

Crítica à Teoria do domínio do fato*

Criticism to the Theory of domination of the act

Volker Haas 

Catedrático de Direito Penal e Direito Processual Penal do Instituto de Direito Penal internacional, europeu e alemão e Direito Processual Penal da Universidade de Heidelberg, Alemanha.

Tradutor:

Pablo Rodrigo Alflen 

Professor Associado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Resumo: Embora ainda seja a teoria predominante no âmbito da autoria e participação no direito penal alemão, observa-se um número cada vez maior de críticas à teoria do domínio do fato. A maioria das críticas, porém, referem-se a pontos isolados de suas facetas. Nesse sentido, o artigo desenvolve uma profunda e intensa crítica aos alicerces teóricos desta teoria. Parte-se da hipótese de que a teoria do domínio do fato fracassou como um todo, e que, portanto, é preciso retornar integralmente ao núcleo da teoria subjetiva (ainda que em uma forma modificada).

Palavras-chave: teoria do domínio do fato; autoria e participação; direito penal alemão

Abstract: Despite still being the predominant theory of authorship and participation in German criminal law, an increasing number of criticisms of the theory of domination of the act can be observed. Most of the criticisms, however, refer to isolated points of its facets. In this sense, the article develops a deep and intense criticism of the theoretical foundations of this theory. It starts from the hypothesis that the theory of domination of the act has failed as a whole, and that, therefore, it is necessary to fully return to the core of the subjective theory (even if in a modified form).

Keywords: domination of the act theory; authorship and participation; German criminal law

1. Introdução

A teoria do domínio do fato, que foi desenvolvida de forma absolutamente competente e moldada de maneira casuística por *Roxin*¹, atualmente, é a teoria predominante no âmbito do

* O artigo consiste na versão brevemente modificada da palestra de habilitação à Cátedra, que o autor proferiu em 14 de fevereiro de 2006, em Tübingen, publicado originariamente sob o título *Kritik der Tatherrschaftslehre*. Tradução do alemão autorizada pelo autor, realizada pelo Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen (© de Pablo Rodrigo Alflen com relação aos direitos de tradução adquiridos junto à Walter de Gruyter Verlag). Esta versão foi acrescida de resumo, palavras-chave e lista de referências bibliográficas elaborados pelo tradutor, assim como as respectivas notas de tradução.

¹ Fundamental ROXIN, Claus. **Täterschaft und Tatherrschaft**. 8. Aufl. 2006. p. 51 e ss.

curso de pessoas no direito penal alemão.² Inclusive, tal teoria foi parcialmente reconhecida pela jurisprudência, conforme se verifica claramente pela adoção da figura jurídica da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder, no caso dos disparos no Muro [de Berlin]³. Porém, seu aparente inexorável êxito, mais recentemente caiu alguns andares. Observa-se um aumento progressivo da crítica que, de modo geral, refere-se muito pouco aos seus alicerces teóricos e mais a pontos isolados de suas facetas.⁴ Existe, por isso, motivo para questionar os pressupostos e as hipóteses sobre as quais assenta a teoria do domínio do fato como um todo. Por consequência, apresentar-se-á, em um primeiro momento, um breve esboço acerca do modo como, por um lado, a teoria do domínio do fato projetou um modelo opositor ao conceito subjetivo de autor, e, por outro lado, ao conceito objetivo de autor. Em um segundo momento, apresentar-se-ão as discrepâncias da teoria do domínio do fato e, por fim, serão esboçadas algumas consequências resultantes das dúvidas suscitadas. Principalmente, tentar-se-á demonstrar que precisamos retornar integralmente ao núcleo da teoria subjetiva (ainda que na forma modificada).

2. O ponto de partida da teoria do domínio do fato

O fundamento da teoria subjetiva, assim como foi apresentado por *von Buri*, era, como se sabe, a teoria da equivalência, segundo a qual toda condição de um resultado típico é causa no sentido jurídico. Este fundamento tinha como consequência que todo aquele que, por si mesmo, incentiva a conduta de outrem ou suscita em outrem a decisão de realizar o fato, desde uma análise suficientemente concreta do curso do acontecimento, causa a lesão ao bem jurídico. E se não se quer adotar um conceito unitário e extensivo de autor é preciso transferir a diferenciação entre a autoria e a participação ao tipo subjetivo: de acordo com isso, autor é aquele que, querendo o fato como próprio, atua com *animus auctoris*; e partícipe é aquele que, querendo o fato como alheio, atua com *animus socii*. O critério decisivo para o *animus socii*, de acordo com a assim chamada teoria do dolo, consiste na subordinação do partícipe à vontade do autor principal, e, de acordo com a teoria do interesse, consiste no interesse próprio ou alheio no fato⁵.

² JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**, 5. Aufl. 1996, § 61. p. 651 e ss.; WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 36. Aufl., 2006, § 13 n.m. 518 e ss.; KÜHL, Kristian. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 5. Aufl. 2005, § 20 n.m. 26 e ss.; GROPP, Walter. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 2. Aufl. 2001, § 10 n.m. 34 e ss.; BLOY, René. **Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht**, 1985, p. 313 e ss.; BOTTKÉ, Wilfried. **Täterschaft und Gestaltungsherrschaft**, 1992, p. 35 e ss.; RENZIKOWSKI, Joachim. **Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung**, 1997, p. 50 e ss.; CRAMER, Peter; HEINE, Günter, *In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. StGB. Kommentar*. 27. Aufl. 2006, Vorbem. §§ 25 e ss. n.m. 61 e ss.; JOECKS, Wolfgang, *In: Münchener Kommentar*, 2003, § 25 n.m. 27 e ss.; RUDOLPHI, Hans-Joachim. **Festschrift für Bockelmann**, 1979. p. 369 e ss.

³ BGHSt. 40, 218; 44, 204 e ss.; 45, 270, 296 e ss.

⁴ Veja *pars pro toto* HEINRICH, Manfred. **Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft**. 2002. p. 9 e ss., cuja concepção, no entanto, desvia somente de modo insignificante da teoria do domínio do fato; assim, com razão, a avaliação de WESSELS/BEULKE, **Allg. Teil**, § 13 n.m. 514.

⁵ ROXIN (nota 1), p. 51 e ss.; IDEM, *In: LK*, 11. Aufl. 2003, § 25 n.m. 3 e s.; veja também HERGT, Raimund. **Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen**, 1909. p. 17 e ss.

A teoria subjetiva é rechaçada pelos partidários da teoria do domínio do fato, porque ela se apoia exclusivamente na categoria avalorativa da causalidade. Ademais, é criticado o fato de a subordinação da vontade ter que se basear em diferenças objetivas, caso ela não se limite, no sentido de um Direito Penal do ânimo, a uma atitude permanentemente interna. A vontade do autor, assim como a vontade do partícipe, somente pode ser identificada com base no seu conteúdo, e o conteúdo da vontade, por sua vez, somente pode ser definido a partir dos elementos objetivos da conduta à qual ele se dirige. A teoria subjetiva se projeta para fora de si mesma. Logo, ela carregaria em si mesma o germe da sua própria destruição⁶. A teoria objetivo-formal, a qual, por conseguinte, considera autor aquele que realiza a conduta típica *in persona*, no todo ou em parte, é, do mesmo modo, rechaçada. De acordo com isso, coautor deve ser somente aquele que pratica um ato executório típico, ainda que sem importância. Contra a teoria objetivo-formal levanta-se, sobretudo, a objeção de que nos delitos de resultado falta a descrição necessária da conduta para diferenciar autor e partícipe. Ademais, reprova-se a ela o fato de não poder fundamentar a autoria mediata, bem como não oferecer nenhuma explicação para a responsabilidade do coautor pela parte não realizada pelas próprias mãos, de modo que não se pressuponha implicitamente um momento fundado na imputação objetivo-formal⁷.

A teoria do domínio do fato procura evitar os défices diagnosticados nas concepções contrárias. De acordo com a teoria do domínio do fato, autor é o sujeito que – assim, como o próprio nome da teoria já indica – detém o domínio do fato. Adotou-se, quanto a isso, a metáfora do deter-nas-mãos-o-curso-causal doloso⁸. O fundamento do conceito de domínio do fato é a teoria finalista da ação de *Welzel*. “Senhor sobre o fato é quem o realiza com base em sua decisão de vontade final. A configuração do fato por meio da realização da vontade sistematicamente dirigida torna o autor em senhor sobre o fato. Por isso, a realização da vontade final (o dolo do tipo) é o momento geral do domínio do fato”. O domínio final do fato procura explicar a autoria direta e a autoria mediata. O coautor deve exercer o condomínio sobre o fato integral. Porém, diferente é a situação no caso dos partícipes: “o instigador e o cúmplice, na verdade, também têm um certo domínio do ‘fato’, mas apenas aquele relativo à sua participação. O fato mesmo depende somente do domínio final do autor”⁹. *Roxin* aderiu a esta concepção, mas, em conexão com *Gallas*¹⁰, acentuou rigorosamente os pressupostos objetivos do domínio do fato. A teoria do domínio do fato compatibiliza fatores objetivos e subjetivos que constituiriam uma unidade dialética, com o mesmo nível de significado para a determinação da autoria¹¹. Entretanto, os pressupostos objetivos do domínio do fato, desde o ponto de vista de *Roxin*, não estão na causalidade. A particularidade do conceito de autor não pode consistir em um elemento que caracteriza a todos os participantes – autor, instigador e cúmplice – de igual

⁶ Assim a análise de JAKOBS, Günther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1993. 21/3 e ss.

⁷ JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/3 e ss.

⁸ Assim MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1958; da literatura contemporânea *pars pro toto* KÜHL, *Allg. Teil*, § 20 n.m. 26.

⁹ WELZEL, Hans. *ZStW* 58 (1939), p. 491, 539, 543.

¹⁰ GALLAS, Wilhelm. *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, p. 48.

¹¹ ROXIN (nota 1), p. 316, 330.

modo: a causação do resultado típico¹². Consequentemente, na literatura é representada a concepção de que o domínio do fato fundamenta o **injusto da ação** especificamente do **autor**¹³.

O domínio do fato, enquanto conceito supremo – *Roxin* fala, inclusive, do autor como figura central do acontecimento delitivo –, estrutura-se, como se sabe, nas subcategorias do domínio da ação, no caso da autoria direta, conforme o § 25, al. 1, 1, do StGB; do domínio da vontade, no caso da autoria mediata, conforme o § 25, al. 1, 2 do StGB; e do domínio do fato funcional, no caso da coautoria, que está regulada no § 25, al. 2, do StGB^{N.T.1}. No caso do domínio da ação, *Roxin* atribui ao delinquente o domínio sobre o fato pela execução da conduta típica. Diferentemente, o domínio da vontade se caracteriza pelo fato de o autor mediato instrumentalizar o assim chamado executor, enquanto instrumento. *Roxin* distingue, respectivamente, entre o domínio da vontade em virtude de coação, em virtude de erro e em virtude de aparatos organizados de poder. O último subgrupo, discutível também entre os partidários da teoria do domínio do fato, deve ocorrer quando um aparato de poder garante a execução de uma ordem, isto é, quando o executor direto atua sem qualquer déficit de imputação. Porém, vale principalmente que: havendo domínio do fato pelo homem da frente – por sua decisão livre e **plenamente** responsável – exclui-se o domínio do fato do homem de trás¹⁴. Por esta razão, o partícipe que, de acordo com o § 26 do StGB, determina o autor principal a cometer dolosamente o ato ilícito, e o cúmplice que, de acordo com o § 27 do StGB^{N.T.2}, o auxilia a cometer dolosamente um ato ilícito, são partícipes e não autores¹⁵.

Na opinião de *Roxin*, todas as três formas de autoria são **modos de preenchimento do tipo**. A teoria objetivo-formal cometeu o erro de equiparar a realização do tipo com o cometimento do crime pelas próprias mãos. O § 25 do StGB, porém, esclarece expressamente que o tipo penal também pode ser preenchido com auxílio de um instrumento coagido, sem dolo ou em colaboração por meio de divisão de trabalhos. “A teoria do domínio do fato supera esta fixação tendenciosa na realização pelas ‘próprias mãos’, na medida em que ela permite ver o indivíduo como sujeito do tipo de delito e, com isso, como autor que provoca o resultado típico pelo domínio próprio ou pelo condomínio. Até aí a teoria do domínio do fato, realmente, se apresenta [...] como um desenvolvimento ‘moderado’ da teoria objetivo-formal e, com razão, é caracterizada como uma teoria objetivo-material, porque ela toma por base um conceito material de preenchimento do tipo não orientado por critérios formais”¹⁶.

¹² ROXIN (nota 1), p. 28, 30, 327; IDEM, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. II, 1. Aufl. 2003, § 25 n.m. 4 e ss.; do mesmo modo BLOY (nota 2), p. 202.

¹³ JESCHECK/WEIGEND (nota 2), § 61, p. 638; BLOY (nota 2), p. 118, 123, 160, 204, 206, 252; BOTKE (nota 2), p. 19; RENZIKOWSKI (nota 2), p. 13, 75 e s., 121.

^{N.T.1} Dispõe a citada norma do StGB: § 25 Autoria. (1) Pune-se como autor, aquele que pratica o fato punível por si mesmo ou por meio de outrem. (2) Se muitos cometem o fato punível conjuntamente, então cada um será punido autor (coautoria).

¹⁴ ROXIN (nota 1), p. 276, 294; RUDOLPHI (nota 2), p. 369, 373 e s., 383.

^{N.T.2} Dispõem as citados dispositivos: § 26 **Instigação**: Do mesmo modo que o autor, pune-se como instigador aquele que dolosamente determina outrem a cometer um ato ilícito doloso. § 27 **Cumplicidade**: (1) Pune-se como cúmplice aquele que dolosamente presta auxílio para o ato ilícito doloso cometido por outrem. (2) A pena do cúmplice orienta-se pela pena cominada para o autor, e será atenuada em conformidade com o § 49, 1.

¹⁵ ROXIN (nota 1), p. 311; IDEM, *In: LK*, 11. Aufl. 2003, § 25 n.m. 154.

¹⁶ ROXIN, *In: LK*, 11. Aufl. 2003, § 25 n.m. 34.

Isto significa que: para *Roxin*, os tipos legais são, ao mesmo tempo, descrições da “forma central do acontecimento delitivo”. Os pressupostos da autoria devem ser um componente implícito da descrição do fato e não algo a ser alcançado apenas posteriormente. De acordo com a concepção fundamental da teoria do domínio do fato, os tipos penais dos delitos de resultado, como, por exemplo, os dos §§ 212, 213 e 303 do StGB^{N.T.3}, podem, por conseguinte, ser lidos como segue: “quem, **como senhor do fato**, contribui dolosamente para a causação do resultado típico, será punido...”. Por meio do conceito restritivo moderado da teoria do domínio do fato o conteúdo do § 25 do StGB é implementado aos delitos da Parte Especial, de modo que as formas de autoria do § 25 do StGB – como referiu precisamente *Hoyer* – são apenas moldes declaratórios daquilo que por meio de interpretação já se poderia deduzir substancialmente das descrições dos delitos da Parte Especial¹⁷. Causas de ampliação da punibilidade são, de acordo com isso, somente aquelas do § 26 do StGB¹⁸.

3. Objeções à teoria do domínio do fato

3.1. A errônea fundamentação normativa da teoria do domínio do fato

A teoria do domínio do fato, aqui sinteticamente exposta em seus pontos essenciais, oferece um modelo em si mesmo coerente de autoria – isto é, totalmente independente da configuração absolutamente concreta das formas individuais de autoria, especialmente, da autoria mediata? Um primeiro ponto crítico: poder-se-ia criticar o fato de *Roxin* ter deixado em aberto o princípio axiológico sobre o qual se apoia a teoria do domínio do fato enquanto critério decisivo de diferenciação entre autoria e participação. *Roxin* dispensa o princípio da responsabilidade, particularmente, sob o preciso argumento de que a responsabilidade própria do autor principal não impede a responsabilidade do partícipe, de modo que este critério, desde o princípio, não tem nenhum efeito limitador da imputação e seu significado para a delimitação ainda necessita, primeiramente, ser esclarecido¹⁹.

Portanto, falta justamente uma integração mais precisa do conceito de domínio do fato à teoria do injusto de *Roxin*. De suas considerações somente se pode concluir que as formas de participação consistem, de modo geral, em elementos do injusto. Mas mesmo a caracterização

^{N.T.3} Dispõem as normas citadas: “§ 212 Homicídio. (1) Quem matar uma pessoa, sem que se caracterize assassinato, será punido por homicídio, com pena privativa de liberdade não inferior a cinco anos. (2) Em casos particularmente graves, a pena será de prisão perpétua”; “§ 213 Homicídio de menor gravidade. Se o homicídio ocorrer, sem culpabilidade própria, mediante provocação da vítima, que desencadeia ira devido ao abuso infligido ao autor ou a um membro de sua família, de modo que o autor é imediatamente levado a cometer o ato, ou se o caso for de menor gravidade, a pena privativa de liberdade será de um ano a dez anos”; “§ 303 Dano ao patrimônio alheio. (1) Quem causar dano ou destruir ilicitamente coisa alheia será punido com pena privativa de liberdade não superior a dois anos ou com pena de multa. (2) Do mesmo modo, quem, sem autorização, alterar a forma de uma coisa alheia de modo não insignificante e não temporário, também será punido. (3) A tentativa é punível”.

¹⁷ HOYER, In: SK, 7. Aufl. 2000, preliminar ao § 25 n.m. 10.

¹⁸ ROXIN, Allg. Teil, Bd. II, § 25 n.m. 5; JOECKS, In: Münchener Kommentar, 2003, § 25 n.m. 9; SCHILD, Wolfgang, In: Nomos Kommentar, 2. Aufl. 2005, § 25 n.m. 12, 63, 90; BLOY (nota 2), p. 252, 263.

¹⁹ ROXIN (nota 1), p. 680; IDEM, Allg. Teil, Bd. II, § 25 n.m. 48, 182, no qual *Roxin*, de forma incoerente, recorre, na hipótese de coação, ao princípio da responsabilidade.

do domínio do fato como elemento constitutivo do injusto da ação deixa em aberto se a diferença para com o injusto da ação do partícipe é fundada **qualitativa** ou **quantitativamente**. Na doutrina, inclusive, a formação do conceito fenomenológico-naturalístico da teoria do domínio do fato, elaborado por *Roxin*, tem sido criticada²⁰. O fundamento disso poderia estar no fato de a teoria finalista da ação – vista desde a possibilidade de sua interpretação segundo princípios éticos – ser compreendida de modo a procurar explicar a possibilidade de uma responsabilidade penal em geral. A orientação do acontecimento fático pela finalidade é o fundamento para que a lesão ao bem jurídico, desde o ponto de vista do autor, não seja um *acaso*. A base normativa desta teoria seria, portanto, o princípio da culpabilidade. Porém, a responsabilidade penal do partícipe, evidentemente, também deve estar em unissonância com o princípio da culpabilidade. Por isso, questiona-se, desde então, como pode a teoria do domínio do fato, extraída originariamente da teoria finalista da ação, contribuir para a estratificação normativa entre autoria e participação.

Esta dificuldade é demonstrada por *Jakobs*, cuja concepção baseia-se no princípio segundo o qual se deve interpretar o domínio não naturalisticamente como um fato, mas sim normativamente como fundamento de uma competência **pormenorizada** em razão da organização. Conforme *Jakobs* não há nenhuma diferença qualitativa entre autoria e participação²¹. Também o partícipe responde por um ato de organização: a conduta principal também é obra sua, ainda que não seja na mesma medida do autor. Em comparação com o autor, a quota de contribuição do partícipe no fato principal, na verdade, é quantitativamente reduzida. Isto tem por consequência que a autoria e a participação resultam apenas em ponderações relativas à determinação da pena, fixadas em diferentes formas de participação²². Se a diferença entre a autoria e a participação e, com isso, a diferença do injusto da ação se baseia, realmente, apenas em gradações quantitativas, discutiremos em seguida.

Deve-se mencionar neste contexto a tentativa de *Renzikowski* de explicar o conceito de domínio do fato através do princípio da autonomia e, por conseguinte, de extrair uma diferença qualitativa entre autoria e participação. Do reconhecimento de esferas jurídicas separadas uma da outra por parte da ordem jurídica deve resultar que cada um somente pode ser responsabilizado pelo seu **próprio** injusto pessoal. A falta de déficits de imputação em relação ao autor direto, na sua opinião, conduz à exclusão da imputação em relação ao partícipe. *Renzikowski* equipara, portanto, o conceito restritivo de autor da teoria do domínio do fato com uma **proibição de regresso excludente da responsabilidade**. A responsabilidade penal do partícipe é, para ele, consequentemente, uma responsabilização sem responsabilidade pela lesão ao bem jurídico por si mesmo. Porém, o problema é como explicar então a punição do partícipe de modo geral. *Renzikowski* compreende as normas de participação como proibição de colocação em perigo. O desvalor da instigação e da cumplicidade está em que o partícipe coloca em perigo o bem jurídico, na medida em que ele cria os pressupostos para o fato principal. O

²⁰ JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/23; FREUND, Georg. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1998, § 10 n.m. 66.

²¹ JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/3.

²² JAKOBS, *Allg. Teil*, 22/4, 6; veja IDEM, *Festschrift für Lampe*, 2003, p. 561, 571.

fato principal pelo menos tentado, qualifica-o, conseqüentemente, como mera condição de sanção²³. Mas esta opinião é convincente? É duvidoso se constitui tarefa da Parte Geral do Direito Penal formular tipos penais de perigo. Seria necessário explicar, por conseguinte: por que o partícipe deve ser responsável pelo perigo provocado por sua conduta, se ele não é responsável pela lesão que resulta dela? A introdução de tipos penais de perigo em face de tipos penais de lesão, por parte do legislador, é sempre uma *antecipação* da punibilidade. *Renzikowski* explica o tipo penal de perigo do partícipe com o compromisso social do indivíduo. No entanto, diferentemente dispõe o § 138 do StGB que: a punição por não denunciar crimes planejados, que, do mesmo modo que o auxílio por omissão previsto no § 323c do StGB^{N.T.4}, se justifica com base em um dever de solidariedade, não se caracteriza como participação.

Ademais, deve ser assinalado com *Kindhäuser* que o princípio da autonomia também deveria, na verdade, se opor à proibição de regresso no âmbito da coautoria. Parece demasiado. Na verdade, o princípio da autonomia – e também a proibição de regresso dele resultante – afirma que não se admite dentro de um círculo de direitos, principalmente, processos e situações que lhe são estranhos, isto é, não é permitido “se ocupar com estes assuntos”. No sentido jurídico: ninguém é guardião do seu próximo. Este princípio resulta do reconhecimento de competências individuais de atuação, ou seja, de círculos de direitos que são atribuídos a seus respectivos detentores para administrá-los independentemente de terceiros, e, com isso, possibilitar a autodeterminação. Se isto está correto, então o princípio da autonomia não oferece nenhuma explicação acerca de que se é possível responsabilizar e de que maneira o detentor do respectivo círculo de direitos, caso ele se vincule deliberadamente a outrem e, por conseguinte, viole uma proibição²⁴.

3.2. A errônea referência objetiva do conceito de domínio do fato à ação

Um segundo ponto crítico: *Freund* ressaltou que, apesar de o conceito de domínio do fato estar totalmente relacionado ao tipo penal, ainda não foi apresentada até o momento uma classificação convincente já no respectivo tipo delitivo, e nem mesmo será possível. O domínio do fato não pode pertencer ao tipo objetivo por causa dos momentos subjetivos que o compõem. Além disso, a questão acerca do domínio somente poderia ser colocada se o objeto a ser dominado, isto é, a ação, fosse definido de forma precisa. Enquanto isso não tiver sido feito o conceito de domínio do fato será como a cartola do mágico, da qual praticamente se pode retirar

²³ RENZIKOWSKI (nota 2), p. 127 e ss.; para uma explicação material da punição da participação sem responsabilidade pela conduta principal, veja ademais SCHUMANN, Heribert. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung*, 1986, p. 74 e ss.

^{N.T.4} “§ 323c Omissão na prestação de assistência; Impedimento de pessoas de prestarem assistência. (1) Quem deixa de prestar assistência em caso de acidente, perigo comum ou necessidade, quando necessário e razoável nas circunstâncias, e principalmente não houver risco considerável para si mesmo e nem a violação de outros deveres importantes, será punido com pena privativa de liberdade não superior a um ano ou com pena de multa. (2) Do mesmo modo, pune-se quem, nas mesmas circunstâncias, impede uma pessoa que esteja prestando ou deseje prestar assistência a terceiro.”

²⁴ Veja, concordando, KINDHÄUSER, Urs. *Festschrift für Hollerbach*, 2001, p. 627, 644 e s.

qualquer coisa que se queira. Se, ao contrário, for esclarecido o conteúdo de ação, prescindir-se-á de uma exigência **complementar** de legitimação para o domínio²⁵.

Analisado de forma mais precisa, há ainda o problema levantado, com absoluta razão, por *Freund*, de que o domínio do fato é concebido como um elemento separado dentro do tipo penal. Dito de outro modo: a teoria do domínio do fato postula uma combinação de um conceito extensivo de ação, assim como ainda predomina para os delitos culposos²⁶, e um conceito restritivo de autor! A identificação de um conceito extensivo de ação também se verifica na tese representada, entre outros, por *Bloy*, de que autor e partícipe violam a mesma proibição e que somente se distinguem quanto ao injusto de sua conduta²⁷. Desta circunstância resulta a ideia de que o ponto de referência do domínio do fato, a ação, se perderia em si mesma. O domínio do fato é o domínio sobre a ação, a qual, conseqüentemente, por razões puramente lógicas, deve ser definida independentemente dos pressupostos do domínio do fato. Como não pode haver domínio do autor sobre o seu próprio dolo, o domínio do fato é visto somente como domínio sobre a ação em sua dimensão objetiva. Porém, nos delitos de resultado, a ação, em sua dimensão objetiva, consiste na mera causação de lesão ao bem jurídico no sentido da teoria da equivalência.

De acordo com os partidários da teoria do domínio do fato, como o lado objetivo da ação se satisfaz com a mera relação causal da teoria da equivalência, as contribuições dos autores e partícipes são avaliadas, no tocante aos seus atributos causais, exatamente com o mesmo valor – isto é, como equivalentes –, de modo que, por exemplo, também a influência sobre a vontade de outrem por meio de um ato de instigação é parte da cadeia causal, e o injusto da ação do autor em particular, inevitavelmente, perde sua referência objetiva à ação. Assim, somente o autor direto, e não o partícipe, deve possuir o domínio do fato sobre a ação. Todavia, também o partícipe atua: ele, por exemplo, desperta no autor direto a decisão de realizar o fato. Mas por que é atribuído o domínio da ação somente ao autor direto, e não ao partícipe? A resposta é simples: o autor direto domina as conseqüências do seu agir, que desembocam na lesão ao bem jurídico, porque estas existem em um acontecimento determinado pelas leis da natureza²⁸. Diversa é a situação no caso do instigador: aqui existem conseqüências sobre uma conduta voluntária de outra pessoa (em qualquer caso, plenamente imputável). Por certo: se a teoria do domínio do fato pressupõe a teoria da equivalência, isto realmente não fará a menor diferença, pois valerá a ideia de que qualquer condição possui o mesmo valor. Aqui está uma das inconsistências da teoria do domínio do fato: o injusto da ação atribuído à autoria remete a pretendida equivalência entre autoria e participação ao **plano objetivo** da ação.

Assim, a teoria do domínio do fato, do mesmo modo que a teoria subjetiva, padece com o deslocamento das diferenças, que deveriam se manifestar na definição objetiva da ação, para o plano subjetivo: a teoria do domínio do fato, de certo modo, torna-se um atributo do *autor*,

²⁵ FREUND, *Strafrecht, Allg. Teil*, § 10 n.m. 46 e s., 66.

²⁶ *Veja pars pro toto* WESSELS/BEULKE, *Allg. Teil*, § 15 n.m. 659.

²⁷ BLOY (nota 2), p. 252, 263; PLATE, *ZStW* 84 (1972), p. 294, 300 e s.

²⁸ *Veja, ademais*, HOYER, *In: SK*, 7. Aufl. 2000, preliminar ao § 25 n.m. 12.

desprendido da ação. Disso resulta o perigo de perda do ponto de referência objetivo do injusto da ação como fundamento do injusto intencional, o que a teoria do domínio do fato sempre reprovou na teoria subjetiva. Mas por que a teoria do domínio do fato deveria desviar das consequências que ela reprovava na teoria subjetiva, como sendo sempre consequências inevitáveis da teoria da equivalência, quando ela mesma a utilizou como base para a sua formação? Caso se pressuponha que o partícipe tenha o mesmo poder de evitar a lesão ao bem jurídico que o autor, o injusto específico da conduta do autor somente poderia consistir em que esta sua conduta, baseada nos elementos objetivos da forma de participação, atribui a garantia **positiva** de poder realizar a ocorrência do resultado típico. O autor, comparado com o partícipe, seria, conseqüentemente, o delinquente perigoso²⁹. Mas é duvidoso se este conceito é suficiente. Poderíamos considerar que a pura garantia **fática** positiva de ocorrência de lesão ao bem jurídico na maioria dos casos de participação é maior do que na autoria mediata. Além disso, a explicação material baseada no tópos da periculosidade não oferece nenhuma resposta à questão acerca do porquê somente nos casos de participação admite-se que o homem da frente pratique uma conduta ilícita, e não no caso de autoria mediata. Neste lugar é que deve se centrar uma teoria da participação.

Uma solução para este problema suscitado, porém, é oferecida pela teoria da imputação objetiva. *Gallas*, por sua vez, caracterizou a teoria do domínio do fato como produto do princípio da adequação³⁰. O senhor do fato, portanto, cria um determinado risco não permitido para o bem jurídico afetado, que se distingue daquele do partícipe. Porém, já em outro lugar foi dito expressamente que a teoria da imputação objetiva não constitui uma teoria em si mesma coerente: ou ela não alcança seu objetivo de delimitar a responsabilidade ou, então, o conceito de risco não-permitido é definido de forma autorreferencial. Para evitar estas consequências é preciso distinguir entre as diferentes condições em si mesmas. Mas então, considera-se, em oposição às premissas da teoria da imputação objetiva, que todas as condições ou são **ontologicamente** indistinguíveis em seus atributos causais ou pelo menos **normativamente equivalentes**³¹. Ademais, no âmbito da teoria da equivalência os riscos somente podem ser individualizados por meio do grau de probabilidade de ocorrência do resultado. O fato de este aspecto ser de pouca relevância para a delimitação entre autoria e participação já foi dito anteriormente. As aporias da teoria da imputação objetiva são consequência da sua tentativa de delimitar o objeto da imputação pelo parâmetro do princípio da imputação. A teoria do domínio do fato, que, com o conceito de domínio, desenvolve-se em uma categoria pessoal de imputação, no final, baseia-se nos mesmos erros. Um conceito restritivo de *autor* não é a resposta adequada para um conceito extensivo de ação, o qual sobrevive do reconhecimento, ainda que implícito, da teoria da equivalência.

²⁹ Compare a respeito SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Der Täter hinter dem Täter*. 1965. p. 202 e ss.

³⁰ GALLAS (nota 10), p. 90. Quanto ao princípio da imputação objetiva remeta-se, entre outros, a JAKOBS, *GA* 1997, 553, 558 e ss., DERKSEN, *GA* 1993, 163, 176 e LESCH, Heiko. *ZStW* 105 (1993), p. 271, 280 e ss.

³¹ Veja, expressamente, a respeito disso HAAS, Volker. *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002. p. 284 e ss.; IDEM, In: KAUFMANN, Matthias; RENZIKOWSKI, Joachim (Hrsg.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, 2004, p. 193 e ss.

3.3. Sobre a coerência do conceito de preenchimento material do tipo

A necessidade de esclarecimento subsiste, ademais, em relação àquilo que *Roxin* compreende sob o conceito de preenchimento **material** do tipo, e que deve ser introduzido ao lado da realização pelas próprias mãos³². Um tipo penal é realizado ou não é realizado. A conduta do delinquente se subsume aos elementos do tipo ou não se subsume. É conceitualmente difícil entender como a realização pelas próprias mãos pode caracterizar **uma espécie e um modo** de preenchimento do tipo. *Roxin* possivelmente quer dizer com isso que também a conduta daquele que não executa a ação pelas próprias mãos preenche o tipo, desde que existam os pressupostos do domínio do fato. A afirmação de que os tipos penais da Parte Especial apresentam descrições da figura central do acontecimento delitivo deveria ser compreendida de maneira que justamente o agir com domínio do fato seria critério da conduta típica. *Schilling* extraiu a seguinte conclusão: “com a sua contribuição baseada no próprio domínio do fato, o autor direto individual, o autor mediato e os coautores executam a mesma conduta típica”³³. As condutas dos demais participantes se manifestariam apenas como meros fatores causais.

Elas seriam um pedaço do curso causal, o qual vincula a própria conduta com o resultado avençado por todos os participantes. Mas, com isso, a autoria mediata e a coautoria se dissolveriam em formas de autoria individual³⁴. Pressupõe-se, neste caso, que a contribuição do coautor individual para o fato não precise ser causal para o preenchimento de elementos individuais do tipo, a conduta típica estaria baseada no acordo de condutas como tal, mais precisamente: na declaração de uma contribuição própria para o fato. Esta hipótese, no entanto, é logicamente e sistematicamente insustentável desde o ponto de vista legal. Ela é logicamente insustentável porque o objeto do acordo de condutas é justamente a execução do fato. E, portanto, o acordo de condutas já não pode ser parte da execução do fato. A hipótese é, ademais, sistematicamente insustentável, porque a lei distingue estritamente, e de forma correta, entre coautoria tentada, conforme o § 30, al. 2 do StGB, e tentativa em coautoria, conforme os §§ 22 e 25, al. 2 do StGB. A consequência seria, portanto, um conceito extensivo de ação que abarcaria também meros atos preparatórios³⁵, e, com isso, em relação aos delitos de mera conduta, por razão puramente linguística, já estaria condenada ao fracasso³⁶.

Porém, *Roxin* possivelmente quer dizer que somente no modo de realização pelas próprias mãos – e isto no caso de autoria direta – o delinquente produz **materialmente** os elementos do tipo, e que nas demais formas de autoria ele é tratado, com base em uma *imputação* extraordinária **da conduta**, na verdade, como se ele tivesse realizado o tipo por meio de sua conduta. No caso da coautoria, porém, *Roxin* rechaça absolutamente – ao contrário de outros

³² ROXIN, In: LK, 11. Aufl. 2003, preliminar ao § 25 n.m. 12.

³³ SCHILLING, Georg. *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975, p. 111.

³⁴ Assim, expressamente, SCHILLING (nota 33), p. 109 e ss.; com razão, rechaçando isso, DERKSEN, GA 1993, 163, 166; VALDÁGUA, ZStW 98 (1986), p. 839, 853.

³⁵ KÜPER, Wilfried. *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, p. 61, com vistas à antecipação da punibilidade da tentativa, conforme esta concepção; DERKSEN, GA 1993, 163, 166.

³⁶ KÜPER (nota 35), p. 58 e s.

partidários da teoria do domínio do fato – uma imputação mútua das contribuições para o fato³⁷. Esta posição é absolutamente coerente com as premissas da teoria do domínio do fato: isso porque *Roxin* rechaça a construção da imputação, entre outros, sob o argumento de que punir o coautor não pelo seu próprio agir, mas como **autor** pelo que outrem realizou, espontaneamente, por sua própria (e total) responsabilidade, não estaria em unissonância com o princípio do domínio do fato³⁸. A solução baseada na imputação é rechaçada pelas razões por meio das quais a caracterização da instigação deve resultar em mera forma de participação.

3.4. As aporias da responsabilidade por coautoria sem imputação de conduta

Dessa situação resulta ainda a questão se, de modo geral, é possível cogitar construir a responsabilidade de um coautor sem a atribuição das contribuições dos demais. *Roxin* explica a coautoria por meio do domínio do fato funcional positivo e, sobretudo, negativo³⁹.

O domínio do fato funcional positivo, ao qual se dedicou, principalmente, *Rudolphi*, caracteriza a capacidade de o coautor, pela medida da sua contribuição para o fato, tomar a importante decisão sobre o “se” da realização do tipo. É preciso esclarecer, porém, como isto pode ser possível, se qualquer dos coautores domina apenas sua própria contribuição para o fato, de modo que também o domínio funcional positivo está limitado à própria contribuição para o fato. A tese oposta surgiu em face do problema acerca da razão pela qual também o instigador não possui o domínio positivo do fato sobre a conduta do autor principal.

Rudolphi procura solucionar este problema na medida em que exige que somente possa ser coautor aquele que preencha uma parte do tipo penal na própria pessoa. Esta exigência lhe permite embasar o domínio funcional positivo no fato de o participante, que realizou por si mesmo um elemento do tipo – que tem por base a unidade do injusto normativizada pelo legislador entre os seus diferentes momentos e a decisão sobre a própria conduta –, ao mesmo tempo, co-decidir se o fato será realizado em sua totalidade ou não. Para elucidar, segue um exemplo absolutamente simples: com base em um planejamento conjunto, A, conforme combinado, alveja com um tiro mortal o caixa de um banco, enquanto B, logo a seguir, esvazia o caixa. Conforme *Rudolphi*, A e B cometeram um roubo em coautoria. Mas quanto a morte causada por A, ao contrário, *Rudolphi* rechaça uma coautoria. O acontecimento que preencheu o tipo penal do § 211 do StGB^{N.T.5} era dominado exclusivamente pelo participante A; agora, o trecho do tipo penal do roubo, que sintetizava uma unidade entre o exercício de violência – enquanto parte do acontecimento – e a subtração, e que, com isso, permitiu manifestar o

³⁷ ROXIN, *Allg. Teil*, Bd. II, § 25 n.m. 257; VALDÁGUA, *ZStW* 98 (1986), p. 839, 854; com uma concepção diversa KÜPER, Wilfried. *JZ* 1979, 775, 779; BLOY (nota 2), p. 266; KÜHL, *Allg. Teil*, § 35 n.m. 98 e ss.

³⁸ ROXIN (nota 1), p. 276 e s., 287, 290; igualmente RUDOLPHI (nota 2), p. 369, 373; VALDÁGUA, *ZStW* 98 (1986), p. 839, 860; DERKSEN, *GA* 1993, 163, 165, 167.

³⁹ ROXIN (nota 1), p. 276 e ss., 287, 294, 311; IDEM., *In: LK*, 11. Aufl., 2003, § 25 n.m. 154; GROPP, *Allg. Teil*, § 10 n.m. 81; KÜHL, *Allg. Teil*, § 20 n.m. 99; RUDOLPHI (nota 2), p. 369, 373 e s., 383; ZIESCHANG, *ZStW* 107 (1995), p. 361, 373.

^{N.T.5} § 211 **Assassinato**. (1) O assassinato é punido com pena de prisão perpétua. (2) Assassino é aquele que mata um ser humano, pelo desejo de matar, para satisfação do desejo sexual, por ganância ou por outros motivos sórdidos, de modo insidioso ou cruel ou com meios que causam perigo comum ou para possibilitar ou ocultar outro fato delituoso.

domínio sobre uma parte do acontecimento como codomínio sobre o acontecimento típico integral, não possui qualquer relevância para o tipo penal do § 211 do StGB⁴⁰.

A solução apresentada por *Rudolphi* para o caso se opõe, antes de tudo, à práxis judicial. A razão pela qual B, com relação ao disparo de A, deve responder pelo tipo penal de roubo e não pelo tipo penal de homicídio é algo incompreensível. O argumento parte de uma *petitio principii*: na verdade, as contribuições dos participantes A e B preenchem conjuntamente todos os elementos do tipo, embora seja necessário esclarecer o porquê de o tipo penal não ter sido realizado. A realização do tipo significa, antes de tudo, o preenchimento de todos os elementos do tipo por meio de uma **única** pessoa. Por conseguinte, no caso apresentado, pela posse do dinheiro, B somente teria praticado a decisão determinante acerca do “se” do preenchimento do tipo se ele também pudesse ser responsabilizado pela morte causada por A. Só assim existiria, realmente, um tipo penal plenamente realizado e o indivíduo teria, através do domínio da sua própria conduta, ao mesmo tempo, o codomínio sobre a realização do tipo penal como um todo. A explicação de *Rudolphi* pressupõe, portanto, algo a esclarecer – o preenchimento do tipo penal com base na responsabilidade de um dos participantes pela colaboração do outro participante⁴¹.

Por isso, como o domínio funcional positivo, em uma análise mais apropriada, está sempre limitado pela própria contribuição para o fato, ele é, com razão, rechaçado por uma parte dos seguidores da teoria do domínio do fato, e a coautoria é baseada exclusivamente no domínio funcional negativo⁴². Este consiste em que, por meio da recusa em realizar a sua parte, o coautor pode levar o plano delitivo ao fracasso⁴³. Mas esta é uma explicação plausível? Observemos mais uma vez o caso narrado. Certamente, por meio da não realização do disparo mortal no caixa, A pode impedir B de pegar o dinheiro. Porém, por meio da recusa em pegar o dinheiro, B, diferentemente, não pode mais impedir que A efetue o disparo mortal no caixa. Agora, se fosse eliminada totalmente a necessidade de contribuição ao fato para o preenchimento do tipo, o critério ficaria ao encargo daquela *petitio principii* que, até o momento, foi reservada ao domínio funcional positivo⁴⁴. Poder-se-ia escapar ao teorema desta aporia, entretanto, se não eliminássemos *ex-post* a necessidade de contribuição ao fato para a consumação do tipo penal integral, mas sim determinássemos a relevância causal *ex-ante* desde a perspectiva do planejamento do fato pelos participantes⁴⁵. Um domínio funcional negativo atribui-se ao coparticipante individual pelo fato de os demais coparticipantes tornarem a realização de suas contribuições para o resultado dependentes da disposição daquele em executar sua contribuição, que, desde o seu ponto de vista, é irrenunciável para o fato. Na opinião de *Roxin*, com base em uma observação psicológico-retrospectiva não é possível verificar se isso está correto. Necessitaria muito mais da percepção do sentido objetivo desta

⁴⁰ RUDOLPHI (nota 2), p. 369, 383.

⁴¹ Compare HOYER, in: **SK**, 7. Aufl. 2000, § 25 n.m. 116.

⁴² KÜPER, Wilfried. **JZ** 1979, 775, 786; VALDÁGUA, **ZStW** 98 (1986), p. 839, 862; INGELFINGER, **JZ** 1995, 704, 709 e s.

⁴³ ROXIN, **Allg. Teil**, Bd. II, § 25 n.m. 188.

⁴⁴ Compare HOYER, in: **SK**, 7. Aufl. 2000, § 25 n.m. 115.

⁴⁵ Assim, por exemplo, KÜPER, Wilfried. **JZ** 1979, 775, 786.

função por meio de um ato de compreensão significativo. De acordo com isso, coautor seria aquele cuja contribuição tenha um significado **essencial** para o fato⁴⁶. Quando a contribuição para o fato deve ser reconhecida como essencial, no sentido referido, é algo que continua entregue à valoração decisionista relacionada com o caso concreto.

No entanto, é questionável se o critério assim definido para a fundamentação da responsabilidade do coautor é suficiente. Parece contraditório que *Roxin* limite o domínio funcional negativo às contribuições para o fato realizadas na etapa de execução, ainda que estas não precisem preencher necessariamente um elemento do tipo⁴⁷. A confirmação de que um participante realizará, na etapa preparatória do fato, um apoio imprescindível – como, por exemplo, a obtenção de instrumentos antes do início da tentativa – pode, porém, com relação à disposição de outrem em realizar o fato, provocar o mesmo efeito que a confirmação de uma colaboração na etapa de execução⁴⁸. A réplica de *Roxin* no sentido de o efeito da contribuição para o fato, ao qual se dirigiam seus críticos, ser característica de qualquer espécie de participação⁴⁹, na verdade, é bastante convincente, porém, de modo geral, demonstra o principal mérito do domínio funcional negativo: ele não procura distinguir **qualitativamente** a cumplicidade da coautoria. Isso porque as contribuições que não preenchem propriamente um elemento do tipo limitam-se, principalmente, à mera função de instigação ou cumplicidade⁵⁰. Resta, portanto, apenas uma saída, aceitar uma diferença **quantitativa** entre a coautoria e a participação. Assim, *Küper* sustentou a tese de que a coautoria se tratava de uma forma especial de participação acessória no fato “alheio”. Somente o peso de uma contribuição para o fato dentro do todo, legítima o legislador a levar em conta o coparticipante não apenas como um partícipe⁵¹. Mas esta saída também parece estar fechada: pois, observe-se que, se a responsabilidade a título de autor é exclusivamente para aquela contribuição que o participante envolvido justamente *não* prestou, não se pode conceber como seria possível que tão **somente** o grau das demais participações transformassem uma responsabilidade de partícipe em uma responsabilidade de autor. Deve-se observar, portanto, que a plena responsabilidade do homem da frente não pode constituir o principal motivo para necessariamente excluir a autoria do homem de trás, uma vez que, como pressupõe a lei, no § 25, al. 2 do StGB, a coautoria fundamenta a responsabilidade a título de autor e não a responsabilidade do mero partícipe.

⁴⁶ ROXIN (nota 1), p. 284.

⁴⁷ ROXIN, in: **LK**, 11. Aufl. 2003, § 25 n.m. 179 e ss.

⁴⁸ Assim também SEELMANN, Kurt. **JuS** 1980, 571, 573.

⁴⁹ ROXIN, in: **LK**, 11. Aufl. 2003, § 25 n.m. 181, 184.

⁵⁰ KINDHÄUSER (nota 24), p. 627, 632; igualmente VALDÁGUA, **ZStW** 98 (1986), p. 839, 862 e ss., 871 e s., o qual, por isso, se orienta pelo domínio do fato negativo em relação à consumação do fato como tal e, com isso, se torna responsável pelo círculo demonstrado no texto.

⁵¹ KÜPER (nota 35), p. 60 e s.; veja também VOGEL, Joachim. **ZStW** 14 (2002), p. 403, 414.

4. Consequências das objeções levantadas

4.1. A coautoria como autoria mediata mútua

Quais consequências podem ser extraídas da análise acima apresentada? Deve-se reconhecer, antes de tudo, que a coautoria somente pode ser explicada como uma representação mútua⁵². A representação explica-se pelo fato de que qualquer um dos coautores se ocupa com a própria tarefa e com a tarefa alheia. Qualquer um dos coautores atua não por si mesmo, mas, ao mesmo tempo, pelo seu próprio coparticipante, na medida em que, como um representante, ele se subordina à sua vontade e lhe é útil⁵³. Pela subordinação à vontade do coparticipante, os demais participantes devem poder ser responsabilizados em razão de sua própria conduta. A imputação da realização da tarefa representada é garantida pela decisão conjunta de realizar o fato, através da qual os coautores emitem reciprocamente o **mandato** para executar a contribuição para o fato também em nome alheio. O fato de o coautor individual agir por si mesmo e por seus comparsas, não representa nenhum problema, porque realmente é impossível se utilizar, ao mesmo tempo, de dois indivíduos que tenham domínio sendo independentes um do outro. O acordo expresso ou tácito, porém, estabelece um vínculo suficiente.

Esta explicação absolutamente simples da coautoria, como se sabe, é tudo menos nova⁵⁴. O fato de ela atualmente não ser aceita, porém, assenta em duas objeções. A primeira objeção: com esta explicação da coautoria, a própria participação no fato perde sua função constitutiva. A segunda objeção: no caso de um mandato unilateral, o mandante – evidentemente de acordo com o direito vigente – é qualificado como instigador e não como um autor mediato. Mas no caso de uma divisão mútua do mandato como poderia a participação se tornar autoria?

No que diz respeito à primeira objeção, as ideias seguramente têm causas históricas. A teoria da coautoria se desenvolveu a partir da teoria da conspiração. Seu fundamento constitui o § 148, 1 do Ordenamento Penal Judicial^{N.T.6}: “em suma, se algumas pessoas com vontade e intenção prévia e comum ajudam e prestam assistência uma à outra para matar criminosamente alguém, então, todos os autores realizam o fenômeno”. *Carpzov* entendia que, por meio da sua presença, os que se fizeram presentes estabeleceram uma causa para a morte da vítima, porque todos prestaram assistência e auxílio e deste modo encorajaram o assassino e fragilizaram a vítima⁵⁵. A explicação da conspiração, por *Stübel*, remonta, possivelmente, ao início do século XIX. O pressuposto de uma conspiração “é que sem o interesse e a colaboração conjunta do

⁵² Veja KINDHÄUSER (nota 24), p. 627, 645 e ss.

⁵³ De modo semelhante, em princípio, PUPPE, Ingeborg. *Festschrift für Spinellis*, Bd. 1 2001, p. 915 e ss., que interpreta a coautoria como instigação mútua, mas não menciona o fundamento pelo qual explica a transformação da participação mútua em autoria.

⁵⁴ RGSt. 58, 279; 66, 236, 240; Horst SCHRÖDER, *JR* 1958, 427 e s.; BAUMANN, Jürgen. *JuS* 1963, 85, 87; BUSER, Torsten. *Zurechnungsfragen beim mittäterschaftlichen Versuch*, 1998, p. 30 e ss.; KINDHÄUSER (nota 24), p. 627, 645 e ss.; V. HAAS (nota 31), p. 134.

^{N.T.6} Refere-se aqui, o autor, ao Ordenamento Penal Judicial de Carlos V, também chamado de a *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC), ou tão só a “Carolina”, de 1532.

⁵⁵ CARPZOV, Benedikt. *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium in partes III*, 1635, Questio XXV, 12.

outro para a realização de um crime, um não teria tido coragem suficiente, e sem esta colaboração este simplesmente não teria se aventurado a produzi-lo realmente”. A determinação do conspirador ocorre principalmente por meio da expectativa de uma possível assistência de alguém⁵⁶. A autoria, isto é, os autores participantes se apoiam, antes de tudo, no elemento encorajamento mútuo. Esta era a opinião predominante no início do século XIX⁵⁷.

A colaboração exigida dos conspiradores, pelo menos na forma de presença no lugar do fato, ao mesmo tempo era fundamento para que a *societas delinquendi* fosse qualificada como uma modalidade de crime particularmente perigosa e merecedora de pena. Assim, de acordo com *Schirach*, a especial periculosidade e a punibilidade da conspiração se baseia no fato de que a cooperação prometida provoca uma especial ousadia e que o crime adquire um grau particular de brutalidade, violência e muitas vezes também crueldade, na medida em que fomenta ainda mais os comparsas, do que qualquer indivíduo que tivesse agido por conta própria. Em *Anton Bauer* leva-se em conta claramente a vinculação deste **objeto especial de imputação** – a saber, o modo especialmente perigoso de cometimento – com o **fundamento da imputação** conforme a teoria predominante. Ele baseava a especial periculosidade da conspiração na circunstância de que “não é tão fácil de se proteger contra a força conjunta de muitos, mas em relação aos partícipes considera que, devido à confiança dos demais em sua colaboração, cuja decisão determina o fato, todos devem ser vistos, portanto, como autores intelectuais”⁵⁸.

Mais tarde, porém, reconheceu-se que a promessa de um apoio mútuo no momento de realização do fato nem sempre era o fundamento para uma decisão conjunta. Assim, *Stübel*, entre outros, argumentava que poderia acontecer que mais comparsas “concorressem para o crime do que realmente fosse necessário”. Então, não se poderia dizer que todos os coparticipantes contariam com o apoio dos demais. Além disso, a influência no encorajamento seria apenas um ato de assistência. *Abegg* considerava que o fato de contar com o apoio mútuo realmente **poderia** acentuar a disposição do participante. Também *Anton Bauer* abandonou sua posição originária: “a confiança na colaboração dos demais participantes, de fato, acentua a decisão, mas não a provoca”⁵⁹. Prevalencia, portanto, cada vez mais, a opinião de que a coautoria

⁵⁶ STÜBEL, Christoph Carl. *Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewissheit des erstern, besonders in Rücksicht der Tödtung, und nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten*, 1805, § 61, p. 74 e s.; § 62, p. 75 e s.; § 64, p. 78.

⁵⁷ Veja STÜBEL, Christoph Carl. *Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*, 1828, §§ 3 e ss., p. 3 e ss.; § 25, p. 35; veja por exemplo FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 4. Aufl. 1808, § 46a, p. 47; § 46b, p. 48 e s.: “Como aqui a decisão de cada indivíduo é determinada pela expectativa de auxílio e de colaboração de todos os demais conforme o acordado, então cada um dos aliados, que carrega consigo a expectativa dos demais quanto a consumação do fato, deve ser visto como autor intelectual do crime consumado [...]. Cada membro da sociedade é, portanto, por estas razões, ao mesmo tempo quem determina e é determinado.”

⁵⁸ SCHIRACH, *Neues Archiv des Criminalrechts*, 1817, 516, 521 e ss.; BAUER, Anton. *Anmerkungen zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Hannover*, 1. Teil, 1828, p. 481.

⁵⁹ STÜBEL (nota 56), § 24, p. 33 e ss.; § 25, p. 35 e ss.; ABEGG, *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, 1836, § 72, p. 115; BAUER, Anton. *Lehrbuch des Strafrechts*, 1833, § 77, p. 119, nota de rodapé c.

se baseava em um mandato mútuo⁶⁰. Por conseguinte, principalmente *Berner*, e mais tarde também *Binding*, reconheceram que a colaboração pelas próprias mãos não tem relevância para a imputação das condutas aos coparticipantes⁶¹. Nesse sentido, no Código Prussiano, de 1851, a conspiração foi deslocada à Parte Especial – por exemplo, para os tipos penais de associação (§§ 91, 214, 284) e motim de presos (§ 96). O cometimento na forma de bando foi considerado, nos crimes de furto (§ 218, 8) e de roubo (§ 232, 2), como causa de aumento de pena. O Código Penal do Império não modificou em nada a nova ordem, apesar do disposto no § 47 do RStGB.^{N.T.7}

4.2. O mandato como autoria mediata

Chegamos agora à segunda objeção: como é possível que o mandato mútuo na coautoria fundamente a autoria, e o mandato unilateral, porém, fundamente apenas a instigação e, com isso, a mera participação? A resposta segue no sentido de que o *mandatum* deve ser reconhecido, novamente, como forma de autoria mediata. *Carpzov*, no entanto, adotando a doutrina dos práticos italianos da Alta Idade Média, sustentou quanto ao *mandatum* que: “é indiferente se alguém matou outrem com as próprias mãos ou se o fez através do auxílio e da ação de outra pessoa. Em ambas as hipóteses o autor matou e se tornou assassino”⁶². Além disso, observou que: “aquele que, por exemplo, faz por meio de outrem é tratado como se ele mesmo tivesse feito”⁶³. Por isso, de acordo com a opinião de *Carpzov*, o mandante deve responder pelo próprio delito (*ex ipso delicto*) em razão da ordem emitida, mas não pela emissão da ordem⁶⁴. Logo, *Carpzov* distingue precisamente o *mandatum* do *consilium*, o mero conselho de cometimento do delito, “porque neste último, tudo ocorre em proveito do aconselhado e não do aconselhador, ao passo que um mandato visa ao proveito do mandante [...]. Portanto, ordens são mais do que conselhos”⁶⁵. Uma formulação semelhante encontra-se mais tarde em *Pufendorf*: “se alguém faz por meio de outrem, deve-se considerá-lo como se ele mesmo fosse seu autor”. Nesta oração *Pufendorf* oferece também o fundamento da responsabilidade e inclui

⁶⁰ Assim, por exemplo, *BERNER, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa*, 1847, p. 440 e ss.; com alterações *HÄLSCHNER, Hugo. Das preußische Strafrecht*, Teil 2, 1858, Neudruck 1875, § 94, p. 384 e ss.; *LANGENBECK, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen*, § 90, p. 250; veja, já no século XVIII, *MEISTER, Christian Friedrich. Rechtliche Erkenntnisse und Gutachten in peinlichen Fällen*, 1771, 3. Teil, Decisio 71, Nr. 33 e s.

⁶¹ *BERNER* (nota 60), S. 467; *BINDING, GS 71* (1908), p. 1, 3; *IDEM, In: Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, 1. Bd. 1915, p. 297 e ss.

^{N.T.7} A redação do § 47 do RStGB a que o autor faz referência aqui vigorou de 1º de janeiro de 1872 até 1º de janeiro de 1975, e, à época, dispunha: “§ 47. Se várias pessoas cometerem um delito conjuntamente, cada uma delas será punida como autora.”

⁶² *CARPZOV* (nota 55), *Questio 4*, 1: “*Parum refert, an quis propriis manibus aliquem occidat, an vero per intermediam personam eiusque auxilio & ope hoc efficiat, quum unterque occidat, Reusque fiat homicidii.*”

⁶³ *CARPZOV* (nota 55), *Questio IX*, 4. “*Nam quis per alium facit, per se ipsum facere censetur.*”

⁶⁴ *CARPZOV* (nota 55), *Questio IX*, 13.

⁶⁵ *CARPZOV* (nota 55), *Questio IV*, 3: “*In quo differet a consilio, quod totum tendit in utilitatem consultantis, non consulentis, cum contra mandatum tendat totum in utilitatem mandantis [...] plus est mandare quam consulere.*”

expressamente a ordem: a autorização a outrem para agir em nome próprio fundamenta a imputação extraordinária da conduta⁶⁶.

Uma outra imagem é oferecida, no entanto, – e daremos agora um grande salto – a partir do início do século XIX: de um modo geral, distinguiu-se, em conformidade com a terminologia de *Feuerbach*, o autor físico, isto é, o autor direto, do autor intelectual ou mediato. Como autor mediato ou intelectual considerou-se aquele que determina outrem ao cometimento de um delito por meio de instrução, ordem, ameaça, indução em erro, bem como por conselho. O autor intelectual, ou mediato, foi também chamado de instigador. O autor direto deve estabelecer uma causa física, ao passo que o autor mediato estabelece uma causa moral⁶⁷. A questão é: de que modo, a partir daí, o *mandatum* e o *consilium* foram equiparados? Na literatura da época encontra-se o fundamento de que o conselho dá causa à decisão de realizar o fato⁶⁸. Conceituava-se, portanto, o autor intelectual como o causador propriamente dito da lesão ao bem jurídico⁶⁹ e, com isso, traçava-se o caminho para o conceito extensivo. A instigação, evidentemente, por uma parte da doutrina não foi concebida como uma figura jurídica. Portanto, não causa espanto que, em parte, foi proposta uma tentativa de crime na forma de autoria intelectual para o instigador⁷⁰. No entanto, era discutível onde se situavam os limites entre o autor físico e o autor intelectual. A teoria predominante levava em conta a imputação do fato ao homem da frente⁷¹, enquanto, por exemplo, *Oersted* propôs apenas que no caso de coação mecânica a autoria intelectual fosse direcionada para a autoria física⁷².

Köstlin, e com ele os demais hegelianos, rechaçava a ideia de que o autor intelectual desse causa à decisão de realizar o fato no instigado. Não se podia falar aí de uma relação causal na esfera de liberdade. *Köstlin*, portanto, concebia a instigação novamente como figura jurídica: o instigador devia ser tratado como se as condutas do autor físico tivessem partido dele mesmo. Sua concepção, de que o agente **representa** o instigador, surgiu, porém, em oposição à que reconhecia também o conselho como meio de instigação, uma vez que este, com o *animus* de causar, não manifestava o menor apoio ao crime⁷³. Mais coerente a esse respeito foi *Berner*, que não considerava possível uma autoria intelectual por meio de conselho⁷⁴. A formulação de *Kleinschrod*, que não pertencia aos hegelianos, de que não se deveria levar em conta uma

⁶⁶ PUFENDORF, Samuel. *De iure naturae et gentium*, 2. Edition, 1684, Liber I, Cap V, § 14: “*Quod quis per alium, facit, ejus autor ipse censetur*”.

⁶⁷ KLEINSCHROD, *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung*, Erster Theil, 1805, § 177, p. 324; igualmente BÖHMER, *Meditationes in constitutionem criminalem Carolinam*, 1774, Art. 148, § 1; Art. 177, § 2.

⁶⁸ Compare ainda TITTMANN, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafrechtsgeschichte*, Bd. 1, § 108, p. 217: “o aconselhador como autor, na medida em que o conselho é causa de decisão”.

⁶⁹ Veja ROBHIRT, *Lehrbuch des Criminalrechts nach den Quellen des gemeinen deutschen Rechts und mit besonderer Darstellung des römischen Criminalrechts*, 1821, § 30, p. 62, o qual chama o autor intelectual também de causador.

⁷⁰ HEFFER, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts mit Rücksicht auf ältere und neuere Landesrechte*, 5. Aufl. 1854, p. 72 e ss.; SCHRÖTER, *Handbuch des peinlichen Rechts*, 1. Bd. 1818, § 128, p. 165 e ss.

⁷¹ GEIB, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2. Bd. 1862, § 106, p. 342 e ss.

⁷² OERSTED, *Abhandlungen aus dem Gebiete der Moral und Gesetzgebungs-Philosophie* 1. Bd. 1818, p. 182 e ss.

⁷³ KÖSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845, Neudruck 1970, p. 513 e ss.; IDEM, *System des deutschen Strafrechts*. Erste Abteilung. Allgemeiner Teil, 1855, p. 311 e s.

⁷⁴ BERNER (nota 60), p. 285 e s., 320.

mínima imputação ao conselheiro, porque com o conselho o outro atua em nome próprio⁷⁵, constituiu, definitivamente, o ponto de vista mais claro. No caso de incapacidade de imputação do homem da frente, na opinião de *Köstlin*, deveria existir apenas uma instigação aparente, portanto, uma autoria física⁷⁶. *Berner*, diferentemente, admitia a autoria intelectual no caso de ameaça ou *vis compulsiva*, já no caso de coação ou *vis absoluta* admitia autoria direta. No caso de indução em erro excludente da imputação deveria se dar uma autoria direta, a qual, porém, *Berner* não queria caracterizar como autoria física⁷⁷. Embora os hegelianos, como *Köstlin* e *Berner*, caracterizassem a instigação como participação, classificavam apenas a cumplicidade como forma de participação acessória⁷⁸.

O Código Prussiano, de 1851, que se baseou no *Code Pénal* francês, de 1810, o qual no Art. 50 e seguintes restringiu o conceito de “auteurs” ao sentido objetivo-formal, quanto aos participantes que praticavam atos executórios típicos mudou de direção ao interpretar a instigação como forma de participação acessória⁷⁹, embora na literatura e nos comentários o instigador continuasse a ser caracterizado como autor intelectual⁸⁰. No Código Penal do Império, de 1871, de acordo com o § 48, punia-se como instigador aquele que dolosamente determinasse outrem a praticar por si mesmo uma conduta punível por meio de um presente ou promessa, ameaça, violência ou abuso da reputação, por meio de provocação intencional ou indução em erro, ou por qualquer outro meio. A pena era a mesma que a do autor principal. Em face da exigência de um fato principal punível a jurisprudência do Tribunal do Império desenvolveu a partir daí a figura da autoria **mediata** e a aplicou a casos – como o de uso de um instrumento incapaz de imputação – que, conforme um setor da doutrina antes da entrada em vigência do Código Penal do Império, eram classificados como de autoria **física imediata**⁸¹. A instigação, ao contrário, algum tempo depois da entrada em vigência do Código Penal do Império, foi entendida pela opinião predominante como acessória⁸², isso apesar de na Exposição de Motivos do Código Penal da Federação do Norte da Alemanha ter-se afirmado, ainda, que a conduta do instigado era a mesma do instigador⁸³. De acordo com um setor da doutrina da época, apesar de o legislador ter rejeitado, no § 48 do RStGB, a teoria da equivalência⁸⁴, esta disposição legal subsumia a provocação da decisão de realizar o fato por meio de conselho (*consilium*) ou de determinação (*mandatum*), ainda que esta equiparação fosse devida justamente ao amplo conceito de causalidade. Porém, jamais foi formulado um

⁷⁵ KLEINSCHROD (nota 67), § 192, p. 349.

⁷⁶ KÖSTLIN (nota 73), p. 510.

⁷⁷ BERNER (nota 60), p. 283 e ss.

⁷⁸ KÖSTLIN (nota 73), p. 282; BERNER (nota 60), p. 219.

⁷⁹ Veja, mais recentemente, MAIWALD, *Festschrift für Schroeder*, 2006, p. 283, 294.

⁸⁰ BESELER, *Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten und das Einführungsgesetz vom 14. April 1851*, 1851, p. 154 e ss.

⁸¹ Indicações em OLSHAUSEN, *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 10. Aufl. 1916, §§ 47 e ss. n.m. 5.

⁸² *Pars prot toto* LISZT, Franz von. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 17. Aufl. 1908, § 49, p. 213 e ss.

⁸³ *Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes*, Bd. 12, I. Legislaturperiode – Sektion 1870, 3. Bd.; *Anlagen zu den Verhandlungen des Reichstages*, Nr. 1–72; *Motive zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund*, 1870, p. 26, 54.

⁸⁴ VON BURI, *Ueber Causalität und deren Verantwortung*, 1873, p. 66 e ss., 130 e ss.; WACHENFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1914, p. 87.

novo fundamento jurídico que pudesse embasar **geneticamente** a acessoriedade jurídico-positiva da instigação no sentido do mandato.

Como já referido acima, adota-se aqui a concepção de que a determinação (*mandatum*), assim como a ordem (*iussum*) – isto é, no caso em que o “instigado” representa o “instigador” –, novamente deve ser categorizada como autoria mediata. O teor do § 25, al. 1, 2ª frase, do StGB deixou espaço para esta adaptação. Na fundamentação do Projeto de 1962, a qual a Comissão Especial de Reforma Penal levou a cabo sem comentar, consta a respeito disso que o julgamento do executor plenamente responsável ainda necessitava de explicação pela ciência e que não se deveria antecipar o desenvolvimento jurídico⁸⁵. Isso não significava de maneira alguma um retorno à teoria subjetiva na forma como sustentada por *von Buri*. Nós precisaríamos novamente distinguir entre causa e condição, semelhantemente ao que uma parte da doutrina fez no século XIX⁸⁶. Nos delitos de resultado apenas o autor direto, por meio de um acontecimento determinado naturalisticamente, produz algum efeito na esfera do direito envolvido e, de acordo com isso, causa o resultado típico – mas não o autor mediato ou o partícipe. Do mesmo modo, somente o autor direto produz a ofensa, no § 185 do StGB, ou subtrai a coisa, no § 242 do StGB. De acordo com a concepção aqui referida, a diferença entre causa e condição encontra seu fundamento no fato de que o poder em relação à situação penalmente protegida e violada não é suficiente para impedir ao delinquente o estabelecimento de qualquer condição, mas apenas o estabelecimento de causas no sentido justamente definido. Somente um participante, cuja conduta manifesta esta característica, é um **causador**, na medida em que viola o que está juridicamente tipificado como direito (compare o § 903 BGB)⁸⁷. Mesmo o homem de trás, que dá causa à conduta do homem da frente, o qual atua com um déficit de imputação, não usurpa faticamente a esfera do direito alheio afetado. É preciso distinguir estritamente entre os pressupostos de usurpação do direito e os pressupostos da liberdade suficiente de decisão para proceder à imputação pessoal no marco da responsabilidade penal.

Justamente porque a autoria mediata não causa propriamente o resultado, assim como não preenche o tipo por meio de sua conduta, é necessária a imputação da **conduta** do homem da frente: o homem de trás, devido a uma ficção jurídica, é tratado assim como se tivesse realizado o tipo por si mesmo. Disso resulta a sua autoria. Sendo assim, o conceito de domínio da ação, enquanto elemento apócrifo do tipo, torna-se supérfluo, porque não é mais necessário distinguir no plano da imputação, implicitamente, entre causa e condição. Além disso, tornam-se supérfluas as controvertidas figuras jurídicas da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder, do instrumento sem intenção e do instrumento doloso sem qualificação. Ademais, a autoria mediata existirá sempre que o homem de trás coagir o homem da frente (*coactus*). Não é preciso atingir o limite do § 35 do StGB⁸⁸. Para a representação não faz

⁸⁵ BT-Drucks. V/4095 p. 12; IV/650.

⁸⁶ Veja HRUSCHKA, Joachim. *ZStW* 110 (1998), p. 581, 588 e ss., o qual distingue justamente entre um conceito de causa forte e fraca, sem apoiar esta diferenciação, no entanto, no modelo normativo aqui adotado.

⁸⁷ Sobre o conceito de lesão ao direito e a necessidade resultante disso, de distinguir entre causa e condição, veja, expressamente, V. HAAS (nota 31), p. 98 e ss., 185 e ss.

⁸⁸ Diferentemente ROXIN (nota 1), p. 143 e ss.; IDEM, in: *LK*, 11. Aufl. 2003, § 25 n.m. 61; IDEM, *Allg. Teil*, Bd. 2, § 25 n.m. 48.

nenhuma diferença se ela se baseia em uma instrução, ordem ou mera coação. Resumidamente: o núcleo exclusivamente legítimo da teoria subjetiva consiste, portanto, na construção da imputação extraordinária da conduta. Isto baseia-se, entre outras coisas, na subordinação do executor à vontade do autor mediato objetivado sob a forma de uma ordem, comando ou coação, que assim autoriza a imputação da conduta do homem da frente. Por estes fatores o comportamento *de facto* do homem da frente torna-se *de iure* em uma conduta própria do homem de trás. Somente por meio da imputação extraordinária da conduta que o autor mediato se torna o violador da situação jurídica protegida pelo tipo.

4.3. A delimitação entre autoria mediata e participação

Para fechar os argumentos, deve-se responder, ainda, uma questão importante e decisiva. Se, no caso, a determinação, a ordem ou a coação do autor mediato consiste no comportamento exterior que legitima a imputação extraordinária da conduta do homem da frente, então, como se podem distinguir efetivamente a autoria mediata e a coautoria da participação? De acordo com a concepção aqui adotada, o ponto decisivo consiste em que somente na autoria mediata e na coautoria ocorre uma imputação extraordinária da conduta, cuja fundamentação – e este é um ponto de vista até o momento não analisado e ainda não reconhecido quanto ao seu significado – é independente de que se o homem da frente agiu ilicitamente, bem como se realizou ou não o injusto típico. A ilicitude da conduta do homem de trás resulta somente da aplicação originária de critérios de conformação jurídica da conduta a ele imputada. A imputação da conduta não é a imputação do injusto, de modo que a responsabilidade pelo injusto alheio não ameaça violar o princípio da culpabilidade⁸⁹. Tendo em vista estes fatores, confirma-se a classificação do mandato, da ordem ou da coação como formas de autoria mediata, pois o fundamento para a sua imputação independe da possível ilicitude da conduta do homem da frente com relação a ele mesmo.

Estas conclusões possuem particular relevância para os delitos especiais de violação de dever, quando o *intraneus* ordena ao *extraneus* que execute para ele uma das condutas típicas. Neste caso, exclui-se a autoria direta simplesmente porque a ordem dada pelo *intraneus* não produz um elemento do tipo⁹⁰. Mas a autoria mediata também não pode se apoiar diretamente no dever especial⁹¹, porque ele não estabelece a responsabilidade direta do *extraneus* por sua decisão, senão apenas a responsabilidade direta pela situação juridicamente protegida, independentemente da origem do dano esperado⁹².

Diferentemente é a situação na participação: não são preenchidos os pressupostos para a imputação da conduta que permitiriam tratar o participante como um verdadeiro autor. Isso porque a conduta **alheia** do autor principal, que não precisa necessariamente ter conhecimento

⁸⁹ Uma violação ao princípio da culpabilidade é mencionada, porém, por PUPPE, *Festschrift für Dahs*, 2005, p. 173, 187.

⁹⁰ Observado por SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, p. 163.

⁹¹ Assim ROXIN, *Allg. Teil*, Bd. II, § 25 n.m. 167 e ss.

⁹² Compare a conclusão de SÁNCHEZ-VERA (nota 90), p. 162, que relaciona o dever do *intraneus* exclusivamente à proteção do bem jurídico confiado sem consideração a de que modo ameaçam estes perigos.

da existência do partícipe, não pode se tornar – como já mencionado –, por meio da mera vontade, em conduta **própria** do partícipe. Para isso é necessária a respectiva disposição de vontade do homem da frente, enquanto, por assim dizer, detentor do alheio (isto é, da vontade de agir pelo outro), face à autorização do homem de trás, a qual, porém, não é exigível para responsabilizar o partícipe⁹³. Somente desse modo – pela vontade de ambos os participantes – o **alheio** torna-se **próprio**.

Consequentemente, a responsabilidade do partícipe pelo acontecimento típico lesivo ao bem jurídico pressupõe que o autor principal realize o injusto por si mesmo. Assim, o partícipe, justamente por se solidarizar e se vincular ao injusto do autor principal, ultrapassa os limites imanentes a sua liberdade de ação⁹⁴. Uma conduta que apresenta uma conotação delitiva suficiente – porque, de acordo com o contexto externo, a conduta do partícipe somente poderia ser assim compreendida na medida em que ele queria suscitar, possibilitar ou fomentar a conduta ilícita e lesiva ao bem jurídico pelo autor principal – não precisa ser suportada pelo legitimado ao bem jurídico protegido pelo tipo. O cúmplice, de certo modo, viola uma situação jurídica da vítima anteposta e em paralelo com o § 226 do BGB, que explica sua responsabilização pelo resultado lesivo. Da ilicitude da conduta **alheia** do homem da frente deriva, portanto, o injusto **próprio** do partícipe. Existe, portanto, uma **acessoriedade normativa** do partícipe em relação ao fato principal, enquanto na autoria mediata se dá, na verdade, uma **acessoriedade fática** no sentido de que o preenchimento do tipo é condicionado pela conduta do homem da frente. A delimitação das diferentes formas de participação, portanto, não resulta de pontos de vista quantitativos. Ao contrário, trata-se de **diferentes meios qualitativos de fundamentação do injusto**, para os quais a teoria do domínio do fato, por se situar dogmaticamente no plano pessoal de imputação, não contribui em nada!

Como formas de participação, em continuação à tradição jurídica, se deveria distinguir novamente o *consilium* do *auxilium*. Enquanto o *auxilium*, indiscutivelmente, tem seu assento no § 27 do StGB, a situação no caso do *consilium*, o conselho para o delito, é menos inequívoca. O § 26 do StGB ainda está rudimentarmente vinculado ao tradicional conceito jurídico da autoria intelectual, devido ao fato de que a punição é a mesma que a do autor, de modo que uma parte da doutrina – e a esse respeito de forma totalmente compreensível – restringe a norma que prevê a instigação aos casos em que o instigado realiza o fato como um serviço a ser prestado ao instigador⁹⁵. Face à inconsistência da lei, sugerem-se três abordagens: em primeiro lugar, poder-se-ia considerar aceitável *de lege lata* a interpretação amplamente predominante na jurisprudência⁹⁶, porque ela corresponde à vontade do legislador, e somente *de lege ferenda* exige uma adaptação dos marcos penais à disposição relativa à participação. Em segundo lugar, poder-se-ia *de lege lata* propor uma adaptação dos marcos penais sob o argumento de que a

⁹³ Esta diferenciação entre autoria mediata e coautoria, por um lado, e a respectiva participação, por outro, é ignorada por JAKOBS, *GA* 1996, 253, 257 e ss.; IDEM, *Festschrift für Lampe*, 2003, p. 561, 569 e s.

⁹⁴ Compare FRISCH, Wolfgang. *Festschrift für Lüderssen*, 2002, p. 544 e ss., o qual inclui a participação, mas também a violação de deveres especiais e de deveres solidários. Por fim, é, no entanto, duvidoso, pois também de acordo com o § 138 StGB não é responsabilidade pelo fato principal.

⁹⁵ Veja PUPPE, *GA* 1984, 100 e ss.; JAKOBS, *Allg. Teil*, 22/22; HOYER, *In: SK*, 7. Aufl., 2000, § 26 n.m. 13.

⁹⁶ *Pars pro toto* BGHSt. 2, 279; 45, 373 e s.

versão da lei apresenta contradições valorativas. E, em terceiro lugar, poder-se-ia pensar em não aplicar faticamente o § 26 do StGB e em punir os casos de conselho como participação psíquica de acordo com o § 27 do StGB. Em face da ampla versão do conceito de autoria intelectual até então predominante, segue-se aqui a primeira proposta.

5. Considerações finais

Finalizando, pode-se extrair a seguinte conclusão: a teoria do domínio do fato fracassou em tomar o lugar seja da teoria objetivo-formal, seja da teoria subjetiva: a teoria objetivo-formal sobrevive na autoria direta, e a teoria subjetiva na figura jurídica do mandato, da ordem e também da coação⁹⁷. A ideia originária e fundamental da teoria do domínio do fato, de que a conduta plenamente responsável do homem da frente impede a autoria do homem de trás, também está condenada ao fracasso. Como na tradição jurídica comum deve-se distinguir entre o *mandatum* (autoria), o *consilium* e o *auxilium* (participação). Uma diferenciação material desta espécie é sempre necessária quando a ordem jurídica divide o mundo em esferas jurídicas individuais, como é o caso de todas as ordens jurídicas liberais dos Estados de Direito. Somente por meio do estabelecimento (possivelmente limitado) de responsabilidades especiais (por exemplo: a responsabilidade do superior) pode ser driblado o modelo diferenciador de participação e estabelecido um sistema unitário material de autor⁹⁸. A delimitação das diferentes formas de participação se aproximaria, então, quando muito, do significado formal resultante do Art. 103, al. 2 do GG.

Referências bibliográficas^{N.T.8}

- ABEGG, Julius Friedrich Heinrich. **Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft**. Neustadt an der Orla: Wagner, 1836.
- BAUER, Anton. **Anmerkungen zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Hannover**. 1. Teil, Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1828.
- BAUMANN, Jürgen. Täterschaft und Teilnahme, **Juristische Schulung (JS)** 1963. S. 85-98.
- BERNER, Albert Friedrich. **Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa**, Berlin: Heymann, 1847.
- BESELER, Georg. **Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten und das Einführungsgesetz vom 14. April 1851**. Leipzig: Weidmann, 1851.
- BINDING, Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit: der Täter, der Verursacher („Urheber“) und der Gehilfe, **Der Gerichtssaal (GS)** 71, 1908. p. 1-21.
- BINDING, Karl. Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekts: der Täter, der Verursacher (Urheber), der Gehilfe, *In*: BINDING, Karl. **Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen**. 1. Bd., München: Duncker & Humblot, 1915.
- BLOY, René. **Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht**. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

⁹⁷ Os pressupostos da autoria mediata, que se apoiam em um defeito de imputação do homem da frente, foram intencionalmente deixados de fora neste artigo; com detalhes JAKOBS, **GA** 1997, 553 e ss.

⁹⁸ Veja os comentários referentes ao Direito Penal Internacional de VOGEL, Joachim. **ZStW** 114 (2002), p. 403, 423 e ss., o qual fala a respeito de um modelo de supervisão.

^{N.T.8} A lista de referências bibliográficas a seguir não integra o texto original, tendo sido elaborada pelo tradutor com base nas obras utilizadas pelo autor.

- BÖHMER, Johann Samuel Friedrich von. **Meditationes in constitutionem criminalem Carolinam**. Halae Magdeburgicae: Gebauer, 1774.
- BOTTKE, Wilfried. **Täterschaft und Gestaltungsherrschaft**. Heidelberg: Müller Verlag, 1992.
- BUSER, Torsten. **Zurechnungsfragen beim mittäterschaftlichen Versuch**. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.
- CARPZOV, Benedikt. **Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium in partes III**. Wittebergae: Schurerus, 1635.
- DERKSEN, Roland. Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft - Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Mittäterschaft, **Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)** 1993, S. 163 ff.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts**. 4. Aufl. Giessen: Heyer, 1808.
- FREUND, Georg. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. Berlin: Springer, 1998.
- FRISCH, Wolfgang. Beihilfe durch neutrale Handlungen. Bemerkungen zum Strafgrund (der Unrechtskonstitution) der Beihilfe, *In*: PRITTWITZ, Cornelius et. al (Hrsg.). **Festschrift für Klaus Lüderssen**. Baden-Baden: Nomos, 2002. S. 539-558.
- GALLAS, Wilhelm. **Beiträge zur Verbrechenslehre**. Berlin: de Gruyter, 1968.
- GEIB, Gustav. **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**. 2. Bd. Leipzig: Hirzel, 1862.
- GROPP, Walter. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. 2. Aufl., Berlin: Springer, 2001.
- HAAS, Volker. Die strafrechtliche Lehre von der objektiven Zurechnung - eine Grundsatzkritik, *In*: KAUFMANN, Matthias; RENZIOWSKI, Joachim (Hrsgs.), **Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung**. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004.
- HAAS, Volker. **Kausalität und Rechtsverletzung**. Berlin: Duncker und Humblot, 2002.
- HÄLSCHNER, Hugo. **Das preußische Strafrecht**. Teil 2, Neudruck 1875, Aalen: Scientia-Verlag, 1858.
- HEFFTER, August Wilhelm. **Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts mit Rücksicht auf ältere und neuere Landesrechte**. 5. Aufl., Braunschweig: Schwetschke & Sohn, 1854.
- HEINRICH, Manfred. **Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft**. München: Beck, 2002.
- HERGT, Raimund. **Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen**. Heidelberg: Carl Winter, 1909.
- HOYER, Andreas, *In*: Rudolphi, Hans-Joachim et al. (Hrsgs.). **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK)**. 7. Aufl. Köln: Heymann, 2000.
- HRUSCHKA, Joachim. Regreßverbot, Anstiftung und die Konsequenzen. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 110, 1998, S. 581-610.
- INGELFINGER, Ralph. „Schein“-Mittäter und Versuchsbeginn, **JuristenZeitung (JZ)** 1995, S. 704-714.
- JAKOBS, Günther. Beteiligung, *In*: Dieter Dölling (Hrsg.). **Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag**. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.
- JAKOBS, Günther. Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug, **Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)** 1997, 553-
- JAKOBS, Günther. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. 2. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 1993.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**. 5. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- JOECKS, Wolfgang. **Münchener Kommentar zum StGB**. München: C.H.Beck, 2003.
- KINDHÄUSER, Urs. Handlungs- und nonntheoretische Grundfragen der Mittäterschaft, *In*: Bohnert, Joachim et al. (Hrsg.). **Verfassung - Philosophie - Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag**. Berlin: Duncker und Humblot, 2001.
- KLEINSCHROD, Gallus Aloys. **Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung**. Erster Theil, Frankfurt am Main: Keip, 1805.
- KÖSTLIN, Reinhold. **Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts**. Neudruck 1970, Goldbach: Keip, 1845.
- KÜHL, Kristian. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. 5. Aufl. München: Vahlen, 2005.
- KÜPER, Wilfried. Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten: Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Mittäterschaft, **JuristenZeitung (JZ)** 1979, 775- 787.
- KÜPER, Wilfried. **Versuchsbeginn und Mittäterschaft**. Heidelberg, Hamburg: v. Decker, 1978.
- LANGENBECK, Wilhelm. **Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen**. Jena: Mauke, 1868.
- LESCH, Heiko. Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 105 (1993), p. 271 -294.
- LISZT, Franz von. **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**. 17. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 1908.
- MAURACH, Reinhart. **Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil**. 2. Aufl. Heidelberg : C.F. Müller, 1958.

- MEISTER, Christian Friedrich Georg. **Rechtliche Erkenntnisse und Gutachten in peinlichen Fällen**. Göttingen: Victorinus Bossiegel, 1771.
- OERSTED, Anders Sandoe. **Abhandlungen aus dem Gebiete der Moral und Gesetzgebungs-Philosophie**. 1. Bd. Kopenhagen: Gyldendal, 1818.
- OLSHAUSEN, Justus von. **Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich**. 10. Aufl., Berlin: Vahlen, 1916
- PLATE, Hartwig. Zur Strafbarkeit des agent provocateur, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 84 (1972), p. 294-322.
- PUFENDORF, Samuel. **De iure naturae et gentium**, 2. Edition, Frankfurt am Main: Knoch, 1684.
- PUPPE, Ingeborg. Der gemeinsame Tatplan der Mittäter, *In*: COURAKIS, Nestor (Hrsg.): **Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert : Festschrift für Professor Dr. Dionysios Spinellis**. Athen: Sakkoulas, 2001.
- PUPPE, Ingeborg. Der objektive Tatbestand der Anstiftung, **Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)** 1984, 100-123.
- PUPPE, Ingeborg. Der Versuch des mittelbaren Täters. *In*: WIDMAIER, Gunter. **Festschrift für Hans Dachs**. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005.
- RENZIKOWSKI, Joachim. **Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.
- ROBHIRT, Konrad Franz. **Lehrbuch des Criminalrechts nach den Quellen des gemeinen deutschen Rechts und mit besonderer Darstellung des römischen Criminalrechts**. Heidelberg: Mohr und Winter, 1821.
- ROXIN, Claus. § 25-31, *In*: JESCHECK, Hans-Heinrich, RUB, Wolfgang; WILLMS, Günther. **Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar**. Bd. 1, 11. Aufl., Berlin: de Gruyter, 2003.
- ROXIN, CLAUDIUS. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Bd. II, 1. Aufl., München: C.H.Beck, 2003.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim. Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft, *In*: KAUFMANN, Arthur (Hrsg.). **Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag**. München: Beck, 1979. S. 369-388.
- SÁNCHEZ-VERA, Javier. **Pflichtdelikt und Beteiligung**. Berlin : Duncker und Humblot, 1999.
- SCHILD, Wolfgang. **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch**. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2005
- SCHILLING, Georg. **Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters**. Köln: Heymann, 1975.
- SCHIRACH, Wilhelm. Entwicklung der Lehre vom Komplott, **Neues Archiv des Criminalrechts**. 1817, S. 516-533.
- SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. **StGB. Kommentar**. 27. Aufl., München: C.H.Beck, 2006.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian. **Der Täter hinter dem Täter**. Berlin: Duncker & Humblot, 1965.
- SCHRÖTER, **Handbuch des peinlichen Rechts**. 1. Bd., Leipzig: Weygandschen Buchhandlung, 1818.
- SEELMANN, Kurt. Mittäterschaft im Strafrecht, **Juristische Schulung (JuS)** 1980, S. 571-574.
- STÜBEL, Christoph Carl. **Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewissheit des erstern, besonders in Rücksicht der Tödtung, und nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten**. Wittenberg: Zimmermann, 1805.
- STÜBEL, Christoph Carl. **Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen**. Dresden: Hilscher'sche, 1828.
- TITTMANN, Karl August. **Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde**. Bd. 1, Halle: Hemmerde und Schwetsche, 1822.
- VALDÁGUA, Maria da Conceição. Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 98 (1986), S. 839-873.
- VOGEL, Joachim. Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 114 (2002), S. 403-436
- VON BURI, Maximilian. **Ueber Causalität und deren Verantwortung**, Leipzig: J. M. Gebhardt, 1873.
- WACHENFELD, Friedrich. **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**, München: C.H. Beck'sche, 1914.
- WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 58 (1939), S. 491-566.
- WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. 36. Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 2006.
- ZIESCHANG, Frank. Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium?, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 107 (1995), S. 361-381.

Recebido em: 05/03/2022

Aprovado em: 09/06/2022