

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO CONCURSO DE AGENTES

Rodrigo Melgarejo

Presidente Prudente/SP
2004

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO CONCURSO DE AGENTES

Rodrigo Melgarejo

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente/SP

2004

TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO CONCURSO DE AGENTES

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do
Grau de Bacharel em Direito

Jurandir José dos Santos
Orientador

Luís Roberto Gomes
Examinador

Tito Lívio Seabra
Examinador

Presidente Prudente, 01 de dezembro de 2004.

*Embora ninguém possa voltar atrás e fazer um novo começo,
qualquer um pode começar agora e fazer um novo fim.*

Chico Xavier

Agradecimentos:

*Primeiramente, a Deus, por estar sempre
ao meu lado nos momentos que mais
precisei.*

*Aos meus pais, Roque e Vânia, exemplos
de retidão e amor em minha vida.*

*A minha namorada, Adriana, pelo seu
incondicional incentivo e compreensão.*

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o concurso de pessoas sob a ótica da teoria do domínio do fato. Para tanto, parte-se do conceito tradicional de autoria arraigado na doutrina brasileira, segundo o qual é autor do delito todo aquele que incorre na conduta descrita no tipo penal.

Para melhor atender ao *jus puniendi* do Estado, surge a teoria do domínio do fato, que passa a aferir a conduta do indivíduo não apenas sob o aspecto objetivo, mas dando valor a sua contribuição subjetiva para a ofensa ao bem penalmente protegido.

Com isso, temos como sujeito ativo o indivíduo que embora não praticando a conduta descrita no verbo da norma penal, domina finalisticamente a ação dos demais, determinando como, onde e quando, será levada a efeito a atividade criminosa.

Isso não implica dizer que o conceito tradicional de autor do delito acima apontado esteja superado, uma vez que a teoria do domínio do fato representa apenas um complemento à teoria restritiva. Em suma, com a adoção de critérios objetivos e subjetivos amplia-se o conceito de autor.

Por outro lado, embora incipiente, vem ocupando espaço na doutrina a discussão sobre a admissibilidade da teoria do domínio do fato nas várias espécies de crime, em especial, nos delitos próprios e de mão própria, nos quais, respectivamente, exige-se uma qualidade especial do sujeito ativo ou apenas o sujeito ativo pessoalmente pode levar a cabo o verbo do tipo. Há um aparente conflito com a teoria do domínio do fato, pois nesta o agente não pratica atos executórios, limita-se a capitanear a ação dos demais. Também se discute a admissibilidade da teoria em comento nos crimes omissivos, culposos e multidinários.

Impende ressaltar, outrossim, os reflexos da referida teoria no conceito de partícipe, pois sendo este um terceiro que colabora em crime alheio, seja auxiliando materialmente ou moralmente, jamais terá o domínio do fato. Pelo contrário, será a *longa manus* daquele que domina finalisticamente o evento.

Enfim, a teoria do domínio do fato modifica estruturalmente o conceito de autor, estendendo tal conceito para alcançar àqueles indivíduos que quanto mais distantes da atividade criminosa, mais próximos estão do seu centro de decisões, servindo como um elemento de convicção a mais, a influir na decisão do julgador. Diante do caso *sub judice*, será por diversas vezes impossível lograr êxito em demonstrar que certa pessoa incorreu em atos executórios, mas estando configurada a sua liderança sobre os demais agentes, a sua condenação poderá advir com base na teoria do domínio do fato.

PALAVRAS-CHAVE: Domínio do fato – liderança – subjetividade – autoria mediata – autoria intelectual – admissibilidade – partícipe – vontade.

ABSTRACT

The present work has for objective to analyze the competition of people under the optics of the theory of the domain of the fact. For in such a way, it has been broken of the traditional concept of authorship, arranged in the Brazilian doctrine, according to which is author of the delict all that one that incurs into the described behavior in the criminal type.

Better to take care of to *jus puniendi* of the State, the theory appears of the domain of the fact, that starts to not only survey the behavior of the individual under the objective aspect, but giving to value its subjective contribution for the offence to the good criminally protected.

With this, we have as subject asset the individual that even so not practising the described behavior in the verb of the criminal norm, finality dominates the action of excessively, determining as, where and when, the criminal activity will be taken the effect.

This does not imply to say that the traditional concept of author of the delict above pointed is surpassed, a time that the theory of the domain of the fact represents only one complement to the restrictive theory. In short, with the adoption of objective and subjective criteria the author concept is extended.

On the other hand, even so incipient, it comes occupying space in the doctrine, the quarrel on the admissibility of the theory of the domain of the fact in the some species of crime, special, the proper delicts and of proper hand, in which respectively, demands a special quality of the active citizen or only the active citizen personally can take the handle the verb of the type. He has an apparent conflict with the theory of the domain of the fact, therefore in this the agent does not practice executory acts, limits to command it the action of excessively. Also it is argued admissibility of the theory in comments in the omissivos, guilty and multiplicite crimes.

Impend to stand out, awy, of the consequences of related theory in the participant concept, therefore being this one third that collaborates in other people's crime, either assisting materially or morally, never will have the domain of

the fact. For the opposite, he will be long manus of that it dominates the event finalisticamente.

At last, the theory of the domain of the fact modifies the author concept structurally, extending such concept to reach those individuals that the more distant of the criminal activity, next are of its center of decisions, serving as a certainty element more, to influence in the decision of the judge. Ahead of the case sub judice, will be for diverse times impossible to cheat success in demonstrating that certain person incurred into executory acts, but being configured its leadership on excessively the agents, its conviction will be able to happen with base in the theory of the domain of the fact.

KEYWORDS: Domain of the fact - leadership - subjectivity - mediate authorship - intellectual authorship - informing admissibility - will.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. CRIMES DE CONCURSO NECESSÁRIO E EVENTUAL	13
2. TEORIAS DO CONCURSO DE AGENTES	15
2.1. Teoria unitária	15
2.2. Teoria dualista:.....	15
2.3. Teoria pluralística:.....	16
3. DA AUTORIA	17
3.1. Conceito	17
3.2. Teorias concernentes à autoria.....	18
3.2.1. Teoria extensiva:.....	18
3.2.2. Teoria Restritiva:	19
3.3. Autoria Colateral	21
3.4. Autoria Incerta.....	22
4. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E IMPLICAÇÕES PRÁTICAS	24
4.1. Introdução	24
4.2. Conceito	25
4.2.1. Admissibilidade da teoria do domínio do fato em algumas espécies de crimes 29	
4.2.1.1. Crimes Multidinários.....	29
4.2.1.2. Crimes Culposos	30
4.2.1.3. Crimes omissivos	31
4.3. Teoria da imputação objetiva e teoria domínio do fato.....	34
4.4. A teoria do domínio do fato no código penal brasileiro	40
5. AUTORIA MEDIATA	41
5.1. Admissibilidade da autoria mediata nos crimes próprios e de mão própria 44	
6. AUTORIA INTELECTUAL	49
6.1. Um paralelo entre a autoria intelectual e o crime organizado	51
7. REQUISITOS DO CONCURSO DE AGENTES	55
7.1. Pluralidade de agentes e de condutas:.....	55
7.2. Relevância causal das condutas:.....	56
7.3. Identidade de infração para todos os participantes:.....	57
7.4. Liame subjetivo e normativo:.....	58

8. DA CO-AUTORIA	60
9. DA PARTICIPAÇÃO	63
9.1. Conceito	63
9.2. Formas de participação.....	64
9.3. Natureza Jurídica da Participação	66
9.4. Participação por conivência ou omissão e teoria do domínio do fato.....	69
9.5. Participação de participação e participação sucessiva	71
9.6. Participação e fatos determinados	71
9.7. Participação e o art. 15 do código penal	72
9.8. Conceito de partícipe sob o prisma da teoria do domínio do fato	74
CONCLUSÕES.....	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	79

INTRODUÇÃO

O homem, desde o início da civilização, sentiu a necessidade de viver em conjunto com os demais seres humanos, buscando contornar com maior facilidade os obstáculos do cotidiano. Nota-se um verdadeiro instinto associativo nos seres humanos que persiste até os dias atuais.

Impende dizer que algumas dessas associações se distorceram, os homens passaram a se associar não apenas para enfrentar as adversidades da vida cotidiana, mas, outrossim, para cometerem crimes, neste contexto, surge a figura do concurso de pessoas.

Reportando-se à lei, vê-se que os delitos elencados no Código Penal em sua grande maioria, não necessitam da cooperação de duas ou mais pessoas para se obter a consumação. Contudo, corriqueiramente o ilícito penal é perpetrado por indivíduos mancomunados, que em unidade de desígnio lesam um bem penalmente tutelado.

Nesta hipótese, serão aplicadas as normas concernentes ao concurso de agentes e o hermeneuta poderá facilmente vislumbrar a ligação desse tema com uma imensa gama de outros institutos do direito penal.

Assim, podemos destacar a proximidade com as normas que regem a aplicação da pena, a imputabilidade, o elemento subjetivo do tipo, as causas de exclusão da antijuridicidade, as dirimentes da culpabilidade, dentre outros institutos da ciência penal. Observa-se dessarte, a fecundidade do tema em comento, o que muitas vezes leva a doutrina e jurisprudência a infundáveis divergências.

Em verdade, o direito é uma ciência dinâmica, tendo este caráter justamente para acompanhar o desenvolvimento da sociedade e abarcar todas as situações que de certa forma, sejam reprovadas pela coletividade. Seguindo essa evolução, vem ganhando espaço no direito brasileiro a teoria do domínio do fato, criada em 1939 por Hans Wezel, jurista e filósofo alemão, sendo na verdade um complemento à teoria restritiva acolhida pelo Código Penal.

Essa teoria vem galgando maior destaque, retificando verdadeiras heresias que adviriam da mera interpretação literal da lei penal. Já que cabe ao operador

do direito, não apenas aplicar a norma penal ao caso concreto, mas sempre se pautar pela justiça, e, nem sempre o ordenamento jurídico de per si, traduz-se na justiça esperada.

Hodiernamente o crime e os delinqüentes também sofreram modificações, a figura do traficante de drogas de hoje, por exemplo, não é a mesma daquele de cinqüenta anos atrás, este comprava ou fabricava a substância entorpecente, comercializava, recebia o pagamento, aquele, na maioria das vezes, não possui contato físico com o ilícito, limita-se comandar os demais, existindo outras pessoas que praticam atos executórios.

Seguindo esse pensamento, Welzel, após criar a teoria finalista da ação relacionada à conduta, delineou a teoria do domínio do fato, inovando perante os penalistas da época, porque o enfoque destas teorias era eminentemente subjetivo, enquanto que as demais teorias se preocupavam com a conduta externada no mundo jurídico.

Com isso, Welzel explicou de forma plausível a punição dos autores mediatos e intelectuais, aclarando as situações nas quais o executor do delito age sobre o domínio de outrem, devendo este último por questão de justiça, ser apenado como sujeito ativo. Com o desenvolvimento da teoria em testilha, debate-se agora, a sua extensão, o seu cabimento nas várias espécies de crime, a possibilidade de concomitância com o elemento subjetivo culpa, e várias outras questões que serão enfrentadas no presente estudo, sem a pretensão de esgotar o assunto, mas buscando sempre as implicações práticas da adoção dessa teoria.

1. CRIMES DE CONCURSO NECESSÁRIO E EVENTUAL

Antes de adentrar propriamente no instituto do concurso de agentes, faz-se necessário distinguir aqueles delitos cujo tipo não exige a concorrência de dois ou mais agentes para a sua configuração, daqueles nos quais o tipo de forma expressa ou não, determina a atuação conjunta dos delinquentes.

Diz-se ser o crime de concurso necessário, também chamados de plurissubjetivo ou plurilateral, quando a norma penal reclama a pluralidade de agentes como elemento do tipo, sendo imprescindível para a consumação, sob pena de atipicidade, a ação de duas ou mais pessoas.

A título de exemplo, o art. 288 do Código Penal dispõe expressamente que para a formação de quadrilha ou bando é mister a associação de três ou mais pessoas, o mesmo se pode afirmar com relação ao crime de rixa, previsto no art. 137 do CP, que embora de forma implícita, necessita da participação de mais de dois agentes. A mesma classificação recebe o crime de adultério.

Nesta linha de raciocínio, quanto aos delitos trazidos a lume, salienta Fernando Capez:

Concurso necessário: refere-se aos crimes plurissubjetivos, os quais exigem o concurso de pelo menos duas pessoas. Aqui, a norma incriminadora, no seu preceito primário, reclama, como *conditio sine qua non* do tipo, a existência de mais de um autor, de maneira que a conduta não pode ser praticada por uma só pessoa. A co-autoria é obrigatória, podendo haver ou não a participação de terceiros. Assim, tal espécie de concurso de pessoas reclama sempre a co-autoria, mas a participação pode ou não ocorrer, sendo, portanto, eventual. Exemplo: a rixa só pode ser praticada em co-autoria por três ou mais agentes. Entretanto, além deles, pode ainda um terceiro concorrer para o crime, na qualidade de partícipe, criando intrigas, alimentando animosidades entre os rixentos ou fornecendo-lhes armas para a refrega (CAPEZ, 2003, p. 309).

Costuma-se ainda, subdividir os crimes plurissubjetivos em crimes de condutas paralelas, convergentes e contrapostas. Ocorrem os primeiros quando os agentes visando um fim comum, dirigem suas condutas a esse resultado, já os delitos de condutas convergentes, surgem diante de condutas que tendem a se encontrarem, como nas hipóteses de bigamia e adultério. Encerrando essa classificação doutrinária, as condutas ilícitas praticadas pelos agentes, uns contra

os outros, geram os crimes de condutas contrapostas, como se vislumbra no crime de rixa.

De seu turno, os delitos de concurso eventual ou monossubjetivos podem ser perpetuados por um ou mais agentes, dessarte, no crime de homicídio a consumação pode suceder da conduta de uma única pessoa ou de várias. O tipo penal não exige, nem sequer de forma implícita, a pluralidade de delinqüentes.

Enfim, o preceito primário da norma incriminadora é indiferente quanto à pluralidade de pessoas para a caracterização do delito.

Como corolário, pode-se afirmar que as normas atinentes ao concurso de pessoas só se aplicam aos crimes de concurso eventual, isto porque, nos crimes de concurso necessário a pluralidade de agentes é da essência do ilícito penal.

O art. 29 do CP, por sua natureza jurídica, é uma norma de extensão, e como tal, se espraia pelo ordenamento jurídico alcançando todos aqueles que de alguma forma concorreram para o delito. De outra banda, os crimes de concurso necessário são punidos em normas específicas, não precisando da concorrência do art. 29 do CP para a perfeita adequação típica. Pelo contrário, a majoração da pena nos crimes de concurso necessário em razão da aplicação do art. 29 do CP, resultaria em *bis in idem*.

2. TEORIAS DO CONCURSO DE AGENTES

A doutrina criou basicamente três teorias, a seguir expostas, para explicar se todos aqueles que contribuíram para com o ilícito penal, deveriam responder por crime único ou haveria além de uma pluralidade de agentes, também uma multiplicidade de crimes.

2.1. Teoria unitária

Também conhecida como monista, de sua própria denominação infere-se a realização de crime único diante da atividade criminosa levada a efeito por vários indivíduos. Inobstante a pluralidade de agentes ocupando o pólo ativo da norma penal, todos responderão por um único delito.

Sem dúvida, essa foi a teoria acolhida pelo código penal de 1940, a redação do art. 29 do CP é clara ao afirmar que todos aqueles que concorrem para o crime “*incide nas penas a este cominadas*”. Em outras palavras, a pena em abstrato será a mesma para todos, podendo oscilar a pena em concreto de acordo com a culpabilidade de cada um.

Forçoso reconhecer a inspiração do legislador de 1940 na teoria da equivalência dos antecedentes causais, por esta, considera-se causa toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Dessarte, quem deu causa ao resultado, seja de forma isolada ou em conjunto, responderá por crime único. Isto ocorre, porque o legislador equipara todas as condutas causais, e, por conseguinte, seria ilógico punir de forma diversa os vários agentes se a lei penal ficticiamente atribui tratamento isonômico aos vários comportamentos.

Portanto, para melhor compreender a teoria trazida à baila, é imprescindível a conjugação dos artigos 13 e 29 do código penal, vislumbrando as normas penais como um conjunto coordenado.

2.2. Teoria dualista:

Preleciona existir duas espécies de crimes, uma cometida pelos autores e outra pelos partícipes. Ora, essa teoria é impossível de ser aplicada, pois se todos contribuem para a reunião dos elementos de um mesmo fato típico, como puni-los de forma diferente?

Certamente o ordenamento jurídico não comporta essa teoria, pois se criando uma pena diferenciada para os partícipes, ainda que mais branda, ofenderia ao princípio da legalidade insculpido no art. 1º do CP. Para a adoção dessa teoria seria mister a expressa disposição legal em todos os crimes, distinguindo a figura do partícipe da do autor.

2.3. Teoria pluralística:

Segundo essa teoria, cada um dos colaboradores, seja partícipe ou autor, responderá por crime próprio, logo, tem-se pluralidade de agentes e de crimes, analisa-se a conduta de cada delinqüente de forma individualizada. Não se confunde com a teoria retro, pois o legislador é expresso ao dizer que embora as condutas dirijam-se a um mesmo fim, os agentes incidirão em tipos penais diversos. Não ofende ao princípio da legalidade porque há previsão legal.

Apesar do código penal ter adotado a teoria monista como regra, de forma expressa, estabeleceu exceções, acolhendo em algumas situações a teoria pluralística, como acontece nos arts. 124, *in fine*, e 126 do CP, que considera crime autônomo o fato da gestante consentir que outrem lhe provoque aborto e a conduta do terceiro que dá causa ao aborto mediante consentimento. Conquanto os agentes lesionem um mesmo bem jurídico e dirijam as suas condutas a um mesmo fato, incorrerão em tipos penais diversos.

O mesmo se dá com os crimes definidos nos arts. 333 e 317, 342 e 343, 235, *caput*, e parágrafo primeiro, todos do código penal.

3. DA AUTORIA

3.1. Conceito

Em linhas preliminares, remontando ao início da vida em sociedade de forma organizada, nota-se que no direito Romano não se estabelecia punição de forma diferenciada para autores e partícipes, a pena era a mesma para todos, importando apenas, a concorrência para o resultado.

Da análise do texto do art. 29 do Código Penal, chega-se à conclusão de que em princípio o legislador não distinguiu autores e partícipes, sujeitando todos a mesma pena cominada no delito.

Todavia, o artigo em destaque, sem estabelecer conceitos emprega a expressão “na medida de sua culpabilidade”, isto é, afere-se a reprovabilidade da conduta dentro do contexto fático, permitindo que autores e partícipes não sejam confundidos.

Podemos destarte, concluir pela maior reprovabilidade da conduta do autor frente ao partícipe. Aquele executa o verbo do tipo, amoldando o seu comportamento à figura típica, enquanto que o partícipe atua em crime alheio, sendo a adequação típica de sua conduta obtida por meio de subordinação indireta, ou seja, através de norma de extensão (art.29 do CP).

Entendemos ser acertada a decisão do legislador em não definir pormenorizadamente a figura do autor, visto que nas normas incriminadoras espalhadas pelo ordenamento jurídico, as elementares variam, assim, para se cometer o delito do art. 312 do CP (peculato) é exigida a qualidade de funcionário público, já no art. 123 do CP (infanticídio) somente a mãe que mata o próprio filho pode ser considerada autora, conquanto possa existir co-autoria ou participação. Daí o acerto em se acolher um conceito aberto.

Para melhor definir a figura do autor, leciona Beatriz Vargas Ramos:

Não basta que a conduta do autor seja típica. É preciso, para que se configure a autoria, que a conduta típica não esteja acobertada por nenhuma causa de exclusão da ilicitude, não se pode, ainda, desprezar o elemento subjetivo para a conceituação de autor, pois é este elemento, que agregado à conduta típica e antijurídica, lhe

confere relevância jurídico - penal: autor é aquele que, antijurídica e culpavelmente, direta ou indiretamente, realiza a ação expressa pelo verbo típico da figura delituosa (RAMOS, 1996, p.26).

O sujeito ativo do delito é o sujeito que pratica a ação típica – o que não quer significar seja o mesmo responsável penalmente. Um inimputável pode ser sujeito ativo, embora não possa ser autor. O autor do delito é a pessoa que, além de praticar a ação típica, o faz antijurídica e culpavelmente (MORULLO et al. 1970 *apud* RAMOS, 1996, p. 27).

3.2. Teorias concernentes à autoria

A doutrina mais festejada enumera duas principais teorias aplicáveis à autoria, a fim de delimitar o conceito de autor do delito e melhor distingui-lo do partícipe, vejamos:

3.2.1. Teoria extensiva:

Centraliza-se no resultado, ou seja, é autor todo aquele que com sua conduta contribui para a produção do resultado naturalístico descrito na norma penal. Dá ênfase à modificação do mundo exterior gerada pela ação ou omissão do autor.

A legislação penal anterior era expressa ao adotar o conceito extensivo de autor, apontando José Henrique Pierangeli a Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, no item 22:

O projeto aboliu a distinção entre autores e cúmplices; todos os que tomam parte no crime são autores. Já não haverá mais diferença entre participação principal e participação acessória, entre auxílio necessário e auxílio secundário, entre *societas criminis* e a *societas in crimine*. Quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele, no pressuposto de que também as outras forças concorrentes entraram no âmbito de sua concorrência e vontade (PIERANGELI, 199, p. 51).

Referida teoria fundamenta-se na *conditio sine qua non*, sendo considerado autor quem de qualquer forma participa do delito, seja por intermédio de singela instigação ou executando o verbo do tipo, devido a esse fato, a teoria extensiva é rechaçada pela maioria dos doutrinadores e desprezada pelo Código Penal.

Isto porque, torna-se demasiadamente abrangente, atingindo também aquele que colabora de forma pouco significativa ou até mesmo, de forma atípica.

A principal crítica feita é de que cria a concepção do autor único, punindo todos como autores, não haveria distinção entre autor e partícipe, posto que o induzimento e o auxílio material também são meios de se modificar o mundo exterior e em razão disso, quem incorre nestas condutas também seria considerado autor.

Para essa teoria todos são considerados autores. Mas, admite-se a diminuição da pena daquele que teve uma contribuição de somenos importância, criando, portanto, diversos níveis de autores, em outras palavras, reconhecia uma autoria mitigada, embrionária da figura do partícipe, a ser desenvolvida com a ulterior teoria restritiva.

3.2.2. Teoria Restritiva:

Para essa teoria, autor é quem realiza a conduta descrita na figura típica, melhor explicando, o que incorre no verbo do tipo, no crime de moeda falsa será autor quem falsificar, no de homicídio o que matar, e assim por diante.

Transportou-se o conceito de autor para a parte especial do Código penal, em consonância com a teoria da tipicidade, por conseguinte, de acordo com a norma incriminadora será definido o sujeito ativo. Contrariamente à teoria anterior, por sua natureza exacerbadamente extensiva, a teoria restritiva, buscou limitar o conceito de autor àqueles responsáveis pela execução do ilícito penal, não sendo suficiente a mera colaboração distante do cerne do tipo.

Essa teoria permitiu a perfeita distinção entre autor e partícipe, podendo este último concorrer para o delito somente por meio de instigação, induzimento ou auxílio material, excetuando-se de sua conduta o núcleo da norma penal.

Seguindo os ensinamentos de Luiz Regis Prado, podemos vislumbrar a cisão dessa teoria para melhor desenvolver sua aplicabilidade:

Teoria objetivo-formal: autor é aquele que realiza a ação típica, quer dizer, executa a ação determinada pelo núcleo do tipo (verbo reitor do tipo). Define-se o autor como sendo aquele cujo comportamento se encontra no círculo abarcante do tipo; sendo partícipe aquele que presta

ajuda casualmente para o fato. Conforme essa orientação, os autores e os co-autores tomam parte na execução do fato e os partícipes (que também tomam parte) colaboram na execução do delito. Então, caracteriza-se por definir autor como aquele que executa, parcial ou totalmente, a ação descrita no tipo legal de delito. Autor é aquele que realiza o tipo legal.

Teoria objetivo-material: considera a maior gravidade da autoria, ou seja, em virtude da relevância da contribuição do autor em relação ao partícipe. Por essa teoria o autor é a causa; o partícipe, a condição do evento típico. Para diferenciar entre autoria e participação lança mão de critérios diferentes relativos ao sujeito, não se conformando com a mera remissão típica. (PRADO, 2002, p. 396).

Observa-se que primeiramente a doutrina posicionou-se no sentido de que todos aqueles que dessem causa ao resultado naturalístico fossem considerados autores, empregando o conceito extensivo de autor, passando-se posteriormente a restringir o conceito de autor aos executores do tipo.

Nos socorremos da lição do mestre, Edgar Magalhães Noronha, para melhor delimitar o conceito de autor:

Equipara-se, em princípio, o art. 29 todos os que intervêm no delito, quem de qualquer modo concorre para ele, mitigando, contudo, seus efeitos, pois estabelece fórmulas pelas quais a punição de cada um está condicionada ao seu grau de culpabilidade.

Note-se, e tal observação é relevante e necessária: o Código Penal não diz que todos os concorrentes no crime sejam autores, mas sim que todos respondem pelo resultado, na medida de sua participação (NORONHA, 2003, p. 214).

Inobstante a explanação distinguindo autor e partícipe, a teoria restritiva não abrange situações como a do autor mediato que se vale de pessoa não culpável para cometer o delito, bem como a questão do autor intelectual, pois como será observado mais à frente, ambos não executam o crime.

Em síntese, na autoria propriamente dita, o sujeito executa materialmente o delito, possuindo o total domínio de sua conduta, determinando como, quando e onde será realizado o fato típico e antijurídico. Constitui a forma mais singela de ofensa à norma penal, mas existem outras maneiras mais complexas que merecem ser tratada com maior atenção, como se dá com a co-autoria, autoria mediata e autoria intelectual.

Adotamos a teoria restritiva, contudo, ressalte-se do seu necessário complemento pela teoria do domínio do fato, que será abordada posteriormente. Já que, a teoria restritiva tem como foco critérios objetivos e a teoria do domínio do fato visa analisar subjetivamente o autor do delito como veremos oportunamente, sem desprezar os aspectos de natureza objetiva (híbrida).

Por todo o exposto, ante a necessidade de conjugação dessas duas teorias para se chegar ao conceito de autor, diríamos *a priori*, que será considerado autor aquele que incorre na conduta descrita na norma penal ou domina finalisticamente a conduta praticada por outrem.

Desse modo, esse conceito de autor abarcaria todos os delitos, pois não menciona expressamente nenhuma ação ou omissão e, outrossim, alcançaria aqueles que estão à frente da operação delitiva, mantendo total controle sobre os demais agentes sem, contudo, executar parte da conduta punível.

3.3. Autoria Colateral

A autoria colateral e a incerta serão tratadas aqui por se tratarem de desdobramentos da autoria, não havendo de se falar ainda, em concurso de agentes, malgrado a pluralidade de indivíduos e unidade de crime de acordo com a teoria unitária.

Será afirmado mais à frente, que um dos requisitos para a formação do concurso de agentes será o liame subjetivo-normativo entre os agentes, caracterizado pela convergência de vontade dos infratores da norma penal. Não basta concorrer materialmente para o delito, é preciso ainda, um vínculo subjetivo entre os agentes, ou melhor, uma unidade de elemento subjetivo.

Em razão do pressuposto para o concurso de agentes acima apontado, chega-se à conclusão de que a autoria colateral não gera a co-delinquência. Com efeito, na autoria colateral os agentes pretendendo um determinado resultado e cada qual desconhecendo a conduta alheia, lesionam um bem penalmente protegido. Como a conduta de cada um não ingressou na esfera de conhecimento do outro, não haverá identidade de elemento subjetivo e, portanto, cada indivíduo responderá pelo resultado que produziu.

Para melhor aclarar, grande parte da doutrina cita o exemplo de dois indivíduos que pretendendo matar um terceiro, e sem terem conhecimento da conduta alheia, se colocam de atalaia, para posteriormente desfechar tiros contra a vítima. Nesta hipótese, se ficar provado que a morte ocorreu em razão dos disparos efetuados por um dos indivíduos, este responderá por homicídio consumado e o outro, por tentativa de homicídio se for o caso. Cada um responderá pelos danos que sua conduta ensejou ao bem jurídico, sem haver concurso de agentes.

Por evidente, como não há concurso de pessoas, resta inaplicável a teoria do domínio do fato, cada um é considerado autor do delito de forma isolada, tendo apenas o domínio de sua vontade, não exteriorizando o seu domínio perante o outro agente, até mesmo, porque a teoria citada possui caráter subjetivo e nesta espécie de autoria sequer está presente o vínculo psicológico entre os delinqüentes.

3.4. Autoria Incerta

Na autoria colateral é possível identificar o resultado produzido com a conduta de cada um dos agentes, o mesmo não se dá com a autoria incerta, já que nesta, além de inexistir o vínculo subjetivo entre os agentes, não é suscetível de comprovação as conseqüências advindas de cada comportamento. No exemplo dado anteriormente, não se identifica quem realmente ceifou a vida alheia.

É preciso o conceito de autoria incerta elaborado por Fernando de Almeida Pedroso, relatando que esta ocorre “*na hipótese de agindo concorrentemente os autores, não se lograr elucidar a cota típica que coube a cada um, de modo a que pudessem ser individualizadas as devidas responsabilidades*” (PEDROSO, 1997, p. 595).

Com maior razão, a mesma observação feita sobre a inaplicabilidade da teoria do domínio do fato na autoria colateral, deve ser seguida na autoria incerta. Ademais, aplica-se a esta espécie de autoria o princípio do *in dubio pro reo*, permitindo que o agente seja punido pela ação ou omissão que mais lhe favoreça

(no exemplo dado anteriormente, ambos responderiam por tentativa de homicídio), completamente ao contrário do preconizado pela teoria do domínio do fato, que se destina a agravar a situação do detentor do poder diretivo do crime.

4. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

4.1. Introdução

Antes de adentrar propriamente na teoria objeto do presente trabalho, é preciso remontar à teoria finalista da ação criada por Hans Welzel em 1939, responsável pela orientação do estudo da conduta no delito até os dias atuais.

Como se sabe, existem três teorias básicas responsáveis pela definição da conduta inserida no fato típico. Uma primeira teoria denominada naturalista, mecanicista ou causal da ação, apregoava ser a conduta um simples comportamento, uma mera distensão muscular. Em outras palavras, bastava um movimento corporal, consistente em uma ação positiva ou negativa. Vê-se que não se inquiria sobre a vontade do agente, a conduta é aferível mediante critérios objetivos, a vontade do agente é desprezada.

Nesta teoria não se compara a conduta projetada no mundo exterior à intenção do agente de produzir o resultado, por isso, não fornece elementos plausíveis para distinguir o crime culposos do doloso, vez que em ambos, o resultado obtido é o mesmo, a diferença reside no elemento subjetivo, ignorado pela teoria causal da ação. Da mesma forma, encontra dificuldades para explicar os delitos omissivos e os tentados, pois separa a vontade do agente da conduta, a finalidade de seu comportamento é de somenos importância.

O elemento subjetivo não fazia parte do tipo penal, mas da culpabilidade.

Em virtude das inúmeras críticas sofridas, a teoria naturalista perdeu espaço para a teoria social da ação, segundo a qual, a conduta continua a ser um simples movimento corpóreo, mas é necessária a repercussão social desse comportamento. A vontade do agente persiste dissociada de sua conduta, sendo analisada apenas na culpabilidade, em razão disso, sofre as mesmas críticas que a teoria causal da ação, não dirimindo as questões atinentes aos delitos culposos, omissivos e tentados.

Além disso, se a conduta é a causa de um resultado socialmente relevante, como quedariam os crimes de mera conduta, em que basta a realização de um comportamento para a consumação do delito, não havendo sequer previsão legal

de um resultado ulterior. Os crimes formais também prescindem da produção do resultado para a consumação.

Por receber as mesmas críticas que a teoria anterior, foi totalmente ilidida pela doutrina.

Eis que surge em 1939, a teoria finalista da ação, criada pelo jus-filósofo alemão, Hans Wezel, em sua obra Direito Penal Alemão, que hodiernamente norteia a conduta e originou a teoria do domínio do fato.

Essa teoria desloca o foco do resultado e passa a dar ênfase à conduta, aprofundando-se no elemento volitivo empregado pelo delinqüente para a consecução do fim ilícito. Como se depreende do próprio nome, é importante a finalidade do agente ao praticar determinada ação, por isso consegue perfeitamente diferenciar os crimes dolosos e culposos, não obstante os resultados sejam idênticos. O resultado produzido não pode ser estudado através de critérios meramente objetivos.

Retira-se o estudo do dolo e da culpa da culpabilidade, passando à qualidade de elementos subjetivos da conduta. Daí a estreita ligação entre a teoria finalista da ação e a teoria do domínio do fato, posto que ambas dão relevância ao elemento subjetivo do agente, dando menor importância a aspectos objetivos que circundam o delito, tais como a sua execução e a produção do resultado. Pode-se dizer, portanto, que a teoria do domínio do fato possui suas raízes na teoria finalista da ação.

4.2. Conceito

Quando da análise das teorias inerentes à autoria, foi possível vislumbrar que a doutrina elenca basicamente duas teorias, a extensiva e a restritiva, com suas subdivisões. Sendo majoritariamente refutada a teoria extensiva, por preconizar tratamento isonômico entre partícipes e autores, privilegiando-se dessa forma, a teoria restritiva.

Utilizam-se em ambas teorias critérios objetivos para distinguir autores e partícipes, concluindo a teoria restritiva, ser autor o executor da conduta típica e

partícipe quem de qualquer forma contribui para o delito, menos incorrendo no verbo do tipo penal.

É imperioso salientar que a aplicação da teoria restritiva não resolve de forma satisfatória todos os casos em que há ofensa a um bem penalmente protegido, pois existirão hipóteses em que o agente não pratica a conduta típica e para não ofender ao senso comum de justiça, além de garantir-se a harmonia do ordenamento jurídico, deverá ser considerado sujeito ativo do crime.

Surge nesse contexto, a necessidade de uma teoria objetiva-subjetiva, que mescle a execução do tipo penal e o domínio da vontade de uma pessoa sobre outra. A título de exemplo, o chefe de uma quadrilha de roubo a bancos poderá limitar-se a organizar o bando, não realizando qualquer ato de violência ou grave ameaça para subtrair a coisa alheia. Mostra-se a teoria restritiva, adotada pelo código penal de 1940, insuficiente para abarcar situações como essa, devendo ser completada pela teoria do domínio do fato, privilegiando-se o dinamismo da ciência jurídica.

Para a teoria do domínio do fato é autor quem controla o ato ilícito a ser praticado, dominando a vontade dos demais agentes, a fim de lesionar um bem juridicamente tutelado, não sendo necessário que pratique atos de execução. Aquele que detém o domínio do fato caracteriza-se pela determinação do *modus operandi*, local, tempo, escolha da vítima e planejamento do delito, é o chamado “homem inteligente”.

Autor do crime, não é apenas o que mata, constrange, falsifica, emprega violência ou grave ameaça mas, outrossim, quem dirige a atividade criminosa, tendo o controle final da conduta dos demais comparsas. Por isso, o acerto da afirmativa de que a teoria do domínio do fato constitui um complemento à teoria restritiva, pois sendo esta de natureza puramente objetiva, carece de uma outra teoria responsável pela punição do agente segundo aspectos subjetivos.

Sobre a teoria em enfoque, leciona o mestre Damásio E. de Jesus:

...autor é quem tem o controle final do fato, domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstâncias (“se”, “quando”, “onde”, “como”, etc.). É uma teoria que se assenta em princípios relacionados à conduta e não ao resultado (JESUS, 1999, p.405).

Conforme outrora mencionado, a teoria do domínio do fato possui sua gênese na teoria finalista da ação aplicável à conduta, implicando dessa maneira, na análise entre a finalidade do agente e o crime perpetrado.

Feitas essas considerações, chega-se a um conceito de autor do delito sob a ótica da teoria do domínio do fato, assim, considera-se sujeito ativo do delito todo aquele que executar a conduta típica ou possui o domínio do fato. Há uma verdadeira ampliação do conceito de autor, permitindo-se alcançar inúmeras situações, nas quais a conduta do detentor do domínio da vontade dos demais representa um maior gravame à coletividade.

Trata-se, bem se vê, de um conceito aberto, em virtude da dificuldade da doutrina descrever de forma exaustiva, todas as ocasiões de aplicação da teoria do domínio do fato. O autor poderá usufruir seu intelecto das mais variadas formas, devendo o juiz no caso *sub judice*, valorar sobre contribuição do indivíduo para o delito, classificando-o como partícipe ou autor. Desta feita, não se pode afirmar a princípio, que o indivíduo responsável pelo transporte dos marginais que irão assaltar um banco será considerado partícipe, deve-se levar em conta a sua influência sobre os demais, se foi ele quem arquitetou o crime, reuniu os delinqüentes, estabeleceu o plano de fuga, seria ilógico dizer que apenas colaborou em crime alheio, sendo mero partícipe.

Sobre o conceito aberto utilizado para definir o autor detentor do domínio do fato, ensina com propriedade Nilo Batista:

Renunciando a uma categoria central imutável e inerte de autor, o critério final-objetivo não se submete a qualquer nominalismo, e sim capitula diante das multifárias possibilidades de estruturação do decurso do fato, que pertencem à natureza das coisas. Isso lhe permitirá, dentro do sistema, uma possibilidade de deslocamento lógico e inexcédível, para atender aos diversos problemas propostos. Sob uma perspectiva generalizante, a distinção autoria-participação se aproximará de seu ponto de repouso: os tipos da parte especial. Na apreciação individualizada de cada caso, corresponderá ao juiz verificar quem possuía o domínio do fato (nas suas diferentes formas de exprimir-se) e quem o não possuía, discernindo autores e partícipes (BATISTA, 1979, p. 55).

Sob outro ponto de vista, apresenta-se a teoria do domínio do fato como um elemento de convicção a mais para se relevado pelo magistrado competente

para dirimir a lide penal, já que diante do crime praticado é muitas vezes difícil demonstrar que o possuidor do domínio incorreu em atos de execução, pois não raramente este se limita a controlar a vontade dos demais. É o que ocorre com os grandes traficantes de drogas, raramente irão estabelecer relação direta com o usuário ou ter em depósito o entorpecente, em razão disso, torna-se mais fácil puni-lo por meio de prova testemunhal que o aponte como chefe da organização, ou através de hierarquia existente entre os criminosos, ou pelo invólucro utilizado para a venda do entorpecente, e assim por diante. Enfim, busca-se provas da liderança de um dos criminosos perante os demais membros do grupo.

Apesar de criada em 1939, época em que o crime organizado praticamente inexistia no Brasil, a teoria do domínio do fato atende plenamente as necessidades advindas do desenvolvimento da sociedade atual, expandindo o alcance da norma penal para punir os delinquentes que quanto mais distantes do delito, mais próximos estarão do seu poder de decisão.

Importante frisar, que a teoria em comento não se confunde com o dolo, apesar de ambos pautarem-se pela finalidade no momento do crime. O dolo é o elemento subjetivo do tipo, genérico, representando a vontade do agente em praticar um comportamento lesivo a um bem tutelado. Enquanto que o domínio do fato recai sobre uma terceira pessoa, que por sua vez realiza o conteúdo da norma, de observar, entretanto, que na hipótese do indivíduo sozinho praticar o delito, terá evidentemente o domínio de sua própria vontade e como corolário, o dolo e o domínio do fato irão centralizar-se numa mesma pessoa.

Eugênio Raúl Zaffaroni, com perspicácia, sintetiza a presente teoria, ensinando que *“na teoria do domínio do fato não basta que o tipo seja objetivamente preenchido, mas se deve preenchê-lo também subjetivamente”* (ZAFFARONI, 1997, p. 671).

Segundo Maria da Conceição Valdágua (2001) *apud* Claux Roxin, a teoria do domínio do fato pode se manifestar de três formas, por meio do domínio da ação, quando o autor imediato executa o crime por suas próprias mãos, através do domínio da vontade como sucede com o autor mediato (homem de trás) e por fim, no âmbito de um aparelho organizado de poder, uma das características que a autoria intelectual pode assumir.

4.2.1. Admissibilidade da teoria do domínio do fato em algumas espécies de crimes

4.2.1.1. Crimes Multidinários

Diz-se ser o crime multidinário quando cometido por um aglomerado humano. Várias pessoas diante de um determinado fato reúnem-se para delinquir, como o próprio nome já denota, é o crime levado a cabo por uma multidão.

Como exemplos mais comuns desses delitos, vislumbra-se o linchamento nos crimes de trânsito por pessoas afetas à vítima ou o tombamento de um caminhão e posterior subtração da mercadoria transportada por transeuntes. A doutrina não é unânime quanto à extensão do concurso de agentes à multidão delinqüente.

Para parte da doutrina, deve ser considerada a conduta isolada de cada integrante da multidão, cada indivíduo responderá pelo seu comportamento e não pelo resultado final produzido. Como argumento alega-se a posição do legislador em reconhecer a redução do senso crítico das pessoas integrantes da multidão, estas são influenciadas a delinquir devido ao comportamento alheio, de modo que se estivessem sós, jamais incorreriam em tal atitude. Transportando essa intenção para o código penal, dispõe o art. 65, inciso III, alínea “e”, ser uma atenuante genérica o fato do agente ter cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Logo, nos crimes multidinários não há um dos requisitos do concurso de pessoas, qual seja, o liame subjetivo entre os agentes, a vontade de delinquir surge diante de um fato ocasional. Do contrário, o indivíduo que se apropriou de uma parte ínfima da mercadoria no exemplo acima, se houvesse aplicação do art. 29 do CP, não poderia ser beneficiado pelo princípio da insignificância, pois estaria respondendo pelo resultado final (toda a mercadoria).

Já para outros, conforme a lição de Cezar Roberto Bitencourt, o crime multidinário não afasta o concurso de agentes:

Essa forma *sui generis* de concurso de pessoas pode assumir proporções consideravelmente graves, pela facilidade de manipulação de massa que, em momentos de grandes excitações, anulam ou

reduzem consideravelmente a capacidade de orientar-se segundo padrões éticos, morais e sociais. A prática coletiva de delito, nessas circunstâncias, apesar de ocorrer em situação normalmente traumática, não afasta a existência de vínculos psicológicos entre os integrantes da multidão, caracterizadores do concurso de pessoas (BITENCOURT, 2000, p. 447).

Em que pese as duas opiniões expostas, uma ressalva merece ser feita a essa segunda corrente, para aqueles que defendem existir liame subjetivo entre os agentes devem também, inclinarem-se pela inaplicabilidade da teoria do domínio do fato nos crimes multidinários. Com efeito, esses delitos exsurgem de uma repentina animosidade da população diante de um fato. Ora, seria difícil imaginar um controlador da vontade dos demais, se todos agem por si sós, não há alguém que domina a vontade dos demais, cada um se sente influenciado pelo comportamento objetivo alheio. O fato e suas circunstâncias fazem nascer a vontade de delinqüir, diferentemente do domínio do fato que na maioria das vezes depende de um processo gradativo, que incuta nas pessoas o dever de obediência a um líder.

4.2.1.2. Crimes Culposos

Os delitos culposos caracterizam-se pela inobservância do cuidado objetivo necessário na prática de um determinado comportamento, ocasionando a produção de um resultado jurídico involuntário. Embora o homem de mediana compreensão pudesse prever o resultado, há imprevisibilidade subjetiva devido à negligência, imprudência ou imperícia, tendo como conseqüência a ofensa a um bem penalmente protegido. Daí para alguns, ser a culpa a *imprevisão do previsível*.

Cumprе mencionar que a teoria do domínio do fato não se aplica aos crimes culposos, justamente porque estes exigem a produção de um resultado involuntário, o agente não pretendia dar causa ao resultado, mas em razão da inobservância de um cuidado necessário incorre em conduta ilícita. Em contrapartida, o detentor do domínio do fato desde o início pretende ofender certo bem jurídico, lançando mão do controle da vontade de outrem para tanto.

Conquanto não realize o verbo do tipo, como o agente que age com culpa, domina finalisticamente a produção do resultado.

Valer recordar a assertiva feita anteriormente, de que a teoria do domínio do fato constitui um complemento à teoria restritiva, assim, como a teoria objeto do presente trabalho não se estende aos crimes culposos, cabe à teoria restritiva determinar se realmente a conduta culposa foi penalmente relevante. Ter-se-á com isso, a garantia de aplicação conjunta das teorias, sem a supressão de uma pela outra.

Em síntese, restringe-se a teoria do domínio do fato aos crimes dolosos, sejam eles materiais, formais ou de mera conduta, não havendo distinção entre autores e partícipes nos crimes culposos, todos aqueles que derem causa ao resultado são considerados autores, afastando-se destarte, a possibilidade de dominar a vontade de um terceiro para fins ilícitos, pois neste caso, estar-se-ia adentrando na seara dos delitos dolosos. Aquele que não quer o resultado não pode ter o domínio final sobre algo que não almeja.

4.2.1.3. Crimes omissivos

Diferentemente dos crimes comissivos, cuja consumação resulta da exteriorização de um comportamento, os omissivos caracterizam-se por um não fazer, pela abstenção de uma ação. A doutrina costuma dividi-los em crimes omissivos próprios e impróprios, também chamados de comissivos por omissão.

Dão-se os crimes omissivos próprios ante a mera abstenção de um comportamento exigido em lei, independentemente do resultado ocorrer ou não. A mera omissão permite a perfeita adequação típica ao direito material, são exemplos os crimes de omissão de socorro (art. 135 do CP) e a omissão de comunicar doença de notificação compulsória (art. 269 do CP). Em contrapartida, são omissivos impróprios os delitos que embora possam ser consumados por uma conduta positiva, chega-se ao mesmo resultado através de omissão, dessarte, mediante omissão o agente necessariamente deve dar causa a um resultado posterior, diferentemente dos omissivos próprios, que por serem de mera conduta, não estão atrelados a um resultado final.

De qualquer sorte, em ambas as espécies de crimes omissivos não se aplica à teoria do domínio do fato, isto porque, é autor quem se abstém de um comportamento ao qual estava adstrito. Da omissão não pode surgir o domínio da vontade alheia, a conduta omissiva se amolda ao verbo do tipo, há execução do verbo da norma penal, sendo aplicável a teoria restritiva.

A título de exemplo, se em um acidente automobilístico o indivíduo deixa de prestar socorro às vítimas quando possível fazê-lo sem risco a sua integridade física, seria inviável dizer que dominou finalisticamente a conduta dos demais omitentes, deverá no presente caso, ser considerado autor do delito de omissão de socorro.

Nesta esteira, discorre Damásio E. de Jesus:

Na omissão, autor direto ou material é quem, tendo o dever de atuar para evitar um resultado jurídico, deixa de realizar a exigida conduta impeditiva, não havendo necessidade de a imputação socorrer-se da teoria do domínio do fato. O omitente é autor não em razão de possuir o domínio do fato, mas sim porque descumpe o mandamento de atuar para evitar a afetação do objeto jurídico. Se não age, não pode dirigir o curso da conduta. Assim, nos delitos omissivos próprios, autor é quem, de acordo com a norma de conduta, tem a obrigação de agir; nos impróprios, é o garante, a quem incumbe evitar o resultado jurídico, ainda que, nos dois casos falte-lhe o domínio do fato (JESUS, 2001).

De fato, o possuidor do domínio do fato dirige a ação ilícita de outrem, determinando a forma pela qual o delito irá se revestir, influenciando decisivamente na ofensa a um direito tutelado, enquanto que o omitente não interfere positivamente no desenrolar dos acontecimentos. A teoria do domínio do fato implica sempre em um fazer, em uma conduta positiva no mundo exterior e nunca, em um mero acompanhamento dos fatos.

Porém, a teoria do domínio do fato não acarreta a impossibilidade do concurso de pessoas nos crimes omissivos próprios com base na teoria restritiva, afasta-se tão somente a co-autoria, já que nos crimes omissivos é impossível cindir a conduta omissiva entre os agentes, não há como distribuir entre os envolvidos os atos executórios, isto é, ou o delinqüente se omite e em havendo o dever de agir será autor do delito ou não incorrerá em conduta típica, jamais poderá coexistir, por exemplo, a co-autoria no crime de omissão de socorro (art. 135 do CP).

Nesse sentido, a lição de Beatriz Vargas Ramos:

Vejamos: nos crimes omissivos, a co-autoria não encontra sustentação na idéia de ser o crime “obra conjunta de duas ou mais pessoas”, a não ser no plano exclusivamente subjetivo – como vontade comum. Falta, no plano material, um “ponto comum de referência” do qual se possa extrair a idéia de “união de esforços”. A omissão não é fracionável, cada qual se omite integralmente. Não é possível constatar, no plano objetivo, a “obra comum”, diante da ausência de ação ou da ausência da ação devida.

Se o médico “A” e o médico “B”, de comum acordo, deixam de comunicar doença de notificação compulsória, não se pode dizer que o crime de omissão de notificação de doença foi praticado em co-autoria, pela união de esforços de “A” e “B”. Inadequada torna-se, nesta situação, a idéia de uma mesma empresa, uma divisão de trabalho (VARGAS, 1996, p. 153).

Ora, os crimes omissivos próprios são de mera conduta, a própria inatividade gera a adequação típica, se ambas as pessoas estão compelidas a um comportamento positivo serão consideradas sujeitos ativos isoladamente.

Afastada a co-autoria, resta agora a análise da participação nos crimes omissivos. Conforme será visto adiante, a conduta do partícipe é acessória a um comportamento principal, assim, se o agente também tem o dever de impedir a produção do resultado e instiga outrem a também se omitir, não haverá concurso de agentes, mas sim, crimes autônomos de ambos. Entretanto, existindo o dever jurídico de agir por parte de apenas um dos omitentes, poderá nesta situação, haver o concurso de agentes por meio da participação em um comportamento principal.

Desta feita, aproveitando-se o exemplo anteriormente utilizado por Beatriz Vargas Ramos, se apenas a um dos indivíduos incumbe a obrigação de comunicar doença de notificação compulsória e este deixa de fazê-lo, sendo induzido por um terceiro, neste caso, poderá haver participação em crime omissivo, aplicando-se a teoria restritiva. Em suma, o *extraneus* pode participar do crime perpetrado pelo *intraneus*, não se aplicando, contudo, a teoria do domínio do fato.

4.3. Teoria da imputação objetiva e teoria domínio do fato

Existe estreita relação entre essas duas teorias, mas antes de demonstrar esse liame é preciso tecer algumas considerações sobre o que vem a ser a teoria da imputação objetiva. Na verdade, não se trata de uma teoria inovadora, sendo largamente difundida no direito alienígena, principalmente na Alemanha. No Brasil, a imputação objetiva, tal como a teoria do domínio do fato, somente há poucos anos ganharam maior destaque na doutrina penalista.

Mas, para melhor compreensão da doutrina da imputação objetiva é imperioso rever alguns dogmas da doutrina clássica, em especial, o nexos de causalidade objetivo. Destarte, sob o aspecto formal, majoritariamente acolhido pela doutrina e jurisprudência, o crime é um fato típico e antijurídico. O fato típico é composto da conduta, nexos causal, resultado e tipicidade, somente presentes esses requisitos passa-se à análise da ilicitude do comportamento, isto é, da antijuridicidade.

Em nada acrescenta a teoria da imputação objetiva aos conceitos de conduta, resultado, tipicidade e antijuridicidade, sua influência reside na análise do nexos causal. Para a doutrina clássica, o nexos causal consiste em aferir se existe correlação entre a conduta praticada e o resultado produzido, baseando-se em critérios meramente objetivos (leis da natureza). Desse modo, por força do preconizado pelo art. 13 do CP, somente poderá ser considerado causa da modificação no mundo exterior a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Aplica-se a tradicional teoria da *conditio sine qua non* ou da equivalência dos antecedentes causais, mas como saber se o resultado pode ser imputado a uma pessoa? É simples, emprega-se o procedimento hipotético de eliminação criado por Thyrén, basta excluir mentalmente o comportamento do indivíduo da cadeia causal, se mesmo assim o resultado teria sido levado a efeito, sua ação ou omissão não pode ser considerado causa do resultado, logo, ausente um dos requisitos do fato típico há atipicidade. Vale ressaltar mais uma vez, essa teoria parte de critérios objetivos.

Uma primeira crítica feita a essa teoria consistia na possibilidade de haver regresso *ad infinitum*, retroceder-se-ia ilimitadamente na cadeia dos

acontecimentos, e como corolário, o comerciante que legalmente vendeu uma arma poderia anos depois ser responsabilizado por crime de homicídio efetuado com o emprego desta, pois segundo a teoria clássica, excluindo-se a sua conduta o resultado não teria sido produzido. O ato de vender a arma seria causa do resultado.

Entretanto, para os finalistas essa crítica era infundada, já que o dolo e a culpa representam elementos subjetivos do tipo, *in casu*, o comerciante não incorreria em fato típico, pois não concorreu subjetivamente para o delito. Dessa forma, a teoria finalista da ação, em princípio, dirimia todas as questões não explicadas pelo nexos causal objetivo, postergando a discussão sobre a imputação objetiva.

Mas nenhuma das teorias conhecidas, inclusive a finalista da ação, forneceu fundamentação jurídica plausível para algumas situações hipoteticamente criadas pela doutrina. Segundo Damásio E. de Jesus (2000), os finalistas não explicam o célebre exemplo do bosque de Zahringem, em Freiburg i. Br., Alemanha, segundo o qual, numa pequena fortaleza construída na parte mais alta de um bosque, existia uma placa que descrevia a morte de uma pessoa devido as constantes tormentas e raios que caíam no local por influência da composição do solo. Sabedor dessas circunstâncias, o filho pretendendo a morte do pai para receber a sua herança, o induz a passear no bosque em uma tempestade, vindo o pai a falecer em decorrência de um raio.

Adotando-se os ensinamentos da teoria clássica, houve a conduta dolosa do filho, o nexos entre essa conduta e o resultado, a tipicidade (art. 121 do CP) e a ilicitude, assim, o filho responderia por homicídio doloso. Excluindo-se o seu induzimento o pai não iria passear no bosque e não morreria, portanto o seu comportamento é causal, ademais, agiu com *animus necandi*, o que impede a exclusão da imputação pela teoria finalista da ação. Essa solução não nos parece a mais correta, surgindo a necessidade de se socorrer da teoria da imputação objetiva aliada à teoria do domínio do fato para o perfeito deslinde da questão.

Ora, para se imputar um delito a uma pessoa não se pode partir de critérios meramente objetivos como a teoria da equivalência dos antecedentes causais apregoa, isto porque, o direito não é uma ciência exata, as leis da natureza deixam a desejar em algumas situações. Por isso, a doutrina moderna passa a

filiar-se à teoria da imputação objetiva, de caráter normativo, exigindo diante do caso concreto, um juízo de valoração por parte do hermenauta. Essa, a natureza jurídica da teoria em comento, trata-se de um elemento normativo implícito no tipo penal.

Mas, afinal, em que consiste esse elemento normativo do tipo?

Obrigatoriamente esse juízo de valoração deverá incidir sobre os riscos existente na vida em sociedade. Em verdade, como bem salientou Damásio E. de Jesus (2000), com o avanço da tecnologia o homem passou a convier com uma maior gama de riscos em seu cotidiano, a fabricação de um automóvel, por exemplo, representa perigo tolerável à sociedade, o fato de alguém dirigi-lo em proximidade a transeuntes gera o risco de lesão a um bem juridicamente tutelado.

Esses riscos da sociedade hodierna foram cindidos em riscos permitidos e riscos proibidos. Estes últimos caracterizam-se por um comportamento em desconformidade com as normas que regem a sociedade (em sentido amplo), rompendo com um dever de cuidado nas relações com as demais pessoas. Trata-se de um risco repreendido pelo ordenamento, assim, procede aquele que emprega excessiva velocidade em seu automóvel. Se vier a dar causa a um resultado naturalístico será penalmente responsabilizado.

Nisso reside uma das facetas do juízo de valoração que o julgador deverá se valer para dirimir a lide penal. Pode-se, portanto, afirmar que existirá imputação objetiva de um fato quando um comportamento criar um risco proibido a um bem protegido e ocasionar a afetação deste.

Para melhor delimitar o conceito de risco proibido, a lição do mestre espanhol, Miguel Polaino Navarrete:

El riesgo no permitido presupone la realización de una acción cuyas cotas de riesgo sobrepesan el generalmente aceptado. Así, v. gr., conducir es una actividad – de riesgo – permitida, pero no lo es conducir a 150 km/h por una vía urbana en plena mañana; disparar es una actividad permitida en un club de tiro en unas galerías de disparo o en un espacio adecuado, pero no lo es hacer prácticas junto al patio de un colegio; conducir motocicletas es una actividad deportiva y conducta lúdica adecuada, pero no lo es efectuando apuestas de velocidad por vías urbanas o por autopistas en vías de sentido contrario de circulación, etc (NAVARRETE, 2000, p. 384).

Assim também entende Luciana do Carmo Nogueira *apud* Claux Roxin:

Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor há creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se há realizado en el resultado concreto, la imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se haya realizado precisamente el riesgo no permitido creado por el autor (NOGUEIRA, 2002, p. 3).

Conforme o explanado, apenas diante da criação de um risco que ofende as normas de convívio em sociedade, que a doutrina chama de risco proibido, e ulterior lesão a um bem jurídico, o delito será considerado obra de uma determinada pessoa, eis aí, o elemento normativo implícito no tipo penal.

Malgrado a existência do risco proibido, existem riscos toleráveis pela sociedade, são os chamados riscos permitidos, imprescindíveis na relação com as demais pessoas. Destarte, aproveitando-se o exemplo retro de dirigir um automóvel, ninguém ousaria discordar que mesmo dirigindo de acordo com o código de trânsito brasileiro existem riscos nesta atividade. Entretanto, trata-se de um risco que a sociedade tolera, reconhecendo a sua licitude, mas, mesmo nessa hipótese, poderá advir um resultado naturalístico, o condutor de um veículo está sujeito a atropelar e matar alguém.

Pela teoria clássica quem mediante imprudência deu causa ao resultado deverá ser punido por homicídio culposo, mas pela teoria da imputação objetiva como se trata de um risco permitido e necessário na vida em coletividade, está ausente um elemento normativo do tipo penal sendo o fato atípico. Pois, para se imputar um fato criminoso a alguém se faz mister a criação de um risco proibido e a afetação de um bem jurídico.

No tocante aos riscos permitidos, a importante visão de Fernando Galvão:

Ora, se um complexo de atividades socialmente adequadas oferece riscos ao bem jurídico, somente se poderá reconhecer legítima a responsabilidade penal pela lesão produzida se esta lesão decorrer de situação de risco não tolerada socialmente. Com felicidade, Roxin observa que, mesmo que o autor tenha criado um risco juridicamente relevante, a imputação se exclui tratando-se de risco permitido.

Sem dúvida, o comportamento que se mantém nos limites da tolerância social não pode caracterizar injusto (GALVÃO, 2002, p. 71).

Diante da breve explanação feita sobre a teoria da imputação objetiva, voltando-se ao exemplo do filho que induz o pai a passear no bosque, vindo este a falecer em razão de um raio, é possível combater a solução encontrada pela doutrina clássica e estabelecer um paralelo com a teoria do domínio do fato.

Vislumbra-se que no caso, a conduta do filho constitui um risco permitido, induzir alguém a passear em um bosque não contraria o conjunto de normas que disciplina a vida em sociedade. A relação entre a conduta de induzir e o resultado morte não pode ser vista através de critérios puramente objetivos, excluindo-se mentalmente o induzimento, por meio de um juízo de valoração demonstrar-se-á um risco tolerado pela sociedade criado pelo filho, logo, o resultado não lhe pode ser imputado, pois como já visto, a imputação objetiva depende de um risco proibido.

Demais disso, sob a ótica da teoria restritiva e do domínio do fato, autor do delito é quem o executa materialmente ou possui o domínio do fato, no presente, o autor nem executou o verbo do tipo nem tinha o domínio do fato, o resultado morte adveio de circunstâncias naturais, alheias ao poder de decisão do filho, e, por conseguinte, não poderá ser considerado sujeito ativo.

Também aquele que conduz seu veículo de acordo com as normas de trânsito vindo a atropelar e matar alguém, como já dito, não poderá ser considerado autor, primeiro porque pela teoria da imputação objetiva agiu calcado em risco permitido, em segundo lugar, porque a teoria do domínio do fato não tem aplicação nos crimes culposos. E assim por diante, vários exemplos poderiam ser formulados para demonstrar a ação conjunta dessas duas teorias.

Mas, o liame entre as teorias em destaque não se restringe à configuração da autoria, já que ambas influem decisivamente no estudo do partícipe. Com efeito, diante do declínio da teoria do nexos causal provocado em grande parte pela teoria da imputação objetivo, passou-se a defender a desnecessidade de conduta causal por parte do partícipe.

Somente para o autor continuaria a vigorar a exigência do nexos de causalidade objetiva com as implicações da teoria da imputação objetiva. Para melhor ilustrar, Damásio E. de Jesus (1999), cita o exemplo do vigia que fica do lado de fora da instituição financeira, enquanto os demais comparsas rendem os

funcionários e roubam o banco. Aplicando-se a teoria clássica, o partícipe somente seria punido se causal o seu comportamento, verificando-se diante do caso concreto, se excluída mentalmente a sua contribuição, o resultado teria ou não ocorrido.

Se no exemplo dado, o vigia (partícipe) apenas facilitou a fuga ou transmitiu uma maior segurança aos demais delinquentes, evidentemente sua atitude não foi causal, e como corolário, não poderá ser considerado partícipe. Essa solução não nos parece a mais correta, o nexo causal não deve ser aplicado à conduta do partícipe, justamente por atuar em um crime alheio, de forma acessória, sobre o comportamento principal é que deve estar presente o nexo causal, com as ressalvas da teoria da imputação objetiva.

Nessa esteira, Damásio E. de Jesus *apud* Novoa Monreal:

...é possível prestar ajuda à realização de um delito mediante uma conduta que não seja indispensável para o fato típico. Pode perfeitamente acontecer que alguém somente favoreça uma atuação do autor: por exemplo, acelerando a produção do resultado punível, que, sem essa ajuda, de todo modo, teria chegado a ocorrer, ou então facilitando uma atuação do autor, que, sem essa ajuda, sempre se teria produzido. Com isso está cooperando na atuação do delinquentes principal, porém mediante atos secundários, que não são decisivos para a produção do delito, mas que simplesmente tornam mais rápido e fácil o resultado típico. Temos que entender, em consequência, que a relação causal não é requisito indispensável para a atuação do auxiliar ou cúmplice (JESUS, 1999, p. 21).

Ora, a adequação típica da conduta do partícipe deve se pautar pelo art. 29 do CP, que em razão de sua natureza jurídica, norma de extensão, permite de forma mediata enquadrar o comportamento do partícipe no tipo penal. No dizer de Damásio, “*a conduta do partícipe está ligada à tipicidade e à conduta e não ao nexo de causalidade*” (1999, p. 23).

Reforçando esse entendimento, o art. 29, § 1º, dispõe, *se a participação for de somenos importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço*, desse modo, como conciliar ao mesmo tempo uma participação causal e de somenos importância? Certamente, a melhor resposta seria desconsiderar o nexo causal em relação à participação, tanto no estudo da teoria da imputação objetiva, como no da teoria do domínio do fato.

Para finalizar, em síntese apertada, o mestre Damásio E. de Jesus estabelece os pontos comuns das duas teorias:

Há estreitas ligações entre a imputação objetiva e a teoria do domínio do fato no concurso de pessoas, como pode ser verificado no desprezo da relação de causalidade, na proibição do *regressus ad infinitum* e na existência de que o resultado jurídico encontre-se no âmbito de proteção da norma incriminadora (JESUS, 2000, p. 131).

4.4. A teoria do domínio do fato no código penal brasileiro

Para alguns o código penal adotou de forma expressa a teoria do domínio do fato, seguindo a teoria finalista norteadora da conduta, para Damásio E. de Jesus, a presente teoria encontra-se prevista no art. 62, inciso I, do CP, que agrava a pena daquele que *“promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes”*.

De outra banda, Alberto Silva Franco defende a adoção implícita da teoria do domínio do fato pelo legislador de 1984, dispondo da seguinte forma:

...na medida em que introduziu o dolo na ação típica final, como se pode depreender da conceituação de erro sobre o tipo, na medida em que aceitou o erro de proibição e finalmente, na medida em que abandonou o rigorismo da teoria monística em relação ao concurso de pessoas, reconhecendo que o agente responde pelo concurso na medida de sua culpabilidade, deixou entrever sua acolhida às mais relevantes teses finalistas, o que leva à conclusão de que abraçou também a teoria do domínio do fato (FRANCO, 2001, p. 483).

De qualquer sorte, o Código Penal adotou a teoria do domínio do fato em complemento à teoria restritiva, ampliando o conceito de autor, ainda que de forma implícita.

5. AUTORIA MEDIATA

Nesta modalidade de autoria o agente (sujeito de trás) se vale de outrem para praticar o fato. A sua vontade exterioriza-se em um terceiro, considerado um mero “instrumento” na atividade criminosa. A própria nomenclatura dessa espécie de autoria é autoexplicativa, o delinqüente, de forma mediata, indireta, comete o crime.

É perfeitamente aplicável à autoria mediata a teoria do domínio do fato, já que o autor mediato decide sobre a continuação ou interrupção do crime, bem como, quando, onde e o modo de execução a ser empregado, sem praticar nenhum ato executório.

O elemento subjetivo exigido para a prática do delito não se faz presente no “instrumento”, mas sim, no autor mediato, que tendo o domínio do fato manifesta sua vontade na pessoa do executor.

Diz-se que se aplica a teoria do domínio do fato, porque a teoria restritiva abrigada pelo Código Penal prevê como autor apenas o executor do verbo do tipo, aquele que incide na conduta descrita na figura típica, contudo, embora o autor mediato não dirija seu comportamento de acordo com a norma incriminadora, não matando, subtraindo ou constringendo, pode-lhe ser atribuída a propriedade do crime.

Em razão disso, foi aventado que a teoria do domínio do fato constitui um complemento à teoria restritiva, do contrário, situações como esta, na qual o próprio senso comum aponta ser o autor mediato responsável pelo fato, não seriam abarcadas pela legislação vigente.

Cumprе salientar da impossibilidade de se punir o executor como partícipe, pois além de inexistir o liame subjetivo-normativo, não possui o domínio de sua própria conduta, atuando em crime alheio, aliás, nem sequer pode afirmar-se a prática de conduta de sua parte, uma vez que a voluntariedade é da essência de toda conduta.

No nosso entender, aquele que incorre na figura típica em razão do domínio do fato de terceiro, constitui ficticiamente, uma mera extensão corpórea do autor mediato, assim, seu comportamento inexistente no mundo jurídico.

Nessa toada, segue o ensinamento do insigne Eugenio Raúl Zaffaroni, “*autoria mediata, é aquela realizada por quem se vale de outro que não comete o injusto, seja porque age sem dolo, atipicamente ou injustificadamente*” (ZAFFARONI, 1997, p. 671).

Alguns doutrinadores ressaltam a inexatidão da expressão autoria mediata. Conforme preconiza HUNGRIA (1983), se o executor do delito é um mero instrumento, aquele que dele se serviu é “autor imediato”, seria como se o mesmo utiliza-se uma simples arma de fogo para gerar o fim almejado, ao invés de se valer de outra pessoa. Vai além o autor citado, ao dizer que a autoria mediata constitui um artifício a que os doutrinadores tiveram de se socorrer para manter a teoria da acessoriedade da participação.

Com efeito, aquele que está sob o domínio do fato não pode de forma alguma ser considerado autor, logo, haveria apenas um autor imediato.

Perfilhamos desse entendimento, mas preferimos adotar o termo autoria mediata por já se encontrar arraigado na doutrina brasileira e por se tratar de uma discussão meramente doutrinária, cujos efeitos práticos são os mesmos.

Nosso código penal elenca algumas hipóteses nas quais poderá ser reconhecida a autoria mediata, entretanto, a perfeita interpretação no sentido de se amoldar o fato a uma norma penal é alcançada através da teoria do domínio do fato.

Em verdade, diante da autoria mediata não há de se falar em concurso de agentes, pois carece de um dos requisitos, qual seja, o liame subjetivo-normativo entre os agentes.

Reconhecendo-se a subtração da voluntariedade na conduta do executor, em razão de estar sob o domínio de outrem, obtém-se a harmonia de que o ordenamento jurídico carece, punindo o detentor do domínio do fato como sujeito ativo.

Vejam agora algumas previsões legais da autoria mediata:

a) Ausência de capacidade penal do instrumento por menoridade penal, embriaguez ou doença mental (art.62, III, do CP): nestes casos, mostra-se de forma clara, a manifestação de vontade sob aquele que possui seu discernimento mitigado, não entendendo o caráter ilícito de seu comportamento, agindo sem culpa devido ao domínio de terceiro.

Assim, é livre de dúvidas a qualidade de autor do indivíduo “A”, que reiteradamente instiga um doente mental a subtrair determinado objeto de propriedade de “B”.

b) Coação moral irresistível ou obediência hierárquica (art.22 do CP): outrossim, aqui, é perfeitamente aplicável a teoria do domínio do fato e podemos vislumbrar a hipótese do coator armado, que obriga o coacto a falsificar determinado documento em seu benefício, ou o exemplo do indivíduo que cumpre ordem não manifestamente ilegal a mando de seu superior hierárquico.

c) Erro de tipo invencível determinado por terceiro (art.20, § 2º, do CP): ante a ausência de dolo ou culpa, por óbvio, não pode ser atribuído ao instrumento a autoria.

Alguns exemplos apontados pelo insigne Damásio Evangelista de Jesus ilustram bem; *“o sujeito mediante comunicação falsa de crime provoca erro da autoridade policial, que efetua a prisão de um inocente; o caçador induz o companheiro a atirar naquilo que aponta como animal, sabendo que na verdade é uma pessoa”* (JESUS, 1999, p.29).

d) Erro de proibição invencível (art.21, *caput*, do CP): o autor mediato faz com que terceiro incorra em erro quanto à ilicitude do fato.

Em síntese apertada, a autoria mediata constitui uma forma prática de exteriorização da teoria do domínio do fato, permitindo abarcar situações nas quais o autor do injusto penal não incide no verbo do tipo, porém, o delito é obra de sua vontade, o instrumento é a sua *longa manus*, por isso lhe deve ser atribuída a autoria.

5.1. Admissibilidade da autoria mediata nos crimes próprios e de mão própria

Antes de adentrar no assunto, cumpre delimitar quais são os delitos de mão própria, também chamados de crimes de atuação pessoal ou de conduta infungível, sendo aqueles que somente podem ser cometidos pela própria pessoa, não admitindo a delegação da atividade criminosa.

Somente haverá crime se o autor pessoalmente, fisicamente, realizar a conduta descrita no verbo do tipo. Assim, *v. g.*, o soldado não pode requisitar a outrem que fuja em seu lugar (deserção), a testemunha não pode enviar outra pessoa para depor em seu lugar e fazer a afirmação falsa (falso testemunho).

Por outro lado existem os delitos próprios, traduzidos na exigência de uma qualidade especial do sujeito ativo ou passivo, *i. e.*, não podem ser praticados por quaisquer pessoas, faz-se mister um *plus*, uma qualidade daquele que deseja contribuir para o delito. Não podem, destarte, serem confundidos com os delitos de mão própria.

Quanto aos delitos próprios, é pacífico a admissão da autoria mediata, desde que o autor mediato reúna todos os elementos elencados no injusto penal, do contrário haverá mera participação ou co-autoria.

O mesmo se diga com relação aos delitos de atuação pessoal, sendo refutado qualquer possibilidade de configuração de autoria mediata, a doutrina majoritária afirma que os estranhos ao delito só podem ser punidos a título de co-autoria ou participação, nunca como únicos autores.

A esse respeito, leciona Damásio Evangelista de Jesus *apud* Maurach, “os estranhos, nos crimes de mão própria ou de conduta infungível, podem intervir como partícipes, mas não como autores” (1999, p. 188).

Em corroboração a esse entendimento, aduz Fernando de Almeida Pedroso:

Embora sempre admissível participação nos crimes de mão própria ou atuação pessoal, diga-se, em arremate, que a autoria mediata não se compossibilita com os mesmos, uma vez que – acentua HELENO CLÁUDIO FRAGOSO – são crimes em que a ilicitude está em função da

execução pessoal da conduta punível. Assim, ilustra o autor citado, ninguém pode cometer os crimes de adultério ou deserção (embora deles possam participar) através de outra pessoa (PEDROSO, 1997, p.599).

Continua Rogério Greco:

Não se cogita de autoria mediata porque a execução dos crimes de mão própria não pode ser transferida a ninguém. Não se pode, por exemplo, pedir a alguém que preste um testemunho falso no seu lugar. Aquele que “em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral” vier a fazer afirmação falsa ou negar ou calar a verdade como testemunha será responsabilizado pelo delito do art. 342. Não há possibilidade de se transferir a execução dessa infração penal, o que inviabiliza a autoria mediata (GRECO, 2002, p.432).

Para essa doutrina majoritária, admitir a autoria mediata como exceção aos crimes próprios e de atuação pessoal seria esvaziar por completo o conceito de tipicidade, punindo-se alguém que não possui as elementares exigidas pelo tipo. Ofenderia o princípio da legalidade punir alguém que não reúne os elementos descritos na norma, e, como corolário, não pode ser considerado autor mediato.

Na defesa da não aplicação da autoria mediata nos crimes próprios e de mão própria, ensina o mestre Eugenio Raúl Zaffaroni:

Pensem o caso de que alguém que se valha de outro, que não realiza conduta para cometer um delito de mão própria: uma mulher dá um sonífero a outra e depois hipnotiza um amigo, ordenando-lhe que com aquela mantenha relações sexuais durante o transe. O hipnotizado não realiza a conduta, ao passo que a mulher não pode ser autora de estupro, porque é delito de mão própria. Tampouco é partícipe, pois falta o injusto alheio em que cooperar ou a que determinar. Não nos restaria outra solução se não puni-la por lesões leves (art.129, caput, do CP), em razão do sonífero ministrado à vítima do estupro (ZAFFARONI, 1997, p. 678).

Por outro lado, Rogério Greco para solucionar o dilema jurídico em testilha, apresenta a seguinte fórmula:

Nas hipóteses em que não se pode falar em autoria ou participação, surge uma outra figura, vale dizer, a do autor de determinação. Será punido, segundo os renomados tratadistas, com as penas correspondentes à infração que houverem determinado, e não, segundo eles, como autores dessa infração (GRECO, 2002, p. 435).

Todavia, a questão não nos parece tão pacífica, existindo argumentos contrários à doutrina dominante, senão vejamos:

A teoria do domínio do fato para alguns seria o elo interpretativo necessário para atender ao senso comum e manter a harmonia do ordenamento jurídico, permitindo que em determinadas situações seja considerado autor de crime contra a administração pública aquele que não é funcionário público; ou autor do delito de falso testemunho, quem não tenha o dever legal de depor, a fim de afastar-se injustiças. Repare que foi utilizada a expressão autor e não co-autor, pois é pacífico na jurisprudência e doutrina a punição na qualidade de co-autor nos crimes em tela, daquele que não é funcionário público ou não tenha o dever de prestar depoimento na qualidade de testemunha, a título de exemplo.

Para melhor exemplificar o fundamento jurídico empregado pelos defensores da autoria mediata nos crimes próprios e de mão própria, imaginemos a hipótese de uma mulher mediante coação moral irresistível obrigar um homem a manter conjunção carnal contra a vontade de outra mulher. Por lógico, o homem, atuando calcado em uma dirimente da culpabilidade, não será apenado.

Neste caso, qual seria o delito praticado pela mulher coatora?

A maioria dos doutrinadores limitam-se a dizer que a autoria mediata é incompatível com os delitos próprios e de mão própria (Flávio Augusto Monteiro de Barros, Damásio Evangelista, Fernando Capez, Fernando de Almeida Pedroso, etc.). Nesta hipótese, conforme já exposto, a mulher coatora no exemplo dado não poderá ser considerada autora porque o delito é de mão própria, não poderá também ser punida a título de participação devido a teoria da acessoriedade limitada da participação, que será estuda mais à frente. Restaria puni-la por mero constrangimento ilegal.

Já outros, vão adiante, criando a figura da *autoria de determinação* (Rogério Greco e Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli), permitindo punir o agente pelo fato de ter determinado a prática do ilícito penal, ainda que se trate de crime próprio ou de mão própria. Desta feita, para esses doutrinadores, a mulher coatora será apenada com o preceito secundário do crime que haja determinado, embora sua conduta não se amolde ao preceito primário (art. 213).

Em virtude dessa bipartição da doutrina, começa a ganhar corpo a possibilidade de reconhecimento da autoria mediata nos crimes de próprios e de mão própria. Assim, no exemplo em tela, pelos fundamentos jurídicos adiante, a mulher coatora seria considerada autora do delito de estupro, seria a única a ser punida.

Pois segundo André Studart Leitão (2000), aplicar-se-ia no caso a teoria do domínio do fato, porquanto o núcleo do tipo é o verbo constranger, que significa obrigar, forçar, ir contra a liberdade sexual da vítima, podendo, portanto, ser praticado por qualquer um, seja homem ou mulher. No entanto, o tipo emprega a expressão conjunção carnal, traduzida na cópula, no ato sexual entre homem e mulher.

A priori, somente poderia ser considerado do delito de estupro o homem, pois a conjunção carnal só existe entre homem e mulher. Mas, para André Studart Leitão *apud* Ernando Uchoa Sobrinho:

Ao dizer que não há inserido, no tipo penal “Constranger mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça”, qualquer determinação no sentido de que somente o homem pode praticá-lo. Realmente, o verbo, núcleo da conduta delituosa, não é estuprar, como era no Código de 1890 (art. 268: “Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta”), mas constranger, verbo que pode ser praticado por qualquer pessoa, inclusive a mulher (LEITÃO, 2000).

Com efeito, a mulher coatora passou a constranger determinado homem à conjunção carnal contra a vontade de outra mulher, detendo o pleno domínio do fato criminoso, devendo ser punida como autora do fato criminoso. Desse modo, valendo-se da autoria mediata, haveria o preenchimento dos elementos objetivos e subjetivos exigidos pelo tipo, não sendo necessário que o responsável pelo constrangimento pratique a conjunção carnal.

O homem é considerado mero instrumento para a ofensa à liberdade sexual de outrem, agindo sem culpabilidade. No caso em testilha, segundo André Studart Leitão *apud* Ernando Uchoa Sobrinho (2000), a coatora deve ser punida em concurso formal por constrangimento ilegal e estupro (entendemos haver apenas estupro devido ao princípio da especialidade).

Seguindo essa linha de raciocínio, haveria perfeita harmonia entre a autoria mediata conjugada com a teoria do domínio do fato, e os crimes próprios e de mão própria.

De forma concisa, vislumbramos três posicionamentos sobre a possibilidade da autoria mediata nos crimes em comento, num primeiro entendimento afasta-se por completo a autoria mediata nesses delitos, ficando aquele que domina finalisticamente o delito impune se a sua conduta não se amoldar a outro tipo, por outro lado, defende-se a criação da autoria de determinação, reconhecendo que a ação ou omissão do autor mediato não se encaixa ao preceito primário da norma, mas tão somente ao preceito secundário. E, por fim, é apregoada a perfeita combinação entre autoria mediata e crimes próprios ou de mão própria, com fulcro na teoria do domínio do fato.

Aplicando-se a teoria do domínio do fato podemos chegar à conclusão de que se uma mulher coage moralmente um homem, de forma irresistível, a constranger outra mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça, restaria configurado o crime de estupro. Como o executor agiu calcado em uma dirimente da culpabilidade a autoria do delito somente poderá ser imputada à coatora.

6. AUTORIA INTELECTUAL

Talvez um dos maiores motivos dos altos índices de violência na sociedade hodierna seja fruto da atuação dos considerados autores intelectuais. É crescente o número de pessoas submetidas ao domínio de um indivíduo de alta periculosidade, verdadeiros líderes do crime, que coordenam as atividades ilícitas.

Pretendemos examinar a autoria de intelectual, também chamada de autoria de escritório, por se tratar, tal como a autoria mediata, de uma exteriorização da teoria do domínio do fato. Uma vez que como já visto, o Código Penal restringe a figura do autor àqueles que executam o verbo do tipo.

O Código Penal é expresso a respeito da autoria intelectual, assim dispõe o art. 62:

“A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes.”

Trata-se de agravamento da pena do organizador da ação criminosa, justamente, por representar maior perigo à sociedade. Ressalte-se que o autor intelectual só será considerado co-autor se dominar finalisticamente o delito, não sendo suficiente o mero acoroçoamento de outrem, caso em que haverá participação.

Conquanto o CP descreva a autoria intelectual, continua sendo necessária a interpretação através da teoria do domínio do fato, pois quem promove, organiza ou dirige a atividade dos demais agentes, pode não matar, subtrair a coisa alheia ou constranger e mesmo assim, ser considerado co-autor.

Nessa modalidade de autoria, aquele que possui o domínio do fato se vale de outrem para praticar um delito, constituindo o crime obra de seu intelecto, de sua criatividade. Determina como, onde e quando haverá a lesão ao bem jurídico.

No dizer do eminente João José Leal, *“o organizador e o mandante de um crime não são simples partícipes”*, prosseguindo, *“ambos detém o domínio funcional do fato típico e, por isso, devem ser considerados autores”* (LEAL, 1998,

p. 225). Portanto, sempre que clarividente a liderança de um dos delinqüentes sobre os demais, este deverá ser punido na qualidade de co-autor.

Quando tratarmos da co-autoria, será dada ênfase à divisão de tarefas que pode existir na execução do delito, podendo existir a figura do organizador, isto é, aquele que embora não execute a figura típica controle a conduta dos demais, sendo possível puni-lo como autor devido ao domínio do fato. É o mentor do delito.

Beatriz Vargas Ramos esclarece:

A concepção finalista, no entanto, não se contenta com a simples atitude de organizar a empresa criminosa, definindo meios e modos de execução, número de participantes, local e hora, para caracterização do domínio funcional do fato. A qualidade de co-autor somente se verifica no organizador que possui o poder de liderança, de chefia sobre os demais agentes. Assim, segundo esta posição há dois tipos de organizador: um, que pode ser considerado co-autor e, outro que não pode ser co-autor e que, portanto, é visto como partícipe, por lhe faltar o necessário domínio do fato (RAMOS, 1996, p.33).

Destarte, não é suficiente para ser punido como autor a atitude de planejar o crime, faz-se mister a manifestação de sua liderança sobre os demais agentes. As provas coligidas no decorrer do processo devem evidenciar a figura do líder, do contrário haverá apenas participação.

Distingue-se da autoria mediata porque o mentor da ação delituosa atua por intermédio de pessoas culpáveis, que agem sob o domínio de terceiro, contudo, conscientes da ilicitude de sua conduta e pretendendo a lesão ao bem tutelado. Na autoria mediata, é como se uma única pessoa incorresse na norma penal, já na autoria intelectual, prevalece a comunhão de vontade dos agentes para ofender certo bem jurídico, havendo a figura do líder.

Além disso, na autoria mediata, inexistente concurso de agentes devido à ausência do liame subjetivo-normativo entre os indivíduos, já na autoria intelectual por haver prévio conluio entre os agentes, se presentes os demais requisitos, é perfeitamente aplicável a regra do art. 29 do CP.

Essas distinções feitas, muitas vezes não são consideradas pela doutrina e jurisprudência, que tratam essas espécies de autoria como idênticas, porém,

como se pode observar, as conseqüências jurídicas da configuração de uma ou de outra são extremamente diversas.

Sobre essa distinção, discorre Eugenio Raúl Zaffaroni:

A particularidade que isto apresenta está em que aquele que dá a ordem está demasiadamente próximo do domínio do fato, para ser considerado um simples instigador, com a particularidade de que quando o determinador se encontra mais distante da vítima e da execução material do fato mais próximo ele está das suas fontes de decisão.

Parece ser bem pouco discutível que, em tal hipótese, têm o domínio do fato tanto o executor ou determinador, como o determinador, conquanto sejam ambos culpáveis, o que daria lugar a uma forma de autoria mediata especial – como já dissemos -, em que a inserção de ambos no aparato de poder antijurídico coloca ambos na posição de autores responsáveis, com pleno domínio do fato.(ZAFFARONI, 1997, p. 682).

Concluindo, a autoria intelectual ganha cada vez mais difusão na doutrina e jurisprudência atual, possibilitando maior facilidade para a condenação dos traficantes de entorpecentes, por exemplo, quando estes se limitam a coordenar a quadrilha, sem praticar qualquer ato de execução. Não há dúvidas, da maior dificuldade para se demonstrar que um traficante vendeu, comprou, ou tem em depósito substância entorpecente, do que se utilizar a presente espécie de autoria aliada à teoria do domínio do fato, como elementos de convencimento do julgador.

6.1. Um paralelo entre a autoria intelectual e o crime organizado

Não há dúvidas da presença marcante da autoria intelectual no crime organizado, é nesse meio que a figura do mentor do delito vem cada vez mais ganhando espaço e desafiando à sociedade e o Estado de Direito.

É instintivo do ser humano, desde o início da civilização, a necessidade de viver em grupos, de se reunir para enfrentar as adversidades. Em verdade, a maioria desses agrupamentos na sociedade atual destinam-se a atividades lícitas, mas vem crescendo o número de indivíduos que se associam para desenvolver uma atividade ilícita, ainda que com caráter mercantil.

A associação de pessoas para fomentar determinado setor da economia tornou-se vultosa com o advento da globalização, com isso, não apenas o

empresário que exerce atividade lícita ampliou os horizontes de sua empresa, mas, outrossim, aquele que empreende atividade ilegal.

Os traficantes de entorpecentes, por exemplo, passaram a expandir suas vendas para o exterior ou vice-versa, tornando mais estreita a relação com traficantes de outros países. Surge uma via de mão dupla da atividade criminosa e em razão disso, cada vez mais as associações de delinquentes intensificam seu poder, principalmente na esfera econômica. Inicia-se a luta entre o Estado Paralelo e o Estado de Direito, isto não quer dizer que esta contenda jamais se fez presente na história da humanidade, mas sim que a situação hodierna se agravou.

Como nosso ordenamento jurídico é eminentemente positivista, com o advento da lei 9.034/95 buscou-se conceituar o que seria o crime organizado, contudo, no bojo da citada lei é corrente a utilização das expressões organização criminosa e associação criminosa.

A doutrina não é uniforme ao apontar um conceito para o crime organizado, tal desarmonia justifica-se, pois essas associações e organizações criminosas estão em constante mutação, demais disso, possuem na maioria das vezes, características distintas, relacionadas ao seu fim ilegal. Não cabe ao presente trabalho discorrer sobre o conceito de crime organizado, impende dizer, todavia, que duas características estão sempre presentes no crime organizado, a presença de uma associação de pessoas para fins ilícitos e a organização, ou seja, a existência de hierarquia entre seus membros.

Neste contexto aflora o paralelo existente entre o crime organizado e a autoria intelectual. Pelo senso comum, pode-se chegar à conclusão de que inexiste hierarquia em um agrupamento de delinquentes, sem que uma pessoa ou várias, estejam no ápice dessa organização, controlando a conduta dos demais e dirigindo a atividade ilícita. São pessoas geralmente com um grau de inteligência e persuasão maior que a média.

Exsurge a dificuldade de punir esses autores intelectuais com base nos conceitos clássicos de autores e partícipes, visto que não executam materialmente os delitos, limitam-se a decidir os rumos da organização, em outras

palavras, eles detêm no dizer de Rodrigo de Souza Costa (2004) o “*domínio da organização*”.

Quanto maior a distância da prática do delito, maior a facilidade para proferir decisões. Há evidente aplicação da teoria do domínio do fato no seio dessas organizações criminosas.

Alguns doutrinadores de forma minoritária defendem a impossibilidade de aplicação da teoria do domínio do fato em sede de crime organizado, porque o executor do crime possui o domínio de sua própria vontade, devendo a dita teoria ser restringida às hipóteses em que o executor do delito aja sem culpabilidade. Seguindo esse entendimento, o “homem-de-trás” poderia no máximo, ser punido como partícipe na qualidade de mero instigador.

Discordamos dessa tese, pois embora o executor do delito manifeste a sua vontade em incorrer na conduta criminosa, é de grande importância a vontade daquele que está no centro da organização, ainda que esta vontade seja somada a do autor material do crime. O executor do delito não deixa de ser um instrumento para que se atenda aos fins ilícitos da organização, mas continua vinculado ao chamado “domínio da organização”, tendo plena aplicação a teoria do domínio do fato, permitindo alcançar o autor intelectual.

Corroborar esse entendimento o ilustre Jorge de Figueiredo Dias:

No contexto de uma organização criminosa fortemente disciplinada, a ordem do superior hierárquico que não intervém na execução bem pode constituir o fato decisivo da verificação do crime. Nestes casos, o homem-de-trás possui, inclusive, um domínio do fato mais efetivo do que aquele que ocorre em situações pacificamente integradas na esfera da autoria mediata (v. g, quando o instrumento é inimputável ou atua em estado de erro ou de coação), circunstância que, a uma consideração material e, até, por maioria de razão, parece implicar o tratamento da situação em análise no âmbito da autoria (1999, p. 364).

Com efeito, como já foi dito ao diferenciar a autoria intelectual da mediata, tanto o “homem-de-trás” como o instrumento deverá ser punido, o primeiro porque detém o domínio do fato da conduta de seus subordinados e o segundo, por executar o delito sem estar calcado em uma dirimente ou excludente da antijuridicidade.

No dizer de Jorge de Figueiredo Dias, “*a qualificação do homem-de-trás como simples instigador não reflete a importância de sua intervenção para a ocorrência do delito*” (DIAS, 1999, p. 364).

Por lógico, para a punição do autor intelectual não é necessário que a todo o momento este ordene a prática de um delito, basta que esteja implícito nos objetivos da organização o fim ilícito. Se a associação destina-se ao roubo de cargas, não é preciso que sempre a ordem parta do autor intelectual, mas apenas que o domínio deste atinja os demais componentes da organização.

Mister se faz dizer, que a teoria do domínio do fato aplicada ao crime organizado não representa o único meio para abolir tal fato social, constitui, entretanto, uma forma de se alcançar àqueles que ocupam a cúpula da organização criminosa. Um elemento de convicção a mais a ser empregado pelas autoridades responsáveis pela persecução criminal, a demonstração de que os membros de uma associação vêem outro como um líder pode ser de extrema relevância para se viabilizar a punição almejada.

7. REQUISITOS DO CONCURSO DE AGENTES

Até o presente momento foram abordadas questões pertinentes à autoria, vista sob a ótica da teoria do domínio do fato. Cumpre agora, tecer algumas considerações sobre os requisitos do concurso de agentes, não bastando a união de duas ou mais pessoas para a configuração da co-delinquência, existindo quatro pressupostos fundamentais apontados pela doutrina dominante. São eles:

7.1. Pluralidade de agentes e de condutas:

Por óbvio, através de interpretação gramatical do Título IV do Código Penal, só há concurso de pessoas mediante a pluralidade de agentes, pois concorrer significa unir-se para uma ação comum.

Necessariamente duas ou mais pessoas devem contribuir para a infração penal, seja executando materialmente o delito ou apenas acoroçoando outrem a delinquir.

Alguns doutrinadores, como o ilustre Flávio Augusto Monteiro de Barros, ressaltam que *“não se pode falar em concurso de agentes, quando de dois participantes, um é inimputável ou atua sem culpabilidade. Em tal caso, haveria autoria mediata”* (BARROS, 2000, p. 410).

Data venia, não nos filiamos a esse entendimento, sendo apenas imprescindível a pluralidade de pessoas, pouco importando a culpabilidade, dessarte, se dois indivíduos em conluio furtam coisa móvel pertencente a terceiro, entendemos que o fato de um dos agentes ser inimputável, não tendo o domínio de sua própria conduta, não impede a incidência da regra do artigo 29 do CP.

Não há de se falar em autoria mediata, pois esta somente se aplica na hipótese de o autor se valer de alguém inculpável para cometer um delito, dominando finalisticamente a conduta deste. Agora, se a vontade do autor penalmente imputável não se exterioriza no inimputável, deve-se reconhecer a vontade do menor de idade para o fim de se configurar o concurso de agentes.

Seria ilógico punir apenas o autor culpável, se no caso concreto, o menor arquiteta o crime e executa o verbo do tipo, sendo meramente auxiliado materialmente pelo indivíduo imputável. Portanto, basta a ação conjunta, quanto a existência de autoria mediata, que desnatura a co-delinquência, deve sempre estar atrelada ao domínio do fato, do contrário, haveria um fomento aos crimes perpetuados por inimputáveis. Em suma, para que haja a pluralidade de condutas pouco importa se um dos agentes é inimputável.

7.2. Relevância causal das condutas:

A participação no delito poderá ocorrer das mais variadas formas, contudo, participar é uma forma de atuar, não é suficiente a mera adesão psicológica ao delito, faz-se mister a exteriorização do desígnio e mais, que a contribuição seja relevante.

A conduta omissa ou comissiva tem que contribuir, embora não decisivamente, para a consumação do delito. Não são partícipes aqueles que apludem a prática de um crime sem nele interagirem.

Em síntese apertada, a cogitação gera a exteriorização da conduta e sendo essa relevante no mundo jurídico, conclui-se pela efetiva contribuição para a lesão ao bem resguardado, permitindo a aplicação da regra do art. 29 do CP.

A conduta é relevante quando sem ela o delito não teria ocorrido como sucedeu, aplica-se a teoria da *conditio sine qua non* ou da equivalência dos antecedentes causais, se a participação em nada influi no delito, deve ser classificada como um indiferente penal.

Da mesma forma, se “A” já está determinado a ceifar a vida de “B”, e “C” o incentiva a tal conduta, evidentemente, não é relevante a conduta de “C”, posto que, de qualquer maneira “A” perpetuaria o homicídio. A conduta de “C” em nada contribuiu para o resultado naturalístico.

Ratifica esse entendimento, o ilustre Júlio Fabbrini Mirabete ao salientar que “*a mera ciência, assistência ou mesmo a concordância psicológica a par o evento, sem que a pessoa concorra com uma causa para o resultado, não constitui concurso*” (2001, p. 254).

No tocante à omissão, duas regras básicas norteiam a conduta relevante; se o agente tinha o dever jurídico de evitar o resultado e mesmo assim aquiesceu com a conduta do executor, será punido pelo crime perpetuado, por “*concorrer de qualquer forma para o crime*” (art.29 do CP), todavia, se não tinha o dever jurídico, poderá, em tese, ser responsabilizado com supedâneo no art. 135 do CP (omissão de socorro).

Com propriedade, aduz Flávio Augusto Monteiro de Barros:

A idéia de relevância causal pressupõe uma atuação anterior à consumação. A participação posterior não configura concurso de agentes. O funcionário público que, no exercício da função, deixa de comunicar o crime de ação pública incondicionada responde pela contravenção do art. 66, I, da LCP. Não se trata de participação, e sim, de conveniência posterior à prática do crime (BARROS, 2000, p. 423).

Desse modo, exige-se além da pluralidade de agentes, que as condutas sejam penalmente relevantes e por lógico, anteriores à consumação do delito.

7.3. Identidade de infração para todos os participantes:

Como corolário da adoção da teoria monista pelo Código Penal, todos aqueles que de alguma forma concorrerem para o crime, responderão pela mesma norma incriminadora, destarte, se a capitulação legal do tipo penal muda para um dos agentes, o mesmo acontecerá com os demais.

A imputação da norma penal será idêntica para todos os agentes, mas o seu preceito secundário será aplicado de acordo com a reprovabilidade da conduta de cada um, entretanto, o § 2º, do art. 29, em exceção a esse requisito dispõe:

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

Ora, a citação acima nada mais representa, do que uma manifestação da teoria pluralística no ordenamento jurídico, permitindo o reconhecimento do concurso de pessoas, mas punindo com fulcro em crimes distintos.

A título de exemplo, se dois indivíduos pretendem se apoderar de bens no interior de uma residência, sendo a intenção de um deles de ir além e praticar latrocínio, não obstante tenha a conduta de ambos convergido para o apossamento da *res* alheia, incorrerão em delitos diversos.

7.4. Liame subjetivo e normativo:

Foram até agora tratados os elementos objetivos imanentes ao concurso de pessoas, mas também deve estar presente um elemento de ordem subjetiva, qual seja, o liame subjetivo entre os agentes, a vontade de atuar em conjunto para a consecução de um fim comum.

A presença ou não do vínculo psicológico traz conseqüências práticas completamente distintas. Se existir o liame subjetivo, os agentes responderão pelo mesmo crime, do contrário, cada um, isoladamente, será punido com base na conduta praticada, ou seja, incorrem em delitos diversos.

Em outras palavras, existe um concurso de ação sem concurso de vontades. A essa necessidade de vontades dirigidas a um resultado comum, dá-se o nome de princípio da convergência.

O acordo prévio entre os agentes é despiciendo, basta que a conduta do partícipe adira a do autor, não importando que o último desconheça a colaboração ou se tendo ciência, a recuse.

Lecionando sobre o assunto, discorre Damásio Evangelista de Jesus:

Não é necessário o acordo de vontades (*pactum sceleris*). Basta que uma vontade adira à outra. Suponha-se que uma empregada doméstica, percebendo que um ladrão está rondando a residência, para vingar-se do patrão, deliberadamente deixa a porta aberta, facilitando a prática do furto. Há participação e, não obstante, o ladrão desconhecia a colaboração da criada (não ocorreu acordo prévio). (Direito Penal, v. I, 1999, p. 419).

Prossegue Damásio:

Pode ocorrer que o agente que seria partícipe não responda por crime algum. É o caso do empregado que, negligentemente, deixa a porta da

residência aberta onde penetra o ladrão e pratica o furto. Acontece que, não havendo homogeneidade de elemento subjetivo, cada agente responde pelo crime cometido a título de dolo ou culpa. No caso aventado, não existindo furto culposo, o fato praticado pelo empregado é atípico” (Direito Penal, v. I, 1999, p. 420).

Sem o necessário vínculo psicológico haveria mera autoria colateral, na qual a conduta de cada um dos agentes sem entrar na esfera de conhecimento dos outros, levaria à punição isolada de cada participante.

No que tange aos crimes culposos, é admissível apenas a co-autoria, sendo impossível a participação em crime culposo, haja vista que os tipos culposos são abertos e toda conduta infratora de um dever geral de cautela gera a autoria, não há distinção entre autores e partícipes.

Isto porque, o núcleo do tipo culposo, encontra-se previsto no art. 18, II, do CP, i. e., quando o agente dá causa ao resultado devido a sua imprudência, negligência ou imperícia, violando o dever de cautela nas relações com as demais pessoas, dessarte, é co-autor todo aquele que age contra esse dever, excluindo-se a participação em crimes culposos.

Em conclusão, ausente um dos requisitos elencados acima, deve-se concluir pela não caracterização do concurso de pessoas, é imprescindível a pluralidade de agentes praticando condutas juridicamente relevantes, com unidade de desígnio e sendo punidos com base na mesma norma incriminadora.

8. DA CO-AUTORIA

A própria nomenclatura empregada pela doutrina indica a pluralidade de autores, a atuação de modo coletivo para a consecução de um fim comum.

Em regra o delito é obra de uma só pessoa, mas pode ocorrer de duas ou mais pessoas com unidade de desígnio unirem-se para praticar determinado crime. Dessa maneira, ante a maior facilidade em lesionar o bem juridicamente tutelado com a distribuição de tarefas entre os vários indivíduos, o Estado pune com maior rigor os co-autores.

É regra básica que norteia o legislador, a de aumentar a proteção estatal diante da redução da segurança do particular.

Como já ressaltado alhures, vislumbram-se duas modalidades de co-autoria; a necessária e a eventual. Dá-se a primeira quando a própria figura típica prevê a pluralidade de agentes para a sua realização, como sucede no crime de rixa (art. 137, CP), de outro lado, na co-autoria eventual, embora o delito possa ser praticado por uma única pessoa, é obra de uma atuação conjunta.

Delimitando a co-autoria, discorre Beatriz Vargas Ramos:

Para que haja co-autoria direta é preciso que todos os agentes ou co-autores, como a própria expressão está a indicar, atuem, cada qual, como autores diretos do fato. A co-autoria é co-execução eventual. É necessário que a conduta de cada um seja de caráter executivo, e represente, pelo menos, um ato de realização do tipo.

Não é exigível, para que se configure a hipótese de co-autoria, que todos realizem todos os atos executivos ou tenham idêntico comportamento. Um exemplo de realização total da ação típica na co-autoria temos no caso dos dois sujeitos que espancam juntamente uma pessoa, causando-lhe graves lesões ou morte, ou dos sujeitos que penetram numa loja e juntos subtraem objetos do seu interior – ambos despendam idênticos esforços na tarefa criminosa. (RAMOS, 1996, p.30).

Como se observa, não é imprescindível para a configuração do concurso de agentes a identidade de condutas, mas sim, em princípio, a prática de atos executórios.

Ademais, como já dito, faz-se mister o liame subjetivo-normativo entre os agentes, ou seja, mesmo elemento subjetivo dirigido a certo resultado. Em consonância com esse entendimento, para Damásio E. de Jesus, “as várias

condutas não são suficientes para a existência da participação ou co-autoria. Imprescindível é o elemento subjetivo, pelo qual cada concorrente tem consciência de contribuir para a obra comum” (JESUS, 1999, p. 419).

Caso não exista o liame subjetivo entre os agentes poderá ocorrer a chamada autoria colateral, na qual cada indivíduo age sem o conhecimento da conduta do outro, visando produzir um mesmo resultado, nesta hipótese, como já afirmado, não há concurso de pessoas devendo cada um responder pela sua conduta.

Na maioria das vezes existe o acordo prévio entre os co-autores, todavia, este é despiciendo, basta que um adira à conduta do outro e, assim, estará atendido o liame subjetivo-normativo exigido.

Muitas vezes se torna difícil distinguir diante da ocorrência de um fato, se houve co-autoria ou autoria com participação. Assim, apenas diante das circunstâncias do caso concreto podemos classificar os agentes, *v. g.*, aquele que fica de atalaia esperando a consumação do delito pela ação de outros agentes, tendo a função de avisá-los da aproximação de outras pessoas, aparentemente seria considerado partícipe, porém, se a sua atuação for considerada essencial para a consumação do delito será considerado co-autor.

Conquanto não execute o verbo do tipo, a contribuição de uma agente poderá diante do caso concreto, ser necessária para a lesão ao bem tutelado, sendo por isso qualificado como co-autor.

Segundo Eugênio Raúl Zaffaroni, mesmo diante da ausência de atos executórios o agente poderá ser co-autor:

A explicação, para esses casos, é dada pelo chamado “domínio funcional do fato”, isto é, quando a contribuição que cada um traz para o fato é de tal natureza que, de acordo com o plano concreto do fato, sem ela o fato não poderia ter sido realizado, temos um caso de co-autoria e não de participação. (ZAFFARONI, 1997, p. 674).

Em verdade, na co-autoria existe uma divisão de tarefas a serem concretizadas, desse modo, cada agente cumpre parte do fato delituoso e conjugando-se a atuação de todos surge o delito, por isso todos devem responder pelo todo, isto é, incorrerem na mesma pena. É a chamada divisão do trabalho.

Há um fim comum que é perseguido através de condutas convergentes.

Em suma, o co-autor pode ser:

Direto: quando executa o verbo do tipo, ou seja, pratica a conduta de *matar, falsificar, subtrair, corromper*, etc. Sua conduta irá sempre se amoldar aos elementos objetivos e subjetivos da norma incriminadora.

Intelectual: quando embora não execute a conduta típica, esta seja fruto de seu intelecto, de sua criatividade, é o organizador da ação contrária ao ordenamento.

Funcional: quando realiza parte do tipo penal, ou seja, lhe é atribuída certa função. Os atos executórios do *iter criminis* são distribuídos entre os vários autores, de modo que a não realização da função determinada importa em frustração do delito.

Em análise conjunta com a teoria do domínio do fato, co-autor é quem atuando em conjunto detém o domínio funcional do fato, seja executando o verbo do tipo, seja controlando a ação dos demais. Nessa toada, Fábio Bittencourt da Rosa, assevera ser co-autor “*aquele que exerce o domínio funcional sobre o fato, ou seja, desenvolve atividade com o propósito de obter o resultado pautada por potencialidade relevante, sendo auxiliar necessário para o fato*” (2003, p. 306).

9. DA PARTICIPAÇÃO

9.1. Conceito

Nota-se que a expressão participação é corriqueiramente utilizada pela doutrina e jurisprudência em seu sentido amplo, abrangendo sem nenhuma distinção autores e partícipes, como sinônimo de concurso de pessoas. Nesse capítulo a expressão participação será analisada de forma restritiva, tendo como foco a figura do partícipe.

O código penal não delimitou o conceito de partícipe, assim como não conceituou quem seria autor de um delito, ficando a cargo da doutrina esse mister. *A priori*, o código trata de forma isonômica autores e partícipes, pois acentua em seu art. 29 que “*quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas...*”.

Concorrer significa convergir para o mesmo ponto, cooperar, contribuir. Trata-se de uma norma penal aberta, da qual poderia concluir-se que tanto autores como partícipes colaboram para a ofensa ao bem tutelado, logo, não haveria distinção entre eles.

Todavia, não se pode olvidar que os autores executam o verbo do tipo, enquanto que os partícipes concorrem para o crime de qualquer outra forma, menos executando a figura típica, essa a principal diferença. O partícipe atua em crime alheio, sua conduta é relevante penalmente em razão de uma conduta principal (participação na conduta do autor).

Essa distinção será de vital importância para se determinar a culpabilidade dos agentes e conseqüentemente o *quantum* da pena, posto que o art. 29 do CP prevê a punição dos delinqüentes, “*na medida de sua culpabilidade*”, isto é, se o delinqüente executar a conduta nuclear do tipo será tido como autor, já os partícipes, terão sua pena agravada mediante a sua culpa no delito, em outras palavras, mediante a sua colaboração para a consumação do crime. Quanto maior a proximidade da conduta descrita na lei, maior a sua culpabilidade.

Resumindo o que foi explanado, podemos chegar a um conceito de partícipe por meio de critérios objetivos, nesse diapasão, discorre Romeu de

Almeida Salles Júnior: “*partícipe é quem mesmo não praticando a conduta que a lei define como crime, contribui de qualquer modo, para sua realização*” (1999, p. 76).

Este conceito encontra total respaldo na teoria restritiva da autoria, acolhida pelo código penal, mas como será visto mais adiante, por influência da teoria do domínio do fato, deverá ser reformado.

9.2. Formas de participação

Participar é uma forma de atuar no crime alheio, podendo essa colaboração ser realizada de duas maneiras, uma de ordem subjetiva e outra objetiva, diz-se, portanto, existir participação moral e material.

Dá-se a participação moral quando o agente instiga ou induz outrem a delinquir, essas duas expressões embora gramaticalmente possam ser sinônimas, juridicamente se revestem de sentidos próprios. Ocorre o induzimento quando o partícipe faz surgir no autor a vontade de praticar a conduta descrita na norma penal, de outra banda, haverá instigação quando o partícipe apenas reforça uma vontade de delinquir presente no autor.

Temos que no induzimento o agente não pretendia incorrer na conduta ilícita, mas o faz por determinação de outrem, já na instigação, o mesmo é acoroçado a delinquir. Ambas as formas conduzem ao mesmo resultado, a punição na qualidade de partícipe.

Por outro lado, existe a participação material, de ordem objetiva, na qual o partícipe não age estimulando psicologicamente o autor, pois neste já se faz presente o ânimo de delinquir, destarte, há apenas auxílio material para a consumação do delito. É a hipótese clássica do indivíduo que empresta a arma de fogo para outro praticar o homicídio, ou seja, fisicamente há uma contribuição.

Essas formas de participação, com exceção do auxílio material, exigem uma conduta comissiva, isto porque, os meios empregados devem atuar diretamente sobre o autor, não há participação moral praticada de forma omissiva, difícil seria vislumbrar que o autor seja induzido por alguém que se nega a

manifestar sua opinião sobre o delito, carece portanto, de uma conduta positiva. Sobre o assunto é oportuna a lição de José Henrique Pierangeli:

...os meios utilizados devem atuar positiva e diretamente sobre a pessoa do autor, orientados no sentido da consecução do fim proposto. Com isto, estamos excluindo qualquer possibilidade de uma instigação por omissão, pois a abstenção de dissuadir aquele que o consulta acerca da conveniência, ou não, da prática de um delito, declarando que prefere omitir a sua opinião a respeito, não pode ser qualificado como instigador, ainda quando o seu silêncio possa influir na formação da opinião do autor (PIERANGELI, 1999, p. 72).

Da necessidade de uma conduta positiva surge a figura do partícipe, corrobora a afirmação feita de que participar é uma forma de atuar em um crime alheio. Deve haver uma modificação do mundo exterior, a inércia, salvo exceção, não leva à participação.

Ademais, a conduta do partícipe deve ser dolosa, não se pode vislumbrar uma instigação ou induzimento calcados na infração ao dever de cuidado objetivo (culpa). Como se afirmou, na participação moral o autor do delito deve necessariamente ser influenciado, o que ocasiona a incompatibilidade com o elemento subjetivo culpa. Não há como instigar por imprudência, por exemplo. O dolo do partícipe deve se unir ao dolo do autor na produção do resultado, essa a opinião de PIERANGELI (1999, p. 72).

Para grande parcela da doutrina, a exemplo de Damásio Evangelista de Jesus, admite-se que o agente atue em crime alheio concorrendo com culpa, citando o exemplo do passageiro que incentiva o motorista de ônibus a empreender alta velocidade, vindo este a atropelar e matar um transeunte, mas neste caso haverá co-autoria e não participação. Pois aquele que age com imprudentemente ao incentivar outrem a infringir o dever de cuidado objetivo, já pratica a conduta nuclear do tipo culposos (1999, p. 421).

Ressalte-se que deve ser observada a identidade de elemento subjetivo, pressuposto da configuração do concurso de pessoas, podendo desta feita, ser aceita a participação culposa.

Feitas essas considerações, é salutar dizer que os verbos; instigar, induzir e auxiliar, podem fazer parte da figura típica de um outro delito, neste caso,

evidentemente, o sujeito que incorre nestes verbos será considerado autor, pois pratica o verbo do tipo. Pode ser citado como exemplo o art. 122 do CP: “*Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça*”.

9.3. Natureza Jurídica da Participação

Muito já se discutiu sobre a natureza jurídica da participação, indo desde a teoria causal de Von Beni, criada em meados do século XIX, até as hodiernas teorias da acessoriedade, conforme se observa adiante.

Teoria causal: segundo depreende-se do próprio título, essa teoria baseia-se no conceito de causa, sendo causa toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido naqueles exatos contornos. Por conseguinte, não há distinção entre autores e partícipes, pois todos de alguma forma dão causa ao resultado, pouco importa que o autor atenha-se ao verbo do tipo e o partícipe contribua de qualquer outra forma, deverão ser punidos da mesma forma.

Para essa teoria, o partícipe não atua em crime alheio, mas sim, em delito próprio, sem a sua colaboração a consumação não ocorreria da mesma forma. Justamente por conceder igual tratamento entre autores e partícipes, é criticada essa teoria, encontrando-se completamente desatualizada. Do contrário, ter-se-ia que admitir a mesma lesividade das condutas daquele que instiga e do indivíduo que mata outrem, feriria o princípio da proporcionalidade entre a conduta e a pena.

Diante da inaplicabilidade da teoria em testilha, surgiram as teorias da acessoriedade a seguir delineadas, que tratam a conduta do partícipe como acessória de outra principal.

Teoria da acessoriedade mínima: é suficiente para se punir o partícipe, um comportamento principal típico. Basta que o autor incorra em fato típico, não sendo necessária a ilicitude desse fato. Desta feita, se uma pessoa induz outra que está para morrer de inanição a praticar furto famélico, conquanto aquele que subtraia a coisa alheia não pratique delito algum por agir em estado de necessidade, o partícipe será punido. Por abranger situações como esta, critica-

se a presente teoria. Puniria-se uma conduta acessória sem uma conduta principal que constitua crime.

Teoria da acessoriedade limitada: essa teoria vai mais além, exigindo que o comportamento principal seja típico e antijurídico, seguindo o conceito formal de crime. A culpabilidade é mero pressuposto para aplicação da pena, não influenciando na ocorrência da participação. Desse modo, se “A” incute em “B” “o sentimento de licitude de uma determinada conduta, e este acreditando estar de acordo com o direito objetivo acaba praticando um crime, haverá erro de proibição que impedirá a imposição de pena, todavia, “A” será considerado partícipe. Essa teoria é largamente acolhida pela doutrina.

Teoria da acessoriedade extrema ou máxima: esta teoria não se satisfaz com o cometimento de um crime sob o conceito formal (fato típico e antijurídico), é necessário ainda, que o autor da conduta principal seja culpável, somente assim, poderá haver participação acessória a um comportamento principal.

Teoria da hiperacessoriedade: por fim, essa última teoria exige todos os requisitos das demais, isto é, fato típico, antijurídico e culpável somados a indispensável coincidência entre as circunstâncias agravantes e atenuantes da pena entre autores e partícipes. É criticada porque tornaria extremamente difícil a punição pela participação.

Basicamente, a doutrina biparte-se no acolhimento das teorias da acessoriedade limitada e acessoriedade extrema. Para os primeiros, como já dito, a culpabilidade é despicienda, basta o fato típico e antijurídico para que haja possibilidade de participação, nesse sentido o entendimento de Damásio de Jesus e José Frederico Marques. Sob outra ótica, Fernando Capez e Flávio Augusto Monteiro de Barros inclinam-se pela teoria da acessoriedade extrema, pois apenas esta permite a compreensão da autoria mediata, já que de acordo com a teoria da acessoriedade limitada, se o autor do delito não é culpável (pressuposto da autoria mediata), por conseqüência, haverá participação.

Por uma interpretação extensiva, percebe-se que se a teoria da acessoriedade limitada permite a participação mesmo ante a ausência de culpabilidade, afasta-se a possibilidade de punição do autor mediato como único responsável pelo crime, este poderá no máximo, ser considerado partícipe.

Em razão de manter a harmonia do ordenamento jurídico, especialmente sob a ótica da teoria do domínio do fato, aqui presente na autoria mediata, defluiu-se que a teoria da acessoriedade extrema é a que melhor se amolda à legislação penal vigente, embora seja uma tese minoritária na doutrina. Como a teoria da acessoriedade extrema exige que o fato principal seja típico e antijurídico, além da culpabilidade do sujeito ativo, se este agir calcado em uma dirimente da culpabilidade, excluída estará a possibilidade classificá-lo como partícipe. Assim, aplicando-se a teoria do domínio do fato conjugada com a autoria mediata, o agente será considerado autor único do delito.

Sobre o assunto, disserta Flávio Augusto Monteiro de Barros:

A adoção de um ou outro ponto de vista está condicionada ao desenvolvimento da teoria da autoria mediata. Os que a repudiam ou então restringem o seu conceito à teoria do domínio do fato devem, por questão de coerência, filiar-se a acessoriedade limitada. Os que proclamam a autoria mediata às hipóteses em que o executor do crime atua sem culpabilidade devem acatar a acessoriedade máxima, sob pena de criar-se a confusão entre partícipe e autor mediato (BARROS, 2003, p. 417).

Feito o breve relato sobre as teorias pertinentes à participação, é preciso adentrar propriamente na natureza jurídica da participação, preliminarmente deve-se ter a noção de que a participação é sempre acessória. Partindo-se da teoria da acessoriedade limitada ou extremada chega-se a essa premissa, pois a participação só terá relevância jurídica quando jungida a um comportamento principal.

Com efeito, o código penal não considera crime as condutas de “instigar outrem a matar”, “auxiliar outrem a subtrair”, “induzir alguém a ofender a integridade corporal ou saúde de outrem”, e assim por diante. A conduta de instigar alguém a matar só se torna típica diante da prática de homicídio por outro delinqüente.

É oportuno salientar que algumas condutas amoldam-se diretamente à norma penal, quando isso ocorre, há adequação típica direta ou imediata. Não é mister nem uma outra norma para subsumir a conduta do agente ao tipo penal, como sucede com aquele que retira a vida de um terceiro (art. 121 do CP).

Em contrapartida, quando essa correspondência legislativa não ocorre de forma direta, mas sim por via reflexa, surge a adequação típica indireta ou mediata, em virtude da conduta do agente necessitar de duas ou mais normas para o perfeito enquadramento no ordenamento jurídico.

No caso da participação, a conduta de “instigar a matar” só se amolda ao artigo 121 do CP por intermédio do art. 29 do CP, que assevera incidir na pena cominada ao delito aquele que, *de qualquer forma, concorre* para crime. O art. 29 é elo de ligação entre a conduta do partícipe e o art. 121, em razão disso, é chamada de norma de extensão.

Complementa esse ensinamento Fernando Capez:

...essa norma é denominada pela doutrina “norma de extensão pessoal e espacial”. Pessoal porque estende o tipo, permitindo que alcance outras pessoas além do autor; espacial porque o tipo é ampliado no espaço, a fim de alcançar condutas acessórias distintas da realização do núcleo da ação típica.”(CAPEZ, 2003, p. 317)”.

Em síntese apertada, a participação é uma conduta acessória a um comportamento principal, sendo a correspondência legislativa entre a conduta do partícipe e a norma penal alcançada através de adequação típica indireta.

9.4. Participação por convivência ou omissão e teoria do domínio do fato

A forma mais comum de contribuir para a realização de uma conduta penalmente relevante é através de uma ação positiva. Entretanto, como já explanado, a participação material pode assumir a forma omissiva, como no exemplo da empregada doméstica que facilita a entrada de um ladrão no imóvel onde trabalha, deixando de trancar a porta para que este subtraia bens.

Cumpra primeiramente, distinguir a participação por convivência da participação por omissão, sendo a principal diferença consistente na necessidade do dever jurídico de impedir o resultado, presente na participação por omissão. Conforme destoa do art. 13, § 2º, do CP, esse dever jurídico poderá partir da lei, da posição de garantidor da não ocorrência do resultado ou quando com seu

comportamento anterior o indivíduo cria o risco de produção do resultado, nestes casos a omissão será penalmente relevante.

Mas, para que haja a participação por omissão é preciso ainda, a concorrência subjetiva do partícipe para com o delito, querendo a efetiva produção do resultado. Assim, se uma mãe mantém-se inerte diante do espancamento de seu filho, não tendo como impedir o resultado naturalístico e não o desejando, estará excluída a participação por omissão, pois falta o liame subjetivo-normativo entre os indivíduos. Por isso, pode-se afirmar ser imprescindível que à vontade do omitente adira a vontade do autor.

O mesmo não se dá com a conivência, esta prescinde do dever jurídico de impedir o resultado, o agente que se omite incorre em delito prescrito em lei, e, por conseguinte, afasta-se o concurso de agentes, como sucede com a omissão de socorro elencada no art. 135 do CP. Existe tipo penal punindo a conduta omissiva, independentemente do dever de impedir o resultado, não há participação no crime do autor.

No tocante a possibilidade de participação nos crimes omissivos em que há o dever jurídico de agir por parte de um dos agentes, a doutrina dominante entende ser possível, nessa toada, assevera E. Magalhães Noronha que *“nos delitos propriamente omissivos, v. g., os do art. 269 – omissão de notificação de doença -, compreende-se facilmente que possa alguém instigar ou determinar a outrem manter a conduta criminosa”* (2000, p. 217).

Com relação a necessidade do dever jurídico de agir para que ocorra a participação, prossegue com propriedade o mestre supra citado:

Pode o concurso dar-se mediante omissão, quando há o dever jurídico de evitar o evento, pois em tal caso a conduta omissiva é causal. Faltando esse dever, não haverá co-participação, a menos tenha sido assegurada a inércia ao executor material. Há, então, um plano entre os agentes, cabendo a um a atividade e a outro, omissão (2000, p. 217).

9.5. Participação de participação e participação sucessiva

É possível que “A” induza “B” a cometer um crime, que por sua vez, instiga “C” a incorrer na norma penal, matando “D”. Trata-se de uma participação seguida de outra, também chamada de participação em cadeia, sendo plenamente admitida a punição dos envolvidos na qualidade de partícipes, pois cada um contribuiu de certa forma para a produção do resultado final.

De observar, entretanto, que só haverá participação punível se o autor do delito der início aos atos de execução, nos moldes do art. 31 do CP, ademais, por toda essa cadeia deve ser provada a influência de um indivíduo sobre o outro.

Já a participação sucessiva, ocorre quando o induzimento ou auxílio recai sobre a mesma pessoa, como por exemplo, dois indivíduos acoroçoam outro a matar determinada pessoa, uma participação sucede a outra, convergindo para o mesmo fim. Evidentemente, a participação sucessiva deve influir no ânimo do autor do delito, se este já tinha decidido pela prática do delito, a instigação ulterior não poderá dar ensejo à participação.

9.6. Participação e fatos determinados

É defendida por alguns a necessidade da conduta do partícipe dirigir-se a fatos determinados, não sendo suficiente o induzimento e a instigação, que apesar de decisivos na vontade de delinquir, sejam genéricos, de forma a não especificar fatos e pessoas. A conduta do partícipe deve sempre ser dirigida a fatos e pessoas determinadas, esse o entendimento de José Henrique Pierangeli e Eugenio Raúl Zaffaroni.

Nesse sentido, aduz Rogério Greco:

Quando falamos em instigação ou induzimento, estamos querendo dizer que o partícipe estimulou ou incutiu uma idéia de um fato criminoso determinado na mente de um agente também determinado. A conduta dolosa do partícipe deve dirigir-se a contribuir, acessoriamente, à prática de determinada infração penal, que será levada a efeito por uma ou várias pessoas também determinadas (GRECO, 2002, p. 443).

Para essa doutrina, se a incitação genérica ocorrer publicamente haverá crime autônomo tipificado no art. 286 do CP.

Ousamos discordar desse entendimento, inobstante os demais doutrinadores em sua imensa maioria, deixarem de se dedicar ao assunto. Em primeiro lugar, existe divergência sobre a admissibilidade da incitação genérica para configurar o delito elencado no art. 286 do CP, no dizer de E. Magalhães Noronha, “*a instigação feita genericamente, por ser vaga, não teria eficácia ou idoneidade*” (NORONHA, 1998, p. 81).

Além disso, o art. 29 do CP prescreve que concorre para o delito, aquele que de *qualquer forma* contribui para o resultado, abrangendo, outrossim, o partícipe que incute uma idéia genérica no autor. Se o agente se sente influenciado a delinquir, pouco importa ter o partícipe apontado uma vítima ou não, do contrário chegar-se-ia a conclusão de que o ato do partícipe de entregar ao autor petrechos para a prática de furto (participação material), só seria punível se este especificasse uma vítima ou o modo como proceder para subtrair a coisa alheia.

Como se percebe, essa exigência da participação dirigir-se a um certo fim, possui sua gênese em uma criação doutrinária que não se justifica, o ordenamento jurídico não contempla essa necessidade.

Por diversas vezes, a participação genérica será mais danosa à sociedade do que a determinada, aquela poderá influir decisivamente para a prática do crime, esta poderá não entusiasmar o autor. Dessarte, não se vislumbra a razão de distinguir a participação genérica da específica para o fim de identificar o partícipe.

9.7. Participação e o art. 15 do código penal

Dispõe o art. 15 do CP ao tratar da desistência voluntária e do arrependimento eficaz:

“O agente que voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”.

Essa regra veio para beneficiar o autor do delito que voluntariamente desiste da prática dos atos de execução, ou quando já esgotados estes, arrepende-se e impede a produção do resultado. Diversamente do que se dá com a tentativa, na qual a desistência é fruto de circunstâncias alheias à vontade do agente.

Insta ressaltar a expressão “deixar de prosseguir na execução” descrita no tipo penal em comento, isto porque, o partícipe não incorre em atos de execução, limita-se a contribuir de qualquer outro meio para o crime alheio, cabe ao autor praticá-los.

Feita essa ressalva, conclui-se que o autor, embora agindo com *animus necandi*, se desiste de prosseguir na execução, não responderá por tentativa de homicídio e sim, pelos atos anteriormente praticados, como por exemplo, pelas lesões corporais produzidas na vítima. Questão deveras interessante ocorre quando nestes casos o autor é induzido por outrem a matar alguém, indaga-se como quedaria a punição do partícipe? Responderia por tentativa de homicídio ou pelas lesões corporais anteriormente praticadas?

Para o deslinde da questão surgem dois posicionamentos, para uma parcela da doutrina, conquanto o partícipe não pratique atos de execução, a ele deve ser estendido o benefício do art. 15 do CP, pois a sua punição tem caráter acessório a um comportamento principal, logo, não seria razoável punições distintas para um mesmo fato. Para nós, acrescentar-se-ia o argumento de que deve ser empregada interpretação extensiva ao art. 15 em prol do partícipe, que não deixa de ser réu, desse modo, atender-se-ia também ao princípio do *favor rei*.

Corroborando essa corrente doutrinária, ensina Nilo Batista que “a impunidade do partícipe é decorrência da acessoriedade da participação” (BATISTA, 1979, p. 135/136).

Como últimos argumentos, alega-se que a extensão dos efeitos do art. 15 do CP ao partícipe seria um colorário lógico da adoção da teoria monista pelo código penal, segundo a qual todos aqueles que contribuem para o delito incidem nas mesmas penas.

De outra banda, contrariando a possibilidade de extensão do art. 15 do CP ao partícipe, apregoa-se que o fato de existir atos executórios perpetrados pelo

autor já permite a punição do partícipe pelo comportamento principal, ainda que o autor responda por crime diverso (lesões corporais). Assim, no exemplo dado acima, o partícipe responderia por tentativa de homicídio, o art. 15 ao prever a necessidade de início dos atos executórios pretendeu restringir os institutos da desistência voluntária e do arrependimento eficaz à figura do autor, posto que o partícipe não pratica atos executórios.

Para melhor esclarecer, explica Rogério Greco:

...quando o autor ingressa na fase dos atos de execução, almejando consumir a infração penal por ele pretendida, tal fato, segundo entendemos, já é suficiente a fim de possibilitar a punição do partícipe. Tal regra podemos extrair, a contrario sensu, do art. 31 Código Penal, que diz que “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” (GRECO, 2002, p. 445).

Prossegue Rogério Greco (2000), dizendo que embora o código penal tenha adotado a teoria monista, o fez de forma temperada, permitindo em algumas ocasiões a aplicação da teoria pluralística como se dá no presente caso.

Eis os argumentos de uma e outra corrente doutrinária, sendo que a primeira adequa-se melhor ao ordenamento jurídico por estar calcada em bases jurídicas mais sólidas, isto porque, na nossa opinião, a teoria monista é a regra geral, sendo que quando o legislador pretendeu excepcioná-la, agiu de forma expressa, criando crimes diversos para autores e partícipes diante de um mesmo fato. Além disso, em se tratando de interpretação das normais penais, deve-se sempre inclinar para aquela que mais favoreça ao réu.

9.8. Conceito de partícipe sob o prisma da teoria do domínio do fato

Como já comentado anteriormente, partícipe é todo aquele que de qualquer forma contribuiu para a realização do delito, menos praticando a conduta descrita no núcleo do tipo. Atua aderindo a sua conduta a um comportamento principal, disso resulta uma de suas principais características, qual seja, a acessoriedade.

A conduta do partícipe tem a sua razão de ser na conduta do autor principal, ausente esta, sua conduta seria um indiferente penal. Forçoso reconhecer, portanto, que o partícipe age em crime alheio.

Essas características extraídas do conceito de partícipe são apontadas pelos doutrinadores mais conservadores, que resistem em admitir a influência da teoria objeto do presente trabalho na definição de partícipe.

Eis alguns conceitos de partícipes segundo essa visão mais restritiva:

Para o mestre Flávio Augusto Monteiro de Barros, “... *autor e partícipe não se confundem. O primeiro executa diretamente o núcleo do tipo; o segundo concorre, de qualquer modo, para o crime, sem realizar o núcleo do tipo*”.(BARROS, 2003, p. 405). Seguindo o mesmo raciocínio, preleciona o douto E. Magalhães Noronha, “*partícipe é o agente que, embora não pratique atos executórios, concorre de qualquer modo para o resultado. Partícipe, assim, é o que pratica um ato que contribuiu para a realização do crime...*” (NORONHA, 2000, p. 212).

Para adentrarmos propriamente no conceito de partícipe sob a ótica da teoria do domínio do fato, é imperioso lembrar que esta é uma teoria invariavelmente aplicável à autoria. Somente o autor tem o poder de direção do delito, o partícipe para o direito penal, representa um mero colaborador.

Assim, somente ao autor cabe executar o verbo do tipo e dominar finalisticamente a conduta dos demais colaboradores. É dono de sua própria vontade e conduz os demais delinqüentes.

Com as considerações expostas, podemos arregimentar o conceito clássico de partícipe com a teoria do domínio do fato para se chegar a um denominador comum, que se amolde às necessidades do direito penal hodierno. Pois bem, sob o prisma da teoria em testilha, para ser partícipe não basta contribuir para o delito sem incidir em atos executórios, esse conceito precisa ser complementado *com a ausência de domínio do fato*.

Isto porque, poderá ocorrer do indivíduo não incorrer na conduta central do tipo e ser considerado autor do delito, basta que possua o domínio do fato, manifestando decisivamente a sua vontade sob aquele que materialmente

executa o crime. O autor mediato e o intelectual não executam fisicamente o delito, no entanto, por terem o domínio do fato são considerados autores do delito.

Há verdadeira incompatibilidade jurídica entre a figura do partícipe e o domínio do fato, ou o agente terá este domínio e será considerado autor ou não terá domínio algum, e neste caso, será classificado como partícipe. Não existe autor sem domínio do fato, nem partícipe com domínio da situação.

Emprega-se nesse raciocínio a interpretação sistemática, analisando-se o direito material como um todo, englobando todas as suas normas e princípios, interpretando-se o art. 29 do CP conjuntamente com a teoria do domínio do fato.

Somente após esse exercício de hermenêutica chega-se ao moderno conceito de partícipe:

Partícipe é todo aquele que contribui de qualquer forma para a realização do delito, sem contudo, praticar atos executórios e ter o domínio do fato.

Com o devido respeito às opiniões em contrário de renomados autores, entendemos que pelas razões aduzidas a pouco, é imprescindível que ao conceituar partícipe seja frisado a ausência de domínio do fato por parte deste. De acordo com essa nova visão, alguns doutrinadores já modificaram seu ponto de vista, ampliando o conceito de partícipe.

Para finalizar, vejamos agora algumas opiniões de acordo com o novel conceito de partícipe.

Na visão de Ney Moura Teles:

É a conduta acessória, daquele que não possui domínio final da ação, do que não tem qualquer poder de decidir sobre a consumação, interrupção, ou modificação do procedimento típico. Apenas quer, conscientemente e com vontade, contribuir para a realização de um fato típico dominado por outra pessoa (TELES, 2004, p. 219).

Outrossim, José Henrique Pierangeli *apud* Johannes Wessels entende dessa forma, informando que “a participação é, ao contrário, a causa ou a promoção de uma fazer ou de uma omissão alheios, realizadas sem este domínio do fato” (PIERANGELI, 1999, p. 58).

Com distinta sabedoria, o festejado Heleno Cláudio Fragoso, menciona que:

Nos crimes dolosos, a doutrina moderna tem caracterizado como autor quem tem o domínio final do fato, no sentido de decidir quanto à sua realização e consumação, distinguindo-se do partícipe, que apenas cooperaria, incitando ou auxiliando. A tipicidade da ação não seria, assim, decisiva para caracterizar o autor. Necessário seria ter o agente o controle subjetivo do fato e atuar no exercício desse controle (Enrique Cury). Assim, seria autor não apenas quem realiza a conduta típica (objetiva e subjetivamente) e o autor mediato, mas também, por exemplo, o chefe de uma quadrilha que, sem realizar a ação típica, planeja e decide a atividade dos demais, pois é ele que tem, eventualmente em conjunto com outros, o domínio final da ação (FRAGOSO, 1994, p. 253).

CONCLUSÕES

A teoria do domínio do fato representa ainda um segmento praticamente inexplorado pela doutrina e jurisprudência pátria, mas a cada dia vem galgando maior expressividade. Nesse diapasão, não obstante a escassez de material bibliográfico tratando do assunto, pretendeu-se com o presente trabalho dar contornos à referida teoria, principalmente demonstrando a sua utilidade no cotidiano do operador do direito.

Observou-se que a teoria do domínio do fato constitui um complemento à teoria restritiva da autoria albergada pelo Código Penal. Em sendo uma teoria de ordem subjetiva e outra de natureza objetiva, amplia-se o conceito de autor do delito, passando a ser sujeito ativo não apenas o agente que incorre na prática de atos executórios, mas também quem domina finalisticamente à vontade de outrem.

Frisou-se que a autoria mediata e a autoria intelectual constituem formas de exteriorização da teoria do domínio do fato no Código Penal. Sendo asseverado ainda, de forma inovadora, a admissibilidade da autoria mediata nos crimes de mão própria.

No tocante a extensão dos efeitos da teoria em comento às várias espécies de delito, conclui-se pela impossibilidade nos crimes multidinários, omissivos e culposos, pelo fato da presente teoria implicar sempre em uma conduta positiva, prévia, tendente a convencer outrem a delinquir.

Ao tratar da teoria da imputação objetiva, foram sublinhados os pontos comuns com a teoria do domínio do fato, demonstrando-se a perfeita harmonia entre essas duas teorias para se formar um conceito de autor.

Por fim, chegou-se à conclusão de que os conceitos de co-autor e partícipe também sofreram modificações a luz da teoria do domínio do fato. Afirmou-se ser co-autor quem embora distante da realização material do delito, domine finalisticamente a conduta dos demais agentes, por outro lado, partícipe é quem contribui para o crime sem praticar atos de execução ou ter o domínio do fato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**, Parte Geral, v. I, editora Saraiva, 3ª edição, São Paulo, 2003.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**, editora Líber juris, Rio de Janeiro, 1979.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral, v. I, editora Saraiva, 6ª edição, São Paulo, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, 15ª edição, editora Forense, Rio de Janeiro, 1994.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**, editora Revista dos Tribunais, 7ª edição, v. I, São Paulo, 2001.

GALVÃO, Fernando. **Imputação Objetiva**, editora Mandamentos, 2ª edição, Belo Horizonte, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral, editora Impetus, Rio de Janeiro, 2002.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, editora Forense, Rio de Janeiro, 1983.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**, v. I, Parte Geral, 23ª edição, editora Saraiva, 1999.

_____, **A teoria do domínio do fato não tem aplicação aos crimes omissivos**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, ago. 2001. Disponível em: www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm. Acesso em: 02 abr. 2004.

_____, **Imputação Objetiva**, editora Saraiva, São Paulo, 2000.

_____, **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas**, editora Saraiva, São Paulo, 1999.

_____, **Imputação objetiva e ações a próprio risco**. Jus navigandi, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2392>. Acesso em: 12 jul. 2004.

JÚNIOR, Romeu de Almeida Salles. **Curso Completo de Direito Penal**, editora Saraiva, 7ª edição, São Paulo, 1999.

LEAL, João José. **Direito Penal Geral**, editora Atlas, São Paulo, 1998.

LEITÃO, André Studart. **Sujeito ativo no crime de estupro**. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1038>. Acesso em: 02 abr. 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 2ª edição, editora Atlas, São Paulo, 2001.

_____, **Manual de Direito Penal**. 16ª edição, editora Atlas, São Paulo 2000.

NASCIMENTO, José Flávio Braga. **Concurso de Pessoas**, editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 1999.

NAVARRETE, Miguel Polaino. **Derecho Penal: Parte General**, tomo II, v. I, editora Bosch, Barcelona, 2000.

NOGUEIRA, Luciana do Carmo. **O Engasgo Fatal: Homicídio Culposos ou mero fator externo?**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, set. 2002. Disponível em: www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm. Acesso em 22 jul. 2004.

NORONHA, E. MAGALHÃES. **Direito Penal**, v. I, 35ª edição, editora Saraiva, São Paulo, 2000.

_____, **Direito Penal** – Parte especial, v. IV, editora Afiliada, São Paulo, 21ª edição, 1998.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito Penal**. Editora EUD, São Paulo, 2ª edição, 1997.

PIERANGELI, José Henrique. **Escritos Jurídicos-Penais**. 2ª edição, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, v. I, São Paulo, 2002.

RAMOS, Beatriz Vargas. **Do Concurso de Pessoas: Contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal brasileiro**, editora Del Rey, Belo Horizonte, 1996.

ROSA, Fábio Bittencourt. **Direito Penal**, Parte geral, editora Impetus, Rio de Janeiro, 2003.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**, editora Vega, Lisboa, Portugal, 1986.

SPOLANSKY, Norberto Eduardo. et. al. **Nuevas Formulaciones en las ciencias penales**, editora Lerner, Córdoba, Argentina, 2001.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**, Parte Geral, editora Atlas, São Paulo, v. I, 1ª edição, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, Parte Geral, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.