida.

Em virtude do substrato finalista que sustenta a teoria de autor final de Welzel, afirma-se que essa teoria apresenta natural dificuldade para delimitar a autoria nos crimes culposos. O critério do domínio do fato foi edificado para solucionar problemas de autoria relacionados à prática de crimes comissivos dolosos.

(...) Autor es únicamente quien tiene el dominio del hecho (es señor del hecho) “consciente de la finalidad”. El dominio finalista del hecho es la característica de la autoría; falta en el partícipe. Su existencia en el autor principal es presupuesto de toda participación. Una

---

<sup>274</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 315.

<sup>275</sup> WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral*. p. 120.

auténtica participación es por tanto posible únicamente en la autoría dolosa <sup>276</sup>.

No desenvolvimento da teoria do domínio do fato, restou questionável a pretensão de universalidade dessa teoria. O referido questionamento recaiu especialmente sobre a possibilidade de essa teoria reger a autoria nos crimes próprios, nos crimes de mão própria, nos crimes omissivos e nos crimes culposos.

Quanto à pretensão de universalidade dessa teoria, Bacigalupo, posicionando-se favoravelmente a uma extensão do conceito de domínio do fato para a delimitação da autoria, elenca as seguintes particularidades desse conceito: quando o tipo penal exige para a autoria um elemento subjetivo especial – como por exemplo o *animus rem sibi habendi*, no crime de apropriação indébita – será preciso, além do domínio do fato, a presença do elemento subjetivo especial do injusto; quando o crime exige uma qualidade especial do sujeito ativo (crimes próprios) – como por exemplo ser funcionário público no crime de peculato – há a necessidade da presença dessa qualidade especial do sujeito ativo, além do domínio do fato; e, por fim, nos crimes de mão própria – em que há a necessidade de que o autor realize pessoalmente a ação típica – só terá o domínio do fato aquele que pessoalmente realizou a ação típica<sup>277</sup>.

Para Bacigalupo, nesses casos (especialmente em relação aos crimes próprios e aos crimes de mão própria), não se deve considerar a existência de exceções ao critério do domínio do fato, senão algumas particularidades que advem da estrutura do tipo penal<sup>278</sup>.

---

<sup>276</sup> BOCKELMANN, Paul. *Relaciones entre autoría y participación*. p. 40. No mesmo sentido afirma Bacigalupo que “en todos los casos es fundamental que el autor haya obrado con dolo, *el que obra sin dolo carece del dominio del hecho*. Por lo tanto, el problema de la distinción entre autores y partícipes sólo se presenta en los delitos dolosos. En los delitos culposos, son autores los que infringen el deber de cuidado que caracteriza lo ilícito del delito culposo (...). Con respecto a los delitos de omisión y a los culposos hay acuerdo general: la teoría del dominio del hecho considera que éstos están excluidos de su explicación y reconocen, como vimos, reglas específicas”. (BACIGALUPO. Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*, p. 168/169.

<sup>277</sup> BACIGALUPO. Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*, p. 169.

<sup>278</sup> BACIGALUPO. Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*, p. 168/169. Curiosamente, na 2ª edição de seu livro *Derecho penal: parte geral*, Bacigalupo, publicado no ano de 1999, o autor se posiciona no sentido de que no delitos de dever o critério reitor da autoria não deve ser o critério do domínio do fato, mas, sim, o critério da infração ao dever especial que incumbe ao agente. Nas palavras do autor: “En los delitos de infracción de deber el criterio determinante de la autoría es

Roxin, em sentido oposto ao de Bacigalupo – no sentido de um conceito limitado da teoria do domínio do fato como critério para caracterizar a autoria –, entende que, nos delitos de infração de dever (categoria de crimes que foi por ele criada e que engloba, principalmente, os crimes próprios e os crimes omissivos) e nos delitos de mão própria, não é possível se servir do critério do domínio do fato para delimitar a autoria. Trata-se, portanto, de exceções à aplicação do critério do domínio do fato, ou seja, para Roxin, em resumo, a teoria de domínio do fato deve ser aplicada para a delimitação da autoria apenas nos intitulados delitos de domínio.

Maurach, de alguma forma alinhado ao posicionamento de Bacigalupo, rechaça de forma veemente essa dicotomia delitos de domínio e delitos de dever proposta por Roxin. Argumenta Maurach, que todo agente que atua de forma contrária à norma, viola o dever prévio que nela existe. Segundo esse autor, todos os crimes são considerados como violação de uma norma e todas as normas apresentam deveres subjacentes. Assim, todos os delitos devem ser considerados como delitos de infração de dever. Nesse medida, Maurach afirma que não pode existir nenhuma distinção entre delitos de dever e delitos de domínio. Nas hipóteses em que há uma limitação da punibilidade do autor em virtude de uma exigência prévia do tipo penal – como, por exemplo, ser funcionário público – permite-se falar de sujeitos que estão submetidos a deveres especiais. Contudo, nessa fase prévia à descrição típica, todas as pessoas, independentemente de qualquer qualidade ou condição pessoal, se encontram igualmente obrigadas frente às normas e não se pode falar aqui, evidentemente, em punição<sup>279</sup>.

También en los delitos de deber, el dominio del hecho constituye un criterio irrenunciable de autoría, aunque por *sí solo* no puede fundar la autoría para toda persona, sino solamente para el sujeto del hecho estrictamente descrito por la ley como ocurre especialmente en los delitos de omisión propia (...). De ahí que el dominio del hecho sea

---

únicamente la infracción del deber que incumbe al agente, con total independencia de si tuvo o no dominio del hecho. Por ejemplo: el administrador de hecho o de derecho que aconseja a un tercero cómo sustraer ciertos bienes del activo del patrimonio que administra, es autor del delito de administración desleal aunque no haya tenido dominio del hecho en la sustracción del tercero que perjudica el patrimonio”. BACIGALUPO. Enrique. *Derecho penal: parte geral*. p. 511. Enfim, parece claro que o autor mudou de opinião.

<sup>279</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 318.



siempre un elemento necesario de autoría, pese a que no siempre se basta a sí mismo<sup>280</sup>.

Nos intitulados delitos de infração de dever, o decisivo para a delimitação da autoria no estudo do concurso de pessoas é, para Roxin, portanto, a infração do deber especial extrapenal e não o domínio do fato.

Junto a los delitos de dominio, se introduce en esta obra la categoría de los delitos de infracción de deber, en los que (con arreglo a la concepción aquí desarrollada) no es el dominio del hecho lo que fundamenta la autoría sino la infracción a un deber especial extrapenal<sup>281</sup>.

Em relação a esse posicionamento de Roxin, Maurach apresenta a seguinte crítica:

Por lo demás, Roxin incurre en una contradicción al atribuir, por una parte, los elementos de autoría al tipo (...) y, por la otra, con titularidad del deber especial fundante en la autoría como 'previo' al tipo (...). Según la concepción sostenida, la importancia de la teoría de Roxin radica en una profundizada comprensión de sujeto mismo del hecho<sup>282</sup>.

Roxin, distinguiendo delitos comuns e delitos especiais, define delitos de infração de dever da seguinte forma:

En cambio, en los delitos especiales sólo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad ("cualificación de autor"). Por regla absolutamente general esa cualidad consiste en una posición de deber extrapenal, por lo que en estos casos es mejor hablar de "delitos de infracción de deber. Así p. ej. son delitos de infracción deber los delitos de funcionarios en el ejercicio de su cargo (§§ 331 e ss.), en los que sólo puede ser autor el que infrinja su deber especial derivado de una posición oficial, o el § 203, en el cual la infracción del deber de secreto profesional opera fundamentando la autoría. También es un delito de infracción de deber (a pesar del término "el que") el tipo de la gestión desleal (§ 266), ya que en el mismo es presupuesto de la autoría la vulneración de un deber especial de cuidar el patrimonio<sup>283</sup>.

---

<sup>280</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 318.

<sup>281</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 742.

<sup>282</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 318.

<sup>283</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, p. 338

Enrique Bacigalupo<sup>284</sup>, referindo-se a Roxin, esclarece que esse autor incorpora à categoria dos delitos de dever os crimes especiais próprios, os crimes culposos e o crimes omissivos. De fato, nas primeiras edições de sua obra clássica sobre concurso de pessoas (*Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*), Roxin incluía na categoria dos delitos de deber os crimes culposos. Contudo, cumpre registrar que desde a 3ª Edição dessa sua obra, o autor suprimiu da categoria dos delitos de deber, esses crimes. O autor justifica seu posicionamento da seguinte forma:

Lo cual es especialmente cierto para los delitos imprudentes, a los que en la actualidad ya no considero delitos de infracción de deber en tanto que la vulneración del deber general de cuidado, constitutiva del injusto, simplemente se refiere al deber de evitar que incumbe a todo ciudadano y que también subyace a los tipos dolosos. Más bien, en los delitos imprudentes, como en general, sólo cabe hablar de delitos de infracción de deber allí donde deberes especiales extrapenales entrañan requisitos de la autoría especiales, no accesibles a cualquiera<sup>285</sup>.

Além dos delitos de deber, Roxin também excepciona do critério do domínio do fato para a determinação da autoria, conforme destacado, os delitos de mão própria. Para ele, a autoria nesses crimes – em que se considera autor quem pessoalmente realiza a ação típica – se rege por critérios distintos do critério do domínio do fato.

A doutrina encontra grande dificuldade para adequadamente classificar um delito como de mão própria. Por esse motivo, o tema é constantemente revisitado. Para a teoria do teor literal, o critério para classificação de um delito como de mão própria é o critério da formulação típica. Aqui, autor de um delito de mão própria é o que efetuou a ação descrita no tipo penal. Por outro lado, a teoria do movimento corporal sobrepõe a fundamentação dos delitos de mão própria na distinção entre delitos de atividade e delitos de resultado. Para essa teoria, autor de um delito de mão própria é aquele que pessoalmente realiza o movimento corporal incriminado nos delitos de mera atividade (tipos em que o legislador vincula a pena a um simples “fazer algo”). Há, ainda, a teoria da intensidade (essa teoria partiu de uma decisão

---

<sup>284</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*, p. 170.

<sup>285</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 743.

do Tribunal Supremo do Reich que considerou delito de própria mão o crime de furto mediante escalada). Para essa última teoria, a escalada constitui sintoma objetivo de culpabilidade incrementada que expressa especial energia volitiva para a prática do crime e que, assim, fundamenta a autoria. Por esse motivo, a autoria recai aqui apenas naquele que realiza pessoalmente o elemento objetivo do tipo penal, qual seja, a escalada<sup>286</sup>.

Roxin diferencia três grupos de delitos de mão própria, a saber: os delitos de autor jurídico-penal, em que não se pune determinada ação, senão uma atitude pessoal, uma forma de vida, do sujeito. Nesses delitos, inexistente lesão ao bem jurídico protegido (o crime de rufianismo, previsto no art. 230 do nosso Código Penal, seria um exemplo de delito de autor jurídico penal); os delitos vinculados a determinado comportamento, sem lesão de bem jurídico, em que, embora não haja igualmente lesão a bem jurídico, a pena pela prática desses delitos está necessariamente vinculada a uma ação de contornos precisos (exemplo do código penal alemão seria o crime de incesto, § 173 StGB)<sup>287</sup>; “e os delitos de infração de um dever personalíssimo, como o delito de falso testemunho (art. 342)”<sup>288</sup>.

Nos crimes de mão própria, em resumo, o critério fundamentador da autoria para Roxin não é domínio do fato e nem mesmo a violação de um dever especial extrapenal, senão a realização pessoal (com as próprias mãos), da conduta descrita no tipo penal.

Parece inequívoco que, no que diz respeito aos crimes próprios, Roxin acolhe um critério formal-objetivo de autor<sup>289</sup>.

Registre-se, ainda quanto aos crimes de mão própria, que Roxin os divide em crimes de mão própria autênticos – já tratados – e crimes de mão própria inautênticos. Esses últimos integram, também, para o autor, a categoria dos delitos

---

<sup>286</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 434 e ss.

<sup>287</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 446 e ss.

<sup>288</sup> ROXIN. AT II, § 25 nm. 297 e ss. *Apud* GRECO, Luis; 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*, p. 61.

<sup>289</sup> PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal Parte General*, p. 1080.

de infração de dever. Portanto, o critério para delimitação da autoria nesses crimes não é o domínio do fato, mas, sim, a vulneração do dever extrapenal. Exemplo clássico de um crime de mão própria inautêntico seria a deserção. Nas palavras do autor:

Para prevenir la confusión entre estos tipos y los auténticos delitos de propia mano, que se tratará mas adelante, en los que la naturaleza de propia mano no se deriva del principio de del deber, sino de otras consideraciones, voy a denominar a esta subespecie de delitos de infracción de deber “delitos de propia mano inautênticos”<sup>290</sup>.

No que diz respeito aos crimes omissivos,<sup>291</sup> registre-se, desde já, que Roxin os considera como integrantes da categoria por ele nomeada de delitos de infração de dever extrapenal. Por esse motivo, o critério reitor da autoria nesses crimes é, para ele, a infração de um dever extrapenal e não o domínio do fato.

Examinando los hechos omisivos a la luz de criterios, hasta aquí desarrollados, para delimitar autoría e participación, en seguida llama la atención que en todos los casos se trata de delitos de infracción de deber: no todo aquel que omite viene en consideración como autor, sino exclusivamente aquel al que incumbe el concreto deber de evitar el resultado descrito en el tipo<sup>292</sup>.

Na concepção de Roxin, os deveres que fundamentam a autoria do delitos omissivos não se distinguem, em sua essência, dos deveres que surgem dos delitos comissivos correspondentes. Trata-se de deveres de proteção e conservação, cujo descumprimento se valora como infração da norma penal. Nos deveres determinantes dos fatos comissivos se incluem, geralmente, o âmbito da omissão: o dever de zelar pela administração da justiça (no sentido de evitar-se a facilitação de fuga de pessoa presa), por exemplo, no crime de fuga de pessoa presa ou

---

<sup>290</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 428

<sup>291</sup> Não resta dúvida de que Roxin considera os crimes omissivos impróprios com delitos de infração de um dever extrapenal. Quanto os crimes omissivos próprios, entretanto, a questão pode gerar alguma dúvida. No 10º capítulo de sua obra *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, sobre a rubrica “Autoría e participação en las omisiones”, o autor trabalha com a delimitação da autoria nos crimes omissivos em geral, ou seja, ele não trabalha a delimitação da autoria nos crimes omissivos próprios e impróprios de forma separada. Ainda, com a mesma generalização, no § 37, II, do referido capítulo 10º, ele trata do seguinte assunto: “El delito omisivo como delito de infracción de deber”. Por esse motivo pensa-se que para ele os delitos de omissão própria também integram a categoria dos delitos de dever. Ver ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 497 e ss).

<sup>292</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 498.

submetida a medida de segurança (art. 351 do CPB), pode infringir-se através de uma ação do mesmo modo que através de uma omissão. Nesse exemplo, como em inúmeros outros casos semelhantes, é indiferente o fato de o descumprimento de dever se dar de forma comissiva ou omissiva, não existindo diferença entre as condutas comissivas e omissivas na perspectiva da autoria. A diferença que existe entre as condutas comissivas e omissivas na perspectiva da autoria é no sentido de que nas omissões, as lesões de bem jurídicos se fundamentam a partir do descumprimento de um dever extrapenal, enquanto que nos delitos comissivos dolosos, o fundamento da autoria está no domínio do fato<sup>293</sup>.

O Supremo Tribunal Federal da Alemanha (BGH) já se posicionou no sentido de que o critério do domínio do fato rege, igualmente, a autoria no crimes omissivos. Argumentou o referido tribunal, em síntese, que o domínio do fato do omitente se fundamenta na sua possibilidade de intervir evitando ou na possibilidade de evitação do resultado: *“por lo general el obligado a socorrer tiene el dominio sobre la situación, plenamente o em gran parte, pudiendo mediante su intervención darle el giro decisivo”*<sup>294</sup>.

Roxin rebate esse posicionamento do Tribunal Supremo Alemão alegando, em resumo, que a possibilidade de evitação de um resultado por parte do omitente caracteriza um “domínio de impedir potencial” que não se confunde com o domínio do fato real. Ou seja, o omitente, nesse aspecto, tem apenas uma importância de segunda ordem que se aproxima da importância da contribuição do indutor e do cúmplice nos crimes comissivos dolosos. O poder de evitação do omitente não o credencia a ser considerado como senhor do fato<sup>295</sup>.

Günter Stratenwerth, no mesmo sentido de Roxin, entende não haver diferenças, na perspectiva da autoria, entre os delitos de omissão e comissão: *“se entiende que aquel que cumple por sí solo el tipo de un delito de omisión propio*

---

<sup>293</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 499.

<sup>294</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 502/503.

<sup>295</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 502 e ss.

*impropio es 'autor' de este delito, al igual que ocurre en el delito de comisión (...)*<sup>296</sup>. Ainda, Stratenwerth se posiciona também no sentido de que o critério do domínio do fato não se aplica para a definição da autoria nos crimes omissivos:

El criterio del dominio del hecho – que en el delito de comisión caracteriza a aquel que conduce el acontecer típico, que ha ejecutado la acción del hecho – no puede desempeñar ningún papel en el delito de omisión, en la medida en que aquí, precisamente, el autor *no* ejecuta la acción mandada (que impediría el resultado), no interviene en el acontecer; y ocurre que el omitir como tal no transmite ningún dominio sobre el curso del acontecer. Sólo presupone la *posibilidad* de influir en él (...). Básicamente, autor es justamente aquel que *no* ejerce este dominio potencial – en contra de su deber de actuar –<sup>297</sup>.

Por fim, no que diz respeito aos crimes culposos, cumpre relembrar que a teoria do domínio do fato apresenta, conforme já anteriormente destacado, natural dificuldade para servir como critério delimitador de autoria nesses crimes. Não obstante a existência da referida dificuldade e considerando a coerência dogmática de que goza a teoria do domínio do fato na resolução dos conflitos dogmáticos relacionados à delimitação da autoria nos crimes comissivos dolosos, resta saber se os pressupostos dessa teoria podem ser aplicados para adequadamente delimitar a autoria nos crimes culposos.

Quanto a essa possibilidade, diverge a doutrina. Entre nós, por exemplo, Miguel Reale Júnior entende ser possível a aplicação da teoria do domínio do fato para a determinação da autoria culposa. Para o referido autor, nos crimes culposos, "a existência de um dever de cuidado geral não exclui a existência de um domínio do fato, como o poder de fazer ou deixar de fazer a conduta instigada pelo cúmplice"<sup>298</sup>.

Em sentido contrário, Zaffaroni entende que

El tipo imprudente se integra con un resultado que no es perseguido por la finalidad, sino meramente causado, por lo que no es posible hablar de ningún dominio del hecho, puesto que no se condujo la

<sup>296</sup> STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal; parte general I – el hecho punible*. p. 491.

<sup>297</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 498.

<sup>298</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*, p. 320.

causalidad finalmente hacia ese resultado, sino que sólo desembocó en él<sup>299</sup>.

Figueiredo Dias, no mesmo sentido de Zaffaroni, apresenta duas fundamentações teóricas para rechaçar a aplicação da teoria do domínio do fato nos crimes culposos. Para o autor português,

o critério do domínio do facto como princípio normativo da categoria da autoria, como vimos insistindo, só foi pensado e deve ser aplicado aos crimes dolosos de acção. Duas razões dão base, logo em via de princípio a esta afirmação. A primeira é a de que o domínio do facto (...) se liga indissolúvelmente, de um ponto de vista psicológico, a um controle do acontecimento pela vontade do agente e não tem por isso cabimento, *ab initio* nos crimes negligentes (...). A outra razão deriva de que a ideia fundante do domínio do facto só quer responder basicamente, como assinalámos, à questão de saber quem dirigiu a execução da acção que realiza o tipo<sup>300</sup>.

Os argumentos trazidos por Figueiredo Dias parecem irrefutáveis. A teoria do domínio do fato exige, na fundamentação da autoria, controle e dirigibilidade do curso causal incabíveis para a fundamentação do concurso de pessoas nos crimes culposos.

Nos crimes culposos o resultado é fruto de uma acção descuidada e nesse comportamento vulnerador da regra de cuidado não é empiricamente demonstrável o domínio e a gestão do curso causal. Em resumo, a teoria do domínio do fato é inaplicável para fins de delimitação da autoria nos crimes culposos.

#### **4.4 A teoria do domínio do fato como critério reitor da caracterização da autoria e da distinção entre autoria e participação**

##### **4.4.1 A concepção de domínio do fato de Hans Welzel**

---

<sup>299</sup> ZAFFARONI, E. Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte geral*. p. 790. Roxin (*in* ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 741) e Jescheck (*in* JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*, p. 703) também entendem que a teoria do domínio do fato no rege a determinação da autoria nos crimes culposos.

<sup>300</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal; parte geral*. T. I , p.770.

Conforme já anteriormente destacado, o conceito de autor final desenvolvido por Welzel está intimamente atrelado à teoria finalista da ação por ele criada na década de 30 do século passado. A teoria finalista da ação revolucionou intensamente o estudo da dogmática penal e ainda hoje suas premissas não puderam ser totalmente superadas.

La doctrina del autor no es solo el epílogo, sino también el campo de prueba de la estructura del delito sistemático. La doctrina del autor y la participación son prueba del ejemplo en que se basa la dogmática de la acción punible. También debe ser una prueba de valor para los conceptos de acción final en todas sus consecuencias: para la separación entre los tipos penales finales y los tipos penales de causaciones imprudentes, para la introducción del dolo en el tipo de lo injusto y para la diferenciación entre lo injusto y la culpabilidad<sup>301</sup>.

A teoria finalista da ação de Welzel<sup>302</sup> parte de uma ruptura com os dogmas da causalidade e se estrutura a partir da separação entre ser e valor. Para Welzel, as categorias do conhecimento são categorias do ser, ou seja, são categorias ontológicas prévias e não passíveis de modificação por juízos valorativos. Essas estruturas lógico-objetivas prévias surgem a partir da análise da natureza das coisas. Para o autor, o ordenamento jurídico delibera quais elementos ontológicos quer valorar e, em seguida, lhes vincula consequências jurídicas<sup>303</sup>.

O ordenamento jurídico determina por si mesmo quais elementos ontológicos quer valorar e lhes vincular determinadas consequências jurídicas. Mas não pode modificá-los (os elementos em si), se os configura nos tipos. Pode designá-los através de palavras, assinalar seus caracteres, mas eles próprios constituem o elemento individual, material, que é a base de toda valoração jurídica possível. Os tipos podem apenas refletir esse material ontológico, previamente dado, descrevê-lo linguisticamente e conceitualmente, mas o conteúdo dos reflexos linguísticos e conceituais só pode ser manifestado mediante uma profunda compreensão da estrutura essencial, ontológica, do elemento material em si mesmo. Daí se conclui, para a metodologia,

---

<sup>301</sup> WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*, p. 80.

<sup>302</sup> Não é pretensão deste estudo discorrer sobre a complexa teoria da ação finalista desenvolvida por Welzel. Pretende-se, apenas, apresentar um breve panorama sobre essa teoria com o objetivo de demonstrar de que forma ela está jungida ao conceito de autor final definido pelo autor. Sobre a doutrina da ação finalista, recomenda-se a leitura da obra: WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina finalista da ação*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>303</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina finalista da ação*. p.13/14.



que a Ciência do Direito Penal deve partir sempre, sem dúvida, do tipo..., mas deve em seguida transcendê-lo e descer à esfera ontológica, previamente dada, para compreender o conteúdo das definições e para (...) compreender também corretamente as valorações jurídicas (...). Esse método *vinculado ao ser ou às coisas* (...), e que constitui um dos aspectos essenciais da doutrina finalista da ação, deveria ser designado por meio da palavra ontológico, sem que com isso se estivesse optando por um sistema ontológico determinado<sup>304</sup>.

O conceito de ação de Welzel se estrutura na afirmação de que a separação entre a vontade e seu conteúdo é insustentável. Ação, para o autor, é o exercício de uma atividade finalista, é um acontecer final e não causal. A finalidade da ação se estrutura a partir do conhecimento causal que o homem tem. A partir desse conhecimento, o homem pode prever, em determinada escala, as possíveis consequências que podem advir de seu comportamento. Assim, tem ele a possibilidade de dirigir seu comportamento com vistas a alcançar seus objetivos. Essa possibilidade de dirigibilidade consciente do acontecer causal exterior configura o modo de agir finalista. A causalidade, por sua vez, não se reveste dessa possibilidade de dirigibilidade. Ela resulta de componentes causais circunstancialmente concorrentes<sup>305</sup>.

Considerando que a finalidade se fundamenta na capacidade da vontade de prever, de acordo com determinados parâmetros, as consequências da intervenção causal, e com isso direcioná-la segundo o objetivo traçado, *“la voluntad consiente del objetivo, que dirige el acontecimiento causal, es la espina dorsal de la acción finalista”*<sup>306</sup>.

A vinculação que existe entre os conceitos de ação de Welzel – definido como exercício de uma atividade final –, e de autor final – definido como aquele que tem o domínio final do fato – se compreende em virtude de que a vontade consciente e a possibilidade de direcionar o evento causal rumo ao objetivo previamente traçado fundamenta, para ele, ambos os conceitos.

---

<sup>304</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina finalista da ação*, p.13/14.

<sup>305</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Parte Geral*. p. 39.

<sup>306</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Parte Geral*, p. 40.

Na sua definição de autoria, Welzel chama a atenção no sentido de que a teoria do injusto (especialmente a teoria do tipo e seus limites) é essencial para a determinação de autor, sobretudo para a diferença típica que existe entre a autoria nos delitos dolosos e a autoria no delitos culposos<sup>307</sup>.

Welzel, conforme já devidamente evidenciado, trabalha com dois conceitos distintos de autoria. Para ele, autor de um delito culposo é “todo el que mediante una acción que lesiona el grado de cuidado requerido en el ámbito de relación, produce de modo no doloso un resultado típico<sup>308</sup>”. Por outro lado, o autor afirma que “en los delitos dolosos es autor solamente aquel que mediante una conducción, consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo”<sup>309</sup>.

Para a autoria culposa, Welzel desenvolve seu conceito de autor a partir de considerações puramente causais. Para o autor, é absolutamente incorreta a equiparação entre o tipo final e o tipo imprudente em uma idêntica situação dos tipos de causação, bem como a equiparação entre o conceito de autor para o tipo penal doloso e o tipo penal imprudente<sup>310</sup>.

Em síntese e conforme já exaustivamente demonstrado, para Welzel, a teoria do domínio do fato só se aplica para a delimitação da autoria nos crimes comissivos dolosos.

O conceito de domínio final do fato em Welzel apareceu em 1939 por ocasião da publicação da sua famosa monografia, já anteriormente citada: *Estudios sobre el sistema de derecho penal* (no original: *Studien zum Systems des Strafrechts*). Nessa obra, o autor apresentou os contornos daquilo que ele definiu como domínio final do fato.

---

<sup>307</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 11ª. ed, Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 143.

<sup>308</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 143.

<sup>309</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 143.

<sup>310</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 143.

Autor final para Welzel é aquele que é senhor e dono de sua decisão e da execução de sua decisão. Com isso, o autor final é o senhor do fato. É o que modula conscientemente o fato em sua existência e em sua forma. Partícipe ou colaborador (instigador ou cúmplice), por sua vez, é aquele que domina apenas a sua própria ação contributiva. Ou seja, o colaborador é aquele que tem apenas limitado domínio sobre o fato, na medida em que seu domínio restringe-se apenas à sua contribuição. Sua participação está necessariamente vinculada a um fato alheio. O instigador fomenta determinado propósito criminoso do autor e o cúmplice o auxilia materialmente. Todavia, o domínio final sobre a decisão de realização do fato e a sua forma real de execução pertencem exclusivamente ao autor principal<sup>311</sup>.

La característica general de autor: el dominio final sobre el hecho. Señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva. La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho<sup>312</sup>.

Welzel entende que o legislador (a lei positiva) não pode abolir a distinção entre autoria e participação, nivelando ou igualando estas duas formas de contribuição como ocorre nas proposições das teorias unitária e extensiva de autor. Para ele, as diferenças entre autoria e participação não podem ser produto de construção legislativa. Essa distinção integra a realidade das coisas e, portanto, deve ser respeitada pelo legislador. Seria até mesmo possível que o legislador, terminologicamente, encobrisse essa distinção. Contudo, para ele não seria possível modificar o conteúdo dessa distinção que, como se disse, é prévio<sup>313</sup>.

Donde la ley deje surgir de forma terminológica un concepto general de autor para todas las formas de participación, dará a impresión de ser impopular porque el idioma y la conciencia popular se sostienen en las formas reales de aparición y no el producto de arte terminológico (quien presta solo el arma homicida al asesino, lo ayuda pero no asesina). Por el contrario, donde debería ser equiparada objetivamente cada forma de instigación o cooperación a la autoría, ahí deben ser introducidas posteriormente las diferencias.

---

<sup>311</sup> WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*, p. 80.

<sup>312</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 145.

<sup>313</sup> WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*, p. 80.

Solo dos ejemplos aquí: quien ayuda a aquel que está decidido a realizar el hecho, con la compra de una herramienta, en caso de que no se realizara, tendría que ser castigado por tentativa, puesto que la cooperación es para él, en esto marco, un comienzo de ejecución; mientras que la compra para el autor – habiendo sido realizado de forma personal por éste – solo sería un acto preparatorio impune, un resultado claramente imposible<sup>314</sup>.

Em sentido muito semelhante, Wessels. Para ele, autor, de acordo com a teoria do domínio do fato, é quem,

como “figura central”, (= figura chave) do acontecimento, possui o domínio do fato (dirigido planificadamente ou de forma co-configurada) e pode assim deter ou deixar decorrer segundo a sua própria vontade a realização do tipo. Partícipe é quem, sem um domínio próprio do fato, ocasiona ou de qualquer forma promove, como “figura lateral” do acontecimento real, o seu cometimento<sup>315</sup>.

A teoria do domínio final do fato de Welzel, segundo Roxin, se apresentou, de alguma forma, como uma evolução posterior da teoria do dolo<sup>316</sup>. Welzel reconheceu que o critério da “vontade de autor” trouxe importantes contribuições para se definir quando um resultado pode ser considerado como próprio de um determinado autor. Contudo, afirma que esse critério não é decisivo para esse fim. Ao contrário, o autor entende que esse critério corre o risco de novamente encobrir os riscos de se acolher uma formulação exclusivamente subjetiva na abordagem do concurso de pessoas<sup>317</sup>. Welzel apresenta os seguintes questionamentos que indubitavelmente colocam em cheque o critério da “vontade de autor”:

¿A qué se llama querer “como” propio el hecho? ¿Depende en algo el deseo subjetivo de alguien de querer el hecho “como” propio o “como” ajeno? ¿Puede alguien apropiarse de cualquier acto a través de su mera voluntad, sea mediante su consentimiento, su aceptación, o algo semejante, o puede él a través de una correspondiente voluntad querer el hecho “como” “ajeno” y rechazarlo? ¿Puede alguien a través de la “voluntad del autor” proclamarse como autor de cualquier hecho? <sup>318</sup>.

---

<sup>314</sup> WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*, p. 84/85.

<sup>315</sup> WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral*, p. 119.

<sup>316</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 90.

<sup>317</sup> WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*, p. 86.

<sup>318</sup> WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*, p. 86.

Assim, Welzel conclui que o fato deve ser definitivamente um feito objetivo do autor. Isso não significa, contudo, que, para Welzel, deve-se abandonar toda e qualquer análise subjetiva na delimitação da autoria. Diversamente, o autor entende que a realidade objetiva depende de um elemento subjetivo, qual seja, o domínio final do fato<sup>319</sup>. Pode-se afirmar com isso que Welzel considera a sua teoria do domínio final do fato como uma teoria objetiva-subjetiva.

El concepto de autor aquí definido es un concepto "objetivo", en el sentido de que vincula la autoría a la posesión real del dominio final del hecho. A diferencia de él, una teoría subjetiva de autor prescinde de la posesión del dominio final del hecho y atribuye la autoría también a aquel que da lugar al hecho o al autor mediato, en cuanto tiene la "voluntad de autor", especialmente, cuando quiere hacer cometer el hecho "para él"<sup>320</sup>.

Em resumo, para se definir quando um resultado pode ser considerado como próprio de um determinado autor, Welzel entende que a configuração segundo a qual o autor deliberou, modulou conscientemente o fato em sua existência e em sua forma e, em seguida, o executou – critério do domínio final real do fato – deve substituir o critério da “vontade de autor”<sup>321</sup>. Com o seu critério do domínio final do fato, resta indiferente com que propósito o autor realizou o evento, ou seja, permanece sem importância se o agente realizou o fato para atender a interesse próprio ou, ao contrário, se o realizou para atender a interesses alheios. O importante para que o agente seja considerado como autor é que ele tenha o domínio final do fato.

Welzel, esquematicamente, sintetiza suas conclusões sobre a autoria da seguinte forma:

La autoría tienes a las siguientes exigencias:

1. Requisitos Personales:

- a) Objetivamente: las especiales posiciones de deber del autor: funcionario público, soldado, comerciante, descendiente, etcétera.
- b) Subjetivamente: las especiales intenciones y tendencias (los llamados “elementos subjetivos de lo injusto”).

---

<sup>319</sup> WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*, p. 87.

<sup>320</sup> WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*, p. 108/109.

<sup>321</sup> WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*, p. 87.

2. Requisitos típicos: el dominio final. Es autor es dueño y señor del hecho, en cuanto el realiza su decisión de voluntad con sentido<sup>322</sup>.

A característica geral da autoria é o domínio final do fato. Os momentos pessoais do autor só são requeridos quando alguns tipos penais em particular os exigem como pressupostos da autoria<sup>323</sup> (como ocorre no Brasil, por exemplo, nos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral).

A partir desses critérios de autoria, Welzel reconhece as seguintes formas básicas de autoria mediata: a) autoria mediata em virtude da ausência de requisitos pessoais objetivos na figura do executor material do fato; a) autoria mediata em virtude da ausência de requisitos pessoais subjetivos na figura do executor material do delitos; c) autoria mediata em virtude da ausência de domínio final do fato por parte do terceiro, executor material do fato<sup>324</sup>.

As duas primeiras hipóteses de autoria mediata, segundo Welzel, não apresentam maiores dificuldades. Em relação à última hipótese – autoria mediata em virtude de ausência de domínio final do fato por parte do terceiro, executor material do fato – Welzel esclarece que a delimitação da autoria mediata independe de uma atuação dolosa, imprudente ou completamente sem culpabilidade do executor material do fato. Esse autor afirma, ainda, que, em outros casos, é perfeitamente possível que o executor material do fato atue de maneira absolutamente consciente, contudo não sobre as bases de uma decisão pessoalmente adotada (uma decisão dolosa), senão pela realização não intencional de uma decisão alheia<sup>325</sup>.

En principio, no es necesario que el autor ejecute el hecho en todas sus fases de propia mano; puede servirse para ello de medios mecánicos, como puede, también, utilizar a terceros para sus fines, en tanto conserve él mismo el pleno dominio del hecho, a diferencia del tercero. El tercero queda así como un "instrumento", mientras le

---

<sup>322</sup> WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*, p. 88.

<sup>323</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 146.

<sup>324</sup> WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*, p. 89.

<sup>325</sup> WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*, p. 89.

falte uno de los presupuestos necesarios de la autoría (el dominio del hecho), y mientras él quede en quien le lleva a la acción<sup>326</sup>.

Em resumo, em relação às hipóteses em que o executor material não tem o domínio final do fato, Welzel admite a autoria mediata em dois casos: a) autoria mediata em virtude da utilização de um terceiro, executor material do fato, que age sem dolo, sendo indiferente que ele atue de forma culposa ou totalmente sem culpa. O médico A, com intenção de matar o paciente B entrega ao enfermeiro C uma injeção contendo veneno. Para ocultar suas pretensões homicidas, o médico A afirma ao enfermeiro C que na injeção contém uma substância analgésica. O enfermeiro C, desconhecendo o conteúdo letal contido na injeção, injeta no paciente B a substância letal; b) autoria mediata em virtude da utilização de um terceiro que atua finalisticamente, objetivando o resultado do delito, mas que, contudo, age sem liberdade. Incluem-se nessa hipótese os casos de coação moral, obediência hierárquica e o uso de inimputáveis (menores de idade e portadores de sofrimento mental) que, embora atuem finalisticamente, executam sem vontade própria uma vontade alheia<sup>327</sup>.

Especificamente em relação a essa última forma básica de autoria mediata, encontra-se um importante limite fixado por Welzel em sua teoria do domínio final do fato: para o autor, não é possível a figura do “autor atrás do autor”, ou seja, Welzel não reconhece a possibilidade da figura da autoria mediata por intermédio de um executor material que atua de maneira plenamente responsável, diretamente como autor. Neste caso, evidentemente, o executor material também tem o domínio fato. Para ele, o agente que determina a um terceiro a realização de um fato não pode ser considerado autor mediato, senão indutor, ainda que o terceiro tenha atuado com vontade de autor. Por conseguinte, não há como reconhecer a autoria mediata nas hipóteses em que uma pessoa se aproveita do erro de proibição de outra. A única exceção a essa regra seria aquela em que o sujeito de trás provoca intencionalmente o erro de proibição de um terceiro para cometer o crime<sup>328</sup>.

---

<sup>326</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Parte Geral*, p. 106.

<sup>327</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Parte Geral*, p. 106 e ss.

<sup>328</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 90.

Ao contrário de Welzel, Maurach e Roxin, como se verá oportunamente, admitem expressamente – não obstante as peculiaridades da fundamentação individual de cada um deles – a figura da autoria mediata através da utilização de um terceiro que atua de forma absolutamente responsável.

Quanto à coautoria, Welzel entende que é ela nada mais do que uma forma de autoria “cuya particularidade consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas”<sup>329</sup>.

Coautor é aquele que, revestido das condições pessoais de autor e deliberando ativamente em relação à decisão comum quanto à realização ou não do fato, coparticipa da execução do crime. O princípio que rege a coautoria à luz do teoria do domínio do fato é o princípio da divisão de tarefas ou de trabalho. A integralidade do fato é fruto de uma totalidade de contribuições unificadas e não de uma mera somatória das contribuições dos coautores. Cada coautor contribui para a integralidade do fato unificado a partir de ações concatenadas e finalisticamente dirigidas. Por esse motivo, cada coautor responde também pela integralidade desse fato, com coautor dele<sup>330</sup>.

Cada acción final consiste, por lo general, en una mayoría de actos particulares concatenados y dirigidos hacia una meta, los cuales están subordinados mediante la dirección final de la decisión de la acción y no constituye una mera suma sino una totalidad unificada. En esta realidad, en donde la acción injusta es la unidad de varios actos parciales en los cuales descansa la realización de la decisión dirigida da la acción radica la posibilidad de fundamentar la coautoría: ella es la realización dirigida repartida entre varias personas de actos parciales concatenados en una decisión de acción conjuntamente resulta por todos. El dominio le corresponde acá a todos: no al individuo, tampoco a la actuación particular, sino a todos juntos como portadores de la decisión de acciones y la actividad de cada uno en particular forma, conjuntamente con la de los restantes individuos, una única totalidad dada en este caso por las relaciones dirigidas mediante la decisión de acción conjunta<sup>331</sup>.

---

<sup>329</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Parte Geral*, p. 113.

<sup>330</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Parte Geral*, p. 113.

<sup>331</sup> WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*, p. 96.



O fato de que cada coautor possui o domínio final sobre a totalidade do acontecimento constitui a essência da coautoria para Welzel. Para ele, cada coautor é coparticipante da decisão sobre a realização do fato e cada coautor deve participar da execução consumada desse fato a partir do desenvolvimento de contribuições finalisticamente dirigidas<sup>332</sup>.

Welzel destaca que o maior problema de interpretação da coautoria é saber em que medida a contribuição de uma agente pode configurar a coautoria. Esse problema surge especialmente a partir da hipótese de que nenhum coparticipante detém, em absoluto, o domínio do fato na integralidade – senão que cada um possui esse domínio apenas isoladamente, ou seja, apenas sobre o seu ato – e que somente após a decisão de ação conjunta, cada coparticipante passa a ter o domínio também sobre a integralidade do acontecimento. Para Welzel, o importante é que cada coparticipante seja conjuntamente portador da decisão sobre a realização do fato, cuja execução será entre eles repartida. Isso significa, precisamente, que cada um dos participantes “en la realización de su acto parcial no realiza solo su voluntad para eh hecho, sino al mismo tiempo la de los restantes”<sup>333</sup>.

Em resumo, para Welzel, é imprescindível o caráter comum da resolução sobre a realização do fato (fase de preparação) e é de extrema importância a execução conjunta desse fato (fase de execução) para a configuração da coautoria.

Quanto à decisão comum sobre o fato, Welzel evidencia que esse entendimento quanto ao fato pode ser recíproco, expresso ou tácito. Esse autor adverte, ainda, que o entendimento recíproco pode ocorrer, inclusive, durante a execução do fato. Essa hipótese, em que reciprocidade do entendimento sobrevém durante a realização do fato, configura a intitulada coautoria sucessiva<sup>334</sup>.

La decisión común del hecho: el entendimiento recíproco, expreso o tácito, para la comisión común del hecho. El entendimiento recíproco puede ser llevado a cabo, también durante el curso del hecho, después que el primer autor ya haya ejecutado una parte; es la

---

<sup>332</sup> WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*, p. 98.

<sup>333</sup> WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*, p. 98.

<sup>334</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Parte Geral*, p. 113.

llamada coautoría sucesiva. El que se agrega no responde por los fundamentos de agravación ya cumplidos; p. ej., no responde por la violación de la puerta ya realizada (...).Cada uno responde solamente hasta donde va el entendimiento; por tanto, ninguna responsabilidad por el exceso del otro<sup>335</sup>.

Quanto à necessidade da execução do fato, Welzel destaca a existência da corrente objetiva – que entende que a execução do fato deve ser entendida no sentido técnico, ou seja, no sentido de que autor é o agente que realiza a ação típica – e da corrente subjetiva – que entende que a execução (que não deve ser compreendida em um sentido técnico) contempla qualquer atividade realizada pelo coparticipante, sobre a base comum do plano delitivo e que a diferença entre autor e partícipe deve advir da teoria do *animus* segundo a qual autor é quem age com vontade de autor (*animus auctoris*) e partícipe é o que age com vontade de partícipes (*animus socii*)<sup>336</sup>.

Contudo, para Welzel, essas teorias objetiva e subjetiva são imprestáveis para a delimitação do que se deve entender por execução do fato, para fins de configuração da coautoria, porquanto a separação entre objetivo e subjetivo é, segundo ele, absolutamente insuficiente. Para o autor, a questão relacionada à execução do fato está indissociavelmente ligada à questão da conduta que é, na opinião de Welzel, uma síntese inseparável entre os elementos objetivos e subjetivos. Por outro lado, a coautoria não é senão uma forma de autoria. Por esse motivo, cada coautor é autor, ou seja, cada autor deve reunir as condições objetivas e subjetivas para a configuração da autoria. E para a autoria, assim como para a coautoria, é imprescindível o domínio final do fato. Para a coautoria é imprescindível que cada coautor seja subjetivamente portador da decisão comum sobre o fato, ou seja, cada coautor deve “tener junto con los demás la voluntad absoluta de concreción, y objetivamente completar las contribuciones de los demás al hecho, mediante su contribución de hecho”<sup>337</sup>.

Em síntese, para Welzel, sempre é coautor

---

<sup>335</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Parte Geral*, p. 113.

<sup>336</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Parte Geral*, p. 114.

<sup>337</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Parte Geral*, p. 116/117.

quien – en posesión de las condiciones personales de autor – realiza una acción de ejecución, en el sentido técnico, sobre la base del plan común del hecho, pues, en la realización finalista y voluntaria de la acción de ejecución, se manifiesta más claramente la propia voluntad de concreción. Pero también el que en lo objetivo sólo realiza meros actos preparatorios o de ayuda, es coautor, cuando es coportador de la decisión común del hecho. Por eso, le debe ser comprobada especialmente la participación en la decisión del delito, para lo que deben tomarse en cuenta, como indicios, todas las circunstancias objetivas e subjetiva del hecho<sup>338</sup>.

O partícipe é, para Welzel, o que contribui para a realização do fato, apoiando a sua realização sem, contudo, participar da decisão sobre a realização desse fato. Ainda, evidentemente, o partícipe apoia o fato sem ter sobre ele o domínio final que é exclusivo do autor ou dos coautores. O partícipe, em síntese, se limita a contribuir em um fato alheio induzindo na decisão sobre o fato ou auxiliando em sua execução. Nas palavras do autor:

De acá se deduce por sí solo la esencia de la participación; es la preparación de acciones de apoyo sin participación en la decisión del hecho y en el dominio del hecho final; es decir, la contribución en el hecho ajeno (no solo el hecho “como uno ajeno”)<sup>339</sup>.

Destaque-se que, na concepção de Welzel, como se viu, é também coautor o agente que contribui apenas na fase preparatória, desde que ele tenha sido cotitular da decisão comum sobre a realização do fato. A comprovação da participação do agente nesse momento é, portanto, imprescindível, segundo a concepção de coautoria de Welzel.

#### **4.4.2 A concepção de domínio do fato de Maurach**

Igualmente a Welzel, a concepção da teoria do domínio do fato de Maurach está assentada na teoria finalista da ação. Portanto, pode-se afirmar que a construção da teoria do domínio fato do Maurach se aproxima de uma maneira muito especial da concepção da teoria do domínio do fato de Welzel.

Cumprir registrar, inicialmente, que, assim como Welzel, Maurach também rechaça a teoria do domínio final do fato como critério para caracterização da autoria

---

<sup>338</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Parte Geral*, p. 117.

<sup>339</sup> WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*, p. 101.

nos crimes culposos<sup>340</sup>. Para o autor, a teoria do domínio do fato limita-se a determinar a autoria nos crimes dolosos.

Os crimes culposos, conforme Maurach, se caracterizam justamente pela falta de vontade de domínio do fato e também pela falta do próprio domínio do fato do agente em relação à agressão ao bem jurídico tutelado. Assim, a ação provocadora de dano culposo ao bem jurídico só poderá ser imputada ao agente como própria quando ele, com seu comportamento descuidado e de acordo com as normas vigentes, tenha criado um risco que se materializou em uma concreta lesão ao bem jurídico. O elemento determinante da autoria culposa é, para Maurach, a atuação do agente em uma situação de perigo dominável. A possibilidade de dominar o perigo que foi criado pelo agente com a sua própria ação resgata, na delimitação da autoria culposa, o antigo critério do “domínio potencial do fato”<sup>341</sup>: é o agir sem domínio em uma determinada situação em que esse domínio sobre o fato era possível e, se observado, evitaria a lesão ao bem jurídico tutelado<sup>342</sup>. Como consequência desse modelo, Maurach acolhe um conceito individual de autor nos delitos culposos. Na eventualidade de pluralidade de colaboradores em um dano culposo a um bem jurídico, tem-se o que o autor denomina de autoria acessória culposa (que não se diferencia materialmente da autoria individual culposa). Em resumo, para Maurach, a essência da discussão sobre a autoria nos crimes culposos se encontra na inevitabilidade de dano ao bem jurídico tutelado. Autor de um crime culposo é aquele que potencialmente evitaria o resultado danoso ao bem jurídico tutelado, caso houvesse dirigido adequadamente seu comportamento (domínio potencial do fato)<sup>343</sup>.

Todavia, apesar de as concepções sobre a teoria do domínio de fato de Welzel e Maurach se assentarem sobre o mesmo substrato teórico, qual seja, a teoria finalista da ação, com razão Roxin afirma que a construção de Maurach se desenvolve de maneira mais ampla e mais pura do que a construção de Welzel.

---

<sup>340</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 315/316

<sup>341</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 320.

<sup>342</sup> DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal*, p. 37.

<sup>343</sup> DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal*, p. 37.

Diferentemente de Welzel, Maurach, segundo Roxin, se afasta totalmente da teoria do dolo para delimitar a autoria à luz da teoria do domínio do fato<sup>344</sup>.

Ao tratar da autoria, da autoria mediata e da coautoria, Maurach permanece inteiramente fiel aos critérios reitores por ele fixados sobre o desenvolvimento de sua teoria do domínio final do fato.

Segundo Maurach, tem o domínio do fato o agente que, com base em sua vontade, pode iniciar, deixar correr, interromper e, até mesmo, reiniciar a execução, dirigindo-a soberanamente até a integral realização do crime<sup>345</sup>.

Maurach entende que a teoria do domínio do fato se fundamenta a partir de critérios objetivos e subjetivos. Da mesma forma que a ação típica é contrária à norma, explica o autor, a autoria se fundamenta a partir de critérios objetivos e subjetivos. Afirma-se, assim, que Maurach se filia à corrente que entende que a teoria do domínio do fato é uma teoria objetiva-subjetiva<sup>346</sup>.

O elemento objetivo da teoria do domínio do fato de Maurach consiste na possibilidade fática de domínio que tem o autor quanto ao curso causal da ação típica. O autor, conforme já destacado, é aquele que tem o poder de iniciar, interromper e, até mesmo, modificar o curso causal da ação típica. Para que se possa falar em autoria à luz da teoria do domínio do fato, é imprescindível que o agente tenha em suas mãos o curso do acontecer típico. O partícipe, ao contrário, não possui qualquer domínio quanto à realização do fato típico. Seu domínio restringe-se a sua própria ação de contribuir ou não para a realização do fato típico<sup>347</sup>.

O elemento subjetivo da teoria do domínio do fato de Maurach, por sua vez, consiste no dolo, na vontade dirigida ao domínio integral da marcha causal da ação

---

<sup>344</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 92.

<sup>345</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 320.

<sup>346</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 316.

<sup>347</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 317.

típica<sup>348</sup>. Ou seja, ao lado do domínio do curso causal da ação típica – elemento objetivo –, exige-se, para a delimitação da autoria à luz do critério do domínio do fato, a vontade do agente de dominar o fato – elemento subjetivo. Quem age sem saber que possui esse domínio não pode ser considerado autor à luz da teoria do domínio final do fato de Maurach.

Maurach justifica o acolhimento de critérios objetivos e subjetivos para a delimitação da autoria na teoria do domínio do fato alegando que

Esta concepción es comprensible a partir del esfuerzo desplegado en la defensa contra los peligros emanados de la teoría subjetiva de la participación, al pretender que la decisión acerca de la autoría y participación dependiera exclusivamente de la voluntad del autor. Con la estructura aquí propuesta, la que incorpora el elemento especial de autoría del dominio fáctico y objetivo del hecho en el tipo objetivo y, paralelamente a ello, la voluntad del el dominio en el tipo subjetivo (...), es posible superar este peligro y al mismo tiempo aplicar consecuentemente la concepción de la autoría como dominio final do fato<sup>349</sup>.

O conceito de autor não deve se limitar exclusivamente à realização pessoal, completa ou incompleta, da conduta descrita no tipo penal como quer a teoria formal-objetiva. Pode ser considerado autor, igualmente, aquele que, embora não realize formalmente e com as próprias mãos a conduta descrita no tipo penal, possui o integral domínio do fato. Em síntese, na delimitação da autoria segundo a concepção de Maurach, o conceito formal-objetivo deve ser complementado pelo critério material do domínio do fato<sup>350</sup>.

Quanto à autoria mediata, Maurach reconhece as dificuldades existentes para a sua determinação estrutural em virtude, especialmente, da proximidade que existe

---

<sup>348</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 318.

<sup>349</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 318. Johannes Wessels que conforme já oportunamente destacado, também entende que a teoria do domínio do fato é um teoria objetiva-subjetiva, justifica seu posicionamento afirmando: “Assim como todo fato punível constitui uma unidade de sentido subsistente de elementos objetivos e subjetivos, a autoria e a participação devem ser delimitadas, de modo justo, com base no tipo legal, somente através de uma *síntese de critérios objetivos e subjetivos*”. WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral*. p. 120.

<sup>350</sup> JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*, p. 702.

entre esse instituto e os institutos da autoria direta e da indução<sup>351</sup>. Para o autor, entre a autoria mediata e a autoria direta há um importante ponto de convergência, qual seja, o autor direto e o autor mediato não contribuem em um fato alheio, senão que realizam por eles mesmos o fato próprio, ainda que na autoria mediata o agente, ao contrário do que ocorre na autoria direta, use uma pessoa como instrumento para a realização da ação típica. Ainda, a autoria mediata e a indução convergem quanto ao fato de que, nessas formas delitivas, o resultado típico é causado por um terceira pessoa legitimamente motivada para esse fim. Todavia, na autoria mediata, complementa o autor, um ser humano é utilizado como um meio material não livre para a consecução do fato criminoso, ou seja, há um abuso em relação ao terceiro executor material do fato. Já na indução, o agente livre é apenas corrompido a executar a ação típica<sup>352</sup>.

En oposición al inductor, cuyo rol se agota luego de la provocación del *deseo maligno* y se somete a la voluntad del autor principal (...), el autor mediato mantiene, desde un comienzo y hasta el final, el control del desarrollo de los acontecimientos<sup>353</sup>.

Ao contrário de Welzel, Maurach entende que é possível a figura do “autor de trás do autor”, ou seja, Maurach reconhece a possibilidade da figura da autoria mediata por intermédio de um executor material que atua dolosa ou culposamente, desde que, evidentemente, o autor mediato tenha, além da vontade de dominar o fato, o integral controle sobre o terceiro executor material do fato.

Maurach argumenta que a autoria mediata não está limitada a uma ação defeituosa do instrumento que executa a ação típica. Para ele, como se disse, é perfeitamente possível a figura da autoria mediata frente a um terceiro, executor material do crime, que atue de modo plenamente delitivo. Ressalta Maurach, ainda, que o critério da vontade de autor e da vontade de partícipe não é suficiente para conduzir o executor material do crime (homem da frente) à condição de cúmplice. Nos casos em que o agente tem o domínio psíquico sobre o executor material

---

<sup>351</sup> Importa ressaltar que o Código Penal Alemão trata como expressões sinônimas a instigação e a indução (§26). Na doutrina alemã, prevalece igualmente essa tendência.

<sup>352</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 328 e ss.

<sup>353</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 332.

punível não se deve falar em indução, senão de autoria mediata. Aqui, para Maurach, o autor de trás deve ser punido com autor mediato<sup>354</sup>.

Para ilustrar seu posicionamento, Maurach cita o seguinte exemplo:

En el caso que A determine a B, una mujer fácilmente influenciable o sometida a aquél tanto sexual como psicológicamente, a dar muerte a su marido, bajo la amenaza de abandonarla, en caso contrario; le haga entrega del veneno, le dé instrucciones precisas y vigile la ejecución del hecho; entonces existe dominio final del hecho de parte de A y, con éste, autoría medita<sup>355</sup>.

Dentro da amplitude da determinação da autoria mediata de Maurach, cumpre destacar que o autor também entende estar presente o domínio final do fato, nas hipóteses em que o “homem de trás”, a despeito de não influenciar o executor material do fato, possibilita ou facilita a execução de um determinado fato que o agente já está definitivamente convencido a praticar. Para ilustrar esse posicionamento, o autor utiliza o seguinte exemplo de Wegner:

En un establecimiento psiquiátrico, el paciente A ha atentado contra la vida del paciente B. Por ello, la dirección del establecimiento se preocupa de mantenerlos separados. Sin embargo, en una ocasión B se encuentra el patio en el cual también A hace un paseo con otros pacientes. El guardia C, interesado en la muerte de B, solamente golpea el hombro de omnímodo *facturus* A y le señala a B; como un arma automática, repentinamente activada, A se lanza sobre B y le da muerte en forma instantánea mediante golpes de puño. Puesto que en C concurre el dominio final do fato respecto de la muerte de B, C es autor mediato. A ello no se opone el dominio final del hecho que también concurre en A, quien por consiguiente es autor, si bien impune<sup>356</sup>.

Maurach se posiciona indubitavelmente em favor de uma definição mais profusa da autoria mediata, levando em consideração as relações fáticas de poder em detrimento de uma valoração jurídica do executor material do fato. Contudo, conforme acertadamente destaca Roxin, Maurach não explica como é possível “concebir jurídicamente que en los casos de instrumento que actúa de manera

---

<sup>354</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 354.

<sup>355</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 354.

<sup>356</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 355.



plenamente delictiva el ejecutor y el sujeto de detrás ‘tengan en sus manos’ al mismo tiempo el curso del hecho”<sup>357</sup>.

No que diz respeito à coautoria, Maurach revela de maneira ainda mais clara os contornos mais elásticos de sua teoria do domínio final do fato.

Coerentemente com o seu conceito individual de autor nos delitos culposos, Maurach rechaça veementemente a possibilidade de coautoria nesses crimes. Para ele, o fundamento da coautoria está necessariamente vinculado aos tipos penais que são passíveis de serem praticados na forma dolosa. Para esse autor, “coautoría es la concurrencia querida, consciente y con división de trabajo de varios autores, con el fin de obtener el mismo resultado típico”<sup>358</sup>.

A partir dessa definição, Maurach se posiciona afirmando que a coautoria é, na essência, a própria autoria e que, dessa forma, só poderá ser considerado coautor o agente que tem o domínio integral da marcha causal da conduta típica. Ou, de maneira mais simples, será coautor o agente que tem o domínio final do fato<sup>359</sup>. Considerando que todos os coautores possuem igualmente o domínio do fato, aduz Maurach que na coautoria há o intitulado domínio coletivo do fato, que se caracteriza essencialmente pelo fato de que a direção final do desenvolvimento do evento típico se encontra nas mãos de um grupo de pessoas e não apenas nas mãos de um dos agentes<sup>360</sup>.

El dominio final de hecho, caracterizante de la forma de la forma común de comisión y entendida como participación en el dominio del hecho del ente colectivo, se presenta cuando los concurrentes coordinan sus respectivas acciones hacia un resultado anticipado en forma igualitaria por ellos, de una manera tal que dicho resultado se manifiesta como un producto de la actividad unificada: coautoría es la *división del trabajo* tendiente a un resultado, donde cada uno de los concurrentes tiene el dominio final del hecho con respecto a la globalidad del acontecer. No es necesario que todos los elementos típicos sean realizados en común por todos ellos; es suficiente con

---

<sup>357</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 92.

<sup>358</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 367.

<sup>359</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 367.

<sup>360</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 368.

que los sujetos particulares realcen las acciones necesarias para la configuración del tipo, de manera que el mosaico delictivo se complete en su colaboración respectiva<sup>361</sup>.

Para Welzel, conforme já oportunamente destacado, o caráter comum da resolução do fato (fase preparatória) e a execução conjunta desse fato (fase de execução) constituem a essência da coautoria. Ainda, para esse autor, o caráter comum da resolução do fato é imprescindível para a determinação da coautoria. Maurach, ao contrário de Welzel, não atribui nenhuma relevância a essa característica preparatória. Para ele, o que importa para a determinação da coautoria é, definitivamente, o “ter em suas próprias mãos o controle sobre a marcha causal do evento típico”, ou seja, o que importa, indiscutivelmente, é ter o agente o domínio final do fato. Além de não considerar relevante a contribuição do agente na fase preparatória, Maurach também entende ser absolutamente sem importância, para a determinação da coautoria, a cooperação do agente na fase executiva<sup>362</sup>.

A partir do seu critério geral do domínio do fato – “ter em suas próprias mãos o controle sobre a marcha causal do evento típico” –, Maurach admite, inclusive, a possibilidade de uma coautoria intelectual, conquanto chame a atenção para a proximidade existente entre a coautoria, a indução e a cumplicidade psíquica. Segundo Maurach, é coautor o agente que possui poder de dirigibilidade e supervisão do evento típico, ainda que ele não atue com as próprias mãos. Distintamente, indutor é aquele que contribui no sentido de fomentar determinado propósito criminoso e o cúmplice é aquele que contribui fortalecendo o autor principal em uma decisão que ele já havia tomado de forma definitiva<sup>363</sup>.

Nas palavras do autor:

Incluso un coautoría meramente *intelectual* es posible, pero ella requiere de una cuidadosa delimitación respecto de la inducción y de la complicidad psíquica. Por ello, es coautor, quien, sin poner mano propia, supervise el acontecer típico, regulándolo y dominándolo; por el contrario, el indutor es aquel cuyo aporte típico culmina con la inclinación de quien aún no está decidido; y cómplice, aquel cuya

<sup>361</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 370/371.

<sup>362</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 91.

<sup>363</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 371.

colaboración de halle su fin en el reforzamiento del sujeto resuelto al hecho<sup>364</sup>.

Conforme se observa, Maurach entende não ser suficiente para a delimitação da coautoria a presença de um critério exclusivamente subjetivo, qual seja, a vontade inquestionável de realizar o evento, demonstrada no momento da resolução comum do fato. Para Maurach, o que efetivamente importa para a determinação da coautoria, como se disse, é o domínio causal sobre o evento típico que, não resta dúvida, é um elemento compreensível e demonstrável. Outrossim, para Maurach, é absolutamente prescindível como pressuposto da coautoria, à necessidade de comprovação de um auxílio externo<sup>365</sup>.

A concepção de coautoria de Maurach permite o enquadramento da figura do mandante de um crime como coautor, desde que, evidentemente, ele tenha o domínio do fato e também a vontade de ter esse domínio. Assim, nos famosos casos em que determinada pessoa contrata, mediante pagamento ou promessa de pagamento, matadores profissionais para dar cabo à vida de um desafeto, ainda que não reste demonstrada a participação dos matadores na resolução comum do fato (elemento essencial da determinação da coautoria de Welzel) o agente que encomendou o crime será considerado coautor à luz da teoria do domínio do fato de Maurach. Nesses casos, resta claro que o agente que encomendou a morte tem o poder de dirigibilidade do curso causal da ação típica em conjunto com os executores. Aqui, o contratante tem o poder de iniciar, interromper e, igualmente, de reiniciar a execução da ação típica.

Ainda, o principal problema apresentado pela teoria formal-objetiva, qual seja, a não explicação do fenômeno da autoria mediata, resta facilmente resolvido pela concepção do domínio final do fato de Maurach. Conforme ressaltado, para a delimitação da autoria não há necessidade de execução pessoal, total ou parcial, da ação descrita no verbo reitor do tipo (conforme critério formal-objetivo), senão a comprovação de que o agente tem a capacidade de dirigir o curso causal da ação típica – domínio final do fato – além da vontade de dominar a ação típica.

---

<sup>364</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. p. 371.

<sup>365</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 92.

## 5 - A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA CONCEPÇÃO DE CLAUS ROXIN

### 5.1 Considerações iniciais sobre teoria do domínio do fato na concepção de Claus Roxin

Não resta dúvida de que a teoria do domínio do fato de Roxin inaugurou uma nova era no estudo da autoria e da teoria do domínio do fato no concurso de pessoas. Durante mais de trinta e cinco anos<sup>366</sup>, Roxin se dedicou ao tema e, em 1963, esse autor publicou a sua já citada famosa e substancial monografia sobre o assunto intitulada *Autoría e Dominio do Hecho em Derecho Penal* (no original: *Täterschaft und Tatherrschaft*).

Essa obra foi elaborada como tese para o concurso de habilitação do autor como Professor Catedrático na Alemanha<sup>367</sup>.

A teoria do domínio do fato de Roxin foi muito bem aceita pela ciência Penal.

Desde la publicación de la obra monumental de Roxin sobre *Autoría y dominio do hecho*, durante décadas pareció arribarse a un consenso, por lo menos en las cuestiones básicas y al menos en Alemania. Así, tres puntos angulares de la concepción de Roxin han sido ampliamente aceptados durante décadas sobre todo en la ciencia penal alemana, pero también en gran parte de la ciencia penal hispanohablante. En primer lugar, la adopción del sistema de diferentes formas de intervención en el delito frente a la concepción unitaria de autor; en segundo lugar, la concepción de que el concepto restrictivo de autor es correcto, en tercer lugar, la idea de que el dominio del hecho representa, al menos para una gran parte de delitos, la base decisiva de la autoría<sup>368</sup>.

Importa ressaltar que a teoria do domínio do fato de Roxin é absolutamente inovadora em relação às concepções sobre essa teoria que a antecederam e não seria leviano afirmar, pensa-se, que a autoria do domínio do fato de Roxin é absolutamente autêntica. Ainda, a proposta de Roxin não deve ser considerada como uma continuação das propostas anteriores e também não deve ser

---

<sup>366</sup> JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato: uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos*, p.1.

<sup>367</sup> GRECO, Luis; 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*, p. 14.

<sup>368</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. T. I, p.492.

considerada como uma teoria construída a partir da conjugação das teorias precedentes<sup>369</sup>.

Nada obstante, ela surgiu com a mesma pretensão já destacada de todas as teorias restritivas, qual seja, a de distinguir autoria e participação no estudo do concurso de pessoas.

Ressalta Roxin que a publicação de sua famosa obra interrompeu um longo período de vinte anos de carência de qualquer publicação sobre o tema autoria e participação na Alemanha, à exceção de um pequeno artigo sobre o assunto publicado por Herzberg em 1977. Mais: esse autor destaca que, após a publicação da primeira edição de sua obra, surgiram nove trabalhos que dispensaram ao estudo da autoria e da participação grandes reflexões. São eles, de acordo com a data de publicação: M.-K. MEYER, *Des Ausschluss der Autonomie durch Irrtum. Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung*, 1984; BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Straf recht*, 1985. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung des Anderen*, 1986; STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988; DÍAZ Y GARCÍA, *La autoría en Derecho penal*, 1991 (essa obra embora de origem espanhola, trabalha com a discussão do assunto na Alemanha); BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, 1992; MURMANN, *Die Nebentäterschaft in Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftlehre*, 1993; SCHILD, *Täterschaft als Tatherrschaft*, 1994; e RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997<sup>370</sup>.

Conforme já evidenciado, atribui-se o surgimento da teoria do domínio do fato como uma reação em desfavor das indesejáveis consequências que advieram do acolhimento, pela jurisprudência alemã, das teorias subjetivas da autoria. É nesse contexto que surgiu igualmente a teoria do domínio do fato de Roxin. A pretensão do

---

<sup>369</sup> GRECO, Luis; 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*, p. 15.

<sup>370</sup> ROXIN, Claus et al. *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universität Pompeu Fabra)*. Trad. Jesús-Maria Silva Sánchez, María Teresa Castiñera Palou, Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, David Felip I Saborit, Ramón Ragúes I Valles, Ricadro Robles Planas e Javier Sanches-Vera Gómez-Trelles. Civitas: Madri, 2000, p. 165/166.

autor é absolutamente clara: Roxin aspira apresentar um critério mais tangível para adequadamente distinguir autoria e participação no estudo do concurso de pessoas.

Revestido desse propósito, Roxin desenvolveu sua teoria do domínio do fato a partir do seu famoso conceito de autor: “el autor es la figura central del acontecer em forma de acción”<sup>371</sup>. Essa definição de autor é eixo central da teoria do domínio do fato de Roxin.

Antes, contudo, de apresentar essa sua definição de autoria, Roxin critica as construções teóricas anteriores que se fundamentaram, ora sobre base metodológica exclusivamente ôntica, ora sobre base metodológica exclusivamente normativa<sup>372</sup>.

Inicialmente, Roxin reprova a aplicação do critério causal como base metodológica para a delimitação da autoria, afirmando que a categoria da causalidade, a despeito de reger os fenômenos da natureza, em nada contribui para as relações de sentido e significado. As definições de autoria e participação estão necessariamente jungidas, segundo o autor, a critérios de valoração que não podem ser proporcionados pelo critério da causalidade. Esse critério poderia até contribuir para que se compreendesse a associação entre fenômenos físicos exteriores. Contudo, ele em nada contribui para o significado jurídico de autoria e participação<sup>373</sup>.

Em seguida, Roxin dirige suas críticas às teorias teleológicas da autoria que foram edificadas a partir dos Estudos da Escola Neokantiana de Direito Penal, em sua vertente intitulada filosofia dos valores. Essa escola distinguia claramente o mundo do ser e o mundo dos valores. A partir disso, as teorias teleológicas propuseram, segundo Roxin, que a distinção entre autoria e participação não deveria ser buscada em critérios causais, senão a partir de critérios de valoração jurídica-normativa. Essa matriz filosófica conduziu Eb. Shmidt a formular seu conceito extensivo de autoria – que, evidentemente, contempla também a figura da partícipe

---

<sup>371</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 44.

<sup>372</sup> ABOSO, Gustavo Eduardo. *Los límites de la autoría mediata*. p. 36.

<sup>373</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 25/26.

–, levando em consideração o critério do bem jurídico. Considerando que a lei penal alemã distinguia autoria e participação, Eb. Shmidt reconhece que sua concepção de autoria deve com essa exigência se compatibilizar. Assim, para esse autor, a distinção entre autoria e cumplicidade deve levar em consideração a escassa periculosidade de lesão ao bem jurídico tutelado proporcionada pelo comportamento do cúmplice. Autor e instigador, ao contrário, são aqueles que desempenham comportamentos efetivamente perigoso para o bem jurídico. O problema desse método, aponta Roxin, é que ele conduz a resultados absolutamente heterogêneos quando utilizado para distinguir autoria e participação. Beling, por exemplo, declaradamente partidário do método exclusivamente teleológico de conceitos, acolhe o conceito formal-objetivo de autoria. Isso revela exatamente a falta de método. Ainda, acrescenta Roxin, que a caracterização da autoria a partir contribuição valorativa, não revela quais seriam os critérios que levariam a cabo essa valoração. Roxin, entretanto, ressalva que o método teleológico é absolutamente adequando para a sua tradicional função de interpretação do tipo penal<sup>374</sup>.

Por fim, antes de adentrar nas bases metodológicas do seu conceito de autor, Roxin trabalha as teorias ontológicas da autoria, desenvolvidas especialmente por Welzel e Hardwig. Essas teorias buscaram delimitar o conceito de autoria levando em consideração as estruturas ontológicas, prévias ao ordenamento jurídico. Welzel desenvolve seu conceito de autor, conforme já antes destacado, levando em consideração uma conceito de ação prévio, ontológico e não passível de ser modificado pelo legislador. Hardwig, por sua vez, delimita o conceito de autor a partir de um conteúdo jurídico-social prévio das formas de contribuição, ou seja, ele leva em consideração as diretrizes sociais advindas de um caso concreto<sup>375</sup>.

Roxin, quanto ao posicionamento de Welzel, argumenta que não resta definitivamente evidenciado de que maneira a teoria da ação poderia contribuir para a distinção entre autoria e participação. Ou seja, para Roxin, não permanece claro de que forma seria possível, a partir da teoria da ação, distinguir autoria e

---

<sup>374</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 26 e ss.

<sup>375</sup> Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 32 e ss.

participação pois, “como para Welzel la finalidad es idéntica al dolo y como obviamente también inductores y cómplices han de obrar dolosamente en relación al resultado típico, precisamente de la finalidad no se desprende diferencia alguna entre los copartícipes”<sup>376</sup>.

Levando em consideração os inconvenientes apontados pelo acolhimento isolado de cada uma das bases metodológicas anteriormente referidas, Roxin se filia a uma base metodológica estruturada sobre uma composição entre os métodos ôntico e normativo. Pondera Roxin que a matéria objeto de regulamentação pelo direito constitui um dado ontologicamente prévio e que compõe a realidade das coisas sendo, portanto, insuscetível de ser modificada pelo legislador. Contudo, a despeito de o legislador não poder modificar essa estrutura lógico-objetiva, nada impede que ele delibere sobre qual dessas estruturas deverá recair sua regulamentação.

Essa é, para Roxin, a metodologia que deve reger a delimitação da autoria: a autoria e a participação são dados ontológicos prévios e imodificáveis. Conquanto imodificáveis, esses dados são passíveis de serem valorativamente delimitados pelo legislador. Afirma-se, dessa forma, que Roxin acolhe, como base metodológica para a delimitação da autoria, uma síntese entre os métodos ontológico e normativo<sup>377</sup>.

Nas palavras de Roxin: “Por consiguiente, también en la teoría de la autoría el camino correcto reside en resaltar los criterios valorativos determinantes o – visto desde la otra parte – las diferenciaciones previamente dadas que orientan a regulación”<sup>378</sup>.

É assim, a partir de uma composição entre os métodos ontológico e normativo, que se estrutura o citado conceito de autoria de Roxin: “el autor es la figura central del acontecer en forma de acción”<sup>379</sup>.

---

<sup>376</sup> Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 37.

<sup>377</sup> ABOSO, Gustavo Eduardo. *Los límites de la autoría mediata*, p. 40.

<sup>378</sup> Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 42.

<sup>379</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 44.



Adverte Roxin, entretanto, que esse seu princípio orientador da autoria não contempla o conteúdo da autoria, senão que é um conceito meramente formal, um ponto de partida metodológico construído a partir de uma harmônica conjugação dos métodos ontológico e normativo e com o claro propósito de buscar uma fórmula mais concreta para distinguir autoria e participação do estudo do concurso de agentes<sup>380</sup>.

La expresión elegida ha de entenderse, pues, sobre este trasfondo, deduciéndose entonces lo siguiente: el concepto de “figura central” designaría por una parte el punto de vista legal determinante para la delimitación, pero por otra parte también un barema de diferenciación prejurídico claramente aprehensible<sup>381</sup>.

Em síntese: ontologicamente a distinção entre autoria e participação ser apoia-se no barema da “figura central”, ou seja, esse barema deve servir como critério orientador dessa distinção entre autoria e participação em âmbito pretípico. Outrossim, esse mesmo barema da “figura central” deve servir como guia para o legislador elencar os critérios eminentemente jurídicos para a delimitação da autoria e para a diferenciação entre autoria e participação.

Quando o legislador descreve as figuras do autor, coautor e autor mediato ele se orienta a partir da ideia de centralidade dessas figuras no evento. Os partícipes – cúmplice e indutor –, ao contrário, estão à margem. Os cúmplices e os indutores se apoiam acessoriamente na figura central do autor.

Se es que cabe hablar de una “esencia” previa, dada, de la participación, ésta consiste en que el partícipe se apoya en la figura central del autor, lo cual encuentra expresión jurídico-positiva en la accesoriedad perfilada “lógico-objetivamente”<sup>382</sup>.

Roxin reconhece, contudo, que esses elementos introdutórios de esclarecimento relacionados à ideia de autor como “figura central” não dizem, em verdade, absolutamente nada. Desses elementos introdutórios não há como depreender quais os critérios que identificam o autor como “figura central”. Essa ideia de “figura central” pode ser diferente, dependendo dos elementos valorativos

---

<sup>380</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 45.

<sup>381</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 45.

<sup>382</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 45.

empregados pelo legislador. Admite o autor, em síntese, que há a necessidade de uma análise posterior detalhada e que só assim seria possível desenvolver adequadamente esse conceito<sup>383</sup>.

A ideia reitora de autor como “figura central do acontecer típico” detém, para Roxin, pretensão de abrangência para toda a teoria geral da autoria, ou seja, os fundamentos estruturais da autoria, no estudo da teoria geral da autoria, se regem por esse critério genérico. Na busca pelo conteúdo do domínio do fato, Roxin observa, obviamente, que nesse elemento também deve estar implícita essa ideia de “autor como figura central do acontecer típico”<sup>384</sup>.

A ideia de autor como a “figura central do acontecer típico” se manifesta, para Roxin, através do domínio do fato na categoria dos intitulados delitos de domínio (que se resumem aos crimes comissivos dolosos). Já nos chamados delitos de dever (que, conforme já oportunamente destacado, são os delitos que englobam basicamente os crimes próprios e os crimes omissivos) essa ideia se manifesta através da violação de um dever extrapenal. Por fim, nos denominados crimes de mão própria, a ideia de autor com a “figura central do acontecer típico” se manifesta através da realização, com as próprias mãos, da conduta descrita no tipo penal.

Em resumo, o critério de domínio do fato de Roxin foi edificado a partir da ideia reitora de autor como a “figura central do acontecer típico” e não tem pretensão de aplicação para todas as categorias de delitos, senão, exclusivamente, para os delitos de domínio que contemplam, essencialmente, os crimes comissivos praticados dolosamente. Para as demais categorias de crime, como se viu, são outros os critérios reitores da autoria.

O critério do domínio do fato de Roxin, por sua vez, se manifesta de três formas distintas, quais sejam: o domínio da ação (fundamenta a autoria de quem direta e pessoalmente realiza a ação típica); o domínio da vontade (fundamenta a autoria mediata); e o domínio funcional (fundamenta a coautoria).

---

<sup>383</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 45.

<sup>384</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 130.

Nas palavras de Roxin,

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 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 do fato funcional)<sup>385</sup>.

## **5.2 Das três formas de manifestação concreta da autoria a partir da teoria do domínio do fato de Claus Roxin**

Na exposição que seguirá, apresentaremos os principais contornos das três formas de manifestação da autoria a partir da teoria do domínio do fato de Roxin. A partir de seu já citado princípio reitor da autoria (autor como a figura centra do acontecer típico), Roxin desenvolveu amplamente as três formas de autoria previstas no Código Penal Alemão (StGB).

Antes, contudo, de apresentarmos os principais aspectos dessas três formas de autoria, a partir da teoria do domínio do fato de Roxin, cumpre compartilharmos uma importante ressalva apresentada Miguel Díaz y García Conlledo<sup>386</sup> quando de sua apresentação da teoria do domínio do fato de Roxin: a exposição resumida sobre o posicionamento de um autor em relação a uma determinada teoria enseja, evidentemente, os riscos de perdemos alguns aspectos dessa exposição. Isso ocorre de uma maneira muito especial quando se está tratando da teoria da autoria a partir da concepção Roxin. Como já se afirmou, a teoria do domínio do fato de Roxin é inigualavelmente rica e não há como reproduzir toda a sua abundância, a menos que se produzisse um trabalho de mesma extensão. Esse não é, evidentemente, o anseio deste trabalho.

### **5.2.1 Do domínio da ação como fundamento da autoria imediata**

---

<sup>385</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 337.

<sup>386</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Miguel. *La autoría en derecho penal*. p. 583.

A primeira forma de manifestação do domínio do fato de Roxin revela-se por meio da realização livre, direta e pessoal de todos os elementos integrantes da figura típica prevista na parte especial dos códigos penais. Essa é, segundo esse autor, a forma mais evidente de se enxergar o autor com a “figura central do acontecer típico”. Para Roxin, não há maneira mais clara de dominar o fato quando ele é realizado direta e pessoalmente pelo próprio agente<sup>387</sup>.

O domínio da ação aparece quando o autor pessoalmente realiza ou dá início à realização da ação típica o que corresponde, respectivamente, ao delito consumado ou tentado.

Na legislação penal alemã, a autoria imediata revela-se pela expressão “comete o fato por si mesmo”, previsto na § 25 I StGB (Código Penal Alemão)<sup>388</sup>.

Do domínio da ação extrai-se, por exemplo, que é autor do furto consumado ou tentado aquele que subtrai ou tenta subtrair. Autor do homicídio consumado ou tentado, por sua vez, é aquele que mata ou tenta matar e assim por diante.

Dentro dessa ideia central de que o domínio do fato na autoria direta – domínio da ação – se apresenta por meio da realização livre, direta e pessoal da integralidade dos elementos integrantes da figura típica, questiona-se se essa hipótese contempla a autoria nos casos de realização pessoal, dolosa e não livre do tipo penal.

A coação moral é o caso mais claro em que esse problema se desenvolve. Imagine-se, por exemplo, o seguinte cenário: *A* é sequestrado por *B*. Para conceder a liberdade a *A*, *B* exige que *C*, pai de *A*, mate *D*. Não vislumbrando outra hipótese para ver seu filho livre, *C* cumpre a exigência do sequestrador *D*.

Diante desse caso, indaga-se: *C* é autor direto do homicídio praticado em desfavor de *D*?

---

<sup>387</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. p. 151 e ss.

<sup>388</sup> GRECO, Luis; 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*, p. 16.

Roxin, ao contrário de Welzel, afirma categoricamente que nesse caso não há como negar a autoria do coagido. Para aquele autor, nas hipóteses de coação moral, o coagido age intimidado e impelido pelo medo. Nessas circunstâncias, argumenta Roxin, a coação sofrida pelo coagido não altera a sua dominabilidade sobre o curso causal da ação típica. Ao contrário, o coagido domina o fato da mesma forma que ele dominaria na eventualidade de não estar ele sob efeito de uma coação. Mais: para Roxin, nas hipóteses de coação, os riscos sofridos pelo coagido o motivam a dominar de forma ainda mais segura a ação. Para o autor, é inegável aqui o pleno domínio do fato do agente coagido, ainda que não seja ele punido em virtude de uma causa de exculpação<sup>389</sup>.

A la vista de todas estas circunstancias, habrá que considerar demostrado que también quien realiza el tipo de propia mano constreñido por coacción es autor en todo caso y posee el pleno dominio do fato. La postura contraria, como hemos visto, no sólo forzaría el contenido material del concepto de dominio, sino que tampoco daría cuenta de la esencia de la autoría medita, del requisito de coherencia sistemática, del significado autónomo de las causas de exclusión de la culpabilidad y de la problemática de la accesoriedad<sup>390</sup>.

Na esteira desse entendimento, Roxin afirma que, nas hipóteses de inimputabilidade e erro de proibição direto do executor material, há pleno domínio do fato, ainda que sejam hipóteses de exculpação<sup>391</sup>.

Segundo uma interpretação mais adequada do pensamento de Roxin, pensa-se, em todas as hipóteses de exculpação do executor material há, para Roxin, o pleno domínio do fato, portando autoria direta ou imediata, ainda que não seja o executor material, nessas hipóteses, punido.

Mais: há igualmente, para Roxin, em consonância com o atual entendimento da jurisprudência alemã, domínio do fato nas hipóteses em que o agente age no

---

<sup>389</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. p. 155 e ss.

<sup>390</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 160.

<sup>391</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 160/161.

interesse ou a mando de um terceiro. Nessas hipóteses, o agente é autor direto, ainda que não seja ele um autor culpado ou único<sup>392</sup>.

### 5.2.2 Do domínio da vontade como fundamento da autoria mediata

A segunda forma de manifestação do domínio do fato de Roxin ocorre por meio do domínio da vontade nas hipóteses de autoria mediata. Nessa forma de autoria, o autor mediato serve-se de um terceiro como instrumento para a realização da ação descrita no tipo penal. Aqui, o domínio da vontade de que se reveste o autor mediato o coloca na condição de “figura central do acontecer típico”.

Roxin reconhece que, na autoria mediata, se encontra uma das maiores dificuldades do estudo do concurso de agentes, qual seja: se é possível e como é possível fundamentar a autoria de um agente que não executa pessoalmente a ação típica. Esse é, como já se disse, o grande problema que o critério formal-objetivo não consegue resolver. A teoria do domínio do fato se apresenta, segundo Roxin, como uma evolução para a solução desse caso, pois permite conceber “como auténticos casos de autoría los supuestos típicos de autoría mediata (...), sin poner en peligro la delimitación con la participación y sin reducir la autoría a una mera causación”<sup>393</sup>. Enfim, o domínio da vontade do autor mediato fundamenta a sua autoria.

Roxin adverte que o domínio da vontade como fundamento da autoria mediata não se confunde com o domínio da ação, que se apresenta na autoria imediata.

Mientras que allí la realización de la acción típica de propia mano fundamenta la autoría, aquí se trata de casos en los que falta precisamente la “acción” ejecutiva del sujeto de detrás y el dominio del hecho sólo puede basarse en el poder de la voluntad rectora. Por eso, allí donde haya que afirmar el dominio del hecho hablamos de “dominio de la voluntad” en el autor <sup>394</sup>.

---

<sup>392</sup> ROXIN, Claus et al. *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universität Pompeu Fabra)*, p. 158.

<sup>393</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 165.

<sup>394</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 166.

Na Alemanha, a autoria mediata revela-se pela expressão “comete o fato por meio de outrem” previsto na § 25 I StGB (Código Penal Alemão)<sup>395</sup>.

O domínio da vontade de Roxin apresenta-se essencialmente das seguintes maneiras distintas: domínio da vontade em virtude de coação; domínio da vontade em virtude de erro; e, por fim, domínio da vontade em virtude de estruturas de poder organizadas.

Quanto à hipótese de domínio da vontade em virtude de coação, Roxin justifica o domínio do fato do “homem de trás” alegando que o agente que coage domina o coagido. O coagido, por sua vez, domina o curso do fato. Assim, via de consequência, pode-se afirmar que o agente que coage (“homem de trás”) domina o próprio fato (domínio que se dá, repita-se, através do domínio que tem o agente que coage sobre o coagido). Roxin resume seu pensamento afirmando que “el dominio de la voluntad sobre el titular del dominio de la acción fundamenta el dominio del hecho”<sup>396</sup>.

Observa ainda esse autor que, nas hipóteses de coação, não há que se falar em autoria compartilhada, típica das hipóteses de coautoria, senão em autoria dupla de forma plena. Mais: de acordo com Roxin, nas hipóteses de coação, ambos os agentes (coator e coagido) se encontram na posição central de realização do tipo. Contudo, esses agentes encontram-se sobre bases de critérios de imputação contrapostas: o coagido encontra-se na posição de realizar a conduta típica e o coator, na posição de gestor da vontade do coagido. A ação desenvolvida pelo executor direto é fruto da vontade propulsora do autor mediato. Esse pensamento, segundo Roxin, confirma a possibilidade de acolhimento da polêmica figura do “autor de trás do autor”.

Sobre o conteúdo do domínio da vontade como elemento do domínio do fato, Roxin afirma que a configuração daquele domínio requer a inequívoca demonstração de seu conteúdo social, qual seja, o da necessidade de comprovação

---

<sup>395</sup> GRECO, Luis; 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*, p. 16.

<sup>396</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 167.

de que a realização do fato é fruto da vontade determinante do “homem de trás”. Sempre que se observar qualquer nível mínimo de liberdade de decisão por parte do executor direto, não há que se falar em domínio, senão em influência volitiva.<sup>397</sup>

A segunda hipótese clássica em que se revela o domínio da vontade na autoria mediata é aquela em que o agente utiliza como instrumento para a realização da ação típica alguém que age revestido de erro. Aqui, Roxin desenvolve as hipóteses em que o executor material do fato age revestido das mais diversas formas de erro, que vão do clássico erro de tipo ao erro de proibição.

Diferentemente das hipóteses de coação – em que a autoria mediata do “homem de trás” se fundamenta no domínio que esse agente tem sobre o fato a partir do domínio que ele exerce sobre o coagido – o domínio da vontade do autor direto em virtude de erro se fundamenta, segundo Roxin, no conhecimento superior e de maior amplitude que tem o autor mediato. A despeito da variedade de erros, todos os casos podem ser solucionados a partir desse único fundamento. Nessas hipóteses de erro, o autor mediato, ao contrário do executor material do fato, tem pleno conhecimento de todas circunstâncias fáticas que envolvem o evento. O conhecimento superior do autor mediato se fundamenta, segundo Roxin, em um caráter gradual de quatro níveis: conhecimento das circunstâncias fáticas, conhecimento da antijuridicidade material do fato, conhecimento dos elementos de reprovabilidade e conhecimento do sentido concreto da ação desenvolvida pelo executor material do fato<sup>398</sup>.

El dominio por parte del sujeto de detrás se explica por la circunstancia de que en virtud de su saber más amplio capta con más profundidad el significado social del suceso y consiguientemente es capaz de configurar él solo el sentido del suceso de la acción, dependiendo de la medida de su conocimiento trascendente, pues el ejecutor directo no puede oponer su libre voluntad inhibitoria y autónoma a lo que no es accesible para su entendimiento<sup>399</sup>.

---

<sup>397</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 167.

<sup>398</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 258.

<sup>399</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 258.



Dentre todas as hipóteses de erro do executor material do fato citadas por Roxin, merece destaque aquelas em que o “homem da frente” atua revestido de um erro que não exclui ou diminui seu dolo ou a sua culpabilidade. Talvez seja esse o ponto mais polêmico de suas hipóteses de autoria mediata em virtude de um instrumento que age através de um erro, pois aqui o “homem da frente” atua de forma típica, antijurídica e culpável<sup>400</sup>.

Dentro dessas situações, pode-se elencar, por exemplo o *error in persona* (erro sobre a pessoa). Aqui, o autor mediato cria propositadamente no executor material do fato um erro sobre a pessoa da vítima: *A* pretende matar *B*. *C*, por sua vez, conhecendo o propósito criminoso de *A*, o induz ao erro para que ele execute erroneamente *D*. *A* executa *D* acreditando erroneamente que se tratava de *B*<sup>401</sup>.

Outro exemplo de erro citado por Roxin, em que o “homem da frente” age de forma típica, ilícita e culpável é o intitulado erro sobre o risco. Aqui, o executor material do fato atua de forma plenamente responsável, mas engana-se quanto à produção de um resultado que é determinado pelo autor mediato. Essa situação pode ser ilustrada com o seguinte exemplo: o médico *A*, perito em medicamentos, orienta dolosamente o médico *B* a combinar duas substâncias para o tratamento de determinado paciente. O médico *A* alerta o médico *B* de que muito provavelmente a combinação dos dois medicamentos irá curar o paciente *C*. O médico *A*, em virtude de seu notório conhecimento em medicamentos, afasta as preocupações do médico *B*, alertando-o que muito provavelmente o paciente *C* será curado ou, no mínimo, nada acontecerá. Em verdade, o médico *A* sabe que a combinação dos dois medicamentos para o tratamento do referido paciente vai matá-lo com uma probabilidade quase total. Isso é o que o médico *A* deseja em virtude de uma antiga desavença que ele tem com o citado paciente *C*. O médico *B*, que permanece absolutamente consciente dos riscos do tratamento do paciente *C* a partir da combinação das duas referidas substâncias, avalia mal os riscos, executa a ação recomendada pelo médico *A* e acaba matando o paciente *C*. Nesse exemplo, é absolutamente sem importância para Roxin a discussão em torno do fundamento da

---

<sup>400</sup> GRECO, Luis; 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*, p. 16/17.

<sup>401</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 237/238

responsabilidade do médico *B*. Ele reconhece que o médico *B* poderá ser responsabilizado aqui por dolo eventual ou, até mesmo, por culpa consciente. Para ele, o mais importante é que essa discussão não poderá ser considerada para fins de delimitação entre autoria mediata e indução. Essa delimitação não depende disso, em resumo. Nesse exemplo, o importante para a configuração da autoria mediata do médico *A* é, segundo Roxin, a comprovação de seu conhecimento superior sobre o fato, a partir da demonstração dos quatro níveis de domínio antes referido<sup>402</sup>.

Nas duas situações antes referidas, tanto o autor mediato quanto o executor material do fato serão considerados como autores do fato. Como se viu, Roxin admite a figura da autoria mediata por meio de instrumento que atua de maneira absolutamente responsável.

Uma outra hipótese em que se revela o domínio da vontade na autoria mediata e que se encontra, ao lado das hipóteses de coação e de erro, entre os principais casos dessa forma de autoria, é aquela em que o agente utiliza, como instrumento para a realização da ação típica, um executor material inimputável.

Quanto a essa possibilidade, a despeito das inúmeras controvérsias em torno do tema, Roxin propõe solucionar o problema com a ajuda dos mesmos critérios que ele utiliza para fundamentar a autoria mediata nas hipóteses em que o executor material do fato age coagido ou revestido de erro.

Nas hipóteses de uso de inimputáveis para a prática do crime, Roxin entende que o fundamento da autoria mediata está, em síntese, em uma zona mista entre o fundamento da autoria mediata nas hipóteses em que o executor material do fato atua coagido ou coberto de erro:

el dominio da vontade del sujeto de detrás puede basarse o en que (como en las situaciones coactivas) domina la formación de voluntad del ejecutor directo o en que (como en los casos de error) es capaz de dirigir el suceso en virtud de supradeterminación configuradora de sentido. La mayoría de las soluciones incorrectas en este ámbito se

---

<sup>402</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 247.

derivan de desconocer el doble carácter del posible dominio del hecho en tales casos<sup>403</sup>.

Por fim, Roxin cita como última forma de manifestação de domínio da vontade na autoria mediata o domínio da vontade do executor material do fato em virtude das maquinarias ou estruturas de poder organizada. Essa é uma autêntica e importante contribuição de Roxin para o tratamento da autoria mediata a partir do domínio da vontade. Mais: com essa contribuição, Roxin consolida de forma absolutamente clara e definitiva a possibilidade de autoria mediata a partir de um executor material que atua de maneira plenamente responsável.

Se alude así a los supuestos que en la posguerra han ocupado en creciente medida a la jurisprudencia y que se caracterizan por que el sujeto de detrás tiene a su disposición una “maquinaria” personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor.<sup>404</sup>

O agente que, servindo-se de uma organização estruturada, verticalmente orientada e divorciada da ordem jurídica, emite uma ordem que deverá ser cumprida por executores cuja a identificação pessoal é totalmente prescindível, é considerado como verdadeiro autor mediato dos eventos realizados, segundo a concepção de Roxin<sup>405</sup>.

Nessas hipóteses, destaca Roxin, o executor material do fato não age coagido ou revestido de um erro de qualquer natureza. Ao contrário, o agente executor material tem plena consciência do seu comportamento.

Uma hipótese citada por Roxin para explicar essa forma de autoria é o já citado caso Staschynskij.

Adverte Roxin, outrossim, que essa forma de autoria mediata não se confunde com a mera indução, haja vista que os agentes que dão as ordens dentro dessas estruturas de poder organizado dominam o fato de maneira peculiar e

---

<sup>403</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 269.

<sup>404</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 269.

<sup>405</sup> GRECO, Luis; 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*, p. 16/17.

absolutamente distinta da figura da indução. Ainda, essa posição os coloca também na condição de “figura central do acontecer típico”. Para Roxin, o fator decisivo da forma de autoria mediata é a fungibilidade do executor material do fato.

El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje – sustituible en cualquier momento – en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro do acontecer.<sup>406</sup>

Segundo Roxin, exige-se para a configuração dessa forma de autoria, ademais, que a estrutura organizada de poder atue à margem da legalidade, haja vista que, nas estruturas organizadas segundo a legalidade de um estado constitucional e democrático de direito, não existe essa forma de domínio (a não ser quando existe outra forma distinta de domínio do fato), senão mera indução. Assim, por exemplo, nas ordens proferidas pelos comandantes de um determinado exército e regularmente cumpridas pelos subordinados, há, geralmente, a figura da indução<sup>407</sup>.

Roxin aponta que essa forma de autoria mediata se apresenta através de duas únicas manifestações típicas: ou através de pessoas que ocupam posição de comando dentro de governos autoritários ou através dos grupos clandestinos (terrorismo, organizações criminosas ou grupos semelhantes)<sup>408</sup>.

Em resumo, segundo Roxin, a autoria mediata em virtude do domínio da vontade do executor material do fato nas maquinarias ou estruturas de poder organizadas exige, como requisitos, que a ordem seja procedida de um agente que ocupe uma posição de poder dentro dessas estruturas organizadas de poder; que a ordem proferida por essa pessoa que ocupa determinada posição de comando dentro da estrutura organizada de poder seja cumprida por executores fungíveis; e, por fim, que essa estrutura organizada de poder atue à margem do direito.

---

<sup>406</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 273.

<sup>407</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 278.

<sup>408</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 278.

Importa destacar que, em virtude dessas inúmeras formas de domínio da vontade, Roxin reconhece que a estrutura do domínio do fato é um conceito aberto, ou seja, não há como indicar um conceito exaustivo de autor a partir de critérios ou requisitos absolutamente irrenunciáveis.

Más bien, el proceder correcto sólo puede consistir, como este ejemplo debe mostrar, en destilar descriptivamente, a partir de la contemplación directa de los fenómenos de la realidad y de su análisis, las formas estructurales del dominio ínsitas en la materia jurídica. El concepto de dominio del hecho no es, pues, algo listo desde el principio, cerrado en sí mismo a lo que quepa someter cualquier supuesto de hecho por la vía de la mera subsunción, sino que sólo obtiene su forma concreta discurriendo por los distintos ámbitos de la materia de regulación, cada uno de los cuales añade al concepto no cerrado de autor nuevos rasgos concretos.<sup>409</sup>

### **5.2.3 Do domínio funcional como fundamento da coautoria**

A terceira e última forma de manifestação do domínio do fato de Roxin se dá por intermédio do intitulado domínio funcional nas hipóteses de coautoria. Roxin esclarece que, entre o domínio da ação e o domínio da vontade, há um grande ambiente de atividade criminosa em que o agente não tem nenhuma das duas classes de domínio citadas, senão que sua autoria se desenvolve a partir de um domínio conjunto sobre o evento criminoso.

Dentro da estrutura do domínio funcional do fato, Roxin entende que se devem distinguir dois grupos de casos que devem ser tratados de forma separada, quais sejam: a cooperação na fase de execução e a cooperação na fase preparatória do crime.

#### **5.2.3.1 A cooperação prestada na fase de execução do crime**

A cooperação realizada na fase de execução do crime pode aparecer de inúmeras formas distintas. Por exemplo: o agente *A* segura a vítima *B* para que o agente *C* lhe desfira golpes de faca. O agente *A* fica aguardando o agente *B* para proporcionar-lhe meio seguro de fuga em um crime de roubo.

---

<sup>409</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 269.

Dentro dessas inúmeras formas de contribuição, há aquelas contribuições que são consideradas como irrelevantes e há, por outro lado, aquelas que são consideradas essenciais para a produção do resultado típico. Há entre esses dois extremos, ainda, inúmeros outros níveis de importância de contribuição. Questiona-se, dentro desse contexto, se em todas as formas e níveis de contribuição prestadas na fase executiva é possível falar em domínio do fato e quais deveriam ser os critérios para se fundamentar esse domínio<sup>410</sup>.

Schröder nega veementemente domínio do fato nessas hipóteses, alegando que cada agente que contribui jamais pode dominar o fato globalmente, senão que cada um domina apenas a sua contribuição. Roxin reconhece que o argumento de Schröder possui determinada razão, ao menos no que diz respeito à inexistência, nessas hipóteses, de domínio do fato através das formas já anteriormente tratadas (domínio da ação, como fundamento da autoria direta e domínio da vontade, como fundamento da autoria mediata). Reconhece Roxin, ainda, que, em virtude de a coautoria não se limitar ao critério formal-objetivo (com o possível argumento de que a coautoria seria delimitada a partir da comprovação de que o coparticipante executou total ou parcialmente a ação típica), de a autoria exigir o domínio global do fato e, por fim, não ser possível afirmar que o coautor domina a vontade dos coparticipantes, parece impossível harmonizar esses três elementos para rebater o posicionamento de Schröder<sup>411</sup>.

Não obstante, Roxin admite e afirma que nessas exigências não há nenhuma contradição. Para ele,

Lo peculiar de la coautoría estriba precisamente en que cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás. Lo que quiere decir que el coautor no tiene por sí solo el dominio total del hecho, como señala en las posturas de Lange y Sax; pero tampoco ejerce un dominio parcial, como opina Schröder, sino que el dominio completo reside en las manos de varios, de manera que éstos sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo así cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho global<sup>412</sup>.

---

<sup>410</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 306.

<sup>411</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 305/306.

<sup>412</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 307/308.

Para defender esse seu posicionamento, no sentido de que a peculiaridade da coautoria reside no fato de que o domínio integral do fato se encontra nas mãos de vários, Roxin alerta que a questão deve ser investigada a partir das estruturas da cooperação nas hipóteses típicas de coautoria. Roxin parte dos seguintes exemplos para explicar e fundamentar seu posicionamento: o agente *A* ameaça com uma arma de fogo, enquanto o agente *B* recolhe o dinheiro de um banco; o agente *A* segura a vítima *C* para que o agente *B* a mate. É a partir desses exemplos que Roxin explica sua ideia de que na coautoria o domínio integral do fato se encontra nas mãos de vários<sup>413</sup>.

Nesses exemplos, o agente cooperador, embora não tenha o domínio da ação nem também o domínio da vontade, se ajusta na medida do possível, segundo entendimento de Roxin, no seu critério de autor com a “figura central do fato na forma de ação”. Observa esse autor que, nesses dois exemplos, os intervenientes não podem executar nada sozinhos: a ameaça através do uso de arma de fogo do agente *A* no primeiro exemplo e o comportamento do agente *A* de segurar a vítima *C*, no segundo exemplo, embora não realizem o resultado típico, são essenciais para a produção desse resultado. Mais: o resultado, nos dois exemplos, só seria possível através da soma de todas as contribuições. Para ambos os exemplos, a situação é absolutamente equivalente: a concretização do plano idealizado só é possível se ele for conjuntamente realizado. Acresce-se, ainda, que cada um dos intervenientes, nessa medida, está habilitado a anular o projeto criminoso a partir da retirada de sua contribuição. É dessa forma que, para Roxin, cada um dos intervenientes tem o controle do fato<sup>414</sup>.

Así pues, aquí reside la idea básica de la coautoría, siempre que se la conciba como dominio del hecho conjunto. Teniendo presente este punto de partida, se entiende perfectamente cómo es que cada coautor tiene algo más que el dominio sobre su porción del hecho y, sin embargo, únicamente dirige el hecho conjuntamente con los otros. Además, se pone de manifiesto que los partidarios de la teoría del dominio del hecho, en la fundamentación teórica de la coautoría, por lo general aún están demasiado influenciados por la idea básica de la teoría subjetiva.

---

<sup>413</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 308/309.

<sup>414</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 309.

Por eso es absolutamente irrelevante que el colaborador en el asesinato que sujeta a la víctima, o el pistolero del asalto al banco, se subordinen internamente al otro, en el sentido de la teoría del dolo, y "dejen a su criterio" la ejecución del hecho. Aun cuando tal fuera el caso, sin embargo, siempre que obren libremente y sin coacción, dominan en la misma medida que los demás, siendo por tanto coautores<sup>415</sup>.

Roxin afirma expressamente que esse seu critério de domínio do fato está de alguma forma alinhado com a acertada concepção de coautoria de Maurach. Conforme já oportunamente destacado, Maurach constrói seu conceito de autoria à luz da teoria do domínio do fato a partir da ideia de que autor é aquele que com base em sua vontade pode iniciar, deixar correr, interromper e, até mesmo, reiniciar a execução, dirigindo-a soberanamente até a integral realização do crime. E a coautoria não é, senão, uma forma de autoria conjunta<sup>416</sup>.

Com peculiar clareza, Roxin explica, assim, o termo “domínio funcional” como critério delimitador da autoria:

Si hubiera que expresar con un lema la esencia de la coautoría tal como se refleja en estas consideraciones, cabría hablar de dominio del hecho "funcional", esto es, determinado por la actividad, en tanto que el dominio conjunto del individuo resulta aquí de su función en el marco del plan global. Ésta es una forma absolutamente autónoma de dominio del hecho, junto al dominio de la acción, que se basa en el carácter central de la realización del tipo aisladamente considerada, y junto al dominio de la voluntad, que se deriva de la falta de libertad, la ceguera o la fungibilidad del instrumento.

Roxin admite que, com essa ideia básica, não é possível encontrar uma solução aplicável para todos os casos. Contudo, pondera esse autor que, a partir dessa ideia básica é possível deduzir parâmetros gerais que contribuirão na resolução de infinitas situações.

Em resumo, para Roxin, o critério essencial para semclassificar um concorrente de um determinado fato criminoso como coautor é, em primeiro lugar, a identificação de sua contribuição como essencial para a produção do resultado típico, ou seja, coautor é aquele que desenvolve contribuição imprescindível para a

---

<sup>415</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 309.

<sup>416</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 310.



concretização do resultado deliberado. A disposição subjetiva da figura do coautor é, para Roxin, absolutamente prescindível. Ainda, Roxin esclarece que é igualmente desnecessário, para fins de identificação da coautoria, que o coautor execute pessoalmente, total ou parcialmente, a conduta descrita no tipo penal ou que ele esteja presente no local de realização do evento criminoso. Nessa esteira, pondera o autor que o chefe de uma quadrilha que de longe instrui (orienta, no momento da execução do fato) seu grupo na concretização de um roubo por ele anteriormente idealizado é coautor, ainda que esse chefe não esteja no local do crime ou que não execute, total ou parcialmente a ação descrita no tipo penal. E o fundamento dessa coautoria está, aclara Roxin, no fato de que a contribuição do chefe do grupo criminoso é funcional e essencial para o sucesso do evento típico. Sem essa contribuição, o fato não aconteceria. Enfim, o chefe da quadrilha aparece, nesse exemplo, como a “figura central do acontecer típico na forma de ação”<sup>417</sup>.

Nas palavras do autor:

El «jefe de una banda de contrabandistas que imparte por teléfono las órdenes a los concretos grupos operativos», mencionado por MAURACH, es coautor también según la postura que aquí se defiende; naturalmente, no porque sea tan "merecedor de pena" como el autor de propia mano — ésta es la problemática fundamentación de que se sirve MAURACH —, sino porque toda la empresa caería en la confusión y fracasaría si la "central de mando" se viniera abajo de repente<sup>418</sup>.

Não obstante, Roxin esclarece que o conceito de domínio do fato funcional por ele desenvolvido enfrenta determinada dificuldade no que diz respeito ao tratamento de algumas situações práticas que se encontram dentro de um zona limite a partir da generalização dos problemas. Para aclarar essa situação, Roxin traz como exemplo o polêmico caso do agente que contribui para o sucesso de uma empreitada criminosa, vigiando para que outrem execute ação típica. Para esse autor, nesse caso, o agente que permanece vigiando para que outrem execute a ação típica será considerado como coautor sempre que a execução do fato dependa essencialmente dessa forma de contribuição. Contrariamente, essa forma de contribuição, prossegue o autor, será considerada como participação se um agente

---

<sup>417</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 310/311.

<sup>418</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 311.

exerce a função de vigia de uma maneira não essencial para o sucesso do evento criminoso. Assim, por exemplo, quando um grupo de assaltantes leva para o assalto um agente inexperiente com o propósito de introduzi-lo nessa atividade criminosa, colocando-o como vigia em um local sem importância, conclui-se que ele atuará como mero cúmplice do crime. Nesse caso, o sucesso da empreitada criminosa, argumenta Roxin, não depende do agente que age vigiando. Mais: o evento típico se realizaria independentemente da contribuição desse agente. Conclui Roxin, assim, que a qualificação do agente que vigia como coautor ou como cúmplice dependerá da análise do caso concreto. Esse caso exige uma solução individual, enfim<sup>419</sup>.

Resta indubitável que a ideia básica de domínio do fato conjunto de Roxin, no sentido de que, na coautoria, o domínio completo do fato reside nas mãos de vários e que coautor é aquele que contribui de forma essencial e funcional – de maneira que a concretização do evento típico dependa substancialmente de sua contribuição –, carece de critérios mais fixos e mais determinados para se delimitar o conteúdo exato dessas premissas das quais partem sua teoria. Em alguns casos, o princípio da interdependência funcional de Roxin como fundamento da coautoria, por vezes tão claro, não permite uma verificação exata a partir de seus critérios gerais. O próprio autor reconhece isso e se justifica afirmando que, “a idea básica del dominio del hecho conjunto, de que todos sólo pueden actuar conjuntamente, porque cada uno necesita a los demás, no puede establecerse únicamente mediante criterios lógico-cognitivos y psicológicos”<sup>420</sup>.

Em verdade, para Roxin, o princípio do domínio do fato funcional não deve ser identificado unicamente no sentido de que só poderia ser considerado como coautor aquele agente cuja contribuição é imprescindível para o sucesso do evento típico ao ponto de, se ela faltasse, o fato não teria ocorrido. Igualmente, seria um valor absolutamente condicionado à identificação do coautor fundamentada a partir de uma construção psicológica retrospectiva no sentido de se investigar, para a identificação de um coautor, quais seriam as consequências da ausência da

---

<sup>419</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 310/311.

<sup>420</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 313.

contribuição de determinado interveniente para a concretização do evento típico, pois tais considerações são absolutamente hipotéticas<sup>421</sup>.

Así pues, por muchas vueltas que se le den al problema, todos los criterios señalados tienen simplemente el valor de directrices, de reglas aproximadas que proporcionan un resultado acertado para el caso típico. Pero siempre queda una zona límite en la que la solución no se puede esbozar abstractamente. Aquí el juez debe en cierto modo continuar mentalmente la idea del dominio del hecho funcional sobre la base de las circunstancias individuales y adoptar entonces una decisión autónoma. Si se quisiera determinar formalmente el punto de vista de la interdependencia, de la imbricación de las aportaciones de una manera adecuada a cualquier situación imaginable, sólo podría decirse que alguien es coautor si ha desempeñado una función que era de importancia esencial para la concreta realización del delito. Se trata de un "principio regulativo": el concepto de la "importancia esencial" carece de por sí de contenido aprehensible. Sólo tiene el sentido de posibilitar al juez, con ayuda de la idea directriz material de la dependencia funcional, una solución que satisfaga las singularidades del caso concreto. El concepto de dominio del hecho funcional no permite mayor grado de fijación<sup>422</sup>.

Para Roxin, esse seu modo de enxergar e de proceder em relação à sua teoria do domínio do fato funcional não a conduz a uma teoria deficiente de formação conceitual. Esse seu modo de proceder apenas reflete a ideia de que, no âmbito da coautoria, é perfeitamente possível – e, por vezes, até comum – a verificação de caráter geral, porém, ao lado dessa verificação de caráter geral aparecem algumas hipóteses não tipificadas e que só podem ser solucionadas a partir da análise da situação concreta apresentada e como bases nas premissas básicas da sua teoria do fato funcional. Na coautoria há – ao contrário do que ocorre, por exemplo na autoria mediata – a atuação livre de várias pessoas e, assim, o número de situações práticas que daí podem surgir é absolutamente infindável. Como na Alemanha a figura da coautoria tem previsão expressa no § 25 II StGB (Código Penal Alemão), a necessidade de elaboração de critérios para a delimitação da coautoria é uma necessidade. Argumenta Roxin que, em virtude da regulamentação legal sobre o tema, há a obrigação de se construir um princípio para regular a matéria<sup>423</sup>.

---

<sup>421</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 313.

<sup>422</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 314.

<sup>423</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 315.

A despeito de os fundamentos da teoria do domínio do fato funcional desenvolvidos por Roxin proporcionarem um conceito aberto, esse autor faz questão de destacar que essa abertura conceitual não pode ser considerada como uma delimitação indeterminada de coautoria, haja vista que elementos estruturais que compõem seu conceito de domínio do fato funcional podem, através do método de subsunção, delimitar a coautoria nas infinitas hipóteses práticas que se podem apresentar. Por outro lado, pondera Roxin que o seu conceito de domínio do fato funcional não pode ser igualmente considerado como um conceito fixo, uma vez que nem toda a infinidade de casos práticos que podem se submeter à discricção abstrata conceitual, senão que há margem para valoração judicial.

Más bien estamos ante una síntesis de ambas formas conceptuales, ante una figura en la que se imbrican y complementan la legislación mediante reglas y mediante directrices, flexibilizándose la fijación rígida a través de un elemento de indeterminación, pero haciéndose enjuiciable mediante directrices fijas la vaguedad del principio regulativo necesitado de complementación<sup>424</sup>.

Dentro de sua concepção de domínio do fato funcional, Roxin destaca que o ajuste entre o intervenientes quanto à execução do fato, bem como a contribuição prestada pelo agente na fase executiva, configuram requisitos indispensáveis para a delimitação da coautoria<sup>425</sup>.

Relembre-se que, segundo a concepção de domínio do fato de Welzel, é imprescindível, para fins de delimitação da coautoria, que haja a resolução comum dos agentes para a realização do evento (contribuição do agente na fase preparatória do crime) e é de suma importância a execução conjunta desse fato (contribuição do agente na fase do executória do crime). Ainda, como se viu, para Welzel, figura como coautor o agente que prestou contribuição apenas na fase de preparação do crime, desde que esse agente tenha participado da decisão comum sobre o evento.

Relembre-se, por outro lado, que, dentro de sua concepção elástica de domínio do fato, Maurach, ao contrário de Welzel, não atribui a mínima importância,

---

<sup>424</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 315.

<sup>425</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 316.

para fins de delimitação da coautoria, para a participação do agente no momento da resolução comum do fato. Maurach também entende sem importância, para fins de delimitação da coautoria, que o agente tenha efetivamente participado da execução. Para esse autor, como se viu, o que definitivamente interessa para fins de delimitação da autoria é o fato de o agente “ter em suas próprias mãos o controle sobre a marcha causal do evento típico”.

Roxin, a despeito de entender como imprescindível, para fins de delimitação da coautoria, o acordo de vontades na fase preparatória do crime e a contribuição na fase de execução, pondera que o domínio objetivo do fato conjunto não pode ser alcançado através apenas da participação do agente na fase preparatória do crime. Ou seja, a participação do agente nessa fase preparatória, por si só, não credencia o agente, pondera Roxin, à condição do portador do domínio conjunto do fato. Para ele, o caráter comum da resolução delictiva é importante por um motivo diverso.

Pero el carácter común de la resolución delictiva es necesario por otro motivo. Como, de acuerdo con los principios desarrollados supra, los coautores son interdependientes alternativamente, tienen necesariamente que estar de acuerdo para poder obrar conjuntamente. Y viceversa: si la aportación al hecho de un interviniente ha contribuido a un resultado, sin estar de acuerdo con los demás, no puede ser coautor; le tiene que haber faltado entonces el conocimiento de la relación mutua, requisito para el ejercicio de la coautoría efectiva<sup>426</sup>.

A premissa segundo a qual na delimitação da coautoria, a partir da teoria do domínio do fato funcional, os coautores devem estar necessariamente de acordo para que se possa falar em trabalho conjunto, serve como ponto de partida, segundo Roxin, para a resolução de inúmeros casos controvertidos.

Inicialmente, pondera Roxin que, na eventualidade de apenas um dos coparticipantes de uma empreitada criminosa possuir integral conhecimento das inter-relações existentes entre cada uma das partes da totalidade do evento, o outro agente, embora autor de sua parte, figurará como instrumento da autoria mediata do agente que tem o pleno conhecimento. Haveria aqui uma dupla forma de enquadramento do agente que não tinha conhecimento integral dos fatos: ele será autor em relação ao resultado produzido pelo seu comportamento, a partir daquilo

---

<sup>426</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 316.

que ele conhece e será instrumento da autoria mediata do agente que tem pleno conhecimento do fato e que o utiliza para executar o fato na parte que ele desconhece<sup>427</sup>.

Para ilustrar essa hipótese, Roxin apresenta o seguinte exemplo de Maurach: o agente *A* pretende envenenar a vítima *B*. O agente *A* toma conhecimento que o agente *C* tem a mesma pretensão (executar a morte da vítima *B* usando como meio o veneno). Para cumprir seu intento, o agente *A* utiliza um dose de veneno não letal. Na sequência, o agente *C* acrescenta à dose de veneno ministrado pelo agente *A* a sua dose, de maneira que a morte da vítima *B* se concretiza em virtude da soma das quantidades de veneno. Maurach afasta aqui tanto a coautoria quanto a autoria mediata, pois para ele não há, nessa hipótese, o domínio do fato do agente *A* no que diz respeito às ações do agente *C*. Para Roxin, nesse exemplo, em virtude do conhecimento superior do agente *A*, haverá a responsabilização do agente *C* por tentativa de homicídio e do agente *A* por homicídio consumado em autoria mediata. Para Roxin, esse exemplo se encaixa no seu citado domínio do fato de quarto grau, “que por los mismos motivos han de excluirse globalmente del ámbito del dominio del hecho conjunto: quien aprovecha el *error in persona* de otro es autor mediato, no coautor”<sup>428</sup>.

Pelos mesmos motivos, Roxin entende que não é possível a figura da coautoria quando há excesso consciente de um coparticipante, haja vista que o agente que extrapola o que foi anteriormente ajustado com os demais coparticipantes – de maneira consciente e sem que eles cooperem de alguma forma na parte que foi extrapolada – se afasta, de maneira definitiva, da necessária dependência funcional que fundamenta a coautoria<sup>429</sup>.

Outro caso importante citado por Roxin que deve ser analisado, segundo ele, a partir da premissa segundo o qual na delimitação da coautoria, à luz do teoria do domínio do fato funcional, todos os coautores devem estar necessariamente entre si

---

<sup>427</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 316.

<sup>428</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 317.

<sup>429</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 317.

ajustados para que se possa falar em trabalho conjunto, é a hipótese de *error in persona* de um dos coautores. Para ilustrar essa hipótese, Roxin cita o seguinte caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal da Alemanha (BHG): três delinquentes empreendiam fuga e um deles, pretendendo matar um perseguidor, se confunde, e acaba mantendo um dos colegas que o acompanhava na fuga. O Supremo Tribunal Federal em Matéria Penal da Alemanha entendeu que, nesse caso, houve entre o agente que efetuou o disparo e o segundo agente a coautoria no homicídio do colega. Roxin, nesse caso, rechaça veementemente a coautoria. Para ele, depreende-se desse caso, que os agentes estavam de acordo e assumiram conjuntamente os riscos da morte apenas do perseguidor. Quanto à morte de um dos companheiros de fuga não havia, evidentemente, nenhum ajuste. Para ele, nesse caso, o importante é saber se o que interessa para fins de comprovação da coautoria é a necessidade de o acordo de vontades se referir às qualidades abstratas da vítima ou se, ao contrário, o importante é que esse acordo de vontades abranja o concreto objeto de ação pretendida pelos intervenientes<sup>430</sup>.

Segundo Roxin,

Más acertada es la segunda estimación, como ya se deduce de que nadie apreciaría coautoría si uno de los atracadores disparara intencionadamente a alguien no involucrado o a un compañero. La circunstancia de que, según lo acordado, hubiera que abatir a una persona y efectivamente se la abatiera nada cambia en lo afirmado. Luego no puede ser de otro modo en caso de confusión inintencionada (exceso imprudente). De un modo u otro, el resultado llevado a cabo estaba al margen de la función que le correspondía al tirador en el plan global. Consiguientemente, tampoco podían los otros participar de él. La suposición errónea del tirador no puede suplir la relación que objetivamente falta. Y es que el coautor no responde por lo que el otro ha hecho, sino por su propio dominio del hecho. Pero éste no se extiende a tal acción fallida ajena a la tarea asignada<sup>431</sup>.

Uma outra hipótese citada por Roxin, construída também a partir de uma decisão do Supremo Tribunal Federal da Alemanha (BHG), é aquela em que um dos intervenientes desconhece as circunstâncias “fundamentadoras do domínio conjunto”. Em virtude desse desconhecimento, não haveria, na opinião do autor, a

<sup>430</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 317.

<sup>431</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 317.

figura da coautoria. Trata-se da intitulada coautoria em virtude de uma ulterior conclusão causal do fato. O caso é o seguinte: um homem pretendia matar uma criança recém-nascida estrangulando-a e, em seguida, golpeando-a na cabeça. Acreditando ter cumprido seu intento, esse homem levou a criança recém-nascida, supostamente morta, para a sua esposa, advertindo-a desse fato (que a criança estava morta). A esposa, por sua vez, acaba efetivamente matando a criança através de uma conduta absolutamente independente. O Supremo Tribunal Federal da Alemanha (BGH) considerou ambos, marido e mulher, como coautores do fato, argumentando, em síntese, que a soma dos comportamentos do marido e da mulher foram a causa da morte da criança. Para esse tribunal, o comportamento do pai teve nexos de causalidade com a morte da referida criança. Ainda que, no efetivo momento da morte da criança, o dolo do marido não estivesse mais presente, ele seria coautor, pois, para aquele tribunal, a coautoria se faz presente sempre que o interveniente tenha cooperado em qualquer momento do fato, ainda que de maneira apenas psicológica. Com sua costumeira coerência, Roxin rechaça a coautoria também nesse caso. A figura da “cooperação psicológica” é, para ele inexistente. Por outro lado, argumenta o autor que não há o acordo de vontades entre o marido e a mulher em relação ao ato parcial que efetivamente causou a morte da criança. Arremata Roxin, afirmando que nesse caso o marido deveria responder por tentativa de homicídio<sup>432</sup>.

Nas situações em que a culpabilidade de um agente é excluída ou, por qualquer motivo diminuída, entende Roxin que há a figura da autoria mediata. Excepcionalmente, afirma o autor que “puede darse coautoría si el autor mediato toma parte en la ejecución ejerciendo una función esencial en la realización del delito junto al otro. La falta de culpabilidad del coejecutor no impide (...) la coautoría<sup>433</sup>”.

Cumprido registrar também que, para Roxin, é perfeitamente possível a coautoria em alguns casos em que os coparticipantes realizam tipos penais heterogêneos, desde que as diferenças entre os tipos residam em questões que estão

---

<sup>432</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 318/319.

<sup>433</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 318/319.



afastadas da concreta execução da ação típica<sup>434</sup>. Um exemplo dessa situação, segundo a nossa legislação, seria, pensa-se, o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante. Nesse caso, a gestante deve responder pelo tipo penal previsto no art. 124 do CPB (aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento) e o terceiro pelo art. 124 do CPB (aborto provocado por terceiro). Nesse exemplo, como se percebe, embora haja imputação de tipos penais distintos para os coparticipantes, não há nenhuma distinção na execução da ação típica.

Adverte Roxin que coisa diversa é aquela em que há diferença entre as ações típicas do coparticipantes como acontece, por exemplo, na relação entre roubo e furto.

Aquí, por cuanto respecta a la sustracción de cosas ajenas, puede darse coautoría; pero en cuanto al empleo de violencia, hay dos posibilidades: o existía a ese respecto cooperación acordada, y entonces ambos han de responder por el § 249 stGB, aun cuando sólo uno de los copartícipes haya empleado violencia, o uno de los intervinientes ha empleado la violencia por su cuenta, y entonces él es en este punto autor único, debiendo estimarse coautoría circunscrita sólo a la sustracción<sup>435</sup>.

Por fim, ainda dentro da contribuição prestada pelo coparticipante dentro da fase de execução do crime, importa destacar que Roxin admite, também, a hipóteses de coautoria sucessiva. A coautoria sucessiva ocorre quando determinado coautor passa a contribuir com os demais apenas após a execução do fato já se ter iniciado e, evidentemente, ainda não ter esse fato alcançado a consumação.

Roxin, contudo, adverte que, na coautoria sucessiva, não é possível imputar ao coautor, que contribui após o início do fato, circunstâncias qualificadoras que foram realizadas pelos demais coautores antes de sua intervenção. Roxin justifica seu posicionamento apresentando o seguinte argumento:

Esto se deduce forzosamente de la idea básica de la teoría del dominio del hecho, con arreglo a la cual uno es coautor cuando (y en tanto que) domina junto con otros el curso del acontecer. Ello presupone una interdependencia recíproca en la que cada uno sólo puede actuar junto con los demás, pero, en virtud de la función que

---

<sup>434</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 320.

<sup>435</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 320.

desempeña en el marco del plan global, tiene su realización en sus manos. Nada de esto se da cuando alguien, sólo después de realizar circunstancias cualificantes, encuentra un compañero que hasta entonces ha carecido de influencia en la marcha de los acontecimientos<sup>436</sup>.

No mesmo sentido de Roxin, Welzel<sup>437</sup> (já citado anteriormente) e Bolkelmann. Para esse último autor, também não é possível imputar ao que presta contribuição extemporânea, ou seja, contribuição após o início da execução do fato, uma responsabilidade por aquilo que já aconteceu:

Naturalmente, co-autoria somente pode existir em relação àquilo que ainda resta por fazer após a adesão do interveniente tardio. Uma responsabilidade penal do aderente por aquilo que aconteceu anteriormente não fundamenta a co-autoria sucessiva (...). O 'conhecimento, a aprovação e a utilização da situação criada por um outro' (...) não é suficiente para a imputação<sup>438</sup>.

Não há, pois, como negar razão à Roxin Welzel e Bolkelmann. Entendimento em sentido contrário implicaria, evidentemente, na execrável responsabilidade penal objetiva.

Para ilustrar essa situação, cumpre apresentarmos o seguinte caso com exemplo: o agente *A*, com objetivo de furtar (*animus furandi*), acessa a residência da vítima *B* escalando o muro. Já dentro da residência, o agente *A* liga para o agente *C* pedindo ajuda para furtar vários objetos de valor que estão na casa da vítima *B*. O agente *A* deixa a porta aberta para facilitar a entrada do agente *C*. O agente *C* chega à residência da vítima *A* e, em companhia do agente *A*, furta vários objetos de valor. Roxin não nega, aqui, a coautoria entre os agentes *A* e *C*. Contudo, entende Roxin que o agente *C* não poderá ser responsabilizado pela qualificadora da escalada, prevista no crime de furto (art. 155, § 4º, I, do CPB). No exemplo citado, quando o agente *C* aderiu à conduta criminosa do agente *A*, a qualificadora da escalada já havia sido realizada.

---

<sup>436</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 320/321.

<sup>437</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Parte Geral*, p. 113.

<sup>438</sup> BOCKELMANN, Paul; VOLK, Paul. *Direito penal parte gera.*, p. 235.

Roxin conclui assim o seu posicionamento: “En conclusión, un sujeto no puede ser castigado como coautor por circunstancias cualificantes que en el momento en que se suma al plan del hecho ya estaban realizadas”<sup>439</sup>.

### 5.2.3.1 A cooperação prestada na fase preparatória do crime

Quanto à cooperação prestada na fase de preparação do crime, Roxin adverte que, antes de se apresentarem eventuais requisitos para a fundamentação da coautoria nessa etapa, é preciso indagar se, nessa fase, seria ou não possível a coautoria. Ou seja, seria possível falar em coautoria do agente que contribui apenas na fase de atos preparatórios do crime.

Relembre-se novamente que, quanto a essa polêmica, Welzel se posiciona no sentido de que o agente que coopera apenas na fase de preparação pode ser considerado coautor, desde que tenha ele participado da “resolução comum do fato” e Maurach, por sua vez, entende serem absolutamente sem importância os aportes prestados na fase de preparação, senão que o que efetivamente interessa é ter o agente o pleno domínio final do fato, independentemente de ter contribuído (ou não) na fase de preparação.

Em sentido semelhante ao de Welzel, Bockelmann também entende que ações contributivas prestadas na fase preparatória podem fundamentar a existência da coautoria:

Para a co-autoria não basta, portanto, qualquer forma de ação comunitária, mas somente aquela em que cada um dos participantes possui a característica que fundamenta a autoria. Apenas pode ser co-autor quem participa do domínio do fato, ou seja, quem participa da resolução determinante sobre o “se” do fato e concretiza, ele próprio, pelo menos, uma parte daquilo que deve acontecer para que o crime seja executado da forma como foi planejado”<sup>440</sup>.

Cumprir citar, ainda, o entendimento de Gallas. Para esse autor, em síntese, não é suficiente, para fins de delimitação da coautoria, que o agente tenha participado da resolução comum do fato. Para ele, é essencial, para fins de

---

<sup>439</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 323.

<sup>440</sup> BOCKELMANN, Paul; VOLK, Paul. *Direito penal parte gera.*, p. 230.

delimitação da coautoria, que o agente tenha tomado parte da execução do fato. O agente que presta qualquer contribuição na fase preparatória não pode, para Gallas, ser considerado coautor, ainda que tenha ele participado de alguma forma na fase de preparação do crime<sup>441</sup>.

Quanto ao posicionamento dos autores citados, Roxin faz a seguinte observação:

Mientras que MAURACH y, sobre todo. GALLAS parten de una teoría objetiva de la participación y por eso requieren para la autoría una mayor proximidad al tipo, las posturas de WELZEL y BOCKELMANN representan evoluciones ulteriores de una teoría del dolo estrictamente subjetiva y en esa medida concuerdan con la jurisprudencia constante del RG, con arreglo a la cual ya la mínima participación en la preparación puede bastar para afirmar la autoría con tal de que se den los requisitos subjetivos<sup>442</sup>

Coerente com as bases metodológicas de seu conceito de autor, Roxin nega vigorosamente a possibilidade se ser considerado como coautor o agente que apenas participa da fase de preparação do crime. Para sustentar seu posicionamento, ele traz dois argumentos principais. Como primeiro argumento, afirma Roxin que o agente que se limita a contribuir apenas na fase de preparação do crime encontra-se afastado da posição central do fato e, por esse motivo, não pode ser considerado como coautor. Para Roxin, conforme já exaustivamente destacado, autor é a “figura central do acontecer típico na forma de ação”. Em seguida, como segundo argumento, Roxin afirma que não há como alegar e comprovar que o agente que tenha prestado contribuição apenas na fase de preparação do fatos pode ter domínio sobre esse fato. Para ele, “quien sólo contribuye a auxiliar en la preparación en algún momento tiene que "dejar de su mano" el hecho y confiar a partir de entonces en el otro”<sup>443</sup>.

Em defesa de seu posicionamento, Roxin traz a seguinte crítica à ideia welzeliana de que para fundamentar a coautoria é suficiente a resolução comum sobre o fato:

---

<sup>441</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 324.

<sup>442</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 325.

<sup>443</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 326.

ni el sentimiento de solidaridad más sincero en el ejecutor directo cambia nada en el hecho de que está exclusivamente en su poder cómo se configurará el curso del hecho *in concreto* y si concede a la decisión común del hecho el dominio sobre sus ideas y actos. La influencia de aquel que no toma parte en la ejecución del plan sólo puede surtir efecto sobre la psique del otro. Pero si el que prepara no domina a este otro, sino que por el contrario el ejecutor obra libre y responsablemente, aquel que no está presente tampoco puede dirigir el curso del hecho, estando a expensas del albedrío del agente. En esto el que prepara nada se distingue del inductor, al que desde luego WELZEL niega el dominio del hecho<sup>444</sup>.

Arremata Roxin, afirmando, com razão, que a carência de elementos objetivos na delimitação da coautoria de Welzel, conduz sua teoria do domínio do fato à uma inegável aproximação com o fundamento da “vontade de autor” que prevaleceu durante determinado tempo no RG (Tribunal do Reich)<sup>445</sup>.

Roxin, na esteira de sua postura, segundo a qual à luz da teoria do domínio do fato, a delimitação da coautoria exige necessariamente a contribuição do agente na fase de execução do crime, entende que o líder de uma quadrilha ou o chefe de uma organização criminosa não pode ser considerado como coautor de um determinado fato criminoso, na eventualidade de sua contribuição limitar-se apenas à organização desse evento. Para ele, por falta de cooperação externa do chefe ou líder da organização criminosa, não há que se falar em coautoria. Argumenta Roxin que, nesses casos,

El jefe de una banda puede ser autor *mediato*. Tal caso concurre cuando cabe afirmar que están presentes los requisitos (...) del dominio de la organización. Por otra parte, puede existir un dominio coactivo si el jefe tiene tan en sus manos a cada uno de sus hombres que éstos se jugarían el cuello si no le obedecieran. Finalmente, el cabecilla es *coautor* cuando dirige o cubre la ejecución de los delitos (aunque sea desde lejos). Pero más allá de estos grupos de casos tratados en otros lugares, que abarcan una parte considerable de los casos aquí en cuestión, no se puede estimar autoría en virtud de la mera posición como jefe de la banda<sup>446</sup>.

Quanto à costumeira ideia de se fundamentar a coautoria do interveniente que contribui na fase de atos preparatórios a partir do princípio da divisão de tarefas, é

<sup>444</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 327.

<sup>445</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 328.

<sup>446</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 330.

preciso destacar que Roxin, a despeito de reconhecer que esse princípio afasta de forma definitiva o critério do *animus auctoris* e do *animus socii* como critério delimitador da coautoria (o princípio da divisão de tarefas é revestido exclusivamente de elementos objetos), entende que esse princípio não pode, de início, ser aplicado. Para Roxin, esse princípio, quando aplicado para fundamentar a coautoria na fase preparatória do crime, é incompatível com a teoria do domínio do fato. Segundo ele, a contribuição prestada pelo agente apenas na fase de preparação do crime, ainda que seja apontada como uma contribuição extremamente importante, deixa de ser considerada como uma contribuição típica de coautoria em virtude de o agente deixar de ter em suas mãos o domínio do fato (desde que sua contribuição se limite, evidentemente, a isso, ou seja, auxiliar na fase de atos preparatórios)<sup>447</sup>.

Contudo, ressalva Roxin que “la idea de división de trabajo acierta en la esencia de la coautoría únicamente si se la limita a la fase ejecutiva. Sólo en ella la imbricación de los actos individuales procura a los intervinientes el dominio conjunto sobre el acontecer típico”<sup>448</sup>.

Por fim, considerando a importância dispensada por Roxin à delimitação entre atos preparatórios e atos executórios (especialmente quanto aos seus critérios de delimitação da coautoria à luz de sua teoria do domínio do fato), faz-se mister registrar que ele acolhe, quanto a esse propósito, a intitulada “teoria material-objetiva” ou “teoria da unidade natural” de Frank<sup>449</sup>.

En todo caso, podemos aprovecharnos de los puntos de vista elaborados a lo largo de decenios en la delimitación entre actos preparatorios y tentativa para establecer que lo que para la concepción natural aparece como conectado inseparablemente a la acción típica, lo que forma una parte necesaria del acto de realización, lo que está unido a éste directamente, pertenece también en el sentido de la teoría del dominio del hecho a la fase ejecutiva y no puede ya ser considerado como actividad preparatoria. Así pues, aquí se da siempre coautoría cuando la aportación al hecho se revela funcionalmente trascendente en el marco del complejo unitario de la acción.

---

<sup>447</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 332.

<sup>448</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 333.

<sup>449</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 334 e ss.

Para a teoria “material-objetiva”, em apertada síntese, atos executórios não são apenas aqueles em que o agente executa a ação descrita no núcleo do tipo, mas também são atos executórios os que se apresentam como atos essencialmente ligados à ação típica, formando uma “unidade natural”<sup>450</sup>.

---

<sup>450</sup> Sobre as teoria que distinguem atos preparatórios e atos executórios ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p 46 e ss.

## 6 – CRÍTICAS À TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

A despeito do grande crescimento e aceitação da teoria do domínio do fato como critério reitor da autoria, especialmente na Alemanha, importa esclarecer que essa teoria não restou, evidentemente, isenta de críticas. E dentre as inúmeras críticas que foram a ela direcionadas, cumpre destacar, inicialmente, as que foram apontadas por Günther Jakobs, por ocasião da publicação do seu famoso ensaio intitulado *Crítica à teoria do domínio do fato* (no original: *Tatherrschaftsdämmerung. Ein Beitrag zur Normativierung rechtlicher Begriffe*). Esse ensaio pode ser considerado, indubitavelmente, como a mais incisiva crítica direcionada à teoria do domínio do fato.

Antes de apresentarmos as principais críticas insertas nesse ensaio, cumpre esclarecer que Jakobs, na delimitação da autoria, trabalha um conceito de autor eminentemente normativo e essencialmente ligado à teoria da imputação objetiva por ele desenvolvida<sup>451</sup>. Nada obstante ter Jakobs rechaçado as teoria unitária e extensiva da autoria em seu manual<sup>452</sup>, esse autor sustentou, em um livro que foi publicado na Alemanha em 2003 (*Libro-Homenaje a Lampe*. No original: *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe*) um retorno a um conceito de autor a partir dessas teorias “y caracterizó abiertamente a la distinción entre autoria y participacón como una mera cuestión de medición de la pena, a la que no corresponderían diferenciaciones concebibles cualitativamente<sup>453</sup>”.

Na delimitação da autoria e da participação, esse autor parte da ideia da responsabilidade que cabe a cada um dos vários agentes que contribuem para a realização do crime (divisão de trabalho vinculante<sup>454</sup>). Essa responsabilidade é, para Jakobs, determinada a partir do papel que cada um desses intervenientes

---

<sup>451</sup> LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 95.

<sup>452</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*, p. 719 e ss.

<sup>453</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. T. I, p.494.

<sup>454</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. T. I, p.494.



desempenha na sociedade. Jakobs divide em duas classes os papéis desempenhados pelas pessoas: papéis especiais e papéis comuns.

Os papéis especiais são os que determinada pessoa tem, em virtude de suas relações com outras pessoas formarem um ente único. Isso ocorre, por exemplo, no papel que exerce o agente na condição de pai ou de cônjuge. Esses papéis são específicos, segundo Jakobs, porquanto sua configuração independe de juridicidade. A violação desses papéis pelos seus respectivos titulares os faz responderem, geralmente, na condição de autores<sup>455</sup>.

Os papéis comuns, por sua vez, são, segundo Jakobs, os que cabem a cada pessoa no sentido de se comportarem como uma pessoa comum dentro de um Estado de Direito, ou seja, “o de respeitar os direitos dos demais como contrapartida ao exercício dos próprios direitos”<sup>456</sup>.

À semelhança de Roxin, Jakobs também trabalha, na delimitação da autoria e da participação, com a dicotomia delitos de domínio e delitos de dever.

En la determinación de autoría y participación se trata de comprobar en qué relación se encuentran las responsabilidades de varios intervinientes por un suceso delictivo. Para ello hay dos modelos de regulación, el modelo para los delitos de infracción de deber y el modelo para los delitos de dominio<sup>457</sup>.

Quanto aos delitos de dever, segundo Jakobs, o fundamento da responsabilidade plena do autor está relacionado à violação de um dever que afeta apenas o titular de determinado papel dentro da sociedade. Os que não estão por si mesmos obrigados devem funcionar como partícipes. Já quanto aos delitos de domínio (que compõem a maioria dos crimes), a responsabilidade, de acordo com Jakobs, se vincula aos atos organizacionais do titular de um determinado âmbito de organização. Para esse autor, há as seguintes formas de regulamentação nesses casos: organização individual do delito (nessa hipótese, o agente que organiza o

---

<sup>455</sup> JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luís Callegari. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 56/57.

<sup>456</sup> JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*, p. 57.

<sup>457</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*, p. 718.

delito é sempre responsável por ele. Aqui se encaixa a hipótese prevista na primeira parte do § 25 I StGB – Código Penal Alemão –, qual seja, autoria direta); organização coletiva de um delito, que se dá quando vários agentes contribuem para a realização do crime, coordenando, ao mesmo tempo, seus âmbitos de organização<sup>458</sup>. Quando isso ocorre, esclarece Jakobs, que

los partícipe son *coautores* (§ 25.2 StGB); si su organización presenta grados distintos, los que contribuyen con menor importancia se llaman partícipes, es decir, *inductores* (§ 26 StGB) o *cómplices* (§ 27 StGB), lo que desde luego en el Derecho vigente no siempre conduce a la atenuación de la responsabilidad (no en el § 26 StGB). De todos modos, en este grupo los actos de organización de distintas personas se unen en *un* hecho: Los que toman parte responden del mismo modo, si bien posiblemente por distintas «cuotas». Ello conduce a una dependencia recíproca (accesoriedad) de las fases del hecho ya realizadas y de las aún por realizar, tanto desde el punto de vista cuantitativo (el hecho único se prepara, intenta y consume) como cualitativo (todos los que toman parte son responsables por el injusto total)<sup>459</sup>.

Por fim, há a hipótese de regulamentação em que um dos agentes se submete ao âmbito de organização de outro. Essa é a hipótese de autoria mediata, prevista na segunda parte do § 25 I StGB (Código Penal Alemão)<sup>460</sup>.

Quanto à participação, Jakobs trabalha a delimitação desse instituto a partir de um simples critério de exclusão, ou seja, para ele, partícipe é todo o agente que, no âmbito de sua organização, contribui com a realização do fato sem ser autor, “bien porque su realización organizativa sólo entraña una aportación atenuada al delito (le falta el dominio del hecho), bien sea porque le faltan requisitos de la autoría específicos del delito)”<sup>461</sup>.

É justamente a partir dessa delimitação eminentemente normativa do conceito de autoria e participação que Jakobs constrói suas críticas à teoria do domínio do fato. Em seu citado ensaio *Crítica à teoria do domínio do fato*, Jakobs parte de uma

---

<sup>458</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*, p. 718.

<sup>459</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*, p. 718.

<sup>460</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*, p. 719.

<sup>461</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*, p. 794.

premissa básica sobre a qual se assentam todas as suas demais críticas: para Jakobs, “a atribuição normativa é de hierarquia superior à do domínio”<sup>462</sup>.

A despeito de, à primeira vista, parecer que, no citado ensaio, Jakobs pretende criticar a teoria do domínio do fato de uma maneira geral, percebe-se, já nas primeiras linhas de sua exposição, uma pretensão diferente e bem definida: Jakobs, nessa obra, apresenta críticas à teoria do domínio do fato desenvolvida por Roxin<sup>463</sup>. É exatamente sobre esse propósito que seu trabalho se desenvolve. Inclusive, os capítulos dessa obra estão bem alinhados com a teoria do domínio do fato de Roxin. Jakobs divide suas críticas à teoria do domínio do fato como fundamento da autoria direta, da coautoria e da autoria mediata, respectivamente.

Quanto à teoria do domínio do fato como fundamento da autoria direta, Jakobs alega, em síntese, que a ideia de que uma pessoa, em virtude de seu domínio, deve responder diretamente pelas consequências que advierem de seu comportamento não significa que todo resultado dominável e diretamente causado por essa pessoa lhe deva ser obrigatoriamente imputado. Para Jakobs, não seria possível deduzir do causador direto do fato a determinação do caráter proibido de um comportamento<sup>464</sup>.

Para ilustrar seu posicionamento, Jakobs apresenta o seguinte exemplo:

quem por desejo de seu vizinho faz um furo na parede no interior da casa deste, no lugar exatamente indicado por ele, e alcança e destrói um fio condutor de eletricidade, destruiu diretamente, porém falta o

---

<sup>462</sup> JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato: (uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos)*. Trad. Maurício Antônio de Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 4.

<sup>463</sup> Schünemann, analisando o giro radical normativista proposto por Jakobs ao conceito de autoria na obra *Libro-Homenaje a Lampe* faz, no mesmo sentido, a seguinte observação: “Es fácil reconocer contra qué se dirige el impulso central de esta nueva argumentación de Jakobs. En efecto, está desarrollada para oponerse a la concepción de autoría de Roxin, dominante desde hace cuarenta años en la ciencia penal alemana, y a sus intentos de hallar criterios objetivos y cualitativos para la delimitación entre autoría y participación con ayuda de un detallado desarrollo de la teoría del dominio del hecho”. SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. T. I, p.495.

<sup>464</sup> JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato: (uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos)*, p. 5.

comportamento não permitido, posto que atuou a pedido do vizinho, o qual tacitamente assumiu o risco<sup>465</sup>.

Jakobs arremata seu posicionamento afirmando que o que importa para fins de imputação é o seguinte:

o direito estrito ou a estrutura jurídica não estrita da sociedade nem sempre atribuem o domínio de um risco ao último que atua, não o fazem, especialmente, quando este somente por casualidade estaria em condições de evitar a produção de um dano, mas o atribuem ao sujeito competente seguinte, que pode ser o penúltimo ou o sujeito que está em terceiro lugar antes do último; no exemplo recém-exposto, o vizinho. No caso da imputação a título de mérito, isto é do todo evidente<sup>466</sup>.

Como base nesses argumentos, Jakobs afirma que a ideia de que o que realiza direta e pessoalmente o tipo é autor (autoria direta fundamentada a partir da teoria do domínio do fato), inclusive nos intitulados crimes de mão própria é algo que nada acrescenta. O juízo de imputação está adstrito, em verdade, ao “âmbito de responsabilidade do agente, isto é, um elemento normativo”<sup>467</sup>.

Já quanto à teoria do domínio do fato como fundamento da coautoria, Jakobs, na esteira das reflexões por ele apresentadas por ocasião do tratamento da autoria direta, entende que a somatória de causas que conduz a uma realização do tipo só será suficiente, para fins de delimitação de coautoria, se ela resultar imputável a todos os concorrentes da empreitada criminosa. E, conforme já exposto por ele naquela oportunidade (tratamento da autoria direta), só serão consideradas consequências (resultados) imputáveis, aquelas cuja a realização leva em consideração o agente de acordo com o seu papel e nos limites da auto responsabilidade de cada um<sup>468</sup>.

---

<sup>465</sup> JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato: (uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos)*, p. 5/6.

<sup>466</sup> JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato: (uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos)*, p. 5/6.

<sup>467</sup> JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato: (uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos)*, p. 5/7.

<sup>468</sup> JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato: (uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos)*, p. 9/11.

## Segundo Jakobs, o princípio fundamental dessa imputação

é que se trata da causa da ação de execução, e, dessa forma, do resultado típico, estando ainda submetida à discussão a disjuntiva de se o centro da gravidade se encontra na causa da ação de execução ou na causa do resultado. Seja como for, para o que nos interessa, isso não é decisivo; pois, assim como no caso da comissão de mão própria, a mera causa não fundamenta competência pelo curso lesivo - como antes se expôs -, uma mera causa tampouco pode ser suficiente no caso da co-delinquência<sup>469</sup>.

Para Jakobs, a coautoria é uma forma especial de divisão de tarefas. Mais: esse autor divide o princípio da divisão de tarefas em divisão de tarefas com efeitos de isolamento (aqui não há um intercâmbio de contribuições) e divisão de trabalho vinculante ou vinculativa em que há um interligação das contribuições dos intervenientes no sentido de uma continuação. Nessa forma de divisão de trabalho (divisão de trabalho vinculante) os participantes respondem pela integralidade do fato em virtude de ser a execução também deles. Ou seja, a execução, segundo a divisão de trabalho vinculante de Jakobs, não é apenas de quem executa o fato, senão de todos que de alguma forma contribuem. Nessa esteira, para Jakobs, a discussão em torno da necessidade ou não da contribuição do agentes na fases de preparação e de execução do delito para fins de demarcação da coautoria é algo absolutamente sem importância<sup>470</sup>.

Com o exposto até agora, provavelmente já ficou claro o que é que se queria dizer antes ao afirmar que é o coletivo que domina a execução: os intervenientes antes da execução fixam o quadro, ou, quando este é variável, ao menos o propõe, e os executores o preenchem. O que deriva disso é a realização concreta do tipo, composta de quadro e enchimento, sendo o enchimento do quadro precisamente a execução que se ajusta ao quadro e que por isso é também execução daqueles que criaram o quadro. Neste sentido, permita-me o exemplo, uma representação de teatro é uma representação de atores, porém também do diretor, do encarregado do cenário etc., isto é, a obra de um coletivo<sup>471</sup>.

---

<sup>469</sup> JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato: (uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos)*, p. 9/10.

<sup>470</sup> JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato: (uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos)*, p. 16/17.

<sup>471</sup> JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato: (uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos)*, p. 21.

Ainda, importa destacar que, para Jakobs, não há necessidade, para fins da configuração do princípio da divisão de tarefas, que haja entre os concorrentes acordo ou decisão comum para a realização do fato<sup>472</sup>.

É a partir dessa construção de coautoria que Jakobs reprova integralmente a teoria do domínio do fato. Para ele, a teoria do domínio do fato não é senão uma questão relacionada à quantidade de intervenção, ou seja, “nos casos de sujeitos que intervêm na fase prévia, a questão de que em que medida determinam o marco da execução, e, com isso, a própria execução, ou, no caso dos executores, a questão acerca da margem de configuração que ainda permite o marco”.<sup>473</sup>

A partir desta perspectiva, Jakobs concluí que a divisão entre autoria e participação (bem como das espécies de participação) não seria uma

distinção entre tipos de co-delinquência claramente diferenciados, mas, ao contrário – e especialmente na separação de autoria e cumplicidade –, somente é uma ordenação, que não pode ser muito exata, em função de quantidades de intervenção, e, com isso, de domínio do fato: quem configura melhor o elemento principal e quem o faz em relação ao acessório? Os primeiros são autores, os segundos, cúmplices. Domínio do fato têm os dois, como se acaba de dizer, um muito e o outro, pouco. Brevemente: não se trata de se haverá imputação, mas da preparação da medição das penas<sup>474</sup>.

Por fim, quanto à autoria mediata, Jakobs entende que ela – excluindo-se a hipótese em que o executor material do fato atua de maneira plenamente justificada –, não passa de uma forma de autoria direta disfarçada, em que o executor material do fato atua fora do seu círculo de organização. Mais: o executor material do fato é, para Jakobs, natureza com aparência humana e, por esse motivo, não pode esse instrumento agir de maneira plenamente responsável. A partir dessa considerações, Jakobs entende que, na autoria mediata, “volta a aparecer um problema normativo: não é o mero uso do caráter de natureza do instrumento, e, neste sentido, não é um

---

<sup>472</sup> CALLEGARI, André Luís et al. *Direito penal e Funcionalismo*. Coord. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. Trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 27.

<sup>473</sup> JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato: (uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos)*, p. 22.

<sup>474</sup> JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato: (uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos)*, p. 23.

domínio o que conduz a autoria mediata, mas a competência pela ação por instrumento<sup>475</sup>.

Em síntese, Jakobs entende que o que é decisivo para fins de delimitação da autoria não é o domínio do fato, senão a competência. E, a partir disso, fica, segundo o autor, identificada a linha de união entre os delitos de dever e os delitos de domínio:

nos delitos em virtude de competência por organização, uma competência pela deterioração de outra organização (infração de um dever negativo), e nos delitos de dever, uma competência por não melhorar a situação (infração de um dever positivo, o que desde logo abarca a deterioração)<sup>476</sup>.

Jakobs, nada obstante a sua afirmação expressa no sentido de ser favorável ao retorno de um conceito de autor a partir da teorias unitária e extensiva da autoria<sup>477</sup>, já deixa clara essa opção quando discorre sobre a delimitação da coautoria a partir do que ele chama de divisão de trabalho vinculante. Como se observou, para Jakobs, a execução, de acordo com a divisão de trabalho vinculante, não é apenas de quem executa o fato, senão de todos que de alguma forma prestam contribuição para a realização desse fato.

Assim, considerando a expressa adesão de Jakobs às teorias unitária e extensiva da autoria, repete-se todas as críticas que a essas teorias foram oportunamente direcionadas.

Ainda quanto à divisão de trabalho vinculante no sentido de que não há distinção objetiva entre as formas de participação, cumpre apresentar a seguinte e pertinente crítica de Schünemann:

Considero inacceptable estas tesis, aunque también es muy demostrativa,, pues en ella están concentrados todos os pontos débiles del normativismo radical. En primer lugar, la tesis de que el

---

<sup>475</sup> JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato: (uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos)*, p. 31/32.

<sup>476</sup> JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato: (uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos)*, p. 46.

<sup>477</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. T. I, p.494.

sentido delictivo de una acción convertiría al actuante en interviniente y en competente para el delito en su totalidad es desde el punto de vista lógico un mero círculo vicioso. En efecto, para poder apreciar el carácter delictivo de una acción hay que saber en realidad en qué consiste el delito. Dejando esto de lado, la terminología utilizada del significado social remite, o bien nuevamente al Derecho Penal porque la sociedad en el Derecho Penal expresa lo que considera penalmente relevante, o bien es tan irrelevante como confusa, porque en la sociedad posmoderna no existen atribuciones fijas de significado, sino una infinidad, que dependen de la forma de vida que respectivamente se prefiera y que en su variedad no poseen para el Derecho significación. En tanto que Jakobs declara, a su vez, a todo el que hace un aporte como competente por la totalidad del hecho, cae aún más en un mero círculo vicioso y recae al mismo tiempo en el concepto unitario de autor que antes había rechazado expresamente<sup>478</sup>.

Arremata Shünemann afirmando:

Por consiguiente, el método del normativismo radical de agregar un piso independiente de la atribución social de significado entre la realidad y la valoración de la realidad fundada en los fines del Derecho, no sólo é superfluo por razones lógicas y tiene que pasar por el recorte radical de la navaja de afeitar de Ockham, son que además es lesivo, porque conduce a una constante hipóstasis de conceptos sin contenido, que finalmente so rellenos con círculos viciosos. Un concepto de esta clase es el de la competencia, que no aporta nada para explicar los presupuestos de la autoría. En efecto si se declara autor a quien es competente por el hecho, se ha formulado una pura tautología<sup>479</sup>.

Não há dúvida, conforme já se assinalou, que Jakobs é o autor que apresenta as mais expressivas e contundentes críticas à teoria do domínio do fato. Contudo, as críticas a essa teoria não se limitam às que foram direcionadas por esse autor.

Nos países em que a legislação prevê a intitulada cooperação necessária (ou cumplicidade primária) há certa tendência em se rechaçar a teoria do domínio do fato em virtude da grande proximidade existente entre essa forma de cooperação e a coautoria.

Nesse sentido, por exemplo, Fierro (na Argentina) afirma:

---

<sup>478</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. T. I, p.494.

<sup>479</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. T. I, p.494.



Las soluciones que propone la teoría material objetiva, o teoría final objetiva como se la ha denominado también, no son totalmente viables para nuestro derecho positivo vigente como procedimientos aptos para deslindar con nitidez los actos que configuran al autor, de aquella otra actividad que define la complicidad consagrada en el art. 45 del Cód. Penal<sup>480</sup>.

Nada obstante a essa suposta impossibilidade de aplicação da teoria do domínio do fato na Argentina, Fierro também rechaça essa teoria a partir do argumento de que ela não cumpre adequadamente o propósito de facilitar a distinção entre autoria e participação, porquanto seria ela eminentemente obscura.

Si tenemos en cuenta que todas estas teorías se elaboran con el definido propósito de facilitar un deslinde claro entre las diferentes categorías de sujetos activos que concurren a la comisión de un hecho delictivo, parece razonable rechazar aquella que zanja la cuestión dudosa haciendo desaparecer *contra legem* una de las opciones en juego. Por ello, no nos parece que la teoría del dominio de hecho contribuya positivamente a lograr una buena solución dogmática, y entendemos que no sustituye con provecho a los criterios que nuestra doctrina y jurisprudencia ha venido manejando satisfactoriamente desde hace décadas<sup>481</sup>.

No mesmo sentido de Fierro, entre nós, Beatriz Vargas Ramos. Essa autora, rebatendo algumas críticas que foram direcionadas ao critério formal-objetivo por ela acolhido, afirma que a teoria do domínio do fato não é clara quanto à delimitação de quem tem o domínio do fato quando se está tratando de coautoria<sup>482</sup>. Mais: para Beatriz Vargas Ramos, o mais grave defeito da teoria do domínio do fato é que ela só admite participação no forma dolosa.

Diante o direito positivo brasileiro, achamos desautorizada uma teoria que só enxerga a participação na forma dolosa. E reclamamos, sim, um conceito único para autoria dolosa e culposa. Esse conceito nos dá a concepção formal-objetiva, com o auxílio da causalidade, nos delitos em que esta desempenhar sua função de vínculo entre ação e resultado<sup>483</sup>.

---

<sup>480</sup> FIERRO, Julio Guillermo. *Teoría de la participación criminal*, p. 332.

<sup>481</sup> FIERRO, Julio Guillermo. *Teoría de la participación criminal*, p. 333/334.

<sup>482</sup> RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal*, p. 131.

<sup>483</sup> RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal*, p. 124.

Não resta dúvida de que a teoria do domínio apresenta certa dificuldade no que diz respeito à caracterização da coautoria e da conseqüente distinção entre autoria e participação. As diferentes formas de delimitação da coautoria, a partir das distintas vertentes da teoria do domínio do fato, demonstram essa dificuldade. Contudo, isso não é suficiente para descredenciar essa teoria.

A crítica quanto à obscuridade da teoria do domínio do fato como critério para a caracterização da autoria e da conseqüente distinção entre autoria e participação pode ser direcionada, por exemplo, para a concepção da teoria do domínio do fato de Welzel. Essa concepção, como se viu, prescinde de elementos objetivos para a caracterização do coautor, o que torna seu critério efetivamente obscuro. Para Welzel, o essencial para a delimitação da coautoria é a resolução comum do fato. A contribuição na fase executória, como já se destacou, é para ele prescindível.

Contudo, entendemos que essa obscuridade não aplica à teoria do domínio do fato segundo a concepção de Roxin. A exigência de elementos objetivos na caracterização da coautoria, a partir dessa vertente da teoria do domínio do fato, resolve, segundo nossa opinião, esse problema. Como se demonstrou, a teoria do domínio do fato de Roxin apresenta critérios eminentemente tangíveis para promover a delimitação da coautoria.

Já quanto à crítica de que a teoria do domínio do fato não se aplica aos crimes dolosos, entendemos que não há, definitivamente, nenhum problema em não se acolher um conceito único para a autoria dolosa e culposa.

Destaca-se, por fim que na Espanha, Ordeig rechaça a teoria do domínio do fato argumentando, inicialmente, ser ela incompatível com o Direito Penal Espanhol<sup>484</sup>. Relembre-se que no Código Penal Espanhol também há a figura da cumplicidade necessária.

Especificamente quanto à teoria do domínio do fato de Roxin, Ordeig afirma que essa teoria não convence. A principal crítica dirigida por Ordeig à concepção de domínio do fato de Roxin diz respeito à distinção entre cumplicidade e coautoria a

---

<sup>484</sup> ORDEIG, Gimbernat Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. Buenos Aires: Euros Editores/B de F Ltda, p. 113.

partir do domínio funcional do fato como fundamento da coautoria. Para ele, no exemplo citados por Roxin para fundamentar a coautoria na fase de execução do crime em que um agente segura a vítima para que outro a execute, o primeiro agente (o que segura a vítima) não figura na posição central do acontecer típico, senão que ele se encontra, em verdade, em uma posição marginal<sup>485</sup>.

Essa crítica é para nós, ligada essencialmente a questão de interpretação da teoria do domínio do fato de Roxin. Ao contrário de Ordeig, entendemos que no exemplo citado, o agente que segura a vítima para que outra a mate se encontra também como figura central do acontecer típico na forma de ação.

Como solução para o problema da cumplicidade necessária, Ordeig sugere a aplicação da sua “teoria dos bens escassos”. Segundo essa teoria, em resumo, a distinção entre cumplicidade primária e secundária deve ser feita levando em consideração a escassez da contribuição do partícipe. Se a contribuição do partícipe constituir um “bem escasso” para o autor, esse partícipe será considerado cúmplice necessário (ou primário). Registre-se que a análise da escassez da contribuição do partícipe deve ser feita levando em consideração o tempo e o espaço<sup>486</sup>.

---

<sup>485</sup> ORDEIG, Gimbernat Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. Buenos Aires: Euros Editores/B de F Ltda, p. 124 e ss.

<sup>486</sup> ORDEIG, Gimbernat Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. Buenos Aires: Euros Editores/B de F Ltda, p. 127 e ss.

## **7 – POSIÇÃO ADOTADA E APLICAÇÃO PRÁTICA DA TEORIA DA AUTORIA ADOTADA: DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE COAUTORIA E PARTICIPAÇÃO A PARTIR DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO**

### **7.1 Posição adotada e a possibilidade de admissibilidade, pelo Código Penal Brasileiro, da teoria da teoria acolhida**

A teoria da autoria acolhida para a delimitação da autoria no estudo do concurso de pessoas deve, antes de tudo, ser compatível com a regulamentação da autoria prevista em nosso Código Penal, pensa-se.

Conforme já tivemos a oportunidade de antecipar, após a reforma da parte geral do nosso Código Penal, ocorrida em 1994 (Lei 7209/84), ficou definitivamente clara a opção legislativa pela teoria da acessoriedade da participação. Considerando que os conceitos de autoria e participação (bem como das espécies de participação) partem de estruturas lógico-objetivas prévias ao ordenamento jurídico, o reconhecimento da acessoriedade é algo necessário e natural. Nessa esteira, e também como já foi oportunamente antecipado, a teoria por nós acolhida para a delimitação da autoria e para a consequente distinção entre a autoria e participação no estudo do concurso de pessoas é a teoria do domínio do fato.

A despeito de, em tese, o nosso Código Penal admitir para a delimitação da autoria e da consequente distinção entre autoria e participação no concurso de pessoas qualquer uma das teorias restritivas da teoria anteriormente manejadas, a teoria do domínio do fato é, para nós, a que, de maneira mais precisa e adequada, cumpre esse papel.

É importante consignar que o acolhimento da teoria do domínio do fato de Roxin como critério reitor da delimitação da autoria e da distinção entre autoria e participação no estudo do concurso de pessoas revela a opção por um direito penal de matriz minimalista. Trata-se, como já se assinalou, de uma teoria restritiva e nitidamente limitadora do poder punitivo do estado, em virtude, essencialmente, de seu rigor metodológico. Mais: essa teoria preserva as estruturas lógico-objetivas da autoria e participação que são prévias ao ordenamento jurídico.

Para José Ulises Hernández Plasencia, assim como para nós, a delimitação da autoria deve ser construída mais a partir da ideia de domínio do que na primitiva ideia de execução. A autoria do domínio do fato é, assim, a que mais se adequa à complexidade e à natureza das ações humanas que são objeto de proibição ou mandato das normas penais ao não exigir sempre, para fins de delimitação da autoria, a execução direta e pessoal da conduta descrita no tipo penal, tal como ocorre, por exemplo, na autoria formal-objetiva da autoria<sup>487</sup>. É a teoria do domínio do fato a que mais adequadamente resolve o intrincado problema da autoria na autoria mediata.

La complejidad de las relaciones sociales impide llegar a regular, como sería deseable, las específicas modalidades de ejecución de una acción típica; con base en esto, el concepto de autor no puede quedarse en un concepto totalmente abierto, sino que ha de tratarse de un criterio que encauce las acciones a través de quien ejerce el dominio sobre ellas<sup>488</sup>.

Autor é, assim, quem tem o domínio do fato, ou seja, autor é quem realiza o tipo penal dominando a sua execução e não necessariamente executando a ação descrita no tipo penal. A delimitação da autoria deve ser buscada, assim, a partir de critérios de domínio. Isso não significa, contudo, que a ideia da execução de maneira direta e pessoal da ação descrita no tipo penal – premissa básica da delimitação da autoria no conceito formal-objetivo de autor – deva ser totalmente abandonada. A execução direta e pessoal da ação típica é imprescindível, por exemplo, para a delimitação da autoria na autoria direta (ou imediata) e nos intitulados crimes de mão própria. Como já convenientemente abordado, a teoria do domínio do fato não detém pretensão de universalidade. Essa teoria serve para a delimitação da autoria nos intitulados delitos de domínio.

El concepto de autor lo debemos buscar, sin embargo, en la relación de dominio y no en la de ejecución; ésta, por sí sola, no fundamenta el conjunto de todas las formas de autoría, mientras que el dominio, prescindiendo de la ejecución de propia mano, fundamenta siempre, salvo en determinadas clases de delitos, la autoría. De esta forma

---

<sup>487</sup> PLASENCIA, José Ulises Hernández. *La autoría mediata en derecho penal*. Granada: Editorial Camares, 1996, p. 63.

<sup>488</sup> PLASENCIA, José Ulises Hernández. *La autoría mediata en derecho penal*. p. 63.

puede decirse que existen sujetos que sin ejecutar de propia mano un tipo penal son autores si son titulares del dominio del hecho<sup>489</sup>.

Domínio e execução, como critérios de definição da autoria, entretanto, se relacionam, como também já se demonstrou, na teoria do domínio do fato. Relembre-se, contudo, que o critério reitor da autoria nessa teoria é o domínio. Assim, na autoria direta ou imediata, autor é quem domina o fato, executando diretamente a ação típica. Já na autoria mediata (ou indireta) e na coautoria, não há a necessidade, para fins de demarcação da autoria, de que o agente realize de maneira direta e pessoal a conduta descrita no tipo penal. É imprescindível apenas que haja o domínio do fato.

## **7.2 Análise de decisões jurisprudenciais favoráveis à teoria do domínio do fato no Brasil**

Há uma tradicional tendência, em nossa jurisprudência favorável à teoria do domínio do fato como critério da delimitação da autoria, em afirmar que essa é a teoria acolhida, descrevendo, resumidamente, em que consiste essa teoria para, em seguida, aplicá-la ao caso concreto. Veja-se, por exemplo, os seguintes julgados<sup>490</sup> do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO - ROUBO MAJORADO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CONDENAÇÃO MANTIDA - INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO CONCURSO DE PESSOAS - RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR

<sup>489</sup> PLASENCIA, José Ulises Hernández. *La autoría mediata en derecho penal*. p. 63.

<sup>490</sup> O uso de jurisprudências em um trabalho científico deve ser feito sempre com muito cuidado. Não se deve confundir trabalho científico com peça processual. Como bem observa Salo de Carvalho, nos trabalhos científicos, há certa tendência em se fazer essa confusão. “Ocorre que a atividade como operador do direito é absolutamente distinta da acadêmica. São campos de atuação e de conhecimento autônomos, com características próprias. Todavia é muito comum as técnicas e os estilos de narrativa do labor cotidiano do ator judicial ingressarem em forma de argumentação na esfera acadêmica. O uso da jurisprudência exemplifica perfeitamente esta situação. Conforme trabalharei posteriormente, o estudo de casos jurisprudenciais permite ao pesquisador dar concretude e vida ao seu trabalho. Mas estudos de caso ou de correntes jurisprudenciais de argumentação não podem ser confundidos com o uso instrumental de julgados, típicos da atividade como sujeito processual”. CARVALHO, Salo de. *Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito (especialmente das ciências criminais)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 19. Buscaremos, através dos julgados que ora apresentamos, expor certa tendência dos nossos tribunais em se posicionar de maneira dogmaticamente incompleta e não uniforme, quando do tratamento e acolhimento da mesma teoria da autoria para a delimitação da autoria no estudo do concurso de pessoas para a prática de um crime. Para esse propósito, apenas dois julgados seriam suficientes, pensa-se.

IMPORTÂNCIA APLICADO NO GRAU ADEQUADO, TENDO EM VISTA AS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. 1 - Tratando-se de delito praticado na clandestinidade, como o roubo, é de dar-se especial relevância às palavras das vítimas como elemento de prova, desde que não destoem do conjunto probatório e que não se encontrem, nos autos, indícios ou provas de que elas pretendam incriminar pessoas inocentes. 2 - **Pela teoria do domínio final ou funcional do fato, se considera autor todo aquele que, com sua conduta, após uma prévia divisão de tarefas, além de influir subjetivamente direta e decisivamente no êxito da empreitada criminosa, poderia evitá-la**<sup>491</sup>. (Grifos nossos).

EMENTA: ROUBO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - TEORIA DO DOMÍNIO FINAL DO FATO - AGRAVANTE DA EMBOSCADA. **Pela Teoria do Domínio Final do fato, autor é aquele que possui o domínio do fato, ou seja, dentro de sua parcela de competência (divisão de tarefas), possui o controle do transcurso da ação. Domina o fato quem pode decidir ou mesmo influenciar, a qualquer momento, sobre a consumação do crime, sobre se a ação deve prosseguir ou deve ser interrompida.** Incide a agravante da emboscada quando a forma de execução impossibilita ou torna reduzida a defesa do ofendido (Artigo 61, inciso II, alínea "c", do CP)<sup>492</sup>. (Grifos nossos).

EMENTA: FURTO QUALIFICADO - CONDENAÇÃO MANTIDA - CO-AUTORIA CARACTERIZADA - PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA - INAPLICABILIDADE - APLICAÇÃO DE PENA - REVISÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59, CP - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Deve ser afastado o pleito absolutório diante de elementos probatórios suficientes acerca da autoria do crime.

**Adotada a teoria do domínio funcional do fato, a definição da autoria na hipótese de concurso de agentes não mais se restringe à análise do desenvolvimento da ação típica, mas, sim, na avaliação se a ação conjunta resultou do caráter comum da decisão do fato, bem como se as contribuições dos concorrentes eram indispensáveis para o alcance do resultado finalisticamente objetivado, de acordo com o plano concreto traçado, ou se apesar de representar algum auxílio, não representa função independente. Na primeira hipótese, ocorrerá a autoria e na segunda, participação.**

É autor aquele que dirige o veículo levando os comparsas para o local da prática do furto, bem como viabiliza o transporte da res furtiva com seu veículo. É inaplicável o benefício da participação de menor importância ao coautor.

<sup>491</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Apelação Criminal 1.0024.11.322749-0/001, Relator(a): Des.(a) Paulo César Dias, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 20/11/2012, publicação da súmula em 28/11/2012.

<sup>492</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Apelação Criminal 1.0216.06.036701-0/001, Relator(a): Des.(a) Paulo César Dias, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 08/06/2010, publicação da súmula em 13/08/2010

Revistos os conteúdos de algumas circunstâncias judiciais do art. 59, CP, deve ser reduzida a pena-base<sup>493</sup>. (Grifos Nossos).

Conforme se observa, os três julgados se posicionam de maneira expressa em favor da teoria do domínio do fato como critério da delimitação da autoria e da distinção entre autoria e participação no concurso de pessoas. Contudo, depreende-se que os referidos julgados se apoiam em concepções distintas da teoria do domínio do fato.

O primeiro julgado acolhe, de acordo com a nossa opinião, a teoria do domínio do fato segundo a concepção de Welzel. Relembre-se, novamente, que, na concepção de domínio de fato de Welzel é imprescindível, para fins de delimitação da coautoria, a resolução comum dos fatos (contribuição prestada na fase preparatória) e é de suma importância (mas não é imprescindível) a execução conjunta desse fato.

Já quanto ao segundo julgado, pode-se afirmar que há o acolhimento da teoria do domínio do fato segundo a concepção de Maurach. Relembre-se, mais uma vez, que Maurach acolhe uma concepção eminentemente elástica da teoria do domínio do fato, ou seja, para ele, não interessa se o agente tenha contribuído ou não nas fases preparatória e executória do crime. O que interessa para a delimitação da autoria, de acordo com a teoria do domínio do fato de Maurach, é, definitivamente, o fato de o agente “ter em suas próprias mãos o controle sobre a marcha causal do evento típico”.

Por fim, pode-se afirmar que o último julgado se apoia na concepção de domínio do fato de Roxin. Como visto, Roxin entende que, a despeito de ser essencial o ajuste de vontades na fase de preparação do crime e a contribuição na fase de execução, o domínio objetivo do fato não pode ser atingido, segundo esse autor, por intermédio apenas da contribuição da agente na fase preparatória do crime. Para Roxin, assim, a contribuição da agente apenas na fase de preparação do crime não o coloca na posição do coautor. Nessa condição, o agente estaria afastado da posição central e não haveria como afirmar e provar que, nessa

---

<sup>493</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINIAS GERAIS. Apelação Criminal 1.0434.10.002908-2/001, Relator(a): Des.(a) Alexandre Victor de Carvalho, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 02/10/2012, publicação da súmula em 08/10/2012.



situação, esse agente teria o domínio sobre o fato. O domínio conjunto do fato se faz presente, segundo ele, apenas quando há uma contribuição imprescindível do agente na fase de execução do crime.

Afirmar simplesmente que se acolhe a teoria do domínio do fato como critério de definição da autoria e da distinção entre autoria e participação no estudo do concurso de pessoas não significa, em princípio, absolutamente nada, ou seja, não é suficiente afirmar que se acolhe a teoria do domínio do fato para esse fim. É necessário, ademais, posicionar-se em relação a qual concepção da teoria do domínio do fato se apoia, pois, conforme ficou demonstrado, há diferentes concepções a esse respeito.

Nessa esteira, cumpre registrar que aderimos à teoria do domínio do fato como critério para a caracterização da autoria segundo a concepção de Roxin. Esse autor, conforme se demonstrou, construiu uma teoria do domínio do fato absolutamente autêntica e muito bem sistematizada.

### **7.3 Estudo de caso a partir da teoria do domínio do fato segundo a concepção de Roxin**

Adotada a teoria do domínio do fato de Roxin como critério para a caracterização da autoria e da distinção entre autoria e participação no concurso de pessoas, é importante destacarmos a adequada aplicação prática dessa teoria. Uma teoria jurídica deve gozar de aplicabilidade prática, sob pena de ser ela considerada supérflua.

O direito penal, como ciência social aplicada, deve ser capaz de intervir na coletividade em que se insere, regulando condutas sociais. Assim, as teorias que fundamentam a dogmática jurídico-penal devem ter operacionalidade prática na intervenção punitiva que se pretende realizar <sup>494</sup>.

É função do direito penal regular condutas sociais. Quanto a isso não resta dúvida. Nessa função de regular condutas sociais, a dogmática penal funciona como modelo referencial, ou seja, como uma base de apoio. Nessa esteira, pretende-se

---

<sup>494</sup> LOPES, Luciano Santos. *Injusto penal: a relação ente o tipo e a ilicitude*. Belo Horizonte: Araes Editores, 2012, p. 157.

demonstrar que a teoria do domínio funcional do fato de Roxin é perfeitamente possível de ser utilizada pelo Poder Judiciário no momento da aplicação do direito penal objetivo no caso concreto.

É necessário oferecer ao Poder Judiciário as possibilidades da dogmática, de forma a tornar o processo penal um instrumento capaz de interferir mais eficazmente na realidade criminógena. Certo é que o Direito penal tem que deixar de ser um “ciência de sala de aula”, para se tornar efetivamente finalístico, possibilitando que o conhecimento teórico obtido possa, e deve, ser aplicado à realidade “extra-muros”, fora do meio acadêmico.

Entender os movimentos políticos-criminais que se formaram em torno das ideias de prevenção e repressão à criminalidade é de fundamental importância para a compreensão do questão criminal. Da mesma forma, conhecer (e aplicar) os conceitos dogmáticos do Direito Penal é igualmente fundamental para essa operacionalização da tutela penal<sup>495</sup>.

Conforme já se assinalou, a teoria do domínio do fato goza de determinado prestígio em nossa jurisprudência. Todavia, há determinada tendência de um acolhimento genérico dessa teoria. Mais do que se posicionar-se favoravelmente à teoria do domínio do fato como critério reitor da delimitação da autoria e da consequente distinção entre autoria e participação, é importante adequadamente compreendê-la em suas várias vertentes. A adequada compreensão dessa teoria em suas várias vertentes torna o aplicador do direito mais habilitado a intervir na realidade social. Sugere-se, assim, não só a aplicação prática da teoria do domínio do fato como critério da delimitação da autoria e da distinção entre autoria e participação, senão (e sobretudo) a teoria do domínio do fato segundo a concepção de Claus Roxin. Essa teoria, repita-se, é perfeitamente aplicável.

Além da preocupação com a correta condução do processos judiciais (com a irrestrita observância dos princípios penais constitucionais), deve haver, outrossim, a preocupação com a correta aplicação das teorias desenvolvidas no âmbito da dogmática penal<sup>496</sup>. O aplicador do direito deve compreender bem essas teoria para, em seguida, aplicá-las.

---

<sup>495</sup> LOPES, Luciano Santos. *Injusto penal: a relação ente o tipo e a ilicitude.*, p. 183.

<sup>496</sup> LOPES, Luciano Santos. *Injusto penal: a relação ente o tipo e a ilicitude*, p. 183.

Quanto à delimitação da autoria há, na prática judiciária, como se demonstrou anteriormente, uma lamentável tendência em se servir de uma dogmática penal precária e fragmentária e é justamente no momento judicante que os operadores do direito devem se ocupar de maneira especialmente cautelosa quanto à teoria da teoria admitida. É imprescindível, repita-se, a aplicação correta e adequadamente delimitada da teoria dogmática acolhida. Para nós, como já exaustivamente expressado, a teoria correta para a delimitação da autoria é a teoria do domínio do fato segundo a concepção de Roxin. Como já se assinalou, o Código Penal Brasileiro não definiu autoria, mas após a reforma de parte geral (1984) indicou, pensa-se, a opção pela acessoriedade da participação. Dessa opção legislativa não pode o Poder Judiciário olvidar.

Conforme destaca Salo de Carvalho, para que uma pesquisa científica não seja confundida com uma peça processual, há duas formas possíveis de se utilizar decisões judiciais: “a exploração de temas a partir de correntes jurisprudenciais ou o estudo de casos jurisprudenciais de referência”.<sup>497</sup>

Quanto ao uso de jurisprudência como metodologia de pesquisa científica, Salo de Carvalho faz, o seguinte alerta:

A pesquisa jurisprudencial, diferentemente da abordagem intrínseca ao trabalho processual, necessita de um tratamento metodológico que torne possível refletir determinadas tendências, divergências ou inovações, sempre com o cuidado de que o levantamento das decisões judiciais sirva para análise do tema de pesquisa e não como argumento de autoridade para justificar a hipóteses que move o seu autor<sup>498</sup>.

Assim, para que uma instigação científica não seja confundida com uma peça processual deve-se, em resumo, ter especial cuidado com o emprego do método de análise de jurisprudências (que integra o rol da pesquisa documental).

Atentos a essa advertência, escolhemos, com o propósito de apresentar a aplicação prática da teoria do domínio do fato de Roxin, um caso concreto julgado

---

<sup>497</sup> CARVALHO, Salo de. *Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito (especialmente das ciências criminais)*, p. 20.

<sup>498</sup> CARVALHO, Salo de. *Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito (especialmente das ciências criminais)*, p. 35.

pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais<sup>499</sup>. Registre-se que o julgado escolhido não pode ser considerado como um caso de referência (*leading case*). Trata-se, em verdade, de um julgado cujos os fundamentos da decisão se apoiam em uma determinada tendência do nosso tribunal, qual seja: a de considerar sempre o intitulado mentor (ou mandante) de um crime como coautor, à luz da teoria do domínio do fato.

A decisão<sup>500</sup> que será objeto de nossa análise crítica foi proferida pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal do Justiça de Minas Gerais, no dia 09/07/2009, e publicada no dia 31/07/09. Cuida-se da apelação criminal nº 1.0223.05.177043-4/001. A decisão foi assim ementada:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - DELAÇÃO - CONDENAÇÃO MANTIDA - ARMA BRANCA NÃO APREENDIDA - DECOTE MAJORANTE - INCABÍVEL - PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA - MENTOR INTELECTUAL - INOCORRÊNCIA. 1- A delação desapaixonada e desinteressada dos corréus, que além de se incriminarem, denunciam outro participante do delito, aliada a outros elementos seguros de convicção, são provas mais do que suficientes para embasar o decreto condenatório. 2- Havendo nos autos provas de a grave ameaça foi exercida com emprego de arma branca, mostra-se impossível o decote majorante do inciso I do § 2.º do art. 157 do CP, sendo irrelevante que a mesmo tenha ou não sido apreendido ou periciado, pois é instrumento capaz de causar temor e dano à integridade física da vítima. 3- **O agente que contribui ativamente para a realização do crime, em unidade de desígnios e mediante divisão de tarefas, sendo sua participação de extrema relevância para o sucesso da empreitada criminosa, sendo o mentor intelectual do plano criminoso, possuindo pleno domínio dos fatos, não pode sua conduta ser classificada como de menor importância.** 4- Preliminar rejeitada. Recursos parcialmente providos<sup>501</sup>. (Grifos nossos).

---

<sup>499</sup> A escolha do julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais é óbvia: vivemos no Estado de Minas Gerais e é interessante, pensa-se, analisarmos criticamente o entendimento do nosso tribunal de justiça sobre o assunto, a partir de um determinado caso. Por outro lado, esclarece-se que há certa dificuldade de encontrarmos decisões no âmbito do nossos tribunais superiores que efetivamente discutem o tema autoria e participação, em virtude de o tema revolver, necessariamente, o vedado reexame de provas. Nesse sentido, assim dispõe a Súmula 7 do STJ: *A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.*

<sup>500</sup> Não analisaremos, simplesmente, a ementa, senão o julgado de forma completa.

<sup>501</sup> Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: Apelação Criminal 1.0223.05.177043-4/001, Relator(a): Des.(a) Antônio Armando dos Anjos, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 09/07/2009, publicação da súmula em 31/07/2009.

Segundo o citado acórdão, M.M.F, L.L.V e G.N.M foram denunciados pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais pela prática de crime de roubo (art. 157, §1º e §2º, incisos I e III, do CPB). Matheus e Leandro, seguindo informações prestadas por G.N.M, teriam subtraído para si, através do emprego de violência e grave ameaça, e servindo-se de uma faca, a quantia aproximada de R\$300,00 (trezentos reais) da vítima A.C.P. O fato teria ocorrido no dia 07/04/05, na cidade de Divinópolis, MG. Regularmente processados, os acusados foram condenados pelo juízo da 3º Vara Criminal da Comarca de Divinópolis, MG, como incurso nas penas prevista no art. 157, §1º e §2º, inc. I e II do CPB, às penas de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 13,75 dias-multa, no patamar unitário mínimo.

Inconformados com a condenação, os acusados apresentaram Recurso de Apelação perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais. O Acusado G.N.M se insurgiu contra a decisão que o condenou em 1ª (primeira) instância, alegando, preliminarmente, nulidade da sentença por ausência de individualização das penas e, quanto ao mérito, pugnou pela absolvição por ausência de provas. Alternativamente, o acusado requereu o decote das majorantes, o reconhecimento da participação de menor importância e a isenção de custas processuais.

No que diz respeito à tese de falta de provas quanto à autoria apresentada pelo Acusado G.N.M, a 3º Câmara Criminal a afastou baseando os fundamentos da decisão essencialmente na delação dos corréus. Os corréus M.M.F e L.L.V teriam confessado a prática do crime e delataram a participação do acusado G.N.M na dinâmica dos fatos da seguinte forma<sup>502</sup>:

"(...) que o assalto foi praticado pelo interrogando e L.L.V; Que o acusado G.N.M passou as informações; que G.N.M passou todas as informações da vítima, tipo como e onde estaria o dinheiro, a que horas a vítima poderia ser encontrada e o momento em que ela estaria sozinha; que G.N.M passou as informações para que o assalto fosse praticado e sua participação no assalto seria: o interrogando e L.L.V teriam que rasgar as promissórias de G.N.M que estavam em poder da vítima, pois G.N.M devia dinheiro à vítima; que durante o assalto viu que as promissórias estavam no armário, mas nem chegou a mexer nelas; que apesar de ter combinado rasgá-

---

<sup>502</sup> O objetivo de citar os depoimentos dos corréus é apenas o de facilitar a compreensão dos fatos que ensejam o julgado citado.

las para G.N.M, resolveu não fazer aquilo; que o dinheiro que subtraíram da vítima não chegou a trezentos reais e foi dividido entre o interrogando e L.L.V; que o interrogando é que estava com a faca (...)" (M.M.F). (Abreviações nossas)

"(...) que o assalto foi praticado pelo interrogando e M.M.F; que o dinheiro obtido com o assalto foi dividido entre o interrogando e M.M.F; que todas as dicas para o assalto foram passadas por Gleisson, inclusive acerca da vítima e horário de trabalho desta; (...) que G.N.M é que deu a idéia e planejou o assalto; que o dinheiro do assalto era para ser dividido com G.N.M também (...)" (Leandro Luiz Vieira).<sup>503</sup> (Abreviações nossas).

Quanto ao pedido alternativo do Acusado G.N.M de se reconhecer em seu favor a causa de diminuição de pena da participação de menor importância, prevista no art. 29, §1º, do CPB (e que efetivamente interessa ao presente estudo), a turma julgadora da 3ª Câmara Criminal o rechaçou argumentando o seguinte:

Por sua vez, também não há como se acolher a tese de que o apelante G.N.M atuou com somenos importância no evento lesivo. As provas produzidas ao longo da instrução demonstram claramente que o mesmo, agindo de forma premedita e em companhia de seus comparsas, arquitetou toda a empreitada criminosa, passando para os demais as informações suficientes e necessárias para a concretização do plano de assalto. Com efeito, o agente que contribui ativamente para a realização do crime, em unidade de desígnios e mediante divisão de tarefas, sendo sua participação de extrema relevância para o sucesso da empreitada criminosa, possuindo pleno domínio dos fatos, não pode sua conduta ser classificada como uma participação de menor importância, tendo, na verdade, atuado em co-autoria, devendo, pois, responder pelo mesmo tipo penal<sup>504</sup>. (Abreviações nossas).

Infere-se do acórdão que o Acusado G.N.M teria arquitetado todo o projeto criminoso, compartilhando com os demais envolvidos informações privilegiadas para a concretização do roubo. G.N.M funcionou, portanto, como o mentor intelectual do crime. Não há notícias de que ele tivesse participado na execução do crime de roubo. Ele limitou-se a participar apenas durante a fase de preparação do crime. Na

---

<sup>503</sup> Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: Apelação Criminal 1.0223.05.177043-4/001, Relator(a): Des.(a) Antônio Armando dos Anjos, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 09/07/2009, publicação da súmula em 31/07/2009. Acórdão já citado.

<sup>504</sup> Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: Apelação Criminal 1.0223.05.177043-4/001, Relator(a): Des.(a) Antônio Armando dos Anjos, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 09/07/2009, publicação da súmula em 31/07/2009. Acórdão já citado.

fase de execução do crime, estavam presentes apenas os Acusados M.M.F e L.L.V. Ambos, de posse de uma faca, subtraíram para si, por meio de empregado de grave ameaça, determinada importância em dinheiro. Essa teria sido, em resumo, a dinâmica dos fatos.

A turma julgadora do referido acórdão entendeu, com base na teoria do domínio do fato, que o Acusado G.N.M, embora tivesse participado apenas na fase de preparação do crime, era coautor do crime de roubo e não mero partícipe. Segundo a turma julgadora, como se viu, a participação ativa e com pleno domínio do fato de um dos agentes, com divisão de tarefas e com unidade de desígnios com os demais participantes configura coautoria. A turma julgadora conclui seu entendimento quanto à coautoria do Acusado G.N.M, definindo a teoria do domínio do fato da seguinte forma:

Segundo a denominada Teoria do Domínio Final do Fato (ou Teoria final objetiva), podemos vislumbrar vários tipos de autores na trama criminosa, que podem ser assim identificados: a) AUTOR IMEDIATO (ou executor): Aquele que pratica, total ou parcialmente, a conduta descrita no núcleo do tipo; b) AUTOR MEDIATO: Aquele que faz de outrem instrumento de sua vontade criminosa (usa alguém isento de culpabilidade para a prática delitativa, vale-se de coação moral irresistível ou superioridade hierárquica, ou determina o erro de terceiro); c) AUTOR INTELECTUAL: Aquele que arquiteta a ação delitativa, e; d) AUTOR FUNCIONAL: Aquele que, praticando ou não, total ou parcialmente, a conduta descrita no núcleo do tipo, tinha o domínio final do fato (equivale ao comando, planejamento, construção do crime).

Conclui-se, assim, ser o apelante autor intelectual do delito em tela, já que, mesmo sem praticar a totalidade da conduta descrita no núcleo do tipo do art. 157, § 2º, I e II do CP, restou comprovado que o mesmo era responsável pelo planejamento e informações aos executores.

Logo, não há que se falar em participação de menor importância no cometimento do crime de roubo, eis que no concurso de pessoas, não é necessário que todos os agentes pratiquem os mesmos atos executivos, sendo suficiente o encontro de vontades para perpetrar a infração penal, como no caso dos autos<sup>505</sup>.

---

<sup>505</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 3ª Câmara Criminal. CONDENAÇÃO MANTIDA - ARMA BRANCA NÃO APREENDIDA - DECOTE MAJORANTE - INCABÍVEL - PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA - MENTOR INTELECTUAL - INOCORRÊNCIA. 1- A delação desapaixonada e desinteressada dos corréus, que além de se incriminarem, denunciam outro participante do delito, aliada a outros elementos seguros de convicção, são provas mais do que suficientes para embasar o decreto condenatório. 2- Havendo nos autos provas de a grave ameaça foi exercida com emprego de arma branca, mostra-se impossível o decote majorante do inciso I do § 2.º do art. 157 do CP, sendo irrelevante que a mesmo tenha ou não sido apreendido ou periciado, pois é instrumento capaz de causar temor e dano à integridade física da vítima. 3- O agente que contribui ativamente para a realização do crime, em unidade de desígnios e mediante divisão de tarefas, sendo sua participação

Embora a turma julgadora tenha admitido expressamente a teoria do domínio do fato como critério reitor da autoria e da distinção entre autoria e participação no estudo do concurso de pessoas, ela apresentou uma definição de autoria imediata ligada à teoria formal-objetiva da autoria. Para as demais formas de autoria citadas no acórdão (autoria mediata, autoria intelectual e autoria funcional), a turma julgadora se serviu da teoria do domínio do fato. Mais: dos fundamentos citados no acórdão, extrai-se que a turma julgadora faz a opção pela teoria do domínio do fato próxima à concepção de Welzel. A definição dada pela turma julgadora para a chamada autoria funcional<sup>506</sup> permite essa conclusão. Como se demonstrou exaustivamente, Welzel entende que, na coautoria, é essencial a resolução comum do fato, ou seja, é fundamental a participação do agente na organização do crime (participação na fase preparatória). Quanto à participação do agente na fase de execução do crime, lembre-se que Welzel entende que ela é importante, mas não essencial.

No caso em análise, a coautoria do Acusado G.N.M se fundamenta a partir das citadas premissas. Embora não tenha ele participado da execução do fato (que, segundo Welzel é algo importante, mas não imprescindível), ele teve participação ativa na resolução comum desse fato. Portanto, ele seria coautor e não partícipe. Recorde-se que a carência de elementos objetivos na delimitação da coautoria, segundo a concepção de Welzel, aproxima sua teoria do domínio do fato às concepções da autoria apresentadas pelas teorias subjetivas.

Analisemos agora o caso julgado à luz da teoria do domínio funcional do fato de Roxin.

---

de extrema relevância para o sucesso da empreitada criminosa, sendo o mentor intelectual do plano criminoso, possuindo pleno domínio dos fatos, não pode sua conduta ser classificada como de menor importância. 4- Preliminar rejeitada. Recursos parcialmente providos. Apelação Criminal n.º 1.0223.05.177043-4/001. Matheus Marllon Ferreira, Leandro Luiz Vieira, Gleisson Natalício de Melo e Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator(a): Des.(a) Antônio Armando dos Anjos.

<sup>506</sup> Importa lembrar, contudo, que, no desenvolvimento de sua teoria do domínio do fato, Welzel não usa a expressão “autoria funcional”. A expressão “domínio funcional”, lembre-se, é de Roxin. Essa é a forma de domínio, para esse autor, que existe na coautoria.



Como visto, o domínio funcional é, para Roxin, a forma de domínio do fato que fundamenta a coautoria e, nessa forma de autoria, o domínio completo do fato reside nas mãos de vários. Relembre-se que, no tratamento da coautoria, Roxin entende que é necessário analisar dois cenários distintos, quais sejam: a cooperação prestada na fase de execução e a cooperação prestada na fase preparatória.

Quanto à contribuição prestada na fase executória, adverte Roxin que ele pode ocorrer de várias formas, sendo que, dentre essas várias formas, umas podem ser considerados relevantes e outras, irrelevantes. Há, ainda, afirma o autor, vários outros níveis de importância das contribuições entre esses dois extremos. Considerando esses vários níveis de importância de contribuição, só se poderá falar em domínio do fato dos agentes colaboradores, segundo Roxin, nas hipóteses em que o domínio do fato global residir nas mãos de cada um deles, de modo que, axiologicamente, haja a conclusão de que o fato não poderia ser realizado por apenas um dos agentes. Nessa medida, a retirada da contribuição de cada um dos participantes isoladamente, anula o projeto criminoso. Esse seria, enfim, o nível de contribuição exigido para que os agentes pudessem ser considerados coautores do crime. Nessa condição, argumenta Roxin, cada um dos agentes se encontra como uma “figura central do acontecer típico na forma de ação”.

Quanto à cooperação prestada da fase de preparação do crime, relembre-se que Roxin nega, ao contrário de Welzel, a possibilidade de o agente ser considerado coautor na eventualidade de sua contribuição se limitar à fase de preparação do crime. Para sustentar esse seu posicionamento, Roxin alega que o agente que contribui apenas nessa fase encontra-se afastado da centralidade do fato e, ainda, nessa forma de contribuição, não haveria como comprovar o domínio do fato. Repetem-se os fundamentos apresentados por Roxin para rechaçar a concepção de Welzel

ni el sentimiento de solidaridad más sincero en el ejecutor directo cambia nada en el hecho de que está exclusivamente en su poder cómo se configurará el curso del hecho *in concreto* y si concede a la decisión común del hecho el dominio sobre sus ideas y actos. La influencia de aquel que no toma parte en la ejecución del plan sólo puede surtir efecto sobre la psique del otro. Pero si el que prepara no domina a este otro, sino que por el contrario el ejecutor obra libre y

responsablemente, aquel que no está presente tampoco puede dirigir el curso del hecho, estando a expensas del albedrío del agente. En esto el que prepara nada se distingue del inductor, al que desde luego WELZEL niega el dominio del hecho<sup>507</sup>.

Levando em consideração a teoria do domínio do fato de Roxin, é necessário concluir que, no caso em comento, os Acusados M.M.F e L.L.V são coautores do crime de roubo. Ambos participaram na resolução comum do fato (participação na fase preparatória) e da execução desse fato (contribuição prestada na fase de execução do crime). M.M.F e L.L.V contribuíram funcionalmente para o sucesso da empreitada criminosa. O domínio do fato encontrava-se de maneira definitiva nas mãos de ambos. A concretização do plano avençado só seria possível com a intervenção dos dois (M.M.F e L.L.V) e cada um deles estaria apto a, isoladamente, anular a empreitada criminosa.

Quanto ao Acusado G.N.M, a despeito de ter participado ativamente da empreitada criminosa, organizando-a e fornecendo aos demais participantes (M.M.F e L.L.V) informações privilegiadas, será ele considerado mero partícipe do crime. Sua contribuição configurou a intitulada indução. E em nosso país, ao contrário do que prevê a legislação penal da Alemanha, a indução tem pena necessariamente menor em relação à pena do autor (ou coautores). Restou definitivamente claro que sua contribuição se limitou à fase preparatória do crime. A contribuição prestada unicamente nessa fase, por mais relevante que possa ser ela considerada, não configura coautoria. As informações compartilhadas pelo Acusado G.N.M com os Acusados M.M.F e L.L.V não o colocam na condição de “figura central do acontecer típico na forma de ação”. Ao contrário, ter sido apenas o mentor intelectual do crime o coloca em uma posição essencialmente periférica. Mais: com apenas essa forma de contribuição, não há como afirmar que o Acusado G.N.M tenha domínio efetivo sobre o fato.

Registre-se, contudo, que essa conclusão não nos permite afirmar que, à luz da teoria do domínio do fato de Roxin, o chefe de um grupo criminoso que planeja determinado crime será sempre considerado partícipe. Na eventualidade de o chefe contribuir também na fase de execução do crime (orientando, por exemplo, os

---

<sup>507</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 327.

membros do seu grupo durante a execução desse crime) será ele considerado coautor e não partícipe. Nessa hipótese, segundo a concepção do Roxin, o chefe encontra-se, ao lado dos demais participantes, como “figura central do acontecer típico na forma de ação”. Mais: a realização do projeto criminoso depende essencialmente de sua contribuição. O domínio integral do fato também se encontra, nessa situação, em suas mãos.

## 8 – CONCLUSÃO

Os crimes, assim como toda e qualquer obra humana, podem ser praticados por uma ou mais pessoas. Os tipos penais previstos na parte geral dos códigos penais descrevem, via de regra, condutas que podem ser realizadas por uma única pessoa ou por mais de uma pessoa. Essas hipóteses contemplam os intitulados crimes unissubjetivos (monossubjetivos ou de concurso eventual). Há, por outro lado, os chamados crimes plurissubjetivos (ou de concurso necessário). Esses crimes, ao contrário, só podem ser realizados por mais de uma pessoa. Os problemas que estão relacionados ao concurso de pessoas para a prática de crime (ou crimes) estão essencialmente relacionados aos crimes unissubjetivos.

Um dos pontos mais complexos do estudo do concurso de pessoas diz respeito aos critérios para a caracterização da autoria e da consequente distinção entre autoria e participação.

A expressão participação engloba duas acepções distintas: em sentido amplo, participação compreende todas as situações em que mais de uma pessoa concorre para a prática de um crime; em sentido estrito, participação significa a contribuição (moral ou material) prestada por uma ou mais pessoas ao autor ou autores de um crime.

Quanto à participação em sentido estrito há, em doutrina, uma antiga discussão sobre o sentido dos conceitos de autoria e de participação: são elaborações puramente legislativas ou compõem dados prévios ao ordenamento jurídico? Para nós, os conceitos de autoria e participação integram a realidade das coisas e são prévios ao ordenamento jurídico. Nesse sentido, entendemos que o legislador não pode estabelecer um conceito unitário de autor, desrespeitando a acessoriedade da participação.

Afirma-se que, a partir da reforma de sua parte geral (Lei 7209 de 11 de julho de 1984), o teoria da acessoriedade restou definitivamente acolhida pelo Código Penal Brasileiro (item 25 da exposição de motivos do CPB). Para nós, inclusive, a opção pela acessoriedade da participação já estava, de alguma forma, consignada

em nosso Código Penal antes mesmo da reforma de sua parte geral (art. 27 do CPB de 1940, atual art. 31).

Fixada a opção de legislador reformador brasileiro pela acessoriedade da participação, ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência, os critérios para a caracterização da autoria e da conseqüente distinção entre autoria e participação.

A doutrina (tanto nacional quanto estrangeira) elenca inúmeras teorias da autoria. Boa parte dessas teorias apresentam apenas interesses históricos. Há, por outro lado, algumas teorias que são, em verdade, idênticas, distinguindo-se apenas pela nomenclatura utilizada.

As principais teorias que buscam delimitar a autoria e, como conseqüência, distinguir autoria e participação no estudo do concurso de pessoas, podem ser divididas em três grupos: a teoria unitária de autor (que, negando a acessoriedade da participação, afasta toda e qualquer distinção entre autoria e participação); a teoria extensiva de autor (que parte de premissas muito próximas da teoria unitária da autoria, mas, reconhecendo disposições legais que distinguem autoria e participação, se vê compelida a encontrar critérios que possam subsidiar essa distinção) e as teorias restritivas da autoria (que partem da existência de diferenças subjetivas, objetivas ou subjetivas-objetivas entre autoria e participação).

Integram o rol das principais teorias restritivas da autoria a teoria objetiva-formal, as teorias objetivo-materiais, as teorias subjetivas (teoria do dolo e teoria do interesse) e a teoria do domínio do fato.

A teoria do domínio do fato é, sem dúvida, a que hoje conta com o maior número de adeptos na Alemanha e, entre nós, ela tem sido acolhida amplamente pela doutrina e jurisprudência. É surpreendente o crescimento de sua aceitação em nosso país como critério da delimitação da autoria e da distinção entre autoria e participação no estudo do concurso de pessoas.

Welzel, em 1939, inaugurou a história da dogmática da teoria do domínio do fato. Contudo, a expressão “domínio do fato” já havia sido utilizada em Direito Penal desde de 1915, quando Hegler publicou sua monografia *Os Elementos do Delito*.

Nessa obra, entretanto, esse autor empregou essa expressão para tratar dos requisitos materiais da culpabilidade jurídico-penal.

Dentro do amplo desenvolvimento da teoria do domínio do fato na Alemanha, restou questionável a pretensão de universalidade dessa teoria. O referido questionamento recaiu especialmente sobre a possibilidade de essa teoria reger a autoria nos crimes próprios, nos crimes de mão própria, nos crimes omissivos e nos crimes culposos. Na doutrina, há grande divergência quanto a essa questão. Bacigalupo, por exemplo, posiciona-se no sentido de uma elasticidade da teoria do domínio do fato como critério para a caracterização da autoria, ou seja, para ele, essa teoria serve para reger a autoria também nos crimes próprios e nos crimes de mão própria. Roxin, por sua vez, entende que a teoria do domínio do fato deve ser aplicada para delimitação da autoria apenas nos intitulados delitos de domínio. Roxin trabalha com a dicotomia delitos de dever e delitos de domínio.

Não se pode olvidar, por outro lado, que a teoria do domínio do fato encontra pelos menos três vertentes principais e diferentes. Compreendê-las adequadamente é essencial. Não é suficiente afirmar que se acolhe a teoria do domínio do fato como critério da delimitação da autoria e da distinção entre autoria e participação no estudo com concurso de pessoas. Ademais, é importante afirmar qual é a vertente dessa teoria que se acolhe. As principais concepções da teoria do domínio do fato são as concepções de Welzel, Maurach e Roxin.

A teoria por nós acolhida para a delimitação da autoria e da distinção entre autoria e participação no estudo do concurso de pessoas é a teoria do domínio do fato segundo a concepção de Roxin, cuja concepção é absolutamente autêntica, coerente, inigualavelmente sistematizada e integralmente compatível com a regulamentação da autoria prevista em nosso código penal.

O acolhimento da teoria do domínio do fato de Roxin revela, outrossim, a opção por um direito penal de matriz minimalista, porquanto é ela uma teoria restritiva e nitidamente limitadora do poder punitivo do estado. Mais: essa teoria preserva as estruturas lógico-objetivas da autoria e participação que são prévias ao ordenamento jurídico.

Cumprе ressaltar, por fim, que a teoria do domínio do fato de Roxin é perfeitamente aplicável no momento judicante.

## 9 – REFERÊNCIAS

- ABOSO, Gustavo Eduardo. *Los límites de la autoría mediata*. Buenos Aires: Euros Editores/B de F Ltda, 2012.
- AGUIAR. Leonardo Augusto de Almeida. *Da participação de menor importância: Código Penal – Artigo 29, §1º*. Curitiba: Juruá, 2012.
- ALEMÁN, Código Penal (1871 con la última reforma del 31 de enero de 1998). *Código Penal Alemán*. Trad. Claudia Lopez Diaz. Bogotá: Calle, 1999.
- ARGENTINA, Código Penal (1984). Código Penal de La Nación Argentina. Disponível em < <http://www.codigopenalonline.com.ar/> >. Acesso em: 02 dez. 2013.
- ASÚA. Luis Jiménez de. *Principios de derecho penal: la ley y el delito*. 3ª Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.
- BACIGALUPO. Enrique. *Derecho penal: parte geral*. 2ª Ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Hacia el nuevo derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Lineamientos de la teoría del delito*. 3ª Ed. Hammurabi, 2007.
- BATISTA. Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito Tipo*. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002.
- BERRUEZO, Rafael. *Autoría y participación - Desde una visión normativa*. Buenos Aires: Euros Editores/B de F Ltda, 2012.



- BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17<sup>o</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOCKELMANN, Paul. *Relaciones entre autoría y participación*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1960.
- BOCKELMANN, Paul; VOLK, Paul. *Direito penal parte geral*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. No original: *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 4<sup>a</sup> edição, de 1987.
- BORDON, Carolina Bolea. *Autoría mediata en Derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.
- BRASIL. Código Criminal (1830). Código Criminal da Império do Brazil. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm) >. Acesso em: 03 dez. 2013.
- BRASIL. Código Penal (1890). Disponível em < <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049> >. Acesso em: 03 dez. 2013.
- BRASIL. Código Penal (1940). Código Penal Brasileiro. 8.<sup>o</sup>. São Paulo, Saraiva, 2012.
- BRUNO. Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo 2<sup>o</sup>. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1962.
- CALLEGARI, André Luís et al. *Direito penal e Funcionalismo*. Coord. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. Trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- CARRARA, Francesco. *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*. Trad. Vicente Romero Girón. Buenos Aires: Rodamillans Srl, 2000.

- CARVALHO, Salo de. *Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito (especialmente das ciências criminais)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. T. I. 2ª ed. portuguesa, 1 ed. Brasileira. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2007.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Miguel. *La autoría en derecho penal*. Barcelona: PPU, 1991.
- DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal*. 3ª ed. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2009.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ESPANHA. Código Penal (1995). Código Penal de España. Disponível em <<http://html.rincondelvago.com/codigo-penal-espanol-de-1995.html>>. Acesso em: 02 dez. 2013.
- FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinquência no direito penal brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- FIANDACA, Giovanni; MUSCO Enzo. *Diritto penale: parte generale*. 5ª ed. Bologna: Zanichelli Editori, 2007.
- FIERRO, Julio Guillermo. *Teoría de la participación criminal*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16ª ed. rev. Por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLO DE MOLINA, Antônio. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: uma imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO, Luis; 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 dos Tribunais, v. 933, p. 61, jul./ 2013.

GRECO, Rogério. *Concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho Penal; Obras completas*. T. 1. Santa Fe: Rubinzal-Culzone, 1999.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*. V. I. T. II. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 405.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luís Callegari. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Crítica à teoria do domínio do fato: (uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos)*. Trad. Maurício Antônio de Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. *Crítica à teoria do domínio do fato: uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos*. Trad. de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manoele, 2003.

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal Parte General*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte geral*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. renovada y ampliada. Granada: Comares, 2002. Título original. *Lehrbuch des Strafrechts: All. Teil*. 5 vollständig neubearb. u. erw. Aufl. Berlin: Dunker u. Humblot, 1996.

JESCHECK. Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Tradução de Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. v II.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal, parte geral*. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- LEIRIA, Antônio José Fabrício. *Autoria e Participação Criminal*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010.
- LOPES, Luciano Santos. *Injusto penal: a relação ente o tipo e a ilicitude*. Belo Horizonte: Araes Editores, 2012.
- LOPES PEREGRÍN, Maria Carmen. *La complicidad en el delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997.
- LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. T. 2. Traducción de la 7 ed. Alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.
- MAYER, Max Ernst. *Derecho penal; parte general*. Traducción por Sergio Politoff Lifschitz. Buenos Aires/Montevideú: Euros Editores/B de F Ltda., 2007.
- MERKEL, Adolf. *Derecho penal: parte general*. Traducción por Pedro Dorado Montero. Madrid: La España Moderna, 2000.
- MEZGER, Edmund. *Derecho penal, libro de estudio, Parte General*. Traducción de la 6ª ed. alemana (1955) por Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de derecho penal*. T. 2. Traducción de la 2ª. ed. alemana, 1933 por José Arturo Rodríguez Muñoz. 3ª ed. adicionada y puesta al día por Antonio Quintano Ripollés, 1957. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957.
- MIR, José Cerezo. *Derecho penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Lima: Ara Editores, 2007.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINNI, Renato N. *Manual de direito penal, parte geral: arts. 1º a 120 do CP*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MONTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. 7ª ed. Firenze: Cedam, 2011.

- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 1º V. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.
- ORDEIG, Gimbernat Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. Buenos Aires: Euros Editores/B de F Ltda
- PLASENCIA, José Ulises Hernández. *La autoría mediata en derecho penal*. Granada: Editorial Camares, 1996.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts. 1º. a 120º*. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal Parte General*. 7ª ed. Buenos Aires/Montevidéu: Euros Editores/B de F Ltda, 2005.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal; parte geral*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.
- QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Autoría e participación*. Madrid: Akal, 1996.
- RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal*. Belo Horizonte: Del Rey.
- REALE Jr., Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- RIVERO, Maria Del Carmen Gómez. *La inducción a cometer el delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995.
- ROXIN, Claus et al. *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitât Pompeu Fabra)*. Trad. Jesús-Maria Silva Sánchez, María Teresa Castiñera Palou, Pablo Sáchez-Ostiz Gutiérrez, David Felip I Saborit, Ramón Ragúes I Valles, Ricadro Robles Planas e Javier Sánches-Vera Gómez-Trelles. Civitas: Madri, 2000.
- ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

- SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo na parte especial do código penal*. Belo Horizonte, Del Rey, 1993
- SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción: una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscrito al disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
- SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. T. I. Buenos Aires/Santa Fé: Rubinzal – Culzoni Editores, 2009
- STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal; parte general I – el hecho punible*. 4 ed. alemã/ 1ª ed e 1ª reimpressão argentina. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.
- VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal: parte geral*. Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- VENEZUELA, Código Penal (2000). Código Penal de Venezuela. Disponível em <[http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_ven\\_anexo6.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo6.pdf)>. Acesso em: 02 dez. 2013.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. 11ª. ed. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Derecho Penal Parte Geral*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.
- \_\_\_\_\_. *Estudios de derecho penal*. Traducción por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Reimpresión. Buenos Aires/Montevideú: Euros Editores/B de F Ltda., 2007.

\_\_\_\_\_. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina finalista da ação*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral*. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFe, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Manual de derecho penal; parte general*. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: volumen 1: parte geral*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.