

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**O CONCURSO DE PESSOAS E A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO**

**PÉROLLA HOSANA ROSA SALES**

**Rio de Janeiro  
2018 / 2º SEMESTRE**

**PÉROLLA HOSANA ROSA SALES**

**O CONCURSO DE PESSOAS E A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. César Augusto Rodrigues Costa.

**Rio de Janeiro**

**2018 / 2º SEMESTRE**

## CIP - Catalogação na Publicação

S163c Sales, Perolla Hosana Rosa  
O CONCURSO DE PESSOAS E A TEORIA DO DOMÍNIO DO  
FATO / Perolla Hosana Rosa Sales. -- Rio de  
Janeiro, 2018.  
61 f.

Orientador: César Augusto Rodrigues Costa.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. concurso de pessoas. 2. autoria. 3.  
coautoria. 4. participação. 5. domínio do fato. I.  
Costa, César Augusto Rodrigues, orient. II. Título.

**PÉROLA HOSANA ROSA SALES**

**O CONCURSO DE PESSOAS E A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO**

Monografia de final de curso,  
elaborada no âmbito da graduação em  
Direito da Universidade Federal do Rio de  
Janeiro, como pré-requisito para obtenção  
do grau de bacharel em Direito, sob a  
orientação do Professor Dr. César Augusto  
Rodrigues Costa.

Data da Aprovação: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

**Rio de Janeiro**

**2018 / 2º SEMESTRE**

## **AGRADECIMENTOS**

À gloriosa Faculdade Nacional de Direito, seu corpo docente, direção e administração que, vestidos de azul e amarelo na Central do Brasil, me deram recursos e ferramentas para evoluir nesta longa caminhada.

Ao meu orientador e professor, César Augusto Rodrigues Costa, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube. O Direito Penal foi o meu primeiro amor acadêmico, o mais querido.

Aos meus três melhores amigos, Andressa, Moisés e Sthéfane, pelos mais de 8 anos de amizade profunda e sincera. Apesar de separados por muitos quilômetros, serão sempre meu referencial e donos dos abraços mais apertados. Minas Gerais, Paraná e Santa Catarina para sempre os melhores destinos.

À Escola Sesc de Ensino Médio, meu lugar preferido no mundo, e a todos os seus educadores, pela educação de excelência que me possibilitou ingressar no ensino superior. Agradeço por todos os momentos inesquecíveis, pelas pessoas maravilhosas que me apresentou, pelas vivências e, principalmente, por ter me tornado um ser humano melhor.

Aos meus pais do coração, pelo amor, paciência, incentivo e apoio incondicional.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

## RESUMO

A presente pesquisa busca, primeiramente, o estudo da teoria do domínio do fato frente à teoria geral do concurso de pessoas e sua possível aplicação ao ordenamento jurídico brasileiro. Prevista dentro do instituto do concurso de agentes, a teoria, objeto do presente trabalho, visa elucidar o ponto de vista da autoria nos crimes praticados em concurso de pessoas, seja pelo domínio da ação, pelo domínio da vontade, ou pelo domínio funcional do fato. Serão abordadas questões específicas, com apoio principal na obra do jurista alemão Claus Roxin, "Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal".

**Palavras-chave:** Concurso de Pessoas. Teoria Monista. Teoria Dualista. Teoria Pluralista. Autoria. Coautoria. Teoria do Domínio do Fato.

## **ABSTRACT**

The present research seeks, firstly, the study of the theory of the domain of the fact in front of the general theory of the contest of people and its possible application to the Brazilian legal order. Under the agent competition institute, the theory, object of the present work, aims to elucidate the author's point of view in crimes committed in the contest of people, whether by the domain of action, by the domain of the will, or by the functional domain of the fact. Specific issues will be addressed, with main support in the work of the German jurist Claus Roxin, "Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal".

**Keywords:** People Contest. Theory Monista. Dualist Theory. Pluralist Theory. Authorship. Co-author. Fact domain theory.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2. TEORIAS SOBRE O CONCURSO DE PESSOAS .....</b>	<b>13</b>
<b>2.1. Teoria monista .....</b>	<b>13</b>
<b>2.2. Teoria dualista .....</b>	<b>15</b>
<b>2.3. Teoria pluralista .....</b>	<b>16</b>
<b>2.4. Relevantes apontamentos acerca das teorias .....</b>	<b>17</b>
<b>2.5. Causalidade física e psíquica .....</b>	<b>18</b>
<b>3. A AUTORIA .....</b>	<b>20</b>
<b>3.1. Teorias .....</b>	<b>20</b>
3.1.1. <i>Teoria unitária de autor .....</i>	<i>21</i>
3.1.2. <i>Teoria extensiva de autor .....</i>	<i>23</i>
3.1.3. <i>Teoria restritiva de autor .....</i>	<i>24</i>
3.1.3.1. Teoria objetivo-formal.....	26
3.1.3.2. Teoria objetivo-material .....	27
3.1.4. <i>Teoria do domínio do fato .....</i>	<i>28</i>
<b>3.2. Autoria imediata.....</b>	<b>29</b>
<b>3.3. Autoria colateral.....</b>	<b>30</b>
<b>3.4. Autoria incerta.....</b>	<b>31</b>
<b>3.5. Autoria desconhecida .....</b>	<b>32</b>
<b>4. A COAUTORIA E A PARTICIPAÇÃO.....</b>	<b>34</b>
<b>4.1. A coautoria.....</b>	<b>34</b>
<b>4.2. A participação.....</b>	<b>36</b>
4.2.1. <i>Teorias quanto à punição do partícipe .....</i>	<i>38</i>
4.2.2. <i>A participação de menor importância.....</i>	<i>39</i>
4.2.3. <i>A participação em crime menos grave .....</i>	<i>40</i>



4.3. Distinção entre coautoria e participação.....	41
<b>5. A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO .....</b>	<b>45</b>
5.1. Espécies de domínio.....	47
5.1.1. Domínio da ação .....	47
5.1.2. Domínio da vontade .....	49
5.1.3. Domínio funcional do fato.....	50
5.2. Casos de exclusão.....	52
5.2.1. Crimes culposos.....	53
5.2.2. Crimes omissivos.....	54
5.3. Orientação do código penal .....	55
<b>6. CONCLUSÃO.....</b>	<b>58</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>60</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A parte especial do Código Penal brasileiro, bem como a legislação complementar, apresenta a maioria dos tipos penais sendo praticáveis por um só agente, são os chamados crimes monossubjetivos. Em contrapartida, há os crimes plurissubjetivos, quais sejam aqueles que apenas podem ser praticados em concurso de pessoas.

A partir disso surge a problemática no que tange o concurso de pessoas, que poderá se apresentar na forma de autoria mediata, autoria colateral, autoria incerta, coautoria, participação, dentre tantas outras.

O presente trabalho fará uma apresentação essencialmente doutrinária acerca do concurso de pessoas e da teoria do domínio do fato, criado em 1939 por Claus Roxin, contribuindo no sentido de aclarar um dos pontos mais complexos do estudo do concurso de pessoas para a prática de crime: a distinção entre autoria e participação no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir de critérios dogmáticos, o presente trabalho busca, em resumo, apresentar critérios dogmáticos seguros e sistematizados para adequadamente delimitar a autoria e consequentemente distinguir autoria e participação no estudo do concurso de pessoas para a prática de crime.

A análise será focada na teoria do domínio do fato, muito embora seja apresentada toda a estrutura do concurso de agentes, das teorias sobre o concurso de pessoas até uma análise mais profunda das espécies de domínio do fato.

Independentemente das críticas que envolvem a teoria do domínio do fato, busca-se ratificar seu reconhecimento no direito penal moderno, entendendo que, atualmente, os crimes são também cometidos por diversos agentes, porém há um que detém o domínio de toda a empreitada criminosa.

O primeiro capítulo abordará o concurso de pessoas a partir de suas teorias, quais sejam: a teoria monista, a teoria dualista e a teoria pluralista. A partir disso, serão feitos

apontamentos acerca das referidas teorias, fundamentados no Art. 29 do Código Penal brasileiro, bem como tratada a relação de causalidade física e psíquica na realização da infração penal.

No segundo capítulo, passaremos a desenvolver criticamente as principais teorias da autoria que precederam a teoria do domínio do fato, quais sejam as teorias unitária, extensiva e restritiva, e também suas espécies, iniciando em autoria imediata, passando pelas autorias colateral e incerta e encerrando o capítulo abordando a autoria desconhecida, tudo com base nos entendimentos de alguns dos mais ilustres doutrinadores.

O terceiro capítulo, por sua vez, versará sobre a coautoria e a participação. Neste, serão expostos, respectivamente, os conceitos de coautoria e participação, da mesma maneira que feitas as reflexões no que tange sua distinção. Igualmente, serão abordadas as teorias no que diz respeito à punição do partícipe, a participação de menor importância e a participação em crime menos grave.

No quarto e último capítulo, apresentaremos o desenvolvimento analítico da teoria do domínio do fato a contar de sua origem, ainda na primeira metade do século XX, até os dias atuais. Essa teoria merecerá especial destaque em razão de ser a teoria abraçada como critério de definição da autoria e da diferenciação entre autoria e participação, como também em decorrência da imensa aceitação de nossa doutrina e jurisprudência a essa teoria.

A teoria do domínio do fato, segundo a concepção do Roxin, por sua importância, também será abordada. Considerada absolutamente autêntica e muito bem sistematizada, inaugurou uma nova era na história da teoria do domínio do fato.

Não menos importante, serão apontadas as espécies de domínio do fato, quais sejam: o domínio da ação, o domínio da vontade e o domínio funcional do fato, os casos de exclusão e a orientação trazida pelo Código Penal brasileiro, principalmente a partir da Reforma de 1984.

Nosso assentimento à teoria do domínio do fato de Roxin se dá especialmente em razão da coerência lógica e da bem constituída sistematização da referida por esse autor. Em contrapartida, será demonstrada a total compatibilidade entre a teoria do domínio do fato de

Roxin e a regulamentação da autoria prevista em nosso Código Penal, uma vez que é uma teoria restritiva da autoria.

Em suma, é esse o trabalho, constituído, eminentemente, em pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e análise de textos, que será apresentado para a apreciação como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

## 2. TEORIAS SOBRE O CONCURSO DE PESSOAS

Para que se considere que um crime ocorreu em concurso de pessoas não é necessário que as partes, necessariamente, combinem para agir conjuntamente, mas uma delas deve ter a consciência de que concorre em parte na realização da conduta delituosa.

Tem-se, portanto, o concurso de pessoas quando, para o cometimento de uma mesma infração penal, é verificada a união de duas ou mais pessoas.

O problema que se tem discutido arduamente é se, nesses casos, a conduta praticada em concurso constitui um ou vários delitos. Existem três teorias a respeito da natureza jurídica do concurso de pessoas: pluralística, dualística e monística.

Estas teorias procuram explicar se o fato típico praticado por duas ou mais pessoas constituirá em um único crime ou vários, considerando que se exige para a configuração do concurso a pluralidade de agentes e a diversidade de condutas, o que será demonstrado a seguir.

### 2.1 Teoria monista

Conhecida também como unitária, defende que o crime mesmo que tenha sido cometido em concurso de várias pessoas, permanece impartível e uno. Neste caso, não haverá a distinção entre as várias categorias de pessoas como (autor, instigador, partícipe etc.), sendo todos classificados como autores (ou coautores) da infração penal cometida.

Esse é o posicionamento do Código Penal de 1940 ao instituir no Art. 29<sup>1</sup>, caput, que diz: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Pode-se, por conseguinte, afirmar pela redação do caput que a atuação de autor e coautores resulta na prática de um crime único, e todo aquele que concorre para ele é considerado seu autor, devendo suportar a mesma sanção oponível aos demais.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Código Penal (1941). **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Publicado na D.O.U. de 31.12.1940 e retificado no D.O.U de 03.01.1941.

Cezar Roberto Bitencourt explica esta teoria nos seguintes termos:

“Essa teoria não faz qualquer distinção entre autor e partícipe, instigação e cumplicidade. Todo aquele que concorre para o crime causa-o em sua totalidade e por ele responde integralmente. Embora o crime seja praticado por diversas pessoas, permanece único e indivisível. O crime é o resultado da conduta de cada um e de todos indistintamente”.

Esse apontamento surge a partir da teoria da equivalência das condições imprescindíveis à produção do resultado. Não obstante, o conceito súpero dessa teoria é político-criminal, que tem preferência em punir igualmente todos os que participam de uma mesma infração penal.

A crítica trazida a esse posicionamento deriva não só da complexidade de se determinar a realidade da “equivalência das condições”, abundantemente discutível, como das próprias exceções da lei que estabelece além da adoção do princípio unitário, algumas causas de agravamento e atenuação da pena.

Ante essa perspectiva, o legislador procurou regras assertivas para adaptar seus rigores, fazendo distinção entre a punibilidade de autoria e participação.

Cezar Roberto Bitencourt<sup>2</sup> afirma na mesma percepção:

“[...] teoria monista ou unitária foi a adotada pelo Código Penal de 1940 e segundo ela, não haveria qualquer distinção entre autor, partícipe, instigação e cumplicidade. Assim, todo aquele que concorresse para a prática do crime responderia por ele integralmente. Com a reforma penal de 1984, ela permaneceu acolhida pelo sistema brasileiro, entretanto, estabeleceram-se diferentes níveis de participação, de modo que todos os agentes responderiam pelo mesmo crime, mas na medida individual da sua culpabilidade, conforme prescreve o artigo 29, caput do Código Penal.”

Isto é, todos aqueles que concorrem para certo resultado criminoso incorrem em idêntico crime, havendo, contudo, causa de diminuição a ser aplicada na fase de dosimetria da pena.

Sobre a Reforma Penal de 1984, Bitencourt escreve:

---

<sup>2</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. I.

“[...] adotou, como regra, a teoria monista, determinando que todos os integrantes de uma infração penal incidem nas sanções de um único e mesmo crime e, como exceção, a concepção dualista, mitigada, distinguindo a atuação de autores e partícipes, permitindo uma efetiva dosagem de pena de acordo com a efetiva participação e eficácia causal da conduta de cada partícipe, na medida da culpabilidade perfeitamente individualizada. Os parágrafos do art. 29 aproximaram a teoria monista da teoria dualística ao determinar a punibilidade diferenciada da participação”.

Segundo Guilherme de Souza Nucci<sup>3</sup>, a expressão “na medida da sua culpabilidade” tem por meta “diferençar o coautor do partícipe, propiciando ao juiz que aplique a pena conforme o juízo de reprovação social que cada um merece, em respeito ao princípio da individualização da pena”.

A referida teoria é uma ampliação do princípio da igualdade. Por impulso da teoria monista, se o crime é tido como tentado para um coautor, não pode o outro ser responsabilizado por crime consumado.

Desse modo, imputar o delito consumado para um e tentado para outro significa menosprezar a igualdade. Nesta teoria, todos que concorrem para o mesmo crime devem receber tratamento igual no que diz respeito à natureza jurídica desse fato, diferentemente da teoria dualista, onde haverá dois crimes.

## 2.2 Teoria dualista

Segundo a teoria dualista, existe um delito único entre os autores e outro entre os partícipes. Quando houver mais de um agente, com diversidade de conduta, provocando um resultado, deve-se separar os coautores e partícipes, sendo que cada "grupo" responderá por um delito.

A referida teoria afirma que quando acontecem condutas criminosas efetuadas em concurso, existem dois crimes: um para aqueles que realizam a atividade principal propriamente dita descrita no ordenamento jurídico, chamados de autores, e outro para aqueles que criam uma atividade secundária no crime, contudo, sem conformar a sua conduta

---

<sup>3</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

com o verbo nuclear descrito no tipo objetivo, são os chamados partícipes.

Desta forma, a conduta principal é realizada pelos autores durante a fase executória que constitui o tipo de autoria, enquanto os partícipes se juntam ao plano criminoso participando da fase preparatória do crime ou mesmo na executória com conduta de menor importância (secundária).

Na mesma linha de raciocínio afirma Cezar Roberto Bitencourt<sup>4</sup>:

“A teoria dualística há dois crimes configurados, um para os autores que praticam a conduta típica prevista no sistema jurídico, e outro para os partícipes, que desenvolvem atividades secundárias. A teoria não se sustenta, porque o crime continua sendo um só e há casos em que a atuação do partícipe tem mais relevo do que a do autor.”

Essa teoria não é adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, traz com ela a separação entre as várias espécies de pessoas (instigador, autor, coautor, etc.) dependendo da conduta praticada para a incidência do tipo penal.

### 2.3 Teoria pluralista

De acordo com essa teoria, existirão tantos crimes quantos forem os agentes, ou seja, para cada agente haverá um crime, ou seja, a pluralidade de agentes corresponde a pluralidade de crimes.

Guilherme de Souza Nucci<sup>5</sup>, com relação a essa teoria, indica que o código penal, adota-a, como exceção, ao disciplinar o aborto<sup>6</sup>, fazendo com que a gestante que consinta a prática do aborto em si mesma responda como incurso no art. 124 do código penal<sup>7</sup>, enquanto o agente provocador do aborto, em lugar de ser coautor dessa infração, responda como incurso no art. 126 do referido código, o mesmo procedimento ocorre na corrupção ativa e passiva.

<sup>4</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. I.

<sup>5</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

<sup>6</sup> Incorre na pena de um a três anos de detenção: quem “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque”.

<sup>7</sup> BRASIL. Código Penal (1941). **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Publicado na D.O.U. de 31.12.1940 e retificado no D.O.U de 03.01.1941.



A referida teoria, também é chamada de subjetiva ao passo que acontece pluralidade de agentes e também de crimes. Cada um dos agentes envolvidos corresponde a uma conduta própria, a um elemento psicológico próprio, a um resultado igualmente particular, concluindo-se que cada um responde por um delito próprio e punível em harmonia com seu significado antissocial.

A Teoria pluralista nos diz que deve haver o fracionamento, isto é, a divisão das condutas e ações criminosas.

Contudo, falha a referida teoria ao indicar que as condutas de cada um dos agentes envolvidos na infração penal não devem ser consideradas autônomas, visto que concorrem para uma ação única com objetivo e resultado comum.

Um exemplo dessa teoria seria um crime de roubo<sup>8</sup> com vários agentes, no caso em questão não há vários crimes de roubo, ou "crime de concurso", mas sim de um único crime que para a sua execução contou com a intervenção de outros agentes, produzindo um resultado só.

#### **2.4 Relevantes apontamentos acerca das teorias.**

O art. 29 do Código Penal<sup>9</sup> brasileiro dispõe: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.”

Em um primeiro instante, em decorrência do exposto, é conservada a posição da lei vinculada a teoria monista aplicando que só há um crime e que todos os participantes se responsabilizam por ele, recaindo na mesma pena abstratamente fixada.

Contudo, ao reputar o aprazer parcial da teoria monista e as resoluções reconhecidamente injustas, o legislador buscou novos regramentos para fazer distinção entre a autoria e a participação.

---

<sup>8</sup> Incorre na pena de quatro a dez anos de reclusão e multa quem: “Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”.

<sup>9</sup> BRASIL. Código Penal (1941). **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Publicado na D.O.U. de 31.12.1940 e retificado no D.O.U de 03.01.1941.

Enquanto a manutenção da teoria monista se coloca de forma exigente tendo certeza de segurança e de justiça, a culpabilidade pondera a dosagem que se deve fazer na aplicação da pena para aqueles que praticam o crime.

Determina-se no art. 29, caput, que todos os que forneceram causa ao resultado se responsabilizam por este, mas as exceções desse dispositivo e do § 2º determinam a averiguação quanto a cada um dos concorrentes do elemento subjetivo do crime (dolo ou culpa) e da censurabilidade da conduta. Nessas ressalvas, a lei aponta potencialmente para a teoria dualista, fazendo diferenciação entre os institutos de coautoria da participação.

Vale salientar, aliás, que o código já determinava exceções ao princípio unitário na parte especial. Logo, no aborto consentido, por exemplo, o provocador do resultado pratica crime mais grave que a gestante.

## **2.5 Causalidade física e psíquica**

No que diz respeito ao concurso de pessoas, a legislação penal não diferencia, entre os vários agentes de um crime específico, quem concorreu primeiro para a realização da infração, respondem todos aqueles que participaram para sua efetivação. A causalidade psíquica de compartilhar no concurso de agentes segue a causalidade física que é o nexo causal.

O direito penal brasileiro adota a teoria da equivalência das condições<sup>10</sup>, que não faz distinção entre causa e condição na produção de um crime determinado.

Quando a legislação definiu que “aquele que de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a estes cominadas”, a magnitude desse escrito deve ser entendida e deve-se perceber em correlação com a causalidade material e psíquica, visto que quem concorre para o delito responde pela sua consequência. Contudo, não havendo vínculo subjetivo ou o nexo causal, não há como falar em concurso eventual de pessoas.

---

<sup>10</sup> Teoria relativa à relação de causalidade material entre a ação e o resultado; considera como antecedente do resultado (mas distingue entre causa e condição) tudo o que, de qualquer forma, concorre para o evento. O mesmo que equivalência das causas.

Então, cita-se como forma de ilustração o exemplo o caseiro que tendo como objetivo favorecer a prática de um furto na casa de praia do seu patrão, deixa a porta da frente propositalmente aberta, mas, o criminoso, usando uma chave falsa, efetua o furto entrando pela porta dos fundos. Outra hipótese é o mesmo caseiro, de forma negligente, deixa aberta a porta da casa durante a madrugada, favorecendo, inconscientemente o crime de furto<sup>11</sup>.

Inicialmente, a conduta do caseiro não serve ao criminoso, pois não teve eficácia causal. Posteriormente, a atuação do caseiro teve eficácia causal, contudo, faltou o elemento subjetivo, de vez que não adotou de forma voluntária e conscientemente a ação do criminoso, não sendo, portanto punido em nenhum dos casos, a conduta do caseiro.

Abordadas as teorias monista, dualista, pluralista, feitos seus relevantes apontamentos, bem como debatida a causalidade física e psíquica, partamos às teorias acerca da autoria no concurso de pessoas.

---

<sup>11</sup> Incorre na pena de um a quatro anos de reclusão e multa quem: “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”.

### 3. A AUTORIA

O Concurso de Pessoas, também conhecido como codelinquência, concurso de agentes ou concursos de delinquentes, versa acerca da cooperação desenvolvida por várias pessoas para o cometimento de uma infração penal, conforme assegura o professor Guilherme de Souza Nucci<sup>12</sup>.

Ademais, o Concurso de Pessoas adquiriu esta denominação após a Reforma Penal de 1984, uma vez que antes era conhecida como “coautoria”. De acordo com Fernando Capez<sup>13</sup>, a referida mudança é bem mais adequada, visto sua abrangência, ao passo que englobou tanto a coautoria quanto a participação.

Percebe-se, no bojo deste assunto, o destaque da autoria por apresentar conceito amplamente discutido na doutrina. O conceito de autoria comporta três posições, são elas: a Teoria Unitária, Teoria Extensiva e a Teoria Restritiva. Com isso, é possível afirmar que é um conteúdo que gera certa divergência entre os estudiosos.

Ainda sobre o conceito de autoria, este pode adentrar todos os participantes do delito quando se parte de um sistema uni autoral. Outrossim, é possível também que se limite à conduta dos principais agentes, caso se inicie a partir de um sistema que haja uma distinção de autor.

Neste trabalho será a autoria abordada tanto como conceito restrito, seguindo os moldes do sistema diferenciador adotado pela Reforma Penal de 1984, quanto será debatida a partir de um conceito unitário, trazido pelo Código Penal de 1940<sup>14</sup>.

#### 3.1 Teorias

As características fundamentais da diferenciação de autor se dão pela adoção do

---

<sup>12</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

<sup>13</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, legislação penal especial**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. IV.

<sup>14</sup> BRASIL. Código Penal (1941). **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Publicado na D.O.U. de 31.12.1940 e retificado no D.O.U de 03.01.1941.

princípio de acessoriedade da participação, pois este princípio nos fará compreender a participação como uma intervenção secundária na qual sua punibilidade é estabelecida em função de algumas características da atuação do autor.

Nesse sentido, Bockelmann<sup>15</sup> afirma que a participação é “necesariamente, asesoría, es decir, dependiente de la existencia de un hecho principal. Esa accesoriedad no es 'producto de la ley', ella está en la naturaleza misma de la cosa. Complicidad e instigación presuponen conceptualmente 'algo' al cual se prestan”.

Ademais, adotar o mencionado princípio leva à imprescindibilidade de delimitar critérios de diferenciação entre as condutas de autoria e participação.

Com isso, cumpre notar que a autoria, dentro de um sistema diferenciador, não pode se circunscrever àquele que pratica, de modo pessoal e direto, a configuração delituosa. Porquanto, deve abranger aquele que serve como apetrecho, o denominado autor mediato, que será apresentado mais adiante.

Da mesma forma, existe a possibilidade de mais de um indivíduo praticar a mesma infração delitiva, não levando em consideração a colaboração na atividade criminosa de outrem. Outrossim, é possível que o indivíduo de modo voluntário e consciente apoie na ação criminosa, realizando atos de execução.

Portanto, diante de todas as hipóteses mencionadas, faz-se, nesse momento, necessária uma análise mais minuciosa das teorias que serão apresentadas a seguir.

### *3.1.1 Teoria unitária de autor*

A Teoria Unitária é a mais antiga a abordar o sujeito ativo com o fato, ou seja, a estudar o autor que fornece a contribuição causal para a produção do tipo legal.

Assim, ao aprofundar ao conceito, nota-se que não há a mínima relevância em distinguir partícipe e autor, posto que este, por sua vez, caracteriza-se por todo e qualquer causador do

---

<sup>15</sup> BOCKELMANN, Paul; VOLK, Paul. **Direito penal parte geral**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

resultado típico. Desta maneira, todos os agentes são considerados autores.

Nesse cenário, a teoria da *conditio sine qua non* se faz presente, posto que qualquer contribuição, seja subjetiva ou objetiva, maior ou menor, para o resultado é considerada sua causa, sem diferenciar o tipo de injusto.

Este era o entendimento trazido pelo Código Penal Brasileiro de 1940<sup>16</sup>, mas hoje não é mais adotado, bem como não é usado em países como Espanha e Alemanha.

A Alemanha, no que lhe concerne, adota a corrente unitária para os crimes culposos. Em contrapartida, a Itália frui de tal concepção punindo do mesmo modo todos que concorrem para o crime.

Ao passo que essa teoria apresenta uma facilidade de aplicação da lei penal ao caso concreto, traz, em contrapeso, o grave risco de considerar qualquer contribuição causal como autoria.

Nesse sentido, verifica-se que há uma pluralidade de possíveis injustiças ao afirmar que todo indivíduo que coopera para o delito é o autor. Exemplo: farmacêutico que vende substância abortiva seria autor de auto aborto.

Fernando Capez<sup>17</sup> se posiciona de forma contrária teoria, haja vista a injusta equiparação entre partícipe e autor, conforme:

“O conceito unitário deve ser rechaçado de plano, pois não se pode equiparar aquele que realiza a conduta principal com o que coopera acessoriamente, como se ambos tivessem igualmente dado causa ao crime. Quem empresta a faca não está no mesmo patamar de quem desfere os golpes”.

Conforme descrito acima, o nobre doutrinador se faz contrário a essa teoria por colocar no mesmo patamar, os partícipes, autores e coatores do crime, independentemente de como concorreram para a execução do ato ilícito.

---

<sup>16</sup> BRASIL. Código Penal (1941). **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Publicado na D.O.U. de 31.12.1940 e retificado no D.O.U de 03.01.1941.

<sup>17</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, legislação penal especial**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. IV.

No mesmo sentido posiciona-se Zaffaroni<sup>18</sup>, o qual entende que o art. 29 do Código Penal vigente ao estabelecer que “quem de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”, não busca afirmar que todos os que concorrem para o crime sejam autores.

Zafforini<sup>19</sup> compreende que aqueles que concorrem para a prática delituosa estão sujeitos à mesma pena base, sendo responsabilizados de acordo com o grau de reprovabilidade, legal e social, de sua conduta.

A partir da análise da teoria unitária de autor, nota-se a impossibilidade de alcançar a justiça com uma teoria que busca a punição igual para diferentes contribuições. Diante disso, faz-se necessária a discussão de outras teorias, as quais serão descritas a seguir.

### *3.1.2 Teoria extensiva de autor*

A Teoria Extensiva foi idealizada por Leopold Zimmerl fazendo parte da doutrina alemã da década de 30, sendo responsável pelo início do conceito extensivo de autor a partir do momento em que diferenciou do conceito restritivo.

A citada teoria tem como base a teoria da equivalência dos antecedentes (*conditio sine qua non*) e se assemelha à Teoria Unitária, já que também não faz diferença entre autor e partícipe. Em outras palavras, afirma que é considerado autor todo o agente que colabora com alguma causa para o resultado. Todavia, a doutrina alemã havia noção dos preceitos legais a participação no delito, tratando distintamente da autoria.

Destarte, mais moderada que a Teoria Unitária, tal concepção admite as causas de diminuição de pena, denotando diferentes graus de autor. A partir deste momento aparece o conceito de cúmplice. Isto é, aquele que contribuiu com a prática delitiva, mas com menor efetividade no fato.

---

<sup>18</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro. Parte geral.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>19</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro. Parte geral.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Nessa ótica, Cezar Roberto Bittencourt<sup>20</sup> diferencia autor e cúmplice nessa corrente, da seguinte forma:

“Segundo essa teoria, é autor quem realiza uma contribuição causal ao fato, seja qual for seu conteúdo, com “vontade de autor”, enquanto é partícipe quem, ao fazê-lo, possui unicamente “vontade de partícipe”. O autor quer o fato como “próprio”, age com o animus auctoris; o partícipe quer o fato como “alheio”, age com animus socii”.

Portanto, mesmo que não faça distinção entre autoria e participação, a Teoria Extensiva aceita uma autoria mitigada, aplicando as causas de redução de pena, passando a existir a figura do autor e a do cúmplice.

Apesar de existir a figura do cúmplice nesta teoria, Fernando Capez afirma que esta tem o mesmo vício que a Teoria Unitária, conforme:

“A teoria extensiva padece do mesmo vício e tenta remediar a injusta equiparação unitária, com um subjetivismo perigoso: todos são autores, mas, no caso concreto, se uma conduta não se revelar tão importante, aplica-se uma causa de diminuição de pena”.

Essa deficiência na diferenciação entre autor e cúmplice, apesar de poder ser considerada um avanço em relação à Teoria Unitária de Autor, não é suficiente para que possa chegar à diferenciação delitiva dos agente de forma justa e inibitória dos crimes.

Pelos motivos acima descritos, temos que, para chegar à justiça desejada, deve-se individualizar completamente a condutada de cada um dos agentes que participaram do crime, sendo explanadas nos próximos tópicos cada uma dessas teorias.

### *3.1.3 Teoria restritiva de autor*

A teoria restritiva do autor foi aderida pelo Código Penal<sup>21</sup> Brasileiro, havendo diferenciação do autor e do partícipe, sendo ambos distinguidos pela prática ou não dos atos previstos no tipo delituoso.

---

<sup>20</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. I.

<sup>21</sup> BRASIL. Código Penal (1941). **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Publicado na D.O.U. de 31.12.1940 e retificado no D.O.U de 03.01.1941.



Entende-se que, para ser autor, o indivíduo tem que concorrer para a realização do crime, praticando elementos do tipo.

O coautor, sob a ótica de Capez<sup>22</sup>, é o agente que, em colaboração recíproca, visa ao mesmo fim e coopera com outrem para a consumação da conduta principal. Ou seja, a coautoria é o cometimento comunitário de um fato punível mediante uma atuação conjunta consciente e desejada.

Já o partícipe é o agente que contribui, de qualquer maneira, para a realização de um crime sem a promoção de elementos do tipo.

Esta teoria se divide em três formas: teoria objetivo formal, pela qual o autor é quem executa totalmente ou parcialmente os atos considerados típicos da conduta, e todos os demais concorrentes do fato seriam os chamados partícipes (indutores ou cúmplices); teoria objetivo material, caracterizada pela diferenciação do autor e do partícipe, tendo como base a maior ou menor contribuição do agente na prática da conduta típica; e teoria do domínio do fato.

Neste sentido, tem como definição por Cezar Roberto Bitencourt<sup>23</sup> o conceito restritivo do autor:

“O conceito restritivo de autor, por sua vez, tem como ponto de partida o entendimento de que nem todos os integrantes do crime são os autores. Além disso, compreende-se que somente é autor quem realiza a conduta típica descrita na lei, isto é, apenas os autores (ou coautores) são quem desempenham o verbo núcleo do tipo penal: matar, subtrair, falsificar etc. Sob essa perspectiva, os tipos penais da Parte Especial devem ser interpretados de forma restritiva, pois, ao contrário do conceito extensivo de autor, nem todo aquele que interpõe uma causa realiza o tipo penal. As espécies de participação, instigação e cumplicidade, somente poderão ser punidas, nessa acepção, através de uma norma de extensão, como ‘causas de extensão da punibilidade’, visto que, por não integrarem diretamente a figura típica, constituiriam comportamentos impuníveis”.

Sendo assim, concretizada a conduta típica, a sua distinção é certa, a fim de favorecer a sua execução. Entretanto, a conduta do indivíduo é tida claramente como típica, tendo assim,

---

<sup>22</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, legislação penal especial**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. IV.

<sup>23</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. I.

a necessidade de especificação do legislador em vislumbrar se as formas de participação são “tipicamente relevantes e puníveis”.

Fernando Capez em sua obra Curso de Direito Penal Parte Geral, aduz:

“[...] motorista imprudente atropela e mata um pedestre. Ele é o autor, pois foi ele quem matou a vítima. O acompanhante que, ao lado, o excitava, instigando-o a imprimir maior velocidade, é o partícipe. Convém notar que nenhum deles detinha o domínio final do fato”.

Deduzindo desta forma, há a necessidade de desenvolvimento de dispositivos que facilitem a identificação da conduta do autor, fazendo com que haja a distinção das formas de sua participação, firmando que este conceito tem a necessidade de uma complementação por uma nova teoria de participação.

#### 3.1.3.1 Teoria objetivo-formal

Mesmo sem negar a relevância do elemento causal, são destacadas as características exteriores do agir, ou seja, a conformação da ação com o que foi descrito na forma do tipo penal. Esta teoria se atém à sua literalidade em que a sua definição legal define o autor, aquele cujo o comportamento se adequa ao fato descrito pela conduta típica e, como partícipe, o agente que produz algum tipo de contribuição causal ao fato.

Esta teoria foi bem aceita até meados do século XX, mas foi francamente criticada, tanto na Alemanha quanto na Espanha, por apresentar um excesso de formalidade com que identificava a conduta do autor.

Apesar de indicar que a autoria refere-se à realização dos elementos do tipo, a citada teoria não foi capaz de evidenciar que elemento material do tipo (especialmente nos delitos de resultado) e como há a identificação da conduta do autor, frente às contribuições causais constitutivas de mera participação.

Além disso, a versão clássica da teoria objetivo-formal era criticada, pois a partir de suas premissas não foi possível entendê-la de maneira satisfatória a maneira pela qual a conduta do coautor e do autor mediato se adequavam na descrição típica.

Com efeito, estes não realizam, por si só, todos os elementos do tipo. Cada coautor realizaria somente parte da ação executória, e o autor mediato seria o instrumento de quem tem a sua atuação diretamente.

Portanto, foi necessário buscar outro critério capaz de não só de identificar a conduta de autor do tipo delitivo, mas, também, de explicar as diferentes formas de autoria (direta, coautoria e autoria mediata).

Ademais, aduz, na sua obra Tratado de Direito Penal, Cezar Roberto Bitencourt<sup>24</sup> que:

“Esta teoria, por seu apego exacerbado a descrição legal do tipo, ao definir autor, mostrou-se insuficiente para esse desiderato, posto que os tipos, nem sempre, descrevem o injusto da ação com clareza, dificultando, sobretudo, nos crimes materiais, a distinção entre autor e partícipe”.

Por fim, entende-se que esta teoria não tem uma devida aplicabilidade em nosso sistema penal, pois quando há a dificuldade em definir quem executou parte do elemento do tipo, não há o que se falar em punibilidade justa.

### 3.1.3.2 Teoria objetivo-material

Os tipos penais não descrevem claramente quem é o injusto da ação, restando dificultada a sua distinção no sentido de saber quem é o autor e quem é o partícipe, especificamente nos crimes em que se encontram o resultado.

Esta teoria, através imensuráveis compreensões, procurou suprir as imprecisões da teoria objetivo-formal, considerando a maior periculosidade que caracteriza a contribuição do autor em comparação com a contribuição do partícipe, ou a maior magnitude material de sua contribuição causal do autor em relação a contribuição do partícipe, ou ainda a imensurável importância objetiva de contribuição de cada agente (autor e partícipe).

Consequentemente, a desconsideração do aspecto subjetivo e a tentativa de estabelecer

---

<sup>24</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. I.

diferenças objetivo-materiais com base na causalidade fizeram com que esta teoria percesse.

Ademais, a dificuldade de distinção da causa e condição ou mesmo de a dificuldade de distinguir causas mais ou menos relevantes fizeram com que a doutrina alemã abandonasse a teoria objetivo material e pudesse adotar definitivamente a teoria restritiva de autor, sob o aspecto formal objetivo.

Na ótica de Cezar Roberto Bitencourt<sup>25</sup>:

“A teoria restritiva de autor, mesmo complementada com a teoria objetiva da participação não contempla a figura do autor mediato e, eventualmente, casos de coautoria em que não haja uma contribuição importante”.

Ante a menção do referido doutrinador, conclui-se que esta teoria não é cabível, pois a dificuldade em identificar o sujeito dito como injusto da ação torna-se prejudicada na forma em que um ente eventualmente pudesse realizar a forma necessária para manter a integridade social e de segurança de sua sociedade.

### *3.1.4 Teoria do domínio do fato*

Baseia-se na teoria restritiva, adotando um critério objetivo-subjetivo, sendo o autor aquele que tem o controle final do fato, isto é, aquele que administra toda a atitude delituosa, desde a prática até a interrupção e as circunstâncias.

Assim, pouco importa se o agente pratica ou não o verbo descrito no tipo legal, pois o que definitivamente é levado em consideração pela lei é o controle de todos os atos, do início da execução até a produção de resultado.

Portanto, o mandante do crime apesar de não efetuar a ação típica deve ser considerado autor. Isto porque o mandante tem o absoluto domínio da ação até a consumação, uma vez que infere na prática delitiva.

Nesse âmbito, Fernando Capez<sup>26</sup> argumenta no mesmo sentido, afirmando que o ato de

---

<sup>25</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. I.

planejar, em si, já define o autor “intelectual” como autor, como pode ser notado:

“[...] o chamado “autor intelectual” de um crime é, de fato, considerado seu autor, pois não realiza o verbo do tipo, mas planeja toda a ação delituosa, coordena e dirige a atuação dos demais. É também considerado autor qualquer um que detenha o domínio pleno da ação, mesmo que não a realize materialmente”.

Por conseguinte, em contrapartida ao conceito de autor, partícipe é quem, sem um domínio próprio do fato, ocasiona ou de qualquer forma instiga, como “figura lateral”, o seu cometimento. Portanto, autor é quem promove a ação, tendo o inteiro poder sobre a produção do resultado, haja vista que partícipe é um mero concorrente acessório.

Destaca-se tal teoria na Alemanha, visto que, atualmente, é a corrente dominante por ter a base no finalismo, considerando que o autor detém o controle final do fato. Assim, encontra-se entre extensiva e o critério formal-objetivo, conforme a combinação dos elementos objetivos com subjetivos, como resultado uma teoria objetivo-subjetiva.

### 3.2 Autoria imediata

Consiste na forma que o próprio agente realiza a conduta delitiva prevista na normal penal, isto é, na forma que o agente executa pessoalmente os elementos previstos no tipo penal, sem a utilização de terceiro para a consumação do delito.

Desta forma, esta modalidade de autoria também incide quando o agente utiliza de um animal para a execução do fato delituoso. Sendo assim, a execução do fato é tem a aparência de ter sido realizada pelo próprio agente, como por exemplo: Um indivíduo sabendo da agressividade dos seus cachorros, leva a vítima até o local em que ficam os cães, que brutalmente atacam a pessoa, vindo a óbito. Nesse caso, o agente tem a autoria na ação, apesar de os animais terem efetivamente matado o sujeito.

Neste sentido, observamos o art. 121 do Código Penal<sup>27</sup> Brasileiro, que atribui ao indivíduo que matar alguém a pena de reclusão de seis a vinte anos.

---

<sup>26</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, legislação penal especial**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. IV.

<sup>27</sup> BRASIL. Código Penal (1941). **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Publicado na D.O.U. de 31.12.1940 e retificado no D.O.U de 03.01.1941.

No que tange ao citado artigo, tem-se a conduta (matar alguém) prevista no código penal como delito e, sendo consumado em caso concreto, haverá o agente que o pratica.

A autoria imediata encaixa neste caso, já que o ato é praticado pessoalmente pelo executor do crime, sendo ele único e próprio na consumação do tipo penal, diferentemente do que se apresenta na autoria colateral.

### 3.3 Autoria colateral

A autoria colateral é caracterizada quando no mínimo duas pessoas ignoram entre si a conduta do outro e efetuam condutas convergentes buscando o mesmo objetivo, qual seja a execução de atividade ilícita. É o realizar comum entre os diversos agentes, sem que haja reciprocidade consensual na iniciativa criminosa que configura a autoria colateral.

A ausência do vínculo subjetivo entre os intervenientes é o núcleo que caracteriza a autoria colateral. Na autoria colateral não é a adesão à finalidade criminosa comum o que não existe, mas sim o animus dos participantes, individualmente considerado, que estabelece os limites da responsabilidade jurídico-penal dos autores.

A autoria colateral, em suma, ocorre quando duas ou mais pessoas, desconhecendo cada uma delas a contribuição dos demais concorrentes, cometem condutas convergentes buscando a efetivação de um mesmo delito.

Bockelmann<sup>28</sup>, a partir de uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça Alemão, afirma:

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

Segundo Guilherme de Souza Nucci<sup>29</sup>:

---

<sup>28</sup> BOCKELMANN, Paul; VOLK, Paul. **Direito penal parte geral**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

<sup>29</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 339.

“Ocorre tal modalidade de colaboração, que não chega a se constituir em concurso de pessoas, quando dois agentes, desconhecendo a conduta um do outro, agem convergindo para o mesmo resultado, que, no entanto, ocorre por conta de um só dos comportamentos ou por conta dos dois comportamentos, embora sem que haja a adesão de um ao outro. Exemplo: A e B, matadores profissionais, colocam-se em um desfiladeiro, cada qual de um lado, sem que se vejam, esperando a vítima C passar para eliminá-la. Quando C aproxima-se, os dois disparam, matando-o. Responderão por homicídio em autoria colateral. Não podem ser considerados coautores, já que não tinha a menor ideia da ação do outro (falta vínculo psicológico entre eles)”.

O autor traz como exemplo de autoria colateral o caso de dois indivíduos, que se desconhecem, ficam de tocaia e assim que a vítima passa, ambos efetuam diversos disparos ao mesmo tempo, tendo como resultado morte. Neste caso, cada um dos agentes responderá pelo crime de homicídio, como se ambos tivessem matado pessoas diferentes.

Existindo a coautoria, não é relevante quem feriu fatalmente o lesado, já que os dois responderão igualmente pelo homicídio consumado. Em contraponto, na autoria colateral é imprescindível saber a extensão dos danos causados à vítima por cada um dos agentes.

No caso de apenas um agente ter causado ferimentos letais e o outro apenas superficiais, o primeiro responderá pelo homicídio consumado e o segundo por homicídio tentado. Caso houvesse o vínculo subjetivo, ambos iriam responder pelo crime acima comentado em coautoria.

Na hipótese do exemplo supra, caso não fosse possível apurar qual dos dois agentes ceifou a vítima, teríamos uma hipótese de autoria incerta, um tipo de autoria que se desconhece quem praticou a ação.

Nucci<sup>30</sup> chama de “autoria incerta a hipótese ocorrida no contexto da autoria colateral, quando não se sabe qual dos autores conseguiu chegar ao resultado”, o que será melhor abordado no próximo item.

### **3.4 Autoria incerta**

---

<sup>30</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 340.

Na autoria incerta, é possível identificar os agentes que executaram o ilícito, entretanto é ignorado qual deles acarretou o resultado. A teoria da equivalência das condições, adotado pelo Código Penal<sup>31</sup> de 1940, imaginou ter apaziguado esse ponto controvertido da autoria incerta quando os concorrentes não tiverem previamente ajustado entre si o resultado do crime.

Todavia, tal solução somente funciona perfeitamente nos casos em que haviam, no mínimo a adesão à conduta do outro. A autoria incerta, decorrente da autoria colateral não pode ser solucionada usando-se desse método.

Admitida a teoria monista, o código deslinda qualquer falha com relação à autoria incerta, afirmando que todos serão responsáveis pelo resultado, independentemente de que não se possa saber quem executou a ação prevista no núcleo do tipo.

A ressalva situa-se no art. 29, § 2º, que determina seja o agente penalizado pelo crime menos grave do qual tenha participado, mas a exceção vale apenas para as hipóteses de participação.

No exemplo acima citado, não se pode punir os delinquentes igualmente, visto que uma ação ficou somente na tentativa, e a absolvição de ambos é impossível; ainda assim, a absolvição é impossível, porquanto ambos foram identificados como autores de um crime. A única solução viável nesse caso seria condenar ambos por homicídio tentado, ignorando o resultado, cuja autoria é desconhecida.

### **3.5 Autoria desconhecida**

Na autoria desconhecida não se consegue apurar sequer quem foi o realizador da conduta descrita no tipo penal.

Rogério Grecco ensina<sup>32</sup>:

---

<sup>31</sup> BRASIL. Código Penal (1941). **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Publicado na D.O.U. de 31.12.1940 e retificado no D.O.U de 03.01.1941.

<sup>32</sup> GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 475.



“quando não se conhece a autoria, ou seja, quando não se faz idéia de quem teria causado ou, ao menos, tentado praticar a infração penal, surge uma outra espécie de autoria, chamada agora de desconhecida. Esta forma de autoria difere da incerta, visto que nesta última sabe-se quem praticou as condutas, sendo que somente não se conhece, com precisão, o produtor do resultado. Na autoria desconhecida, os autores é que não são conhecidos, não se podendo imputar os fatos a qualquer pessoa.”

Nesse diapasão, difere da autoria incerta, porque, enquanto nesta sabe-se quem foram os autores, mas não quem produziu o resultado, na autoria desconhecida não se sabe nem quem praticou a conduta. A consequência, nesse caso, é o arquivamento do inquérito policial, por ausência de indícios.

## 4. A COAUTORIA E A PARTICIPAÇÃO

Haja vista a existência de institutos como os da participação de menor importância, prevista no § 1º do Art. 29 do Código Penal<sup>33</sup>, e da participação impunível, o legislador nitidamente adotou a teoria restritiva, diferenciando partícipes de autores, estes últimos são aqueles que realizam a conduta típica. Entretanto, no que tange a autoria mediata, será aplicada a teoria do domínio do fato.

Pode-se afirmar, portanto, que as formas de concurso de pessoas são a coautoria e a participação, uma vez que a nossa legislação adotou a teoria restritiva. Diante disso, os tópicos a seguir irão esclarecer as principais características de cada uma dessas formas de concurso de agentes.

### 4.1 A coautoria

Ocorre a coautoria quando duas ou mais pessoas, conjuntamente, praticam um crime. Neste caso, está presente a pluralidade de autores, todos respondendo igualmente pelo ato ou delito cometido, visto que, como agentes, participaram igualmente para a consumação. Sendo autoria coletiva, onde há vários autores, em distinção da singular, em que o autor é apenas um.

Cumprido destacar que, apesar da grande maioria dos tipos penais serem compostos por apenas uma conduta típica, isto é, por apenas um verbo (matar, roubar, subtrair, dentre outros), há exceções.

Guilherme de Souza Nucci<sup>34</sup> leciona:

“O crime plurissubjetivo é aquele que, para configurar-se, exige a presença de duas ou mais pessoas (ex.: associação criminosa, rixa, bigamia, associação para o tráfico etc.), enquanto o unissubjetivo é aquele que pode ser praticado por uma só pessoa (ex.: homicídio, roubo, estupro etc.). O plurissubjetivo, justamente porque exige mais de uma pessoa para sua configuração, não demanda a aplicação da norma de extensão do art. 29 (quem concorre para o crime incide nas suas penas), pois a

<sup>33</sup> BRASIL. Código Penal (1941). **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Publicado na D.O.U. de 31.12.1940 e retificado no D.O.U de 03.01.1941.

<sup>34</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 336.

presença de dois ou mais autores é garantida pelo tipo penal”.

Em contrapartida, utiliza-se a regra do art. 29 para tipificar as condutas quando o crime é unissubjetivo, mas que na prática foi realizado por dois ou mais agentes, posto que cada um dos agentes procedeu de determinada forma para que alcançassem a figura típica total.

Tem-se, como exemplo, o crime de roubo, no qual é possível um autor exerça a grave ameaça enquanto o outro subtrai os bens da vítima. No presente caso, os dois autores praticaram o crime previsto no art. 157 em concurso de agentes, carecendo, assim, do emprego da regra do art. 29 do Código Penal.

Nesse sentido, Nucci<sup>35</sup> destaca:

“Não se confunde o crime plurissubjetivo (concurso necessário) com o delito de participação necessária. Neste caso, há crimes que são cometidos por um só autor, embora o tipo penal exija a participação necessária de outra pessoa, que é o sujeito passivo e não é punido. Como exemplos, pode-se mencionar a corrupção de menores, o crime de usura, o favorecimento à prostituição ou outra forma de exploração sexual, o rufianismo, entre outros”.

Outrossim, a coautoria é uma autoria paralela, na qual há a existência um liame psicológico entre os agentes conectados à prática criminosa, e, no caso dos crimes, também conectados ao resultado, contribuindo de forma significativa e consciente para realização do crime sem ter a necessidade de atuarem de forma igualitária.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, a coautoria fundamenta-se no princípio da divisão do trabalho em que todos tomam parte, atuando em conjunto na execução da ação típica, de tal modo que cada um possa ser chamado verdadeiramente autor.

É o que pode ocorrer especialmente naqueles crimes que Beling chamou de crimes de “ação dupla”, como por exemplo, no crime de estupro<sup>36</sup>, previsto no art. 213, no qual um dos agentes segura a vítima, para que outro tenha conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso.

---

<sup>35</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 336.

<sup>36</sup> Incorre na pena de seis a dez anos de reclusão: quem “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Na coautoria não há relação de acessoriedade, mas a imediata imputação recíproca, visto que cada um desempenha uma função fundamental na consecução do objetivo comum. O decisivo na coautoria, segundo a visão finalista, é que o domínio do fato pertença aos vários intervenientes, que, em razão do princípio da divisão do trabalho, se apresentam como peça essencial na realização do plano global.

No mesmo sentido, Capez nos ensina que a contribuição dos coautores no fato criminoso não necessita, contudo, ser materialmente a mesma, podendo haver uma divisão dos atos executivos, é a chamada coautoria parcial ou funcional.

O coautor que concorre na realização do tipo também responderá pela qualificadora ou agravante de caráter objetivo quando tiver consciência desta e aceitá-la como possível.

## 4.2 A participação

Acerca da participação, pode-se afirmar que a mesma acontece quando há a presença do agente que executa a conduta descrita no tipo penal (autor principal), em conjunto com um ou mais agentes que contribuem para a sua efetivação.

Por sua vez, dar-se-á a contribuição através do induzimento, instigação ou auxílio, apesar de não praticarem qualquer ato executório do crime. Com isso, os agentes colaboradores adquirem o título de partícipes, caso contrário seriam coautores do delito.

Nos ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt<sup>37</sup>:

“O partícipe não pratica a conduta descrita pelo preceito primário da norma penal, mas realiza uma atividade secundária que contribui, estimula ou favorece a execução da conduta proibida. Não realiza atividade propriamente executiva. A norma que determina a punição do partícipe implica uma ampliação da punibilidade de comportamentos que, de outro modo, seriam impunes, pois as prescrições da Parte Especial do Código não abrangem o comportamento do partícipe”.

No mesmo sentido Capez<sup>38</sup> afirma que a participação é definida sob dois aspectos: o

---

<sup>37</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. p. 561.

<sup>38</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, legislação penal especial**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. IV.

primeiro é “a vontade de cooperar com a conduta principal, mesmo que a produção do resultado fique na inteira dependência do autor”; e o segundo é a “cooperação efetiva, mediante uma atuação concreta acessória da conduta principal”.

Mister ressaltar que para se falar da existência de um partícipe é indispensável que exista um autor, e que este chegue a cometer o delito ao menos na sua forma tentada. Isso porque, consoante o art. 31, do código penal, “o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chegou, pelo menos, a ser tentado”. Seguindo na explanação, a participação pode se dar por três tipos: induzimento, instigação ou auxílio.

São formas de participação moral a instigação e o induzimento. A instigação ocorre quando o autor já apresenta uma vontade prévia de cometer o delito, mas apenas acaba cometendo por encorajamento. Instigador seria aquele que fortalece na cabeça do autor uma noção delituosa antecipadamente. Já o induzimento, ocorre quando o autor não pretende realizar a conduta típica, mas o comete por sugestão de um terceiro, conhecido como partícipe.

Contudo, Cezar Roberto Bitencourt<sup>39</sup> entende que o induzimento é, na verdade, uma “subespécie” da instigação, segundo o qual a instigação é uma espécie de participação moral em que o partícipe age sobre a vontade do autor, quer provocando para que surja nele a vontade de cometer o crime (induzimento), quer estimulando a ideia existente, que é a instigação propriamente dita, mas, de qualquer modo, contribuindo moralmente para a prática do crime.

Temos como exemplo o crime previsto no art. 122 do Código Penal<sup>40</sup>, o qual dispõe sobre induzimento, instigação ou auxílio a suicídio:

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

---

<sup>39</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

<sup>40</sup> BRASIL. Código Penal (1941). **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Publicado na D.O.U. de 31.12.1940 e retificado no D.O.U de 03.01.1941.

No que se refere à participação material, esta apresenta-se na forma de auxílio, que consiste em colaborar, de algum modo, com a execução do delito, sem, contudo, praticar a conduta típica. Nesse caso, o auxílio deve ser secundário, também denominado como acessório. Consiste, essencialmente, em fornecer os meios para o cometimento do crime ou instruir alguém para a sua prática.

Sobre referido tema, Grecco<sup>41</sup> aduz que na cumplicidade ou prestação de auxílio material, o partícipe facilita materialmente a prática da infração penal, por exemplo, cedendo a escada para aquele que deseja ingressar na casa da vítima, a fim de levar a efeito uma subtração, ou que empresta a sua arma para que o autor possa causar a morte de seu desafeto.

Conseqüentemente, em toda prestação de auxílio material existe embutida uma dose de instigação. Aquele que empresta a escada ou a sua arma para o autor está estimulando-o, mesmo que indiretamente, a praticar a infração penal, reforçando, portanto, sua ideia criminosa.

#### *4.2.1 Teorias quanto à punição do partícipe*

Predomina no Brasil a teoria da acessoriedade limitada no que tange a punição do partícipe, sendo necessário verificar se este praticou um fato típico e antijurídico, pois na ausência de qualquer um destes não há a possibilidade de penalizar o partícipe.

Contudo, existem outras teorias tais como a acessoriedade extrema e a acessoriedade mínima. A primeira exige que o autor tenha realizado um fato típico, antijurídico e culpável para que haja a punição, enquanto a segunda apenas exige a prática de um fato típico por parte do autor.

Todavia, essas duas teorias não são suficientes, pois a acessoriedade extrema requer o preenchimento dos três elementos do crime para que se possa punir o partícipe, o que é considerado algo intangível. Já a teoria da acessoriedade mínima é superficial, pois apenas o fato típico é incapaz de atribuir responsabilidade ao partícipe. Diante de tais análises, conclui-

---

<sup>41</sup> GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

se que a teoria da acessoriedade limitada é a melhor, uma vez que o partícipe irá responder quando houver fato típico e ilícito.

#### 4.2.2 A participação de menor importância

Abordando novamente a Reforma Penal de 1984<sup>42</sup>, destaca-se que é viável que seja atribuída ao partícipe semelhante pena, ou até pior, que a do coautor, apesar de ser possível a existência de participações de menor importância.

Desse modo, o partícipe que colaborou minimamente para a empreitada criminosa pode ter sua pena reduzida de um sexto a um terço. Isto é, há a chance de romper a pena mínima cominada para o tipo penal praticado.

Sobre a distinção trazida pela Reforma Penal de 1984, Guilherme de Souza Nucci<sup>43</sup> afirma:

“Trata-se de outra modificação legislativa muito pouco utilizada na prática, sob o pretexto de que toda participação é importante para a configuração do crime. Mais uma vez, está-se generalizando a aplicação da lei, o que fere o disposto neste parágrafo. Destaque-se, por fim, que essa causa de diminuição refere-se à “participação” (ação praticada), e não à pessoa do agente, que pode ser perigoso ou reincidente, merecendo, ainda assim, a diminuição, caso tenha auxiliado em baixo grau o cometimento do delito”.

Há, no § 1º do artigo 29 do Código Penal<sup>44</sup>, previsão de uma diminuição facultativa da pena entre um sexto a um terço, caso a participação seja de menor importância. Todavia, a legislação não define “participação de menor importância”.

Na concepção de Zaffaroni<sup>45</sup>, a participação em crime de menor importância será uma questão

---

<sup>42</sup> Após o fracasso de uma grande revisão no sistema penal, em 27 de novembro de 1980 foi instituída uma comissão para a elaboração de um anteprojeto de lei de reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940. Esta comissão foi presidida por Francisco de Assis Toledo e tinha como integrantes: Miguel Reale Júnior, Francisco Serrano Neves, Renê Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci e Helio Fonseca. Dos debates da comissão e alterações legislativas a Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, fez as alterações da Parte Geral, passando a vigor seis meses após a data da publicação.

<sup>43</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 337.

<sup>44</sup> BRASIL. Código Penal (1941). **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Publicado na D.O.U. de 31.12.1940 e retificado no D.O.U. de 03.01.1941.

<sup>45</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro. Parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

a ser estabelecida pelo julgador em cada um dos casos concretos.

Cumprido esclarecer que o disposto artigo diz respeito à atuação do partícipe e não do coautor, ao passo que este último atua no núcleo da figura típica e atuou diretamente na execução do delito, apesar de ter uma contribuição.

Outrossim, faz-se necessário abordar a cooperação dolosamente distinta, também conhecida como participação em crime menos grave.

#### 4.2.3 Participação em crime menos grave

A partir da existência de possíveis desvios subjetivos entre os coautores ou partícipes, surge a participação em crime menos grave, como forma de benefício ao acusado.

Dispõe o parágrafo 2º do artigo 29 que: “se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de se ter sido previsível o resultado mais grave” (grifo nosso).

Segundo a professora Cristiane Dupret<sup>46</sup>, a cooperação dolosamente distinta impede que alguém responda por um fato que não se encontrava na esfera de vontade ou de conhecimento próprios.

Nesse mesmo sentido, Nucci<sup>47</sup> leciona:

“O agente que desejava praticar um determinado delito, sem condição de prever a concretização de crime mais grave, deve responder pelo que pretendeu fazer, não se podendo a ele imputar outra conduta, não desejada, sob pena de estar tratando de responsabilidade objetiva, que a Reforma Penal de 1984 pretendeu combater”.

A doutrina tem entendido que a participação é acessória de um fato principal, nas hipóteses de instigação ou induzimento, gerando um resultado pelo autor diverso daquele pretendido pelo partícipe.

Pode-se concluir, portanto, que a reforma do Código Penal trouxe tratamento justo ao partícipe

---

<sup>46</sup> DUPRET, Cristiane. **Manual de direito penal: parte geral e especial**. Niterói: Impetus, 2008.

<sup>47</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 338.



nos casos de cooperação dolosa distinta quando o resultado diverso for doloso. Todavia, criou, um contrassenso nos casos de participação dolosa distinta em crimes preterdolosos, ao passo que o partícipe ficaria quase que impune.

### 4.3 Distinção entre autoria e participação

O código penal de 1940 equiparou os vários agentes do crime, não fazendo qualquer distinção entre autor e partícipe, podendo o juiz impor, da mesma maneira, a pena para todos. Coube, portanto, à doutrina fazer a separação entre autoria e participação, o que, posteriormente, com a Reforma Penal de 1984, decidiram por reconhecer essa distinção como correta.

Predominou, portanto, o conceito restrito de autor, a despeito de, dentro dessa teoria, que é objetiva, existem dois posicionamentos, quais sejam a teoria formal e a teoria normativa.

A primeira descreve o autor como aquele que pratica a figura típica, e partícipe é aquele que comete ações fora do tipo, ficando praticamente impune, caso não houvesse a regra de extensão que o atribui responsabilidade pelo ato.

Nucci<sup>48</sup>, sobre a teoria formal, aduz:

“Atualmente, é a concepção majoritariamente adotada (Aníbal Bruno, Salgado Martins, Frederico Marques, Mirabete, René Ariel Doti, Beatriz Vargas Ramos, Fragoso, citados por Nilo Batista, *Concurso de Agentes*, p. 61) Exemplo: quem aponta o revólver, exercendo a grave ameaça e quem subtrai os bens da vítima são coautores de roubo, enquanto o motorista do carro que guarda para dar fuga aos agentes é o partícipe (os dois primeiros praticaram o tipo do art. 157; o último apenas auxiliou)”.

No que corresponde à teoria normativa, esta defende que o autor é quem realiza a figura típica, bem como é aquele que tem o controle da ação típica dos outros agentes, fracionando-se entre “autor executor”, “autor intelectual” e “autor mediato”. Já o partícipe, nas palavras de Nucci<sup>49</sup>, “é aquele que contribuiu para o delito alheio, sem realizar a figura

<sup>48</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 332.

<sup>49</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 332.

típica, tampouco comandar a ação”.

Para Zaffaroni<sup>50</sup>, a distinção entre autoria e participação apresenta-se de forma natural e habitual.

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

Além disso, afirma que a participação é necessariamente acessória:

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

O reconhecimento da indispensabilidade de se diferenciar autoria e participação no estudo do concurso de pessoas, acarreta, necessariamente o assentimento do princípio da acessoriedade da participação.

Abaixo, temos um exemplo de aplicação da teoria do domínio do fato, por Roxin, em um julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Trata-se de julgado que, sob a ótica do domínio do fato, considerou coautor o mandante do crime.

A decisão<sup>51</sup>, proferida pela 3ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em 09/07/2009, em termos:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO – AUTORIA E

<sup>50</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro. Parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>51</sup> Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: Apelação Criminal 1.0223.05.177043-4/001, Relator(a): Des.(a) Antônio Armando dos Anjos, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 09/07/2009, publicação da súmula em 31/07/2009.

MATERIALIDADE COMPROVADAS – DELAÇÃO – CONDENAÇÃO MANTIDA – ARMA BRANCA NÃO APREENDIDA – DECOTE MAJORANTE – INCABÍVEL – PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA – MENTOR INTELLECTUAL – INOCORRÊNCIA. 1- A delação desapaixonada e desinteressada dos corréus, que além de se incriminarem, denunciam outro participante do delito, aliada a outros elementos seguros de convicção, são provas mais do que suficientes para embasar o decreto condenatório. 2- Havendo nos autos provas de a grave ameaça foi exercida com emprego de arma branca, mostra-se impossível o decote majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do CP, sendo irrelevante que a mesmo tenha ou não sido apreendido ou periciado, pois é instrumento capaz de causar temor e dano à integridade física da vítima. **3- O agente que contribui ativamente para a realização do crime, em unidade de desígnios e mediante divisão de tarefas, sendo sua participação de extrema relevância para o sucesso da empreitada criminosa, sendo o mentor intelectual do plano criminoso, possuindo pleno domínio dos fatos, não pode sua conduta ser classificada como de menor importância.** 4- Preliminar rejeitada. Recursos parcialmente providos. (Grifos nossos).

Pode-se perceber que a turma julgadora, com base da teoria do domínio do fato, que a participação na preparação do crime é suficiente para considerar o agente coautor e não mero partícipe do crime.

Ainda nesse sentido, Nucci<sup>52</sup> aponta:

“Segundo nos parece, mais adequada é a teoria objetivo-formal, no contexto do concurso de pessoas, apenas para diferenciar o autor do partícipe. Dessa forma, o autor é aquele que pratica, de algum modo, a figura típica, enquanto ao partícipe fica reservada a posição de auxílio material ou suporte moral (onde se inclui o induzimento, a instigação ou o auxílio) para a concretização do crime. Consegue-se, com isso, uma nítida visão entre dois agentes distintos na realização do tipo penal – o que ingressa no modelo legal de conduta proibida e o que apoia, de fora, a sua materialização –, proporcionando uma melhor análise da culpabilidade”.

O coautor, no entendimento da maioria dos doutrinadores, é a pessoa que, juntamente com outra, participa da execução do ato, na qualidade de agente, tanto quanto a outra. A coautoria, assim, revela a pluralidade de autores, todos igualmente responsáveis pelo ato ou pelo delito, pois que, como agentes, tiveram a participação direta e igualmente principal na sua execução.

Desse modo, difere-se o coautor do cúmplice, visto que o coautor é agente principal, enquanto o cúmplice presta atividade secundária para a consumação do ato ou do delito. O coautor em matéria processual diz-se litisconsorte, de modo que a evidência de mais de um autor, com a denominação de coautor, é própria dos atos ilícitos ou dos delitos e das

---

<sup>52</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 333.

contravenções.

Feitas as distinções, temos, portanto, que além do autor, responderá pelo mesmo crime todo aquele que consciente e voluntariamente, participar na realização da ação criminosa (coautor) ou de alguma forma colaborar para que terceiro a realize (partícipe).

## 5. A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Com a evolução da sociedade, tornou-se necessário adaptar o direito penal aos novos tempos com o intuito de preservar os bens jurídicos considerados relevantes pela sociedade.

Discutida há aproximadamente um século, a teoria do domínio do fato tem sido vastamente debatida e aprimorada, sendo ainda uma teoria em evolução permanente, passando por Hans Welzel e chegando a Claus Roxin.

A teoria do domínio do fato, com o intuito de aperfeiçoar a teoria restritiva e extensiva do conceito de autoria, surge efetivamente em 1939 e aponta o controle final do fato como requisito de autoria nos crimes dolosos, ou seja, o autor é aquele que domina finalisticamente o trâmite do crime.

Embora haja divergência acerca do criador da referida teoria, a doutrina atribui a Hans Welzel, jurista e filósofo do direito alemão, o título de grande instituidor.

Welzel não distinguia espécies ou formas do domínio do fato, aduzindo que o “domínio do fato” era um parâmetro complementar, um pressuposto fático da autoria.

Citando Hans Welzel, Cléber Masson<sup>53</sup> explana que:

“Senhor do fato é aquele que realiza em forma final, em razão de sua decisão volitiva. A conformação do fato mediante a vontade de realização que dirige em forma planejada e o que transforma o autor em senhor do fato”

Em 1963, através da obra *Täterschaft und tatherrschaft*, Claus Roxin aprimora e delimita a teoria do domínio do fato, desenvolvendo a maior obra, até então, acerca da teoria do domínio do fato.

Desse modo, Roxin refutou a concepção finalista do domínio do fato desenvolvendo a tese ao passo que ampliou o conceito de autoria mediata, isto é, hipótese em que o executor possui responsabilidade e consciência da ilicitude do ato praticado.

---

<sup>53</sup> MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal – Parte Geral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2009.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt<sup>54</sup>:

“Trata-se de uma elaboração superior às teorias até então conhecidas, que distingue com clareza autor e partícipe, admitindo com facilidade a figura do autor mediato, além de possibilitar melhor compreensão da coautoria”.

Para Roxin, o autor tem o domínio da concretização do fato típico, parte dele o controle da continuidade ou da interrupção do delito. Nesta teoria há uma distinção entre autor e partícipe, todavia o critério de diferenciação é ter ou não o domínio do fato.

Para Capez<sup>55</sup>, autor é aquele que detém o controle final do fato, tendo sob seu domínio toda a ação delituosa, ou seja, com o poder de decidir pela prática, interrupção e forma de execução do ilícito penal.

Desse modo, o mandante, apesar de não ser partícipe do núcleo da ação delituosa definida como crime, deve ser considerado autor, ao passo que possui do controle final do início até a consumação do ilícito penal.

A teoria do domínio do fato parte do conceito restritivo de autor, a partir de critérios objetivo e subjetivo, baseando-se não no resultado alcançado, e sim pela conduta do agente.

Nesse diapasão, Cezar Roberto Bitencourt<sup>56</sup> aduz:

“A teoria do domínio do fato, partindo do conceito restritivo de autor, tem a pretensão de sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, impondo-se como uma teoria objetivo-subjetiva. Embora o domínio do fato suponha um controle final, “aspecto subjetivo”, não requer somente a finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato”.

A teoria do domínio do fato, contudo, não busca extinguir a teoria restritiva objetivo-formal adotada pelo Código Penal brasileiro. O intuito dessa teoria é complementar a teoria restritiva objetivo-formal para que juntas possam localizar uma resposta razoável para as hipóteses que abarquem outros casos de autoria e participação.

<sup>54</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1**: parte geral. 13 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>55</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. I.

<sup>56</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1**: parte geral. 13 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p 559.

## 5.1 Espécies de domínio do fato

Segundo as teorias que enfatizam a concepção subjetiva, o domínio está contido no poder de decisão do agente e no desígnio de sua vontade. Todavia, as teorias que evidenciam o aspecto objetivo concentram-se na prática do delito que, de acordo com Roxin<sup>57</sup>, discernem-se entre o domínio do fato pela ação, o domínio do fato pela vontade e o domínio do fato funcional.

Nas palavras de Roxin<sup>58</sup>:

Un sujeto es autor:

- a) Si realiza la acción típica personalmente (dominio de la acción).
- b) Si hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el sujeto de detrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada (dominio de la voluntad).
- c) Si presta en la fase ejecutiva una aportación al hecho funcionalmente significativa (dominio do fato funcional).

A partir do exposto, serão abordados os principais aspectos dessas três formas de autoria, a partir da teoria do domínio do fato de Roxin.

### 5.1.1 Domínio da ação

Para Roxin, o elemento diferenciador entre autor e partícipe está no domínio da ação. Isto é, o autor é aquele que, dependendo apenas de si e de seu atuar, é o protagonista da realização do fato típico.

Segundo o autor, inexistente forma mais evidente de dominar o fato quando ele é praticado direta e pessoalmente pelo próprio agente. Isto é, o domínio da ação surge quando o autor pessoalmente realiza ou inicia a realização da ação que corresponderá ao delito consumado ou tentado.

---

<sup>57</sup> ROXIN, Claus. Täterscha und Tatherrscha . p. 527: “o domínio do fato, que nos delitos comissivos dolosos determina o conceito geral de autor, ocorre nas formas de manifestação do domínio da ação, do domínio da vontade e do domínio do fato funcional”; diz também que “com o propósito de preencher este conceito da espécie de cláusula geral e, antes de tudo, formal com conteúdo, nós encontramos os critérios do domínio da ação, do domínio da vontade e do domínio do fato funcional, que se apresentam todos os três como formas de um princípio mais abrangente do domínio do fato” (p. 335).

<sup>58</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio de hecho en derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2000. p. 337.

Nas palavras de Roxin:

“La obviedad de esta idea se basa no sólo en la evidencia no reflexiva de un aserto así, sino que cabe fundamentarla también, en términos puramente dogmáticos, por la seguridad con la que se puede indagar la naturaleza de la autoría individual a partir de la ley. Pues teniendo en mente al autor individual, no cabe discutir que el legislador, en sus descripciones típicas describe también al autor. Solo aquel que realiza todos los presupuestos del injusto allí establecidos es autor, y cuando los realiza lo es sin excepción. (...)”

Todas las teorías que llegan a otros resultados parten de presupuestos que ya se consideraron erróneos más arriba. Pues ciertamente es verdad que el que actúa de propia mano puede no ser el principal responsable en sentido moral o criminológico. Puede haber otro, que le ha instigado y ha ocasionado que cometa el delito, que quizá urdió el plan entero y recabó todo el provecho y que puede merecer una pena superior. Pero de esto no se trata como ya sabemos- en la determinación de la autoría: para el hecho, tal como aparece en la forma de acción, el que ejecuta por completo libremente y de propia mano, sigue siendo la figura central dominante. Ahí reside el contenido de verdad imperecedero de la teoría objetivo-formal: Por eso, el concepto de dominio del hecho sólo puede formularse de manera que comprenda estos casos en cualquier forma imaginable.”

Na concepção do autor, apenas aquele que pratica todos os elementos da conduta típica é o autor do delito. É, portanto, a autoria propriamente dita. Nesta hipótese, o autor detém o domínio da própria ação, configurando, assim, a autoria imediata.

Na legislação penal alemã, a autoria imediata revela-se pela expressão “comete o fato por si mesmo”, previsto na § 25 I StGB (Código Penal Alemão).

A exemplo, o indivíduo que causa lesão em outrem possui o domínio da ação, embora esteja a mando de terceiro, e jamais poderá ser considerado mero partícipe. Será, por conseguinte, autor imediato do delito praticado.

Cumprido destacar que, será também autor imediato aquele pratica conduta típica mediante erro de proibição inexorável, presente no Art. 21 do Código Penal, desde que determinado por terceiro. Todavia, é evidente que será o autor exculpado ou inculpável.

Contudo, para além do domínio do fato pela ação, Roxin<sup>59</sup> aponta outras duas hipóteses de domínio do fato, são elas: o domínio da vontade e o domínio do fato funcional, também

---

<sup>59</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio de hecho en derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2000.



conhecidos, respectivamente, por autoria mediata e coautoria.

### 5.1.2 Domínio da vontade

O domínio da vontade, a autoria mediata, caracteriza-se pela redução de um terceiro a um mero instrumento no delito pretendido. Este terceiro, por sua vez, em razão de ter sua vontade dominada pelo autor mediato, perde a qualidade de mero partícipe ou cúmplice.

São hipóteses de manifestação do domínio da vontade presentes no Código Penal<sup>60</sup> brasileiro: erro de tipo inescusável determinado por terceiro (CP, art. 20, § 2º); erro de proibição escusável provocado por terceiro (CP, art. 21, caput); coação moral irresistível (CP, art. 22); obediência hierárquica (CP, art. 22); e inimputabilidade penal do executor por menoridade penal, embriaguez ou doença mental (CP, art. 62, III).

Exercido pelo autor mediato, o domínio da vontade é realizado por meio de coação praticada pelo chamado homem de trás. Roxin, em seu estudo, preconiza que, ao exculpar o “homem da frente” na hipótese de coação, o legislador busca responsabilizar o “homem de trás”, aquele que promove ou que se beneficia da circunstância.

Claus Roxin nomeia esse princípio como princípio da responsabilidade e, em entendimento, é o único fundamento possível nos casos de coação, pois acredita que ter o domínio sobre alguém que esteja ciente do ato é algo insólito, apenas passível de admissão apoiado no que for previsto pelo legislador.

Muito embora não pratique o verbo núcleo do tipo penal, o “homem de trás” deve ser responsabilizado como se tivesse realizado, com as próprias mãos, o delito.

Ainda nesse sentido, frisa-se que há uma subdivisão do domínio do fato pela vontade: o domínio da vontade através de coação, o domínio da vontade a partir da utilização do indivíduo atuante como fator causal cedo e, por fim, o domínio da vontade em razão de aparatos organizados de poder, sendo as duas primeiras hipóteses reconhecidas pela doutrina penal brasileira.

---

<sup>60</sup> BRASIL. Código Penal (1941). **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Publicado na D.O.U. de 31.12.1940 e retificado no D.O.U de 03.01.1941.

Sobre o domínio através de um aparato organizado de poder, pode-se afirmar brevemente, que é caracterizado pelo indivíduo que emite uma ordem cuja execução será praticada por agentes fungíveis se utilizando de uma estrutura verticalmente organizada e afastada da ordem jurídica.

Neste caso, o executor deverá ser responsabilizado como verdadeiro autor dos fatos praticados. Assim sendo, deve aos chefes de governos totalitários, de organizações criminosas ou de organizações terroristas ser atribuída a qualidade de autores mediatos.

### 5.1.3 Domínio funcional do fato

É considerado coautor o agente que parcialmente pratica a conduta descrita no tipo penal, ou aquele que, embora não a pratique, possua o domínio funcional do fato. Logo, o indivíduo que detém o domínio funcional pratica a conduta típica, conjuntamente, com os executores diretos.

Claus Roxin<sup>61</sup>, sobre essa questão, aponta a existência de dois subgrupos: a cooperação na fase executiva e a cooperação na fase preparatória. Sobre a primeira, cumpre destacar que há diversas formas de intervenção, podendo formar um elemento relevante na prática do delito.

Roxin admite e afirma:

“Lo peculiar de la coautoría estriba precisamente en que cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás. Lo que quiere decir que el coautor no tiene por sí solo el dominio total del hecho, como señala en las posturas de Lange y Sax; pero tampoco ejerce un dominio parcial, como opina Schröder, sino que el dominio completo reside en las manos de varios, de manera que éstos sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo así cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho global”.

Assim, para caracterizar a autoria é preciso existir a divisão de funções e a execução de atos fracionados. Mister é a colaboração de para alcançar o ato pretendido, muito embora o coautor possa obstar a conclusão do fato de acordo com sua intenção.

---

<sup>61</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio de hecho en derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2000.

Com relação a cooperação na fase preparatória, deve-se inicialmente se questionar se quem participa exclusivamente na fase preparatória tem, efetivamente, o domínio do fato. Uma questão polemica, com opiniões divergentes.

No que tange a cooperação na fase de preparação do crime, Roxin aduz que é necessário questionar se nessa fase seria ou não possível a coautoria, antes de que fossem apresentados eventuais requisitos para a fundamentação da coautoria.

O entendimento de Welzel é no sentido de que o agente que coopera apenas na fase de preparação pode ser considerado coautor, desde que tenha ele participado da “resolução comum do fato”, e em semelhante sentido Bockelmann<sup>62</sup> afirma:

“Para a co-autoria não basta, portanto, qualquer forma de ação comunitária, mas somente aquela em que cada um dos participantes possui a característica que fundamenta a autoria. Apenas pode ser co-autor quem participa do domínio do fato, ou seja, quem participa da resolução determinante sobre o “se” do fato e concretiza, ele próprio, pelo menos, uma parte daquilo que deve acontecer para que o crime seja executado da forma como foi planejado.”

Em síntese, o domínio funcional do fato consiste, segundo Roxin, na verdadeira divisão de tarefas entre os diversos protagonistas do fato típico, onde diversas pessoas compartilham de um mesmo objetivo e realização da ação típica, contudo dividem a execução tarefas a serem cumpridas por cada um dos agentes.

Na concepção de Hans Welzel<sup>63</sup>, para que reste caracterizada a coautoria, não é suficiente apenas que o indivíduo concorra com o delito. Para Welzel, a vontade do agente deve estar presente para a prática de todo o fato, devendo não só participar dos atos preparatórios, mas também da execução. Desse modo, não considera a preparação o bastante para representar a coautoria.

Contudo, Roxin<sup>64</sup> entende de modo diverso, afirmando que não é coautor aquele que

<sup>62</sup> BOCKELMANN, Paul; VOLK, Paul. **Direito penal parte geral**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

<sup>63</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán (trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez)**, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1987.

<sup>64</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio de hecho en derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2000.

prepara o crime e que o foco não pode estar naquele que não tenha praticado diretamente a conduta, e descreve:

“Sólo negar la coautoría del que prepara se ajusta al concepto de dominio del hecho, lo que se deduce (básandonos en las directrices elaboradas supra para la determinación del concepto de autor) de varias consideraciones:

1. En el centro del acontecer relevante para la consideración penal se encuentra el hecho, tal como el legislador lo ha descrito en los distintos tipos. Por tanto, la figura central del suceso de la acción, en el sentido antes explicado, no puede serlo alguien que no haya tomado parte en la realización de este hecho, sino que sólo haya ayudado a crear las condiciones previas del delito. Más bien éste se ve desplazado forzosamente a la periferia del suceso. Con arreglo a lo expuesto antes esto no requiere de ulterior aclaración.

2. Tampoco cabe decir que alguien que sólo ha cooperado preparando pueda realmente “dominar” el curso del suceso. Si el otro obra libre y autonomamente, en la ejecución él queda dependiendo de la iniciativa, las decisiones y la configuración del hecho del ejecutor directo. En la cooperación conforme a la división del trabajo en la fase ejecutiva ello es completamente distinto: aquí las aportaciones parciales se imbrican de manera que cada uno depende de su compañero y el abandono de uno hace fracasar el plan. Pero quien sólo contribuye a auxiliar en la preparación en algún momento tiene que “dejar de su mano” el hecho y confiar a partir de entonces en el otro.”

Roxin<sup>65</sup> explica o termo “domínio funcional” como critério delimitador da autoria:

“Si hubiera que expresar con un lema la esencia de la coautoría tal como se refleja en estas consideraciones, cabría hablar de dominio del hecho "funcional", esto es, determinado por la actividad, en tanto que el dominio conjunto del individuo resulta aquí de su función en el marco del plan global. Ésta es una forma absolutamente autónoma de dominio del hecho, junto al dominio de la acción, que se basa en el carácter central de la realización del tipo aisladamente considerada, y junto al dominio de la voluntad, que se deriva de la falta de libertad, la ceguera o la fungibilidad del instrumento”.

Roxin admite que não é possível encontrar uma solução aplicável para todos os casos. Porém, afirma que, a partir dessa ideia básica é possível deduzir parâmetros gerais que contribuirão na resolução de infinitas situações.

## 5.2 Casos de exclusão

Em algumas espécies de crime já o afastamento da teoria do domínio do fato, uma vez que, diante do seu conceito restritivo de autor, limita-se a teoria aos crimes comissivos dolosos. Portanto, é preciso a vontade e consciência do domínio da ação.

<sup>65</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio de hecho en derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2000. p. 310.

### 5.2.1 Crimes culposos

Perante a natureza dos crimes culposos, a teoria do domínio do fato torna-se inaplicável. Isto é, não há o controle final do fato ao passo que o resultado produz efeitos involuntários, não pretendidos pelo autor.

Os crimes culposos serão regidos pelo conceito unitário de autor, que não distingue autoria e participação.

Citando Jescheck, Cezar Roberto Bitencourt<sup>66</sup> aclara:

“A doutrina alemã trabalha com dois conceitos distintos de autor: nos delitos dolosos utiliza o conceito restritivo do autor fundamentado na teoria do domínio do fato, e nos delitos culposos utiliza um conceito unitário de autor, que não distingue autoria e participação”.

Na doutrina é majoritária a possibilidade de haver concurso de pessoas em crimes culposos, apesar de não de admitir a aplicação da teoria do domínio do fato.

Sobre o tema, Gomes<sup>67</sup> preleciona que:

“Parte da doutrina tradicional e da jurisprudência brasileira admite coautoria em crime culposos. Quanto à participação a doutrina é praticamente unânime: não é possível nos crimes culposos. A verdade é que a culpa (como infração do dever de cuidado ou como criação de um risco proibido relevante) é pessoal. Doutrinariamente, portanto, também não é sustentável a possibilidade de co-autoria em crime culposos. Cada um responde pela sua culpa, pela sua parcela de contribuição para o risco criado. A jurisprudência admite co-autoria em crime culposos, mas tecnicamente não deveria ser assim, mesmo porque a co-autoria exige uma concordância subjetiva entre os agentes. Todas as situações em que ela vislumbra co-autoria podem ser naturalmente solucionadas com o auxílio do instituto da autoria colateral”.

Segundo Gomes, na hipótese de delito cometido por negligência, haverá a cooperação dos agentes para a causa resultando uma conduta típica a partir da inobservância do dever de cuidado objetivo.

<sup>66</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>67</sup> GOMES, Luiz Flávio, **Curso de direito penal**. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Vol. II. p. 501.

Não há, no concurso em crime culposo, o nexu subjetivo na vontade da realização do resultado. Todavia, há o vínculo subjetivo e voluntário no realizar da conduta em conjunto. Darão causa ao resultado os coautores que sem o dever de cuidado agirem.

Nesse diapasão, Zaffaroni<sup>68</sup> explica:

“O tipo culposo se integra com um resultado que não é perseguido pela finalidade, senão causado. Como o resultado é somente causado, não podemos falar de nenhum domínio do fato, posto que não se conduziu a causalidade finalmente em direção a esse resultado, senão só causantes. O que interessa ao tipo culposo é que, por violar um dever de cuidado, causou um resultado”.

Com isso, conclui-se que só é aplicável a teoria do domínio do fato quando há a consciência e a vontade do autor. Desse modo, não há a possibilidade de haver o domínio do fato sem a presença do dolo. Isto é, o autor deve ter conhecimento e almejar os elementos que constituem o tipo penal.

### 5.2.2 Crimes omissivos

O autor do crime omissivo é aquele que, tendo o dever de impedir o resultado naturalístico, apresenta uma conduta negativa, o “não fazer”. Nesta hipótese, não será aplicada a teoria do domínio do fato.

Nota-se, portanto, que o resultado é obtido a partir da abstenção do agente que descumpriu a obrigação genérica de agir e impedir o resultado.

Nesse propósito, preleciona Damásio de Jesus<sup>69</sup>:

“A teoria do domínio do fato, que rege o concurso de pessoas, não tem aplicação aos delitos omissivos, sejam próprios ou impróprios, devendo ser substituída pelo critério de infringência do dever de agir. Na omissão, o autor direto ou material é quem, tendo dever de agir 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 da conduta, tem a

---

<sup>68</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro. Parte geral.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>69</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito penal. Parte geral.** 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

obrigação de agir, nos omissivos próprios, é o garante, a quem incumbe evitar o resultado jurídico, ainda que, nos dois casos, falte-lhes o domínio do fato”.

Ainda que não haja o domínio do ato, cumpre ao garantidor evitar o resultado. O domínio do fato aqui não pode ser aplicado uma vez que “o elemento do domínio do fato” exige uma conduta positiva do agente, conforme disposto no Art. 13, § 2º, do Código Penal Brasileiro<sup>70</sup>:

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Desse modo, apenas haverá o domínio do fato quando o sujeito tenha o poder sobre a continuidade da ação delitativa, decidindo o modo e o sujeito a executar a ação. No caso em tela, o omitente não possui o domínio do fato, muito embora tenha a possibilidade e o dever de evitar o fato.

### 5.3 Orientação do código penal

O Código Penal Republicando de 1890<sup>71</sup>, em seu Art. 17, afirmava que “os agentes do crime são autores ou cúmplices”. O Código Penal de 1940, contudo, extinguiu a diferenciação entre autores e cúmplices. Isto é, qualquer um que emprega atividade para a realização do crime é considerado responsável pela integralidade do ato.

Portanto, existia a ideia de que o fato criminoso era indivisível, devendo os autores e cúmplices responder solidariamente. Todavia, a reforma penal de 1984 abandonou essa orientação.

O Código Penal<sup>72</sup> brasileiro vigente, em seu art. 29, dispõe que: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

<sup>70</sup> BRASIL. Código Penal (1941). **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Publicado na D.O.U. de 31.12.1940 e retificado no D.O.U de 03.01.1941.

<sup>71</sup> BRASIL. Código Penal (1890). **Decreto-lei nº 847, de 11 de outubro de 1890**.

<sup>72</sup> BRASIL. Código Penal (1941). **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Publicado na D.O.U. de 31.12.1940 e retificado no D.O.U de 03.01.1941.

Contudo, há divergência entre os autores no que tange a visão adotada pelo legislador de 1984.

Parte destes doutrinadores afirmam que a reforma acolheu a teoria restritiva, uma vez que houve a evidente distinção entre autor e partícipe a partir dos parágrafos 1º e 2º do Art. 29 do Código. Porém, a maior parte dos autores entendem que o Código Penal passou a adotar a teoria do domínio do fato ante a aceitação da teoria finalista da ação.

Aqueles que acolhem a teoria restritiva, afirmam que também é autor aquele que, através de outrem, realiza a ação delituosa, o chamado autor mediato.

Nesse diapasão, afirma o Professor Heleno Cláudio Fragoso<sup>73</sup> que a teoria do domínio do fato busca complementar a concepção restritiva de autor, e não excluí-la:

“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 da 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.”

Como já esboçado, partindo da concepção restritiva de autor, a teoria do domínio do fato apresenta soluções para dadas circunstâncias em que deve ser atribuído ao agente o título de autor e não mero partícipe em decorrência do controle subjetivo do fato, apesar de não ter executado, material ou pessoalmente, o tipo penal.

Podemos definir, portanto, quatro espécies de autor: o indivíduo que realiza o verbo núcleo do tipo penal (autoria direta); o indivíduo que possui o domínio organizacional da ação; o indivíduo que, mesmo sem praticar o verbo, participa ativamente da execução do delito (partícipe); e também o indivíduo que detém o domínio da vontade de terceiro (autoria mediata).

---

<sup>73</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral**. Rio de Janeiro. Forense, 1985.



Imperioso destacar que, atualmente, a teoria do domínio final do fato tem se solidificado na doutrina e na jurisprudência apesar de, por muito tempo, ter havido a predominância do critério restritivo de autor, qual seja aquele que realiza a conduta, comissiva ou omissiva, presente no verbo do tipo penal.

## 6. CONCLUSÃO

Como toda e qualquer atividade humana, os crimes podem ser praticados por uma ou mais pessoas, o que é chamado de concurso de pessoas. O Código Penal, na maior parte, traz os tipos penais que caracterizam condutas realizadas por uma ou mais pessoas, os crimes unissubjetivos. Todavia, há os crimes plurissubjetivos, que necessariamente são realizados por duas ou mais pessoas.

Sobre o concurso de pessoas, os questionamentos estão relacionados aos crimes unissubjetivos, uma vez que é necessário o estudo dos critérios para a definição de autoria e, conseqüentemente, distinguir autoria e participação.

As doutrinas, nacional e estrangeiras, apresentam diversas teorias acerca da autoria, porém grande parte dessas somente são de interesse histórico. As evidentes têm por objetivo delimitar a autoria e, por conseguinte, diferenciar autoria e participação. Desse modo, foram divididas em três grupos: teoria unitária, teoria extensiva e teoria restritiva. Essa última, por sua vez, é subdividida em teoria objetivo-formal e objetivo-material e a teoria do domínio do fato.

A teoria unitária nega a acessoriedade da participação e afasta qualquer distinção que possa ser feita entre autor e partícipe. A teoria extensiva, por sua vez, apesar de partir de princípios contíguos, admite disposições legais que fazer a distinção entre autoria e participação e, em decorrência disso, busca critérios que possam fundamentar essa diferenciação. Já as teorias restritivas da autoria derivam da existência de diferenças subjetivas, objetivas ou subjetivas-objetivas entre autoria e participação, e são subgrupadas em teoria objetivo-formal e objetivo-material.

Sobre a teoria do domínio do fato, atualmente sua aplicabilidade é a mais apropriada, na categoria do concurso de pessoas, sem a qual não seria responsabilizado o agente que participa da prática do delito, mas não comete verdadeiramente o núcleo do tipo penal.

Roxin acredita que a teoria do domínio do fato deve ser aplicada para limitação da autoria somente nos chamados delitos de domínio e trabalha com a dicotomia delitos de

dever e delitos de domínio.

O Código de 1940 em seu art. 62, inciso I, abraçou a teoria do domínio do fato que pune com mais rigor o agente que organiza, promove ou comanda um grupo de pessoas para a prática da infração penal. Diante disso, constata-se que o Código Penal atribui pena mais severa ao detentor do domínio da ação delituosa.

Por todo o exposto, conclui-se que teoria do domínio do fato é aceita pela doutrina brasileira e estrangeira, assim como na jurisprudência, desde os tribunais dos Estados, até o Superior Tribunal de Justiça e a mais alta corte, o Supremo Tribunal Federal, bem como é a que melhor define autor do fato típico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. I.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Paul. **Direito penal parte geral**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BRASIL. Código Penal (1890). **Decreto-lei nº 847, de 11 de outubro de 1890**.

BRASIL. Código Penal (1941). **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Publicado na D.O.U. de 31.12.1940 e retificado no D.O.U de 03.01.1941.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, legislação penal especial**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. IV.

DUPRET, Cristiane. **Manual de direito penal: parte geral e especial**. Niterói: Impetus, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral**. Rio de Janeiro. Forense, 1985.

GOMES, Luiz Flávio, **Curso de direito penal**. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Vol. II.

GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal. Parte geral**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal – Parte Geral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio de hecho en derecho penal.** Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2000.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán (trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez),** Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro. Parte geral.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.