

FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
RUI ANDRE DE FREITAS

**A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E SUA UTILIZAÇÃO NA AUTORIA
MEDIATA**

RUBIATABA/GO
2018

RUI ANDRE DE FREITAS

**A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E SUA UTILIZAÇÃO NA AUTORIA
MEDIATA**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob orientação do
professor Mestre Vilmar Martins Guarany
Moura.

**RUBIATABA/GO
2018**

RUI ANDRE DE FREITAS

**A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E SUA UTILIZAÇÃO NA AUTORIA
MEDIATA**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob orientação do
professor Mestre Vilmar Martins Guarany
Moura.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM __ / __ / ____

Mestre Vilmar Moura Martins Guarany
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, que é a minha força, minha fonte de motivação e inspiração, é o fundamento em que estão firmados os meus pés.

A instituição de ensino Faculdade Evangélica de Rubiataba, por todo o suporte, incentivo e condições de realizar este trabalho.

Ao meu orientador e todos os professores que contribuíram e ajudaram no desenvolvimento de conteúdo e na confecção dessa monografia.

A minha esposa, por todo apoio, companhia, atenção e cumplicidade.

À minha mãe por ser a minha principal mestra e educadora e por ajudar a tornar possíveis todos os sonhos que já tive.

RESUMO

O tema deste trabalho é a teoria do domínio do fato e sua utilização na autoria mediata que tem por finalidade entender a caracterização da autoria mediata, e a interferência da teoria do domínio do fato na diferenciação da pessoa dos autores direto e indireto, co-autoria e participação e a possibilidade da interferência no concurso de agentes, objetivando descobrir se a teoria do domínio do fato impede a aplicação do concurso de agentes nesta modalidade de conduta criminosa? A resposta a essa indagação é oriunda do fato de enquanto acadêmico de Direito não consegui esclarecer de forma clara a importância de uma teoria para aplicação e/ou interpretação de uma modalidade penal, além do que, cada vez mais, os operadores do direito penal devem ter uma ótica e análise crítica de toda estrutura criminosa, sendo assim, a temática tem relevante valor dentro do meio jurídico, principalmente no meio acadêmico. Foi utilizado para a pesquisa o método dedutivo, onde através de pesquisas doutrinárias referentes a teoria, chegamos a análise de casos excepcionais e aplicabilidade da lei penal, que nos permitiu um esclarecimento pleno, esclarecendo o que foi proposto na problemática do tema. Os resultados que chegamos é que o nosso código não é sistemático na tratativa do concurso de pessoas, sendo que utilizamos um sistema híbrido de autoria (restritivo e extensivo) cabendo interpretação praxis do julgador, sendo a teoria do domínio do fato uma ferramenta utilizada na interpretação.

Palavras chave: Autor mediato. Terceiro instrumentalizado. Domínio do fato.

ABSTRACT

The theme of this work is the theory of the domain of fact and its use in mediate authorship whose purpose is to understand the characterization of mediate authorship, and the interference of the theory of the fact domain in the differentiation of the person of the direct and indirect authors, co-authorship and participation and the possibility of interference in the contest of agents, aiming to find out if the theory of the domain of fact prevents the application of the contest of agents in this mode of criminal conduct? The answer to this question arises from the fact that as a lawyer, I have not been able to clarify clearly the importance of a theory for the application and / or interpretation of a criminal modality, and, more and more, have an optic and critical analysis of any criminal structure, and thus, the thematic has relevant value within the legal environment, especially in the academic environment. The deductive method was used for the research, where through doctrinal investigations referring to theory, we arrived at the analysis of exceptional cases and applicability of the criminal law, which allowed us a full clarification, clarifying what was proposed in the problematic of the theme. The results we get is that our code is not systematic in the contest of the contest of people, being that we use a hybrid system of authorship (restrictive and extensive) for interpretation praxis of the judge, being the theory of the domain of fact a tool used in the interpretation

Keywords: Author mediate. thirdinstrumentalized. indeed domain.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPP – Código de Processo Penal

CP – Código Penal

CF – Constituição Federal

LISTA DE SÍMBOLOS

§ - Parágrafo

§§ - Parágrafos

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. AS FORMAS DE CONCURSO DE PESSOAS EM RELAÇÃO COM A AUTORIA MEDIATA	11
2.1 Conceito restritivo e extensivo de autor.....	11
2.2 Conceito de concurso de pessoas e seus requisitos.....	14
2.3 Diferença entre coautoria e autoria mediata	16
2.4 Participação x autoria mediata	18
3. AS TEORIAS FORMADORAS DA AUTORIA E DA AUTORIA MEDIATA	21
2.1 A evolução das teorias da autoria.....	22
3.3 A teoria do domínio do fato e sua relação com a autoria mediata	28
4. DA AUTORIA MEDIATA	31
4.1 Conceito	32
4.2 Hipóteses de ocorrência	34
4.3 Terceiro Instrumentalizado	35
4.4 A aplicação da teoria do domínio do fato no concurso de agentes dentro da autoria mediata.....	36
5. CONCLUSÃO	Erro! Indicador não definido.
REFERENCIA	43

1. INTRODUÇÃO

O intuito deste trabalho monográfico é analisar a autoria mediata, que é uma modalidade de autoria que envolve uma pluralidade de pessoas, sendo que as pessoas envolvidas não possuem ligação subjetiva entre si, sendo assim, seria possível e correta a aplicação do concurso de agentes nesta modalidade penal? E qual a influência da teoria do domínio do fato na aplicação, seria este o impedimento do concurso de agentes nesta modalidade?

Ao se falar em autoria, se tem uma visão simplista e estereotipada de um autor que diretamente pratica o fato típico previsto em lei. Mas na verdade, o instituto da autoria é bem mais complexo e possui vários aspectos, podendo ocorrer de diferentes formas.

Diante do que foi abordado inicialmente, a autoria mediata é uma modalidade de autoria que necessariamente envolve uma pluralidade de pessoas, sendo que as pessoas envolvidas não possuem ligação subjetiva entre si.

Existem dentro da autoria mediata, dois autores: um autor direto e um autor indireto. O autor indireto é o próprio autor mediato que se caracteriza por não praticar a conduta descrita no núcleo do tipo penal, mas, controla e domina a vontade de terceira pessoa, fazendo com que esta cometa determinado crime. Do outro lado existe o autor direto, que é uma terceira pessoa, que é instrumentalizada e manipulada a praticar a conduta criminosa. Esse terceiro instrumentalizado não possui vontade em cometer o crime, sendo que tem sua vontade dominada pelo autor mediato, sendo assim não existira o concurso de agentes nesta modalidade, porém, e se o autor direto for conhecedor da vontade do autor mediato? Não existirá uma ligação “subjetiva”?

Deve-se observar que o autor mediato é o homem de trás, que controla e determina a atuação de terceira pessoa. Esse poder que o autor mediato tem sobre terceira pessoa tem seu argumento baseado na Teoria do Domínio do Fato, que expõe a possibilidade de uma pessoa ter em suas mãos o domínio total e controle de uma situação criminosa, determinando por sua vontade a ocorrência de um fato criminoso.

Assim, o autor imediato do fato é apenas uma figura executora do mesmo, não possuindo de forma alguma controle sobre a atuação criminosa. O executor do crime nada mais é do que um figurante nas mãos do diretor principal da cena criminosa, que é o autor mediato.

Com a complexidade e profundidade do instituto da autoria, o crime foi se desenvolvendo de maneiras muito mais variadas. Os verdadeiros autores começaram a

“esconder” o seu rosto e novas pessoas começaram a ser introduzidas no meio criminoso. O crime organizado começou a tomar forma e sua teia foi se alastrando por todos os cantos da sociedade. Menores de idade, doentes mentais, pessoas subordinadas hierarquicamente começaram a ser usados como instrumentos na prática delitiva e novos nuances foram sendo descobertos no mundo da autoria.

Os autores do crime passaram a ter uma capacidade intelectual bastante aguçada, atuando longe dos holofotes penais e se valendo de outras pessoas para a consecução de seus objetivos.

Cada vez mais, os operadores do direito penal devem ter uma ótica e análise crítica de toda estrutura criminosa, não podendo visualizar a o fim da atividade criminosa. As diferentes formas de autoria têm seu foco voltado para os meios utilizados, dificultando a caracterização do crime.

É preciso haver uma diferenciação dos dolos e das punições do autor mediato e do autor imediato, pois estes são completamente diferentes. O autor mediato possui um dolo totalmente direto para a ocorrência criminosa, sendo que o autor indireto não possui a intenção no cometimento criminoso já que não sabia o que significava o propósito de sua ação.

As punições devem se adequar ao verdadeiro caso concreto, com o autor mediato recebendo a pena como verdadeiro autor do crime e o autor imediato, em não havendo conhecimento da situação criminosa, sendo isentado de qualquer imputação penal.

A autoria mediata vem amparada pela Teoria do Domínio do fato que vem ganhando destaque nos últimos tempos. Todavia, esta teoria tem causado um olhar baço dos juízos quanto à busca ou interpretação da possibilidade do concurso de agentes nesta modalidade criminosa.

O intuito geral desta pesquisa é entender a caracterização da autoria mediata, a diferenciação da aplicação das penas quanto à pessoa dos autores direto e indireto e a possibilidade do crime ser praticado ou revertido para concurso de agentes. Além de especificamente, estudar as formas de autoria mediata; identificar a interferência da teoria do domínio do fato na caracterização do autor direto e consequente penalização; compreender os critérios aplicados pelos juízos para caracterizar ou não a autoria mediata.

Será utilizado para a pesquisa o método dedutivo, aonde através da teoria da aplicação da lei penal e doutrinadores, chegaremos a análise de casos excepcionais, que terão a partir de então um esclarecimento pleno, confirmando o que foi proposto na problemática do tema.

A pesquisa será dividida em capítulos, onde pesquisaremos as formas de concurso de pessoas em relação com a autoria mediata, a conceituação de autor e a conclusão da possibilidade e coerência da aplicação do concurso de agentes para a modalidade criminosa.

2. AS FORMAS DE CONCURSO DE PESSOAS EM RELAÇÃO COM A AUTORIA MEDIATA

Nesta primeira parte da pesquisa entenderemos o que é autoria, suas espécies, e as formas de concurso de pessoas, através de conceitos doutrinários encontrados na pesquisa. Só será possível julgar se é coerente a aplicação, bem como a possibilidade de aplicação do concurso de pessoas na autoria mediata se entendermos os pilares e conceitos que serão aqui apresentados.

2.1 Conceito restritivo e extensivo de autor

Ao se falar em autor do crime, se tem um pensamento muito limitado. Sempre se imagina como autor do crime aquela pessoa que mata alguém, dá um tiro, uma facada, ou seja, aquele que efetivamente pratica o crime.

Porém não é apenas isso que ocorre e não se pode ter uma idéia e pensamento tão fechado acerca da autoria. O conceito de autor é muito amplo, podendo ser visto de várias formas, já que a autoria pode se manifestar em diferentes casos e hipóteses.

O conceito de autor pode ser visualizado em um sentido *latu-sensu*, de uma maneira mais genérica e também pode ser visto no sentido *strictu-sensu*, sendo algo mais específico. Essa diferença de sentido que pode até ser controversa se dá pela forma como o Código Penal tratou tais assuntos, não havendo uma diferenciação quanto às mesmas, existindo diversas posições doutrinárias, sendo que não estão pacificadas. Conforme Mirabete (2003)

Autoria e participação são conceitos que podem ser extraídos na natureza das coisas. Zaffaroni e Pierangeli apontam com clareza esse fato aduzindo: O concurso de várias pessoas num mesmo evento não é um fenômeno que se dá somente no direito penal, mas que é algo cotidiano. Da mesma maneira, dizemos, diariamente, que fulano é autor de tal coisa, que beltrano é autor de tal outra, que sicrano cooperou com fulano em tal coisa e que fulano incentivou beltrano a fazer tal outra. (GRECO, 2006, p. 431)

Dessa forma, observa-se que a autoria é um conceito próprio do homem, algo que sempre existiu ao longo do tempo. “A autoria sempre foi uma figura presente na sociedade, e

nas relações sociais existentes, não sendo algo que só existe no âmbito penal.” (NORONHA, 1998).

Quanto ao conceito restritivo de autor, se tem uma idéia mais específica quanto à classificação das pessoas que concorrem para a prática do crime.

Só seria realmente autor aquele que realizasse a conduta descrita no núcleo do tipo penal. “E todas as pessoas que apenas auxiliassem ou participassem do crime, porém que não agissem de forma concreta, não realizasse a conduta tipificada não seriam consideradas autoras, mas apenas participes.” (JESUS, 2003).

Como bem salienta Jescheck: Desde o prisma do conceito restritivo de autor, a previsão de especiais formas de participação, como a indução e a cumplicidade, significa que a punibilidade se amplia a ações que ficam fora do tipo, pois conforme o próprio tipo somente poderia castigar-se o que por si mesmo mata, furta ou oferece resistência. Outros intervenientes que se limita a determinar ao autor a comissão do fato ou a auxiliá-lo deveriam ficar impunes se não existisse os preceitos penais que regulam a indução e a cumplicidade. (GRECO, 2008, p. 432)

Essa conceituação de forma restrita e específica de autor tem um entendimento bem extremo e até equivocado, pois desconsidera e releva a participação de outras pessoas no cometimento de um crime. “A participação de outras pessoas é minimizada, e até extinta, colocando como único responsável pela infração penal, quem praticou a conduta tipificada, o verbo do tipo penal.” (MUÑOZ CONDE).

Esse conceito bem restrito de autoria, indiretamente deixa várias pessoas impunes por considerar que suas condutas não foram relevantes para a prática do crime, e assim trata do crime e de sua autoria de forma limitada, sendo importante a prática e a conduta final sem se analisar todo o crime desde a sua fase inicial, na cogitação e preparação.

Para o conceito restritivo de autor o caminho do crime, denominado *inter criminis*, nas fases de cogitação e preparação não é analisado, sendo que o que acontece antes da execução, nos casos de instigação, induzimento e auxílio material, e qualquer ajudam durante o crime não é classificada como autoria.

Tal ideia restritiva de autor seria incoerente e até injusta, ao se pensar que todas as outras pessoas que colaboraram e cooperaram com o crime e foi através delas que se realizou a infração penal ficariam impunes e as suas condutas simplesmente ignoradas.

Logo, ao se tratar por autor como a pessoa que efetivamente comete o crime, se desconsidera qualquer auxílio ou ajuda que este recebeu. Vê-se que esse conceito é equivocado, pois em vários crimes existem pessoas que não cometem realmente o crime, mas que suas ações e participação são muito importantes dentro do crime, e sem elas não

aconteceria à conduta criminosa. Mas deve-se esclarecer que esse conceito não é utilizado no Sistema Penal Brasileiro, pois em tal sistema se considera e se leva em conta a participação e co-autoria. Segundo Capez (2018)

Observa-se que somente se valoriza os atos praticados que se encontram previstos no tipo legal, sendo que as outras ações que embora tenham importância por não estarem tipificadas são preteridas.

Quanto ao conceito restritivo de autor, deve se mencionar que suas idéias e seus fundamentos se adequam as Teorias Positivas que se dividem em Teorias Subjetivas, Objetivas e Mistas, mas que vão ser analisadas no capítulo seguinte.

Já o conceito extensivo de autor tem um sentido diferente do conceito restritivo. O conceito extensivo de autor trata a autoria de uma forma mais ampla e abrangente. Quando se leva em conta o conceito extensivo de autor, observa-se o autor sob vários aspectos e diferentes situações.

Para Prado (2007) tal conceito tem fundamento na Teoria da Equivalência das Condições, em que não se faz distinção, não tem diferença entre autores e partícipes. E assim qualquer pessoa que de alguma forma tenha colaborado com a conduta criminosa é considerada autora. Para o conceito extensivo de autor, a pessoa que participa ou ajuda no crime é elevada e ganha à mesma importância de autor, sendo equiparadas porque as duas figuras mesmo de um jeito diferente geram e produziram o crime.

Como frisou Jescheck se autoria e participação não podem distinguir-se objetivamente porque ambas são equivalentes desde um prisma causal, somente resta à possibilidade de buscar a distinção num critério objetivo. (GRECO, 2008, p. 433 - 434)

Assim para esse conceito extensivo, percebe-se que tanto a autoria como a participação se equivalem objetivamente, pois as duas têm o crime como consequência. “Sendo que se há alguma diferença entre elas, tal diferenciação só ocorre em um aspecto subjetivo, analisando a vontade, intenção nas condutas realizadas.” (JESUS, 2003, p. 407 e 408).

Ao se analisar o conceito extensivo de autor, se estende a prática do crime a outras pessoas que deram causa ao mesmo, valorizando e considerando que quem colaborou com o crime mesmo indiretamente tem um papel e uma função na infração cometida. Esse conceito também é extremista, pois “tratando objetivamente, tanto a pessoa que pratica o crime quanto aquela que auxilia tem a classificação de autor.” (TAVARES, 2000, p.23).

Ainda quanto ao conceito extensivo de autor, Luís Flávio Gomes traz três teorias que o regem. “O conceito extensivo de autor tem base e fundamento no grupo das Teorias Negativas, em que o autor não é distinto do partícipe.”

Em relação às teorias negativas, segue entendimento do autor: teoria extensiva: Como já citado tem fundamento na Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais ou Equivalência das Condições, abrangendo a *Conditio Sine Qua Non*.

Assim todos que concorreram no delito são autores, sem diferença entre autor e partícipe. Quem de alguma forma deu causa ao resultado do crime é autor; enquadrando-se na teoria unitária ou da Associação Criminal: Todas as pessoas que concorreram para o delito são autores porque o delito é um fenômeno unitário; teoria do acordo prévio: Quando os participantes se reúnem e acordam no desenvolvimento do crime, o acordo prévio entre eles os caracteriza como autores independente do grau ou nível em que concorreu.

Deve-se observar que tais teorias negativas são afastadas pelo Código Penal, que trata e especifica de forma diferente a autoria e participação, conforme Artigo 29 do CP.

2.2 Conceito de concurso de pessoas e seus requisitos

O concurso de pessoas (também chamado de concurso de agentes) pode ser definido como a concorrência de duas ou mais pessoas para o cometimento de um ilícito penal. O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 29, não define especificamente o concurso de pessoas, porém, afirma que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Quando um crime é cometido por mais uma de uma pessoa, ocorre o concurso de pessoas. Logo, o concurso pode ser visualizado como ter a ciência e voluntária participação de duas ou mais pessoas na mesma infração penal, havendo uma convergência de vontades visando um fim comum, sendo dispensável um acordo prévio entre as pessoas. Afirma Jesus (2003)

Também pode ser adicionada mais uma característica ao concurso de pessoas, ao ressaltar que nem todos praticam a mesma ação num evento criminoso. Há os que praticam o verbo previsto no tipo penal, os coautores, e há os que colaboram para o resultado, os partícipes. Existe ainda outra postura quando se trata da questão de haver ou não um acordo prévio entre os agentes. Entende-se que deve haver um acordo de vontades que o acordo de vontades verse sobre o objetivo crime e sobre os meios de alcançá-lo. Enquanto não se juntem em uma só as opiniões dos copartícipes, ou enquanto não se estabelece entre eles a perfeita

unidade de intenção (desígnios) e de planos, não é atingido o *summum opus* e assim não é atingida a consumação do concurso de agentes. Segundo Prado (2007)

Dessa maneira, para que se obtenha o concurso de pessoas é preciso preencher os seguintes requisitos:

- a. Pluralidade de condutas: é necessária a participação de duas ou mais pessoas, cada uma com a sua conduta delituosa;
- b.Relevância causal de cada uma: a participação deve ser relevante para a concretização do delito;
- c.Liame subjetivo: deve existir um vínculo entre os agentes, um liame subjetivo, ou seja, as condutas devem ser homogêneas: todos devem ter a consciência de que estão colaborando para a realização de um crime; e
- d. Identidade de infração para todos participantes: todos devem responder pelo mesmo crime.(MIRABETE, 2003, p.242-245)

Quando a relevância da causa é pelo código penal no art. 29, §1º do Código Penal, que deve ser apurada no caso concreto, em que a pena será reduzida de um sexto a um terço. Pode ser utilizado como exemplo a participação de menor importância a do motorista que se limitou a levar os latrocidias ao local do crime sem esperá-los para lhes ajudar na fuga. Emprestar um veículo para a prática de furto se expressa como uma participação de menor importância. Conforme estabelece Tavares(2000)

Há de se notar que para se configurar o concurso (eventual) de pessoas é essencial à existência de requisitos de natureza objetiva e subjetiva, somados a outros que possam complementar e aperfeiçoar a prática criminosa. É possível extrair, pelo menos quatro requisitos básicos para o concurso de pessoas na prática criminosa, os quais se algum desses não existiu, não há de se falar em concurso de pessoas. A pluralidade de agentes é a concorrência de mais de uma pessoa na execução de uma infração penal. “No concurso de pessoas nem todos os participantes, mesmo querendo, contribuem com sua ação na infração penal. Alguns praticam o verbo nuclear do tipo; outros praticam atos que, por si sós, seriam atos atípicos.”(CAPEZ, 2018). Os agentes de um evento criminoso não precisam agir necessariamente da mesma forma, nas mesmas condições e nem com a mesma importância, mesmo que contribuindo livre e espontaneamente para o seu resultado.

Assim, deve haver uma participação consciente e voluntária no fato, mas não se mostra imprescindível o acordo prévio de vontade para a existência do concurso de pessoas. A adesão tem que ocorrer antes ou durante a execução do crime, nunca depois. No caso de acordo posterior a execução do crime, esse caracteriza o favorecimento pessoal ou real previsto nos art. 348 e 349 do Código Penal, e não o concurso de pessoas. Nos crimes dolosos, é necessário apenas que o agente aceite a vontade do outro, em que os participantes deverão atuar com vontade homogênea, no sentido todos visarem à realização do mesmo tipo

penal. “A existência de vínculo subjetivo não significa a necessidade de ajuste prévio (*pactum sceleris*) entre os delinquentes.”(BATISTA, 2004).

Nos delitos culposos existe uma divergência. Antigamente, se pesava a possibilidade de concurso de agentes, porém, atualmente tem se admitido, até com certa tranquilidade que alguém possa conscientemente contribuir para a conduta culposa de terceiro. Logo, deve-se verificar o elemento vontade na realização da conduta, mas não na produção do resultado. Diferentemente do concurso de pessoas no crime doloso, a junção de consciência e vontade não conectam para um objetivo de prática criminosa, mas sim de realizar a conduta culposa pela imprudência, negligência, ou imperícia. Sendo assim, é importantíssimo diferenciar o vínculo subjetivo que existe no concurso de pessoas (crimes dolosos) com o normativo (crimes culposos). Conforme Prado (2007)

Dessa maneira, se mostra indispensável que todos atuem com esforços conjuntos a fim do mesmo objetivo criminoso. Considera-se que se trata de identidade de infração para todos os participantes, não essencialmente de um requisito, mas sim uma verdadeira consequência jurídica diante das outras condições. Barros (2003) demonstra que não há de se falar em concurso de pessoas se a concorrência entre dois ou mais agentes não se destinar a mesma prática de certa e determinada infração penal. Deve-se existir, portanto, uma unidade da infração penal, requisito básico para concurso de pessoas e produto lógico e necessário em face do concurso de agentes. Tal infração penal deverá ser ao menos tentada, bem como dispõe o art. 31 do Código Penal, em casos de impunibilidade de ajuste, determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário.

2.3 Diferença entre coautoria e autoria mediata

Vários crimes ocorrem sem serem praticados exclusivamente por uma só pessoa. Existe a possibilidade de a infração penal ser cometidas por várias pessoas em Concurso de Pessoas, hipótese em que ocorre co-autoria.

A co-autoria pode ser definida como a cooperação desenvolvida por vários agentes no cometimento da infração penal. O conceito de co-autoria pode ser visualizado quando várias pessoas com adesão ou acordo subjetivo têm alguma forma de participação no cometimento do crime. “Na coautoria, o coautor não precisa necessariamente realizar o verbo do núcleo do tipo, podem ter outras condutas acessórias no cometimento do crime.”(ZAFFARONI, 2006).

Na lapidar lição de Welzel, a coautoria é autoria; sua particularidade consiste em

que o domínio do fato unitário é comum a várias pessoas. Co-autor é quem possuindo as qualidades pessoais de autor é portador da decisão comum a respeito do fato e em virtude disso toma parte na execução do delito (GRECO, 2008, p. 437).

Uma primeira diferença básica e visível entre a coautoria e a autoria mediata é que: “Na coautoria todos os coautores de qualquer forma possuem o condomínio do fato, podendo ser total ou parcial, todos os coautores têm o domínio do fato no seu limite de ação” (LINHARES, 1987). Já na autoria mediata, de forma diferente, apenas o autor mediato tem o domínio do fato e só o autor mediato é quem comanda o fato, dominando e controlando a vontade alheia, sendo que as outras pessoas que participaram do crime são apenas “instrumentos” utilizados para a prática do delito. Segundo Jakobs (2003)

Para Prado (2007) na coautoria, o coautor participa e pratica fato próprio. Já na autoria mediata “os terceiros colaboram para fato alheio, referente ao autor mediato, sendo que tais terceiros não têm o condomínio do fato.” Para Luís Flávio Gomes (2008), para se caracterizar a coautoria se fazem necessário alguns requisitos, sendo eles: A pluralidade dos agentes e de condutas, sendo que todas as condutas visam um resultado comum; a relevância, importância causal e jurídica de cada conduta; o vínculo subjetivo entre coautores. Diferentemente da coautoria, a autoria mediata não tem e não segue os requisitos acima, pois na autoria mediata apesar de haver uma pluralidade de pessoas, não há coautoria, pois os terceiros não têm o domínio do fato. Segundo Zaffaroni (2006)

Na autoria mediata não há adesão ou ligação subjetiva entre o autor mediato e os terceiros, não havendo vínculo subjetivo entre eles. Outra diferença essencial entre a coautoria e a autoria mediata se na imputação do crime e punição que cada um recebe. Na coautoria todos os coautores respondem pela prática do crime, todas as ações e contribuições são imputadas reciprocamente aos coautores. “Todos os coautores respondem pelo crime comum, pois todos buscam o mesmo resultado” (FELICIANO, 2005).

Nilo Batista ao tratar da co-autoria, adere à idéia de divisão de trabalho entre os co-autores, sendo que cada autor possui o co-domínio do fato: A idéia de divisão de trabalho, que alguns autores, como Antolisei, situam como reitora geral de qualquer forma de concurso de agentes, encontra na co-autoria sua adequação máxima. Aqui, com clareza, se percebe a fragmentação operacional de uma atividade comum, com vistas a mais seguro e satisfatório desempenho de tal atividade. Por isso os autores afirmam que a co-autoria se baseia no princípio da divisão de trabalho (GRECO, 2008, p. 437).

Já na autoria mediata, a responsabilização se dá de forma diferente, pois em regra (existem exceções), somente o autor mediato responde pelo crime. “Apenas o autor mediato é responsável pelo fato criminoso.” (GOMES, 2006).

É preciso também explicitar que na co-autoria todos os co-autores praticam suas ações buscando o mesmo resultado comum. Conforme estabelece Mirabete (2003). Já na autoria mediata, regra geral, só o autor mediato pretende o resultado. O terceiro não busca o resultado, apenas contribui para o resultado pretendido pelo autor mediato. “O terceiro utilizado pelo autor mediato em regra não atua de forma dolosa ou culposa no crime.” (JESUS, 2003).

Para Gomes (2008) deve-se observar que a coautoria é aditiva porque todos os coautores que atuam conscientemente na prática do crime, respondem pelo mesmo. Já na autoria mediata, a prática do crime é individualizada e fica restrita a figura do autor mediato. Segundo Amorim (2007)

2.4 Participação x autoria mediata

A participação seria a ajuda, a colaboração de um agente para a realização de um crime, não participando diretamente de sua execução. Então, percebe-se que existe uma diferença fundamental entre a participação e autoria mediata. Na autoria mediata, o autor mediato determina a conduta de outrem, ele controla a ação de um terceiro. (GOMES, 2006). Já na participação, o partícipe apenas colabora com outrem na realização de um fato criminoso, não sendo sua conduta determinante para consumação do fato. (PRADO, 2007)

Na participação é necessário o vínculo subjetivo do partícipe, em que o mesmo saiba que está ajudando na conduta do autor. É indispensável e essencial que haja vínculo subjetivo do partícipe, podendo se manifestar por meio de acordo ou adesão. A participação demonstra uma contribuição dolosa em um fato punível doloso que seja praticado por outra pessoa. “Só que o partícipe não tem e não possui o condomínio do fato.” (MIRABETE, 2003). E de forma diferente na autoria mediata, não há vínculo ou ligação subjetiva entre o terceiro instrumentalizado e o autor mediato do fato. Na autoria mediata, em regra, o terceiro instrumentalizado não sabe do crime e não tem consciência que sua ação está vinculada a prática de um crime. O terceiro instrumentalizado é controlado pelo autor mediato. (JAKOBS, 2003).

Também se faz preciso considerar que a participação é uma atividade acessória e assim sempre depende da conduta e fato principal. Logo, só haverá partícipe se houver um autor do fato. Sendo que só haverá participação, se o crime for pelo menos tentado, pois se não houver ao menos tentativa, a participação não é punível. Segundo Batista (2004) Como foi demonstrado por Beatriz Vargas, em um sentido geral a participação e o concurso de

agentes seriam equiparados. Mas fazendo uma diferenciação entre os que de alguma forma cooperaram para o crime, o partícipe seria aquela pessoa que embora concorresse para o crime, realizaria uma conduta e ação diferente do autor. Faz-se também importante considerar que a participação pode ser moral, nos casos de instigação ou induzimento e também pode ser material na hipótese de prestação de auxílio material.

A participação moral se dá por meio de induzimento ou instigação. O induzimento ocorre quando o partícipe faz nascer, surgir à idéia do crime na mente do autor, e dessa forma influi e induz a prática do crime. E já na instigação, o partícipe busca reforçar e reiterar uma idéia pré-concebida do autor. Nessa hipótese de instigação, o autor já tem a idéia criminosa, e o partícipe fica reforçando tal pensamento, e dessa forma instigando ao cometimento da infração penal. (BARROS,2003) Nenhuma dessas hipóteses de participação podem ser confundidas com a autoria mediata. Na autoria mediata, o autor mediato não vai apenas “participar” da conduta do terceiro, ele a vai determinar. O autor mediato já tem a idéia, a intenção e o dolo pré-existente, sendo que não vai transferi-lo para o terceiro instrumentalizado. “O terceiro que atua como instrumento nem sabe da vontade do autor mediato, e não tem conhecimento da prática criminosa ou então está sendo coagido para praticar fato criminoso.”(MIRABETE, 2003).

Então se distingue a participação da autoria mediata no sentido da ciência inequívoca das outras pessoas a respeito da conduta do autor. Na participação, tanto o partícipe moral ou material tem que ter vínculo subjetivo com o autor, sabendo que sua conduta irá contribuir para o fato alheio pretendido pelo autor. No instituto da participação, o partícipe atua de forma consciente, sabe que sua participação vai ajudar no cometimento do crime. Na participação, a conduta do partícipe é de menor importância, sendo que é o autor principal que tem o domínio do fato. (GOMES, 2008) Já na autoria mediata, o terceiro não tem ciência que sua conduta irá influir no crime, e não tem vínculo subjetivo com o autor, sendo controlado e dominado pelo autor mediato. Na autoria mediata, o terceiro instrumentalizado fica sujeito e vulnerável a intenção do autor mediato, sendo que é o autor mediato que o utiliza como instrumento para se cometer o crime.

Na autoria mediata, não há “participação” do autor mediato, há verdadeira autoria. O autor mediato não induz, instiga ou auxilia materialmente o terceiro instrumentalizado. O autor mediato se vale desse terceiro instrumentalizado, o controlando e manipulando, tendo o domínio do fato e da situação. Assim na autoria mediata, mesmo o autor não tendo participado diretamente da execução, é ele quem controla os fatos e as pessoas para se atingir esse fim criminoso. O autor mediato não participa ou colabora com o fato de outrem, ele determina a

conduta alheia para satisfazer fato e interesse próprio. Na autoria mediata, é essencial a cooperação do autor mediato para o desenvolvimento do crime, sua conduta é a mais importante e relevante, sem a qual o crime não existiria. Segundo Amorim (2007)

Em relação à punibilidade também existem diferenças. Na autoria mediata, o autor mediato que determinou a ocorrência do fato é quem responde pelo delito, por mesmo não tendo participado diretamente do evento criminoso, foi ele quem comandou todo o desenrolar dos fatos. A atuação do autor mediato não pode ser comparada à participação, já que na realidade a sua conduta foi de um real autor, só que agindo “como homem de trás” (JESUS, 2003) Já na participação a punibilidade se dá de forma diversa. Tanto o partícipe como o autor respondem pelo fato, na medida da culpabilidade de cada um. Em relação à punibilidade do partícipe pode haver duas situações diferentes:

Participação de menor importância: Baseando-se no Art. 29 Caput do Código Penal, ocorre uma causa redutora de pena de caráter obrigatório, no caso da contribuição do partícipe ser menor ou pouca importância para o crime. Podendo nesse caso, a sanção penal ser aplicada aquém do mínimo legal. Para Galvão (2004) nessa situação se valora a cooperação do partícipe como sendo menor importância e que não teve tanta relevância ou influência no delito cometido.

Cooperação dolosamente distinta – Essa previsão legal serviu para ratificar o caráter individual da culpabilidade, sendo que cada pessoa responde na medida de sua culpabilidade. Essa situação pode ser visualizada quando ocorre o desvio subjetivo de conduta, sendo que um dos intervenientes pretendia participar do delito menos grave e não do mais grave realizado pela outra pessoa. Nesse caso ocorreu participação de crime menos grave, e a culpabilidade deve ser analisada individualmente, aplicando a pena de forma proporcional. Deve-se também observar que o partícipe responderá pelo crime menos grave, mas tendo a pena aumentada até a metade se o resultado for previsível. (GOMES, 2008)

Deve-se também observar que há diferença entre a autoria mediata e participação nos casos de crimes de mão própria. Os crimes de mão própria são aqueles que só podem ser praticados por determinada pessoa, mas sem intermédio de outrem, sendo de natureza personalíssima. Não há possibilidade de autoria mediata nos crimes de mão própria, pois se entende que por serem crime de atuação pessoal, somente será autor quem vier a realizar a conduta prevista no núcleo do tipo penal. Também não se pode falar em autoria mediata nos crimes de mão própria porque a execução de tais crimes não pode ser transferida a outra pessoa, somente o autor do fato poderá realizá-lo. Esse é o entendimento do STJ e posição majoritária na doutrina. (GRECO, 2018)

Porém se admite a participação nos crimes de mão própria, através de instigação ou induzimento. (FELICIANO, 2005). Assim, é importante a análise da conduta de cada influenciador no crime para que se possa visualizar a forma como que cada um atuou, para assim vislumbrar uma punição de acordo com a modalidade de crime cometido.

Neste capítulo conseguimos esclarecer e “definir” os conceitos de autor, participação, concurso de pessoas, autoria e coautoria, o que será utilizado como fundamento basilar para definição da possibilidade de concurso de agentes na autoria mediata. No próximo capítulo analisaremos as teorias formadoras da autoria mediata, entre elas a teoria do domínio de fato, situação central na solução do propósito da pesquisa.

3. AS TEORIAS FORMADORAS DA AUTORIA E DA AUTORIA MEDIATA

Para podermos definir a possibilidade da aplicação do concurso de pessoas na autoria mediata e se sua aplicação é juridicamente aceitável, precisamos percorrer alguns caminhos. Já conseguimos esclarecer o que é autoria e suas espécies, por conseguinte, precisamos entender agora as teorias formadoras da autoria, com ênfase em especial na teoria do domínio do fato, para chegarmos então ao objetivo estabelecido com a pesquisa.

Ao se falar em autoria, é preciso expor que tal instituto sofreu alterações ao longo do tempo. O instituto da autoria evoluiu, sendo que houve várias teorias que contribuíram para sua formação. A diversidade de teorias sobre a autoria se dá pelos diferentes pontos de vista que se tem sobre o assunto. Cada doutrinador tem um pensamento acerca da autoria e isso acaba gerando uma divergência doutrinária. Tais teorias que ajudaram a formar o instituto da autoria são diferentes e cada uma se baseia nos conceitos de autor. As teorias acerca da autoria são baseadas e compatíveis com os conceitos extensivos e restritivos de autor. Deve-se mencionar, primeiramente, a diferença entre o concurso necessário, aquele que o tipo requer o aspecto plurissubjetivo e o concurso eventual, em que se verifica um crime em regra praticado por uma pessoa com a cooperação de mais de um indivíduo na presença do elemento objetivo do nexo causal e do elemento subjetivo da noção da atuação convergente, em um acréscimo, mas não necessariamente acordo de vontades para o mesmo objetivo, respondendo pela mesma infração penal.

Assim, observa-se a ausência da coautoria quando falta o liame subjetivo, fazendo-se possível apenas à configuração da autoria colateral, que na mesma atuação convergente para o resultado único, sendo desconhecidas entre si às ações de cada autor do fato. (MIRABETE, 2003)

A teoria unitária ou monista pressupõe a ocorrência de apenas um delito pelas pessoas em conjunto, e diferente do posicionamento de adesão subjetiva, se afasta de qualquer diferenciação entre elas, cuja caracterização seria de igualmente autoras. Faz-se necessário alinhar esse conceito ao Código Penal brasileiro de 1940, em que vigorava o já ultrapassado conceito unitário de autor, segundo o qual todas as pessoas que, de forma casual e em igualdade de condições concorressem para o crime seriam de forma objetiva seus autores, independentemente de atenderem ao disposto no tipo. (GOMES, 2008)

Já a teoria pluralista prevê a realização de diferentes crimes com o cometimento de diferentes condutas por cada uma das pessoas em concurso, mesmo que havendo um só resultado. Logo, se identificaria a quantidade de crimes de acordo com a real quantidade de pessoas que têm a intenção, configurando delitos próprios e autônomos e, dessa forma, não havendo convergência das condutas individuais para uma só ação, a realizar um mesmo fim. (PRADO, 2007) E diferentemente, a teoria dualista contém de diversidade de crimes para autor e partícipe, de forma que o primeiro é citado quando realizada a principal ação tipificada, sendo a participação vista na execução de ações acessórias, ajudando material ou moralmente o autor, ficando inviabilizada assim a consideração da autoria mediata. (NUCCI, 2007)

Como se pode observar, para Gomes (2008) conceito restritivo de autor faz diferenciação entre autor e partícipe. Para esse conceito, autor e partícipe são diferentes, sendo que autor é somente o que pratica a conduta descrita no núcleo do tipo penal e partícipe é aquele que de alguma forma ajuda o autor, mas não pratica a conduta do tipo penal.

Já o conceito extensivo de autor não distingue o autor do partícipe. Segundo o conceito extensivo de autor, todas as pessoas que colaboram para a realização do fato são autores. Assim, dessa forma e baseadas nesses conceitos, surgiram diferentes teorias acerca da autoria. Cada teoria tem uma abordagem e interpretação específica, tendo seus fundamentos firmados no conceito de autor que consideram e adotam. Já em relação à autoria mediata não foram seguidas às mesmas teorias, pois as teorias existentes eram falhas ao caracterizar essa modalidade de autoria. Então em relação à autoria mediata foi preciso encontrar uma teoria adequada que pudesse direcionar e explicar tal espécie de autoria. (NUCCI, 2007).

2.1 A evolução das teorias da autoria

Para os que consideram o conceito restritivo de autor, a teoria adotada é a Teoria Objetiva de Participação.

Segundo Greco (2008) se a realização da ação típica já significa objetivamente algo distinto ao seu favorecimento deduz-se por se só que autoria e participação também devem distinguir-se conforme critérios objetivos. A teoria objetiva abrange duas vertentes: Formal e Material.

A teoria objetivo formal considera que o autor é aquele que realiza a conduta descrita no núcleo do tipo penal. Sendo que para essa vertente, as outras pessoas que colaborarem e ajudarem na prática da infração penal, mas não vierem a realizar a conduta tipificada, serão partícipes. (MIRABETE, 2003) Para essa teoria, o autor seria apenas aquela pessoa que viesse a praticar o verbo narrado no tipo penal, deixando assim uma lacuna de impunibilidade, pois desconsideraria e minimizaria a conduta das outras pessoas que embora na ação contida no tipo penal fosse relevante, pois auxiliou o cometimento do crime (GOMES, 2008).

Na precisa lição de Santiago Mir Puig, o decisivo é somente e sempre a realização de todos ou alguns dos atos executivos previstos expressamente (literalmente) no tipo legal. Também dizia Soler que autor é em primeiro lugar, o sujeito que executa a ação expressada pelo verbo típico da figura delitiva. Essa teoria objetivo formal é muito literal e fica muito presa ao núcleo do tipo penal, pois a caracterização do autor só se dá segundo um verbo contido no tipo penal. Outra ação que não seja descrita no tipo penal, seria indiferente, não tendo valor, caracterizando a pessoa que a praticou apenas como partícipe. Tal teoria objetivo formal é a adotada pela clássica doutrina pátria e pela jurisprudência, sendo autor quem realiza o verbo do núcleo do tipo penal e partícipe quem concorre para o crime de outra forma. É a teoria adotada pelo nosso Código Penal após a reforma de 1984. Essa teoria distingue autor de partícipe, estabelecendo como critério distintivo a prática ou não de elementos do tipo. Segundo Gomes (2008)

Assim, autor é aquele que concorre para a realização do crime, praticando elementos do tipo. Coautor é aquele que concorre para a realização do crime, praticando parte do tipo, ou seja, ele presta uma ajuda considerada essencial, dividindo tarefas essenciais ao crime (divisão de tarefas em sede de tipo). Já o partícipe “é aquele que contribui de qualquer outro modo, para a realização de um crime, sem realizar elementos do tipo.” (BITENCOURT, 2002). É de se destacar que na participação também existe uma divisão de tarefas, no entanto, tais tarefas são consideradas acessórias. O partícipe auxilia de forma secundária, sem realizar qualquer ato de execução do crime, divisão de tarefas em sede de crime. Segundo Greco (2008) o problema dessa teoria adotada é que não explica a autoria mediata, caso em que o

autor mediato não realiza o verbo do núcleo do tipo penal nem concretiza materialmente a realização do fato, mas utiliza-se de terceira pessoa para a prática do crime.

A outra vertente da teoria objetiva é a teoria objetivo material. Tal teoria considera a efetiva contribuição do agente para o resultado final. Tal teoria abrange e observa o grau de importância de cada conduta realizada, visando estabelecer diferenças entre causa e condição. Sendo que para essa teoria, o causador, o que dá causa a infração penal é o autor e o partícipe é aquele que dá condições e com sua ação possibilita o cometimento do crime. (PRADO 2007)

A teoria objetivo material visa complementar a teoria objetivo formal, acrescentando circunstâncias e detalhes às suas falhas e brechas. A teoria objetivo material em detrimento do objetivo formal busca dimensionar e levar em conta cada conduta praticada, considerando quão importante é a ação de cada agente no crime praticado. Segundo Mirabarte (2003) para essa teoria a caracterização do autor se dá, pois a conduta do mesmo contribui mais para o resultado final, ou seja, a ação do autor seria mais importante para a prática do crime do que a ação do partícipe. Porém é necessário salientar que tal teoria objetiva não conseguiu dar respaldo e fundamentos para a autoria mediata. Tal teoria objetiva é incompatível com a autoria mediata, pois como nessa espécie de autoria é um terceiro instrumentalizado pratica a conduta do tipo penal, o autor mediato não seria considerado autor e sua conduta não seria valorada conforme sua importância, sendo que só o terceiro seria punido. (AMORIM, 2007)

Assim observa-se que tal teoria não se enquadra e distorce o fundamento da autoria mediata. Na autoria mediata, o autor mediato não realiza a conduta do tipo penal, ele influencia e faz com que terceira pessoa pratique a conduta descrita. Logo, a teoria objetiva iria minimizar a conduta do autor mediato, e punir um terceiro injustamente. Observa-se que tal teoria é muito limitada, deixando brechas e logo não conseguindo explicar a autoria mediata. Já em relação ao conceito extensivo de autor, a teoria regente é a Teoria Subjetiva de Participação. Como o conceito extensivo de autor não distinguiu o autor do partícipe, pois para tal conceito as duas figuras são iguais, a única maneira possível de buscar uma diferenciação foi em um aspecto subjetivo. (GRECO, 2008)

Para tal teoria o autor é quem atua com *animus auctoris*. Já o partícipe é aquele que age com *animus socii*, sendo sua conduta acessória, não querendo o partícipe o fato como próprio. Tal teoria leva em conta a vontade e intenção de cada pessoa na prática criminosa. O que separaria o autor do partícipe seriam suas vontades e intenções acerca do fato. (PRADO 2007)

O autor seria o personagem principal, atuando como o protagonista no crime, desejando o fato como próprio. Sendo que o partícipe seria um coadjuvante, tendo um papel secundário na prática da infração penal. O problema dessa teoria conforme Jesus (2003) é que só o critério subjetivo não é suficiente para distinguir o autor do partícipe, seria preciso apelar para aspectos objetivos, observando a conduta efetiva de cada pessoa.

“Não se pode caracterizar uma pessoa como autor apenas por sua vontade, pelo seu querer, é preciso analisar todo um contexto para poder determinar quem é autor e quem é partícipe.” (MIRABETE 2003).

3.2A teoria do domínio do fato e sua evolução ao longo do tempo

Depois do surgimento de várias teorias, com diferentes pontos de vistas e vertentes, apareceu uma nova teoria que se posicionou entre as existentes, de forma intermediária, chamada de Teoria do Domínio do fato. (JAKOBS, 2003) A teoria mais antiga além de possuírem nuance de extremismo, também possuíam falhas, deixando lacunas que envolviam várias situações, tendo brechas que davam margem a diferentes interpretações. Tais teorias por apresentarem erros, foram motivos de várias críticas. Logo, buscando envolver a diversidade de situações possíveis e preencher lacunas de outras teorias, surge em 1939, pela cátedra de Hans Welzel, a Teoria do Domínio do Fato. (GOMES 2008)

A Teoria do Domínio do Fato é explicada por Claus Roxin baseada em alguns pontos. Primeiro, segundo sua obra, o autor é quem realiza direta e imediatamente, no todo ou em parte, uma conduta típica descrita na lei penal como incriminadora, integrando ao domínio da ação. Também, é o domínio funcional do fato, apresentado nas situações de coautoria. E derradeiramente, ocorre quando o autor executa o fato delituoso utilizando-se de outra pessoa como instrumento. Sendo assim, está presente a autoria mediata através do domínio da vontade, mesmo quando não executada pessoalmente a conduta típica e ainda se mostrando sobre ele a autoria. Dessa forma, este domínio materialmente considerável está tão marcante ao ponto de permitir a realização de tal fato, podendo inclusive decidir sobre sua interrupção, modificação ou consumação. (AMBOS, 2002)

As observações sobre a Teoria do Domínio do Fato denotam uma grande dificuldade de fornecer uma autêntica história dogmática da referida Teoria. “O início de sua evolução, para se obter a visão que se hoje, remete ao alemão Hans Welzel, mas as características do conceito da Teoria vêm de Hegler, e seu conteúdo material pode ser atribuída às primeiras teorias de participação.” (ROXIN, 2000).

Hans Welzel é visto como o pai da Teoria Finalista da Ação, que foi formulada na Alemanha por na década de 1930, e tem como preceito fundamental o estudo do crime como atividade humana. Para tal teoria, é necessário se observar a intenção e a finalidade objetivada pelo autor para que possa a conduta ser imputada ao mesmo, contrapondo-se à Teoria Clássica.

A ação ou omissão combinada com o dolo ou com a culpa (resultado de não observância do dever objetivo de cuidado) são para a Teoria Finalista da Ação os elementos para a composição da conduta. Pelo fato de sua teoria recepcionada amplamente por ordenamentos jurídicos fora da Alemanha, esse pensador é um dos mais famosos estudiosos do Direito Penal Alemão. Em 1939, para julgar os crimes ocorridos na Alemanha pelo Partido Nazista, a Teoria do Domínio do Fato foi elaborada, consistindo na aplicação da pena ao mandante de um crime, mas como autor e não como partícipe do crime. (AMBOS, Kai, 2002,p.18)

Hegler, por sua vez, foi o primeiro que utilizou a expressão “domínio do fato”, ao tratar em 1915 sobre os elementos do delito. É utilizado diversas vezes os termos “domínio do fato” e “o domínio sobre o fato” como conceito básico da sistemática do Direito Penal, embora tenha sido utilizada com uma ideia diferente da que temos hoje. Ele considerava o domínio do fato como um elemento da figura do autor, do sujeito do crime, mas somente aos requisitos materiais da culpabilidade, ou seja, imputabilidade, dolo e imprudência, assim como a ausência de causas excludentes de ilicitude.

Segundo ele, atua culpavelmente somente quem tem o “pleno domínio do direito”, isto é, quem como autor imputável e não co-acionado, é o senhor do fato em sua concreta manifestação. É imputado também tal domínio do fato ao autor imprudente, onde consistiria na falta de vontade de evitar o fato tal como é, mesmo quando era de se esperar tal repercussão. (ALFLEN,2006)

Porém, para limitar autoria, indução e cumplicidade, Hegler não utilizou o critério do domínio do fato em lugar nenhum. Atualmente existem certas relações entre o emprego de seu conceito e o atual conceito em dois sentidos. Primeiramente, com seu conceito de requisitos da culpabilidade se descrevem elementos do domínio do fato essencial segundo uma concepção ainda hoje muito difundida. Tem-se o seguinte exemplo, Welzel atribui o “pleno domínio do fato” somente àquele que não o comete por erro e nem está submetido à coação. Mas em meio a toda formação de conceito de Hegler se encontra também a moderna teoria do domínio do fato perfeitamente para fundamentar a autoria mediata, pois essa se dá precisamente nos casos em que ao instrumento (uma vez que atua inimputavelmente, sob erro ou coação) falta o definitivo “domínio do fato”, na terminologia de Hegler, enquanto que o sujeito detrás cumpre todos os requisitos, aparecendo, esse sim, como o “senhor do fato”.

Hegler não expôs essa consequência expressamente em seu trabalho, somente o fez posteriormente. Nela, procura expor sua conhecida doutrina, em que afirma que a essência da autoria mediata reside na supremacia do sujeito detrás, ajustando nesse contexto que se o executor atua sem culpa, ou de modo imprudente, o que ocasiona é autor por que é “pleno senhor do fato”, ou, devido à imprudência, tem o “domínio do fato mais intenso”. (JAKOBS 2003)

Sendo contemplada a diferenciação da autoria mediata através da ideia do domínio do fato se antecipa, inclusive materialmente, um dos principais pontos da posterior teoria do domínio do fato de Welzel. Em ocasiões até na atualidade se limita seu âmbito de aplicação à autoria mediata. Mas também existem posições que afirmam que a teoria do domínio do fato se trata melhor de uma descrição plástica dos casos típicos de autoria mediata dolosa, mas que não acrescenta avanço algum em relação às ideias análogas mais antigas, aludindo assim expressamente à teoria da supremacia de Hegler. (WELZEL, 1997) Apenas em no ano 1939 surge o conceito de domínio do fato de Welzel, que enlaça pela primeira vez a ideia de domínio do fato com a doutrina da ação, derivando desta uma autoria final baseada no critério do domínio do fato. Segundo ele, a autoria final e a forma mais ampla do domínio final do fato. A partir de então, o conceito de domínio do fato se encontra entre os ativos sólidos da dogmática penal, e essencialmente com o conteúdo e configuração que recebeu de Welzel.

Vale muito ressaltar que durante todo o processo evolutivo da teoria do domínio do fato, incluindo autores não tratados aqui, ninguém se referia aos demais, de forma que todos os doutrinadores chegaram a formar esse conceito individualmente. Para Alflen (2006), também vale dizer que os pontos de partida dogmáticos que conduziram a evolução do conceito de domínio do fato são absolutamente diferentes: a teoria da culpabilidade de Hegler, a de adequação de Bruns, a justificação da teoria subjetiva da participação de Von Webber, a crítica a essa doutrina com Lobe, a ideia de dever de Ed. Schmidt, o conceito causal de Horn e, finalmente, a doutrina da ação de Welzel. Dessa forma, fica clara a dificuldade que existe em descrever a história da teoria do domínio do fato dogmaticamente. O início de seu avanço se converteu à concepção de Welzel, hoje quase dominante, mas as características do conceito vêm do conceito de Hegler, e seu conteúdo material pode ser encontrado já no começo da teoria da participação.

Já foi afirmado diversas vezes que todas as teorias já mencionadas, desde a concepção objetivo-formal, passando pelos distintos critérios objetivo-materiais até a teoria subjetiva, abrangem determinados elementos (distintos em cada caso) da ideia do domínio do

fato. Todas elas integram a base da teoria do domínio do fato, que aparece como uma bela síntese dos pontos de partida até então não conectados para coroar uma vasta evolução dogmática. (WELZEL, 1997)

Tal teoria mostra que o autor de um fato criminoso, não é só quem pratica a conduta descrita no tipo penal. O autor seria a pessoa que controla que tem poder sobre o fato criminoso. O autor teria o domínio do fato, podendo assim determinar a ocorrência do crime.

3.3 A teoria do domínio do fato e sua relação com a autoria mediata

A referida Teoria do Domínio do Fato é bem representada nas situações de concurso de pessoas, em que um dos agentes não executa o crime, mas é o mentor do crime ou o homem inteligente do grupo, no sentido de elaborar a ação criminosa. Para Capez (2018) tal agente planeja o crime, comandando a ação de seus coautores, sendo estes os executores do crime, Para a teoria mencionada, o agente que planeja o crime seria considerado autor intelectual. Dessa forma observa-se que o autor não precisa necessariamente ser o executor do crime, podendo o autor controlar o fato criminoso de outra forma.

A teoria do domínio do fato foi adotada por vários doutrinadores, suprimindo assim as falhas das teorias objetiva e subjetiva. A teoria do domínio do fato também trouxe e explicou a situação de divisão de tarefas. (JAKOBS 2003). A Teoria do Domínio do Fato, sistematizada inicialmente por Welzel, e já apresentada historicamente, se mostra com um ponto médio entre as teorias anteriores citadas, tais quais a teoria restritiva e a teoria extensiva de autoria. (GRECO, 2014) Verdadeiramente, na Teoria do Domínio do Fato, parte-se do conceito restritivo de autoria, ciente do critério distintivo entre autor e partícipe, para sintetizar elementos de ordem subjetiva, agregados da Teoria Extensiva, que compõem esta doutrina de essência híbrida (objetivo-subjetiva). (GRECO, 2006)

Percebe-se que a Teoria do Domínio do Fato, apesar de partir do primado já positivado no direito brasileiro, admite uma nova espécie de autoria baseada em elementos subjetivos de vontade e controle sobre as ações de subordinados. Segundo Nucci (2007) a ideia e os fundamentos de Welzel, organicamente analisados por Roxin, ao tratar da autoria e domínio do Fato, estabelece-se três hipóteses diversas para a determinação de quem é autor de um: é autor quem possui domínio da ação (caso de autoria de crime de mão própria); é autor quem possui domínio de volição e/ou cognição (caso de autoria mediata ou autoria intelectual) e é autor quem possui domínio funcional (caso clássico de coautoria).

Claus Roxin entende que o conceito de domínio do fato não é aplicável a todos os crimes, mas tão somente aos comuns, comissivos e dolosos. Nestes crimes, o autor é quem realiza a ação diretamente (autoria direta), isto é, pessoalmente, ou mediamente (autoria mediata), valendo-se de um terceiro como um instrumento, bem como quem a realiza conjuntamente (coautoria). (BATISTA, 2004)

Então, não há de se falar, todavia, de domínio do fato quanto aos crimes de infração de dever, categoria que compreende, entre outros, os tipos especiais, omissivos e culposos. Também os delitos de mão própria constituiriam uma classe especial não explicável segundo a teoria do domínio do fato. Nesse mesmo sentido, nos delitos de infração de dever, por exemplo, autor não é quem eventualmente domina o fato, total ou parcialmente, mas quem pratica a ação típica, isto é, nos crimes especiais, detém a condição especial prevista em lei e a realiza; e nos omissivos aquele que se abstém de praticar a ação exigida pelo respectivo tipo.

Haverá coautoria se duas ou mais pessoas detiverem a condição legal exigida por lei e praticarem o comportamento típico conjuntamente; e será partícipe todo aquele que, fora do caso anterior, induzir/instigar o autor a realizar a conduta típica, pouco importando, para tanto, se domina o fato, no todo ou em parte. (JESUS, 2003, p. 425 - 428)

É também preciso expor que foi Rachev quem aprofundou e aprimorou a Teoria do Domínio do Fato, dando mais base e conteúdo para tal teoria. Assim para a teoria do domínio do fato, autor em Direito Penal é:

- (A) quem realiza o verbo núcleo do tipo, tendo o domínio da ação típica;
- (b) quem tem o domínio organizacional da ação típica;
- c) quem tem o domínio funcional do fato, nos casos em que alguém participa funcionalmente da execução do crime, mas não realizando o verbo do núcleo do tipo;
- d) quem tem o domínio da vontade de outras pessoas, que é o que ocorre na autoria mediata. (GOMES, 2008)

Pode se ter uma visão mais clara da teoria do domínio do fato ao analisar a ocorrência de divisão de tarefas em um grupo criminoso. Muitas vezes ocorre que em um grupo que visa cometer um crime, cada pessoa do grupo tem uma função a cumprir no desenvolvimento do crime. Sendo que cada integrante do grupo é responsável e detém o domínio da função que lhe foi atribuída, sendo que cada função distribuída é relevante e importante para a prática do crime. Segundo Greco(2018). Deve-se ver também que domínio do fato não é um conceito fechado, pois depende das circunstâncias totais do fato. Só

reunindo todas as circunstâncias é que se pode estabelecer quem dominou o fato, quem possui o controle dos fatos. Deve-se visualizar o contexto e circunstâncias do fato criminoso para definir quem tem o poder de decidir se o fato chegará à sua consumação, sendo que “quem possui o controle dos fatos e o leva a sua realização, é autor e quem simplesmente colabora, sem ter poderes decisórios a respeito da consumação do fato é partícipe.” (JAKOBS 2003, p.9-29). Deve-se esclarecer que a teoria do domínio do fato se aplica nos crimes dolosos, mas não pode ser aplicada nos delitos culposos, pois em tais delitos, como os agentes agem de maneira inconsciente, os mesmos não possuem o domínio do fato, sendo que o resultado do crime é gerado de forma involuntária. (JESUS 2003)

É preciso mencionar que a teoria do domínio do fato é a que melhor explica e fundamenta a autoria mediata. A Teoria do Domínio do Fato corrige as falhas e omissões das teorias anteriores, abrangendo as diversas situações em que a autoria pode ocorrer. Na Autoria mediata, observa-se que o autor mediato não executa o verbo do núcleo do tipo penal, mas controla a situação, e logo detém o domínio do fato criminoso, pois determina e influencia a ação de outras pessoas. O autor mediato tem o domínio da vontade de outras pessoas.

Observa-se que na autoria mediata, o autor comanda o fato, controla a vontade alheia, valendo-se de outra pessoa que age como instrumento na realização do crime. Logo, na autoria mediata pode-se ver o conteúdo e fundamentos da Teoria do Domínio do Fato, sendo que conforme tal teoria o autor mediato domina o fato criminoso. A teoria do domínio do fato adota um critério objetivo-subjetivo para conceituar o autor do delito como sendo aquele que tem o controle final do fato e suas circunstâncias. “É uma teoria que se fundamenta em princípios relacionados à conduta e não ao resultado.” (MIRABETE, 2003).

Segundo Capez (2003) considera-se que a não aplicação da Teoria do Domínio do Fato gera uma grande injustiça, pois assim se deixaria de punir aquele que participa da prática de um crime, mas não tem a ação prevista no núcleo do tipo, já que ele seria considerado mero partícipe, mesmo sua ação tendo grande relevância e importância no cometimento da infração penal. É o que ocorre nos casos de autoria mediata. O autor mediato, por possuir o domínio efetivo da situação controla o desenrolar e desenvolvimento do crime. O autor mediato se utiliza de uma terceira pessoa, a controlando como se fosse uma marionete. O autor mediato determina a prática do crime, fazendo com que a terceira pessoa venha efetivamente cometer o delito. Observa-se que o autor mediato não chega a praticar a ação prevista no núcleo do tipo penal, mas a conduta do autor mediato é essencial e imprescindível na prática do crime. Sem a atuação do autor mediato, o crime não ocorreria. (JESUS, 2003)

O instituto da autoria mediata é o que mais se beneficia e se vê amparado pela Teoria do Domínio do Fato, pois tal teoria consolida a figura do autor mediato como um efetivo autor do crime, considerando a importância de sua conduta e atuação na prática criminosa. (ZAFFARONI, 2006)

Na figura da autoria mediata, a realização do crime passa e depende da vontade e decisão do autor mediato. O autor mediato, possuindo o domínio final do fato tem o poder sobre a ocorrência do fato, optando pela prática ou não do crime, influenciando a conduta de terceira pessoa. E assim a Teoria do Domínio do Fato possui fundamentos para dar respaldo à autoria mediata, sustentando que o fato de uma pessoa ter nas mãos o controle de um fato criminoso é suficiente para alguém ser considerado como autor. Logo, o autor mediato assume a posição de um legítimo autor em um crime, tendo uma atuação diferente, fazendo com que outras pessoas cometam o crime de forma efetiva.

A doutrina moderna vem aceitando a teoria do domínio do fato e assim tem caracterizado como autor quem tem o domínio final do fato, no sentido de decidir quanto à sua realização e consumação, diferenciando-se do partícipe, que apenas ajudaria na prática do crime. (GOMES, 2008) Baseado na Teoria do Domínio do fato, Capez (2003) diz que o autor mediato seria enquadrado como autor não pela tipicidade em si da sua conduta, já que muitas vezes a ação do autor mediato não constitui crime. Mas o autor mediato teria a característica de autor do crime pelo seu poder e controle subjetivo na ação criminosa.

Posto todos os conceitos e considerações pode-se verificar a importância que tem a Teoria do Domínio do Fato para a formação do instituto da autoria mediata. O que será determinante para a verificação se esta teoria impossibilita juridicamente ou ainda se traz uma controvérsia forense para o direito penal. Por conseguinte, analisaremos as possibilidades e interferências da teoria do domínio do fato sobre a modalidade de autoria mediata, epigrafando a aplicação do concurso de agentes.

4. DA AUTORIA MEDIATA

Pode-se observar que a figura do autor tem vários desdobramentos, podendo aparecer em várias situações e hipóteses. A figura do autor não fica limitada à situação tradicional em que o próprio autor de maneira direta comete determinada infração penal e, tampouco, apenas ao conceito restritivo de autor. O autor pode-se valer de meios e pessoas para realizar um crime sem que para isso tenha que vir a praticar a conduta, o verbo do núcleo

do tipo penal diretamente. Assim, é justamente nesses casos que excepcionam a regra do autor cometer a conduta tipificada, é que surge a autoria mediata.

Após conhecer as teorias e princípios formadores da autoria mediata, neste capítulo passaremos a buscar a interferência e/ou influencia da teoria do domínio do fato no concurso de agentes dentro da autoria mediata, para tal, vamos analisar os conceitos de autoria mediata e, por conseguinte, se a teoria do domínio do fato impede a aplicação do instituto do concurso de agentes dentro desta modalidade penal.

4.1 Conceito

O autor de um fato criminoso pode praticar a sua conduta de formas diferentes, podendo ter atuação diversa no crime. Deve-se considerar primeiramente que o autor pode ser aquele que pratica de forma direta a conduta prevista no tipo penal, sendo este o autor direto. (TAVARES, 2000)

Mas também o autor pode ser aquele que se utiliza de outra pessoa, que atua como instrumento para poder cometer infração penal, sendo neste caso a hipótese de autoria mediata. (NUCCI, 2007) Nesta situação, quem se vale de terceira pessoa para executar uma infração criminosa é caracterizado como autor indireto ou mediato. (MIRABETE, 2003)

Mostra-se assim que pode haver duas formas de autoria, a autoria direta e a autoria mediata. A autoria mediata ou autoria por determinação é uma espécie de autoria em que o autor mediato controla a vontade alheia, utilizando-se de outra pessoa que funciona como instrumento na execução da conduta criminosa. Nota-se que na autoria mediata, o autor mediato, é aquele que comanda o fato criminoso, domina a vontade de outra pessoa, utilizando-se da mesma para realizar o crime. Na autoria mediata, o autor determina a atuação da outra pessoa na prática criminosa, cometendo o delito de forma mediata através de outra pessoa. O autor mediato tem sob seu controle o desenrolar do crime, e dessa forma consegue ter o domínio da atuação da terceira pessoa no crime. (AMORIM, 2007).

Na precisa lição de Wessels, “autor mediato é quem comete fato punível por meio de outra pessoa, ou seja, realiza o tipo legal de um delito comissivo doloso de modo tal, que, ao levar o cabo à ação típica, faz com que atue para ele um intermediário na forma de instrumento”. (GRECO, 2008, p.438)

Observa-se que na autoria mediata, o autor mediato não ostenta a aparência de autor do crime, tendo assim que controlar e se valer de outra pessoa para alcançar seu objetivo criminoso. (MIRABETE, 2003) Na autoria mediata, o autor indireto fica à margem do crime, sendo realmente o homem de trás na conduta criminosa. Logo, para que haja e se caracterize a autoria mediata, se faz preciso que o agente possua o controle da situação, é necessário que o autor mediato tenha nas mãos o domínio do fato.

Como é uma espécie de autoria, a autoria mediata possui algumas peculiares características, sendo estas: (GOMES, 2008).

- pluralidade de pessoas, mas não coautoria, nem participação, e nem autoria colateral. Na autoria mediata apesar de haver várias pessoas envolvidas na prática criminosa, não há um concurso de pessoas associadas para esse fim específico.

- o executor é instrumentalizado, terceira pessoa é utilizada como instrumento pelo autor mediato. O autor mediato se vale de uma terceira pessoa, e a instrumentaliza para executar o crime. Não há vínculo, ligação subjetiva entre o autor mediato e o terceiro instrumentalizado.

- o autor mediato possui o domínio final do fato. O autor mediato controla toda a situação criminosa, determinando assim o desenvolvimento do crime.

- o autor mediato domina a vontade do executor material do fato. Observa-se que o executor material do fato não atua com vontade própria, sendo que só atua porque é controlado pelo autor mediato.

- o autor mediato é chamado de “homem de trás”, pois não realiza o fato pessoalmente.

- o agente executor, terceiro instrumentalizado é chamado de “homem da frente”. O terceiro instrumentalizado justamente por executar o crime é aquele que aparece aos olhos da sociedade e do Direito Penal como executor do crime.

Dessa forma, a autoria mediata se caracteriza por ter em sua essência dois autores, mas sem conexão subjetiva entre os mesmos.

Os autores envolvidos na autoria mediata não compartilham do mesmo dolo. Na autoria mediata, há um autor mediato, que fica na sombra, permanecendo à margem da atuação criminosa e muitas vezes é esquecido, pois não aparece no crime. (CAPEZ, 2003)

A intenção dos agentes na autoria mediata é distinta, sendo que o autor mediato quer o fato como próprio, porém o terceiro instrumentalizado pratica sua conduta para atender a vontade alheia do autor mediato.

Existe ainda outro autor, o agente executor, que é uma terceira pessoa que é controlada e dominada pelo autor mediato, sendo instrumentalizada pelo mesmo para praticar o crime. (SANTOS, 2004)

Funciona como um verdadeiro bode expiatório, ofuscando o verdadeiro autor do crime. Dessa maneira, pode-se perceber que a autoria mediata, é uma modalidade de autoria em que o autor mediato não aparece, e busca ficar impune, sendo que para isso se aproveita de outras pessoas para realizar o crime que realmente tem a vontade de cometer.

4.2 Hipóteses de ocorrência

Tem se constatado que na autoria mediata, uma terceira pessoa é influenciada a cometer um crime. Uma terceira pessoa que não possui o dolo específico de praticar uma ação criminosa é instrumentalizada pelo autor mediato para execução do crime. (JAKOBS 2003)

E essas situações de autoria mediata têm previsão legal no Código Penal. Assim há quatro hipóteses de autoria mediata previstas expressamente no Código Penal, sendo elas: (GRECO, 2018).

- a) erro determinado por terceiro (Art. 20, Parágrafo 2º do CP).
- b) coação moral irresistível (Art. 22, primeira parte do CP).
- c) obediência hierárquica (Art. 22, segunda parte do CP).
- d) caso de instrumento punível em virtude de condição ou qualidade pessoal (Art. 62, III, segunda do CP).

Ainda deve-se incluir que, além desses casos previstos expressamente no Código Penal, pode ocorrer autoria mediata quando o autor se aproveita de terceira pessoa que não pratica nenhum comportamento doloso ou culposo, em razão da presença de uma causa de exclusão da ação, como se faz visível nos casos de força irresistível do homem e o estado de inconsciência. (GOMES, 2008)

Pode-se ilustrar o erro determinado por terceiro, no caso de uma enfermeira que aplica em um paciente, a pedido do médico, uma injeção com veneno letal, sem saber o seu conteúdo. Nessa hipótese há uma clara visualização de que o médico que já havia preparado a injeção e determinado que fosse aplicada no paciente é o autor mediato do crime de homicídio. O médico queria, tinha o dolo de matar o paciente. Já a enfermeira que foi a agente executora do crime, não agiu com dolo ou culpa, é a terceira instrumentalizada não respondendo pelo crime (GRECO, 2008).

Deve-se constatar que também há diferentes formas de punições, para o autor mediato e o terceiro instrumentalizado. Regra geral, quanto à penalização do crime, o autor mediato é o único responsável pelo fato e o único responsável pelo crime. Tal regra se mostra justa e coerente, pois mesmo não agindo diretamente no crime, o autor mediato é quem domina todo o fato criminosos desde o seu início até a sua consumação.

E mais, não teria sentido punir um terceiro que executor uma ação sem dolo ou culpa, pois foi influenciado por um homem de trás a cometer o crime. Porém há exceções a regra, existindo situações em que tanto o autor mediato como o agente executor responde pelo crime. Assim pode-se punir também o agente executor quando: (GOMES, 2008).

- O agente executor atua como instrumento, porém, de forma culposa. Nessa situação, haverá responsabilidade tanto do terceiro instrumentalizado quanto do autor mediato. O autor mediato responderá por crime doloso e o autor imediato responde por crime culposos.

- O agente executor, terceiro instrumentalizado, age dentro de uma estrutura de poder, sendo que nesse caso apesar de ter condições de agir de forma diferente acaba respeitando as ordens vindas do superior.

4.3 Terceiro Instrumentalizado

O que se pode constatar é que o terceiro instrumentalizado, apesar de agir sem dolo ou culpa, exerce papel fundamental no cometimento do crime. Afinal de contas, é o terceiro instrumentalizado quem efetivamente pratica a ação descrita no núcleo do tipo penal, porém, sem nexos normativos que o liguem ao resultado, embora haja nexos causais naturalísticos.

Mas deve-se ressaltar que essa terceira pessoa que pratica diretamente o crime, está agindo sob circunstâncias especiais. O terceiro instrumentalizado não age por vontade própria. Na verdade, terceiro instrumentalizado só age, pois está sendo controlado pelo autor mediato. (NUCCI, 2007). O terceiro instrumentalizado tem sua vontade totalmente dominada pelo autor mediato, servindo realmente como um meio, instrumento de realização do crime.

O terceiro instrumentalizado, que acaba sendo o autor direto do crime, é realmente induzido e condicionado a prática do delito. O autor mediato cria uma situação para que terceira pessoa tenha que cometer o crime. O autor mediato desenvolve o crime de uma forma que a terceira pessoa é usada para se poder concretizar a ação criminosa. Logo, para o autor mediato, é indispensável se valer de terceira pessoa, pois somente assim conseguirá alcançar seu objetivo criminoso. (CAPEZ, 2003)

Observa-se que para existir a hipótese de autoria mediata, é preciso haver uma terceira pessoa instrumentalizada pra cometer o crime. O autor só é mediato caso se valha de outra pessoa na execução criminosa. O autor mediato se esconde, e é ofuscado pelo terceiro instrumentalizado.

O terceiro funciona como uma marionete, sendo controlado e tendo sua ação guiada pelo autor mediato. O autor mediato rege e determina a atuação do terceiro instrumentalizado. Quem aparece e recebe toda a atenção pelo ato criminoso é o homem da frente, enquanto que o autor mediato conclui o seu plano criminoso sem se expor. Logo, o terceiro instrumentalizado, assim como a vítima, é refém do plano criminoso criado pelo autor mediato.

Dessa forma, observa-se que o terceiro instrumentalizado é manipulado, seguindo assim os comandos e as determinações do autor mediato. O terceiro instrumentalizado não deseja cometer um crime e não possui a intenção da prática criminosa, na verdade ele é levado a cometer o delito a partir da intervenção inicial do autor mediato, que é quem determina que terceira pessoa irá executar um crime. (JAKOBS 2003)

4.4 A aplicação da teoria do domínio do fato no concurso de agentes dentro da autoria mediata

O contexto contemporâneo da teoria do domínio do fato no concurso de pessoas, no âmbito da discussão teórica, ou, diversas vezes pelo desditoso emprego que dela se faz em prática no Brasil, nos mostra uma clareza quanto a uma maior discussão em torno de seus postulados, de sua utilização e da sua importância para o sistema jurídico brasileiro, especialmente, por obvio, no Direito penal. Uma corrente majoritária da doutrina já se deu conta deste estado de coisas e começa a se posicionar a respeito do tema. Neste prisma, todo este trabalho ate aqui e adiante é buscar os postulados a respeito da teoria do domínio do fato à luz da estrutura normativa do Código Penal brasileiro e doutrinadores, objetivando esclarecer se há ou não alguma interação da teoria do domínio do fato para o sistema de imputação existente no Brasil com ênfase no concurso de agentes.

BUSATO traz a ideia de DOTTI, e defende que as disposições do art. 29, caput e parágrafos do Código Penal brasileiro não se harmonizam com a teoria do domínio do fato, porque a faculdade judicial para reduzir a pena se a participação for de menor importância não satisfaz a exigência dogmática de que a participação tenha uma tipicidade autônoma; e, enquanto o art. 29 do Código Penal adota um sistema unitário, a teoria do domínio do fato está ancorada em um sistema diferenciador. Não há como transpor a teoria do domínio do fato

de ROXIN ao plano brasileiro, devido à sua absoluta incompatibilidade com a ordem jurídica vigente e com a opção do legislador brasileiro por um sistema unitário funciona. Segundo o autor, a impossibilidade se dá por duas razões: porque o próprio Roxin não só rechaça categoricamente a adoção de um sistema unitário, como esclarece que desenvolve sua teoria sobre o pilar do sistema diferenciador; e, porque a concepção de domínio do fato (tanto de WELZEL quanto de ROXIN) está assentada no absoluto rechaço a premissas causais-naturalistas, as quais, diferentemente, são o pilar de sustentação do sistema unitário. (BUSATO, 2017).

Já os posicionamentos que defendem a aplicação da teoria do domínio do fato no concurso de agentes são maioria, muito devido à utilização praxis que este princípio teve na última década, com o famoso caso “mensalão”. Segundo Busato (2017), somos levados acreditar na possibilidade devido ao próprio código penal brasileiro, que em seu artigo 29, *in verbis*: Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

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

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

“O art. 29 drasticamente estipulou que ‘quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas’”. Não nos informou, todavia, como é que (‘de qualquer modo’) se concorre para o crime. Verificada a insuficiência de um puro critério causal para solucionar essa questão (concorrer para o crime é diferente de contribuir causalmente para o resultado); verificado que equiparar ‘qualquer modo’, para além de violar o princípio constitucional da reserva legal, significa operar com uma causalidade inútil (extra típica), só nos resta à tentativa de, a partir dos dispositivos do código e de seus princípios fundamentais, empreender uma reconstrução dogmática extremamente dificultada pela pobreza da lei. (BUSATO, 2017, pag. 39)

Notamos que, a temática é totalmente praxis. A interpretação, todavia, advém do desenvolvimento doutoral. Fato é que existem dois sistemas consolidados. Não existe a possibilidade, de acordo com o dispositivo legal e doutrinário majoritário, do sistema ser unitário e diferenciador ao mesmo tempo. Contudo, o nosso código não é sistemático na tratativa do concurso de pessoas. Na medida em que ele condiciona concessões, também deixa de ser sistemático tornando-se assistemático. O Dispositivo tem um conjunto de regras que não se ajusta fundamentalmente a um sistema diferenciador, tampouco a um sistema unitário. De todo modo, são estas as diretrizes existentes e que cabe interpretação. Impossível negar a

existência das regras ou oculta-las uma vez que se busca solucionar os problemas pertinentes ao concurso de pessoas.

A teoria do domínio do fato, como todo instituto jurídico deve ser, direta ou indiretamente, é uma solução a uma problemática forense. E a divergência que a teoria do domínio do fato se dispõe a solucionar é a de distinguir autor e partícipe. Se o conjunto de normas contido no Código Penal brasileiro impetra essa diferenciação, os critérios do domínio do fato, vem em auxiliar essa interpretação e são compatíveis com as normas contidas do Código Penal. Existe um motivo para se utilizar os critérios da teoria do domínio para justificar a fundamentação da autoria e participação. Ao trabalhar com o que temos, não podemos esperar que o legislador altere o código para um sistema harmônico diferenciador para só então utilizar tais filtros interpretativos. E, se, os critérios lançados pela teoria do domínio do fato são úteis para estabelecer tais diferenciações, propondo resultados mais justos, simplesmente, não há razão que vede sua utilização.

Para Greco (2008), os autores são claros em afirmar que os dispositivos do Código Penal brasileiro, embora apontem para um modelo extensivo e unitário, não são refratários a uma reinterpretação baseada em um modelo restritivo e diferenciador. Mais. Tomados individualmente, alguns permanecem de todo neutros diante dos dois sistemas. Outros, não obstante mais próprios de um sistema unitário, permitem uma reinterpretação progressiva fundada na ideia de legalidade. Concluem, ao final, que, com o apoio de argumentos adicionais baseados na interpretação de determinados dispositivos e com base no princípio da legalidade, é possível falar já de lege lata de um conceito restritivo de autor e da utilização, em tal identificação, dos critérios formulados pela teoria do domínio do fato.

Batista (2004) reforça o uso da teoria do domínio de acordo com as regras do Direito Penal brasileiro. Diz ele que “sob uma perspectiva generalizante, a distinção autoria e participação se aproximará de seu ponto de inercia: os tipos da parte especial”. Na aplicação individualizada de cada caso, caberá ao julgador verificar quem possuía o domínio do fato (nas suas diferentes formas de exprimir-se) e quem era o terceiro instrumentalizado, discernindo autores e partícipes. Para o direito penal brasileiro, nenhum obstáculo teórico existe contra a utilização desse critério para os crimes comissivos dolosos.

Sendo assim, os métodos diferenciadores entre autores e partícipes oferecidos pela a teoria do domínio do fato, uma vez que conjugados com uma teoria de violação de dever específica para os crimes omissivos e os crimes próprios ou especiais, são os que melhor conduzem à identificação de quem pode ser autor e quem deve ser reconhecido como partícipe em um concurso de pessoas para a prática de um crime. Ademais, convém aduzir

que tal proposta resulta perfeitamente compatível com o desenho do Código Penal brasileiro, tudo recomendando sua utilização. Inclusive, porque na complexidade dos aparatos organizados, especialmente da delinquência empresarial, resulta praticamente impossível determinar a autoria sem o socorro a esse critério.

5. RESULTADOS

A autoria mediata é uma das vertentes acerca da autoria, mostrando que o autor não é só aquele que pratica o fato, mas também aquele que comanda e programa toda a ação criminosa. A autoria mediata foi sendo concebida ao longo do tempo com a Teoria Do Domínio do Fato, que relatou que o conceito de autor também é extensivo a quem detêm o total controle da situação, dominando o fato e utilizando-se de terceira pessoa para realizar efetivamente o fato. Tal modalidade específica de autoria faz com que o terceiro que praticou a conduta crime, mas que não tinha capacidade de resistência seja isento de pena, e que quem controlou e o guiou para tal situação seja punido. A autoria mediata se compatibilizando com o domínio do fato ainda pode assim dar origem a autoria intelectual, onde se observa e planeja o desenrolar dos fatos. Assim tal instituto é um alargamento da autoria, observado de vários aspectos, que não se aplica em regra a crimes culposos, observando-se assim que tal teoria se mostra essencial para punir a verdadeira intenção criminosa. Que então a apresentação desse tópico possa vir a aprofundar e tentar desvendar as faces do crime e da autoria, delimitando a aplicação jurídica do instituto, a fim de elucidar a aplicação prática da pena, tanto aos autores imediatos quanto aos mediatos.

Como demonstrado, a Teoria do Domínio do Fato não é uma questão recente, e vem sendo amplamente discutida e aperfeiçoada já faz, praticamente, um século. Após todo processo de evolução dogmática do princípio, desde a primeira ideia de Hegler até os avançados estudos de Claus Roxin sobre o tema, hoje ainda temos uma teoria em constante evolução. Hoje, temos que a Teoria do Domínio do Fato, parte-se do conceito restritivo de autoria, ciente do critério distintivo entre autor e partícipe, para sintetizar elementos de ordem subjetiva, agregados da Teoria Extensiva, que compõem esta doutrina de essência híbrida (objetivo-subjetiva). Apesar do primado já positivado no direito brasileiro, admite uma nova espécie de autoria baseada em elementos subjetivos de vontade e controle sobre as ações de subordinados.

Ao julgador que não identificar, nos casos de concursos de pessoas quando se está frente a um ajuste, a uma ordem, a uma instigação ou a um auxílio, e quando se está frente a uma verdadeira autoria mediata, esse pode valer-se da utilização da teoria do domínio de fato. Quando a participação é quase insignificante e/ou quando é essencial, e estabelecer, amparado nesta teoria, verificando o grau de reprovabilidade da sua ação, a pena devida a cada agente. Portanto, é uma ferramenta importantíssima para interpretação nos casos de concursos de pessoas, excetuados os casos de delitos de violação de dever, crimes omissivos e crimes

especiais, onde o Código brasileiro tem regras próprias e são pontos recortados da teoria do domínio do fato, que os critérios desenvolvidos por ROXIN sirvam de parâmetro para a interpretação das normas positivas do Direito brasileiro, nominalmente os arts. 29 caput; 29 § 1o e 31 do Código penal. Ou seja, pode-se sustentar que será indutor ou auxiliar aquele que não possua domínio da ação, domínio da vontade ou domínio funcional, na situação concreta observada, devendo, assim, somente ser responsabilizado na medida em que alguém que possua tais características realize o crime. Muito menos, será equivocado sustentar, que somente procede à redução de pena do § 1o do art. 29 pelo reconhecimento da reduzida importância da participação do agente, que se dará quando ele não possua domínio da ação, frente à realização do crime. Ainda, tem-se obrigatória a redução da carga penal da pena base, pois a análise deve ser pautada na culpabilidade, e as responsabilidades dos concorrentes restarão estabelecidas na medida de sua culpabilidade (art. 29, caput do CP).

Resta concluso que, quando se tem o primeiro contado com a autoria mediata e com a teoria do domínio do fato, tem-se a impressão que este instituto impedira ou dificultara a aplicação do concurso de agentes nos crimes dolosos, uma vez que o autor mediato é um instrumentalizador de ações humanas, e não se tem subjetividade entre os agentes. Porém, após entendermos todos os princípios formadores da figura do autor, do partícipe, da autoria mediata e principalmente entendermos como a teoria do domínio de fato pode ser utilizada para resolver conflitos na separação das ações dos agentes em uma ação criminosa, principalmente devido à teoria separadora, que esta teoria não impede o concurso de agente e sim é uma ferramenta importante para aplicação das punições e separação de pena no próprio concurso de agentes.

Então, conseguimos esclarecer uma dúvida jurídica, principalmente nos meios acadêmicos, no que se diz respeito à autoria mediata, e a teoria do domínio de fato. Constatase que as pesquisas aplicadas no estudo e a metodologia aplicada conseguiram resolver a problemática aplicada à temática. Observa-se que é um tema já com certa bagagem de discussões, e que ainda vem evoluindo ao tempo, todavia, o trabalho se mostrou bastante esclarecedor e importante para formação dos operadores de direitos que terão contato e até mesmo aplicarão este instituto em suas atividades forenses.

REFERENCIA

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato 1. ed., São Paulo: Quartier Latin, 2006.

AMBOS, Kai. Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, vol. 37, ano 10, jan.-mar. 2002.

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**. Santiago : Editorial Juridica del Chile, 1997

BATISTA, Nilo. Concurso de Agentes. 2.ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, pp. 164-165

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 10.ed Rio de Janeiro: Impetus,2008.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 16.ed Rio de Janeiro: Impetus,2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 6 ed. ver.e atual. São Paulo: Saraiva.2003. volume 1

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 13 ed. ver.e atual. São Paulo: Saraiva.2018.

JAKOBS, Gunther. Aatoria Mediata e Sobre o estado da Omissão. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole,2003

LINHARES, Marcello. Co-autoria. 3. ed. Rio de Janeiro: ed. Aide,1987.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm, acesso em: 24 de abr. de 2018

BUSATO, Paulo Cesar, A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, DELICTAE, Vol. 2, Nº2, Jan. - Jun. 2017.