

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ENZO SCHMITD DE OLIVEIRA

AUTORIA IMEDIATA E MANDANTE:

**UMA ANÁLISE DA CULPABILIDADE COMO GRAU DE
REPROVAÇÃO, PELO PRISMA DA TEORIA DA PREVENÇÃO
GERAL NEGATIVA.**

VITÓRIA
2022

ENZO SCHMITD DE OLIVEIRA

AUTORIA IMEDIATA E MANDANTE:

UMA ANÁLISE DA CULPABILIDADE COMO GRAU DE
REPROVAÇÃO, PELO PRISMA DA TEORIA DA PREVENÇÃO
GERAL NEGATIVA.

Monografia apresentada ao Curso de Graduação
em Direito da Faculdade de Direito de Vitória - FDV,
como requisito parcial para a obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Anderson Burke.

VITÓRIA

2022

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	3
2	FINALIDADE DA PENA.....	4
2.1	TEORIA ABSOLUTA OU RETRIBUTIVA DA PENA.....	5
2.2	TEORIA PREVENTIVA OU RELATIVA DA PENA	6
2.3	TEORIA ECLÉTICA OU MISTA DA PENA.....	10
3	CULPABILIDADE COMO GRAU DE REPROVAÇÃO	12
4	CONCURSO DE PESSOAS	14
5	CONCEITO DE AUTORIA	18
5.1	CONCEITO EXTENSIVO DE AUTOR.....	18
5.2	CONCEITO RESTRITIVO DE AUTOR	19
5.3	CONCEITO DE AUTOR PARA A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO.....	20
6	COAUTORIA.....	23
6.1	AUTORIA IMEDIATA	23
6.2	AUTORIA MEDIATA	23
6.3	AUTORIA INTELLECTUAL	25
7	PARTICIPAÇÃO	27
8	O MANDANTE	29
9	CONCLUSÃO	33
	REFERÊNCIAS.....	34

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal é, no Ordenamento Brasileiro, a última *ratio legis*, o que significa afirmar que esse não deverá ser aplicado frente à possibilidade de se utilizar outro ramo do Direito. Isso porque, a aplicação de uma sanção penal é uma medida rigorosa, que possivelmente venha a restringir determinados Direitos Fundamentais, como se observa, por exemplo, a restrição do direito de ir e vir (art. 5º, XV, CF/88), diante da pena de reclusão.

Assim, é de extrema importância que as sanções penais aplicadas pelo Estado, frente a indivíduos que venham a cometer delitos, atendam às finalidades da pena adotadas pelo Ordenamento que se refere, bem como respeite a dignidade da pessoa humana.

Da mesma forma, torna-se imperioso que se erre ou exagere o quanto menos frente a rigidez do Direito e do Processo Penal. Contudo, diante da antiguidade do atual Código Penal, que foi promulgado em 1940, há de perceber com o tempo, hipóteses não antes previstas, ou que acabaram por passar despercebidas, ou com análise superficial.

Uma das conjecturas que não foi aprofundada de maneira esclarecedora, é sobre a forma que se deve encarar a figura do mandante de crime. Diante de tal lacuna, observa-se certa inconsistência entre doutrina e jurisprudência, o que pode interferir de forma grave na segurança jurídica que todo Ordenamento deve buscar.

Frequentemente posto como autor imediato, o mandante responde, por vezes, como quem praticou a ação do tipo penal, mesmo não o tendo feito. Portanto, é necessário, em primeiro momento, compreender qual a finalidade da sanção penal adotada pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, e suas teorias. Após, merece análise do conceito de culpabilidade como grau de reprovação, e qual sua interferência no estabelecimento das penas.

2 FINALIDADES DA PENA

Uma sanção penal é eficaz quando se atende aos seus objetivos. O Código de Hamurabi, por exemplo, tinha a finalidade de reciprocidade o dano cometido, tão somente para punir. Portanto, tal Código vigente no século XVIII a.C. na Mesopotâmia, entendia que apenas determinado sujeito quebrando-lhe um osso, pois esse quebrou um osso de terceiro (art. 197), cumpria a finalidade da imposição de sanções penais para aquele ordenamento.

Ao longo do tempo, cada ordenamento jurídico no mundo foi adaptando suas sanções e suas respectivas finalidades, criando uma pluralidade de funções, as quais aqui serão expostas. Ao que se objetivava, a finalidade da pena, em cada ordenamento jurídico, visava justificar o próprio ordenamento penal, como esclarecido por Jorge de Figueiredo Dias:

O sentido, o fundamento e as finalidades da pena criminal são determinações indispensáveis para decidir de que forma deve aquela atuar para cumprir a função do direito penal: elas reagem, por conseguinte, sobre o próprio conceito material de crime (...) e co-determinam, por aí, a resposta à questão da função do Direito Penal. (1999, p. 90)

Desta forma, entende-se que a pena imposta pelo Estado, com base no sistema penal, justifica o próprio sistema, na medida em que são delimitadas, de acordo com o tipo de punição, sua rigidez e duração.

O direito penal, portanto, se justifica por meio da pena que impõe, a fim de retribuir uma ação ou omissão que venham a descumprir o que manda o ordenamento jurídico. Em outro prisma, a pena também funciona como uma amostra da presença do Estado, em meio à sociedade, para poder demandar dos cidadãos, que ajam de acordo com o que pelo Estado for estipulado. Na lição de Santiago Mir Puig (1982, p. 15), "*La pena es, em efecto, uno de los instrumentos más característicos con que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas, y su función depende de la que se asigne al estado.*"

Percebe-se, assim, que o Estado determina não só a função da pena, mas também o efeito de sua atuação punitiva penal, em meio aos cidadãos legislados naquele determinado espaço.

As penas também deverão se ater ao máximo aos Direitos e Garantias Fundamentais. Apesar de ser um processo traumático para qualquer indivíduo, as sanções penais não deverão ferir a Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que o Brasil é, segundo o artigo 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, um Estado Democrático de Direito.

Ao analisar a lição de Daury Fabríz, percebe-se que o Estado está obrigado também pelos Direitos Fundamentais:

A virtude dos direitos e garantias fundamentais e dos direitos humanos em geral, reside no fato de possibilitar que várias temáticas do Direito possam ser tratadas, na medida em que o Estado de direito significa Estado cingido e obrigado pelos direitos e garantias fundamentais. (2007, p. 9)

Assim, por mais que a pena deva servir de punição, bem como possa vir a restringir determinados direitos, o Estado não se libera do dever de garantir os demais Direitos Fundamentais, uma vez que está obrigado por sua própria constituição em Estado Democrático de Direito.

A pena, portanto, tem grande sobre-eminência na matéria criminal de um país, não podendo essa ser elaborada sem fins e funções estritamente delimitadas, para que se possibilite atender os anseios da sociedade, de maneira harmônica, prezando pela “justiça”, e sempre em respeito aos direitos e garantias fundamentais.

2.1 TEORIA ABSOLUTA OU RETRIBUTIVA DA PENA

A primeira dessas, é a teoria absoluta da pena, ou retributiva. Essa, busca uma punição de forma mais imediata, uma vez que sua função é retribuir o mal causado pelo sujeito que se sanciona. Portanto, tem-se a sanção penal como fim em si mesmo. O direito penal, para tal teoria, teria como finalidade aplicar pena para punir quem, ao prisma do ordenamento jurídico, se comportou de maneira proibida.

Tal teoria prima pelo livre-arbítrio, tendo um castigo para aquele que o usar de maneira a ferir um valor ou bem jurídico que se deve proteger. Dessarte, a justiça em tal teoria se obtém a partir do castigo imposto ao delinquente, tão somente para castigá-lo.

Percebe-se, no entanto, a falha da referida teoria, em elucidar o motivo da sanção que se aplica, e por qual motivo competiria ao Estado fazê-lo. A qual diapasão social se busca preservar, ou qual valor que se defende a partir da pena, são questões vagas nesta teoria. Com relação às teorias retributivas, Francesco Carrara se manifesta no seguinte sentido:

Todas essas fórmulas têm por base um princípio moral abstrato, mostrando que o delinquente merece punição, mas não explicando porque esta é infligida pela autoridade social, e exclusivamente por ela. De tal modo, para se chegar a esse resultado, há necessidade de uma segunda teoria e de uma segunda demonstração, assim como a formula de necessidade social requer uma segunda teoria para demonstrar a razão de ser do Estado. (1957, p. 53)

Portanto, tal teoria determina que o indivíduo que delinquir deverá ser punido, mas não justifica o “monopólio” do direito de punir pelo Estado, e tampouco esclarece o que se busca como resultado à tal punição.

É dessa teoria que deriva a Lei de Talião, popularmente conhecida pela expressão “olho por olho, dente por dente”, que fora a lei adotada pelo referido Código de Hamurabi. Tal ordenamento jurídico visava tão somente a punição, sem buscar preocupações quanto aos fins e consequências sociais dessa.

2.2 TEORIA PREVENTIVA OU RELATIVA DA PENA

Após a ausência de uma justificação da pena, e a consideração da sanção penal como fim por si próprio, nasce a segunda teoria da pena: preventiva ou relativa.

Nesta ocasião, por Gamil Foppel el Hireche (2004, p. 22), a pena passa “a ser vista como algo instrumental: passa a ser um meio de combate à ocorrência e reincidência de crimes. É, notadamente, uma perspectiva utilitarista”.

Desta forma, entende-se que a sanção é instrumentalizada, para reforçar a ideia de o Estado estar sempre contra o crime, ou sua repetição. Portanto, as medidas adotadas e tomadas pelo Estado, estariam sempre em sentido contrário ao delito.

A pena nessa teoria, serve não em forma de retribuição, mas sim de prevenção. Busca-se que não se cometa mais crime, frente a punição imposta. A finalidade da pena, diz respeito tanto ao apenado, tendo como objetivo evitar que o indivíduo cometa, ou volte a cometer delitos, quanto à sociedade que observa a punição sendo imposta de fato, de forma a amedrontar a população, ao saber da possibilidade de sofrer da pena, caso cometam um delito.

Portanto, os objetivos de tal teoria são evitar que o crime aconteça e, caso aconteça, evitar que venha a se repetir pelo indivíduo que o cometeu anteriormente. Conjuntamente, busca-se que a punição gere uma reprodução na sociedade que observou o indivíduo delinquir, no sentido de que não se delinqua. Há, por conseguinte, dois focos de atenção em tal teoria: o indivíduo e a sociedade.

A sociedade tem especial atenção na teoria da prevenção geral, a qual trata a coletividade de forma uníssona, ou seja, aqueles que já delinquiram, aqueles que pretendem delinquir, e os que sequer cogitaram em agir desconforme as leis.

Sua primeira ramificação é a prevenção geral negativa, em que se almeja utilizar do medo psicológico nos indivíduos da sociedade, a fim de que os cidadãos, em plena razão, reconheçam que não vale a pena cometer qualquer ilícito. Pretende-se mostrar aqui que o indivíduo que cogitar agir em desconforme a lei, ponderará sobre a possibilidade de ser apenado, portanto tenderia a não agir de tal forma. Na lição de Hireche:

Considera-se, então, que a existência da norma penal infundiria nas pessoas um temor que, em sendo violados os preceitos legislativos, sobre elas recairia uma pena e este amedrontamento as impediria de cometer ilícitos. (HIRECHE, 2004, p. 34)

Portanto, nessa perspectiva, os indivíduos possivelmente deixariam de delinquir justamente por medo da sanção que, em regra, é imposta àquele indivíduo que conhecidamente infringiu uma norma jurídica penal.

Sua segunda ramificação, a teoria da prevenção geral positiva, almeja demonstrar eficácia do *ius puniendi*, a fim de garantir que seja de geral sabença que o medo que se propaga, de fato se concretiza àqueles que venham a desrespeitar o ordenamento penal vigente. Pretende-se mostrar aqui, por sua vez, que os indivíduos são de fato apenados, quando couber, para que os cidadãos tenham conhecimento da funcionalidade do sistema penal.

Essa é uma tentativa, que na visão dessa teoria é bem sucedida, de afirmar os valores defendidos pelo ordenamento jurídico em questão, e seria uma espécie de reparação Estatal de determinado valor social, anteriormente ferido. Como bem explica Paulo Queiroz (2001, p. 40): “a pena, enfim, seria a restauração – simbólica – da integridade dos sentimentos coletivos lesados pelo delinquente, reação necessária, pois, à estabilização social”.

Por conseguinte, a linha de raciocínio seria a de que um Estado determina uma sanção penal correspondente a uma ação, pois essa estaria ferindo determinado princípio que, teoricamente, deve ser defendido. Uma vez ferido o princípio, a aplicação da pena seria a restauração do desrespeito ao valor que ali se defende.

A teoria da prevenção especial, por sua vez, destina-se de forma específica ao indivíduo que agiu desconforme a lei. Sua primeira ramificação, a teoria da prevenção especial negativa, almeja retirar o indivíduo delinquente do convívio social, para que esse esteja impossibilitado de cometer novos crimes enquanto estiver recluso. A doutrina, em especial a de Jorge de Figueiredo Dias, utiliza-se da expressão “função inocuidadora”, para tratar da retirada no indivíduo da sociedade, em meio à prevenção especial negativa.

Já em sua ramificação positiva, almeja-se, então, transformar o indivíduo, para torná-lo apto à reinserção na sociedade, sem que venha a delinquir novamente. Nota-se que não se trata de ressocializar, a partir do entendimento de que não se pode

ressocializar um indivíduo, descarregando-o de todo seu histórico e contexto de vida, mas tão somente recuperá-lo à aptidão de conviver em sociedade.

Em precisa crítica com base na obra de Romeu Falconi, Hireche leciona no seguinte sentido:

Veja-se que a própria nomenclatura – ressocialização – traz consigo uma ideia preconceituosa, senão utópica. De fato, argumentar que a finalidade da norma penal é ressocializar alguém fere letalmente princípios básicos da sociologia, em que se deve respeito a todo o processo de socialização a que o indivíduo foi submetido, como forma de garantir a diferença. Por outro lado, falar-se em “ressocialização” – nos moldes em que são propostos por esta teoria é pensar que será possível “socializar” as pessoas conforme o interesse da classe dominante. Preferível, portanto, falar-se em reinserção social, adotando-se, desta maneira, a ideia de Falconi. (2004, p. 27)

A crítica, muito precisa por sua vez, esclarece a impossibilidade de se utilizar do interesse social da classe punitiva, para instaurar novos preceitos nos indivíduos sob tutela punitiva estatal. Não se pode ignorar toda a carga histórica, social e familiar do indivíduo, em uma tentativa de demonstrar que agiu de maneira errada. Deve-se, portanto, trata-lo como um indivíduo com própria “socialização”, adaptando-a, somente, ao convívio lícito em sociedade.

Tal teoria falha, no entanto, ao determinar que a pena será tão somente enquanto perdurar a ‘periculosidade’ do indivíduo, ou seja, enquanto não for possível reinseri-lo na sociedade. Portanto, um indivíduo que tenha uma dificuldade maior para se reinserir na sociedade, por um delito pouco grave, poderia ficar maior tempo inocuizado que um indivíduo que cometeu crime mais grave, mas que se adaptou à reinserção mais facilmente.

Já na parte geral, da teoria, não se contemplou aqueles indivíduos que agem, sem ter medo, racionalidade, quanto às possíveis consequências jurídicas que seus atos lhe podem trazer, mostrando-se, também, como frágil nesse aspecto.

Ante a insuficiência da teoria preventiva, bem como da teoria retributiva, nasceu uma terceira teoria, que objetivou unir as feições positivas de ambas em uma única: a teoria eclética ou mista.

2.3 TEORIA ECLÉTICA OU MISTA DA PENA

Ao somar e fundir ambas teorias, o Brasil adotou a Teoria Eclética, ou mista, da pena. Criticam-se ambas teorias anteriores, mixando-as, uma vez que, segundo De Toledo y Ubieto, essa:

Unidimensionalidade, em um ou outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, com consequências graves para a segurança e os direitos fundamentais do Homem (1981, p. 217)

As teorias anteriormente explanadas, se demonstraram ineficazes em suas individualidades, perante a complexidade social do conjunto de pessoas que estariam pairando sobre. Percebe-se, assim, a incapacidade mencionada por De Toledo y Ubieto.

Essa tem, claramente, como finalidade da pena a retribuição do delito praticado, bem como prevenir que os delitos sejam cometidos novamente, tanto por aquele que já o cometeu, quanto pela sociedade, portanto a prevenção especial e geral.

Com a junção das duas teorias citadas, compôs-se em parte, a Teoria Eclética, adotada pelo Brasil. As teorias originárias, portanto, se organizam de forma concorrente, não priorizando nenhuma das finalidades de cada frente à outra, como bem observou Roxin:

En las formulaciones más recientes de la teoría de la unión, la retribución, la prevención especial y la prevención general se tratan más bien como fines de la pena de igual rango. Se parte de que ninguna de las teorías penales está ordenada o prohibida por la ley, de forma que —en cierto modo, según las necesidades— puede colocarse en primer plano tanto uno como otro fin de la pena. (1997, p. 94)

Ambas teorias, portanto, encontram o mesmo alcance para justificar a finalidade da pena. No entanto, como ambas possuem aspectos divergentes, em determinadas situações, pode-se perceber uma como priorizada em relação a outra, não se desfazendo, contudo, da outra.

Importa destacar que é dever da pena brasileira atender a todas as ramificações de cada teoria ao imputar penas a cidadãos que venham a delinquir. Porém, há de se

analisar se, de fato, atende-se à teoria da prevenção geral negativa da pena, ao apenar o mandante de crime conforme se apena um autor imediato.

3 CULPABILIDADE COMO GRAU DE REPROVAÇÃO

O conceito analítico de crime é aquele fato típico, antijurídico e culpável. Quanto à culpabilidade, são perceptíveis as inúmeras definições e teorias que a compõem. No entanto, o estudo será direcionado ao grau de culpa que se deve atribuir a um fato típico e ilícito, em detrimento de outro distinto. A partir da separação, e proposições sobre se alguma delas deve ser vista de forma mais reprovável, e qual, em caso afirmativo, tem-se uma com grau de culpabilidade maior.

Em primeiro momento, tem-se tal grau de culpabilidade para proteger o indivíduo do poder Estatal de retribuir a pena. Procura-se, assim, limitar a pena com base na necessidade de prevenção geral e especial, evitando, assim, que se aplique uma mesma pena em casos leves, comparados a casos de maior gravidade. Na lição de Roxin:

Exactamente debe decirse que la culpabilidad es un medio de limitar sanciones jurídico-penales, pero no de fundamentarlas, y que una sanción jurídico-penal limitada por el principio de culpabilidad se llama pena. (1997, p. 50)

Entende-se, assim, que a culpabilidade vai privar o poder exacerbado do Estado de punir, limitando-a na medida da culpabilidade no agente, e não de sua própria vontade. Define-se também que, a sanção penal regida pela culpabilidade do agente, é a pena.

Nesta seara, permite-se que se atribua pena maior àqueles delitos mais reprováveis, a fim de evitar que esses sejam cometidos de forma recorrente. A função da culpabilidade aqui, é demonstrar à sociedade que, quanto mais reprovável o crime, maior a pena imposta, evitando seu cometimento junto à teoria da prevenção geral negativa.

Para Cezar Roberto Bitencourt, *in verbis*:

Por outro lado, a culpabilidade também é entendida como um instrumento para a prevenção de crimes, e sob essa ótica, o juízo de atribuição de responsabilidade penal cumpre com a função de apostar estabilidade ao sistema normativo, confirmando a obrigatoriedade do cumprimento das normas. (2020, p. 455)

Para melhor ilustrar, em uma hipótese em que um indivíduo mata outro, de forma culposa, por imperícia ao manusear um maquinário determinado, esse deverá ser apenado de forma mais branda, em comparação a um indivíduo que executa uma pessoa, em troca de pagamento financeiro, considerando que, em ambos casos, os agentes estejam em condições iguais perante o Direito.

Tal diferença deverá ser considerada, visto não a diferença do resultado, uma vez que é a mesma: a morte de um indivíduo. Mas sim pela culpabilidade com que agiu o agente do delito. Claramente, na primeira situação, o grau de culpabilidade fora menor que no segundo, merecendo o devido reflexo na sanção penal a ser aplicada. Assim se percebe a estrita relação da determinação de pena relativa a cada delito, por meio de políticas criminais, e a culpabilidade com que agiu o agente. Mais uma vez Roxin, com sua costumeira precisão quanto ao assunto:

Pues la función político-criminal del principio de culpabilidad consiste, como ya hemos visto, sobre todo en impedir que por razones de prevención general o especial se abuse de la pena, y los abusos de este tipo (en los que la pena no guarda relación con la culpabilidad del delincuente) se pueden reconocer rápidamente. Además, hay que tener en cuenta que la «teoría de la determinación de la pena», que en los últimos años se ha convertido en una ciencia autónoma. (1997, p. 50)

Pode-se interpretar a citação acima como um limite estatal, na esfera da política criminal, em punir de forma igual, agentes com culpabilidades diferentes. No entanto, trata-se também do indivíduo, na esfera da prevenção especial, para que não recorra ao crime mais grave, em detrimento de um mais leve, uma vez considerado a gravidade de cada crime separadamente.

Cabe analisar então, tecnicamente, a culpabilidade das modalidades de autoria e participação, e entender onde se encaixa o mandante, para então, entender como a política criminal deve tratar tal instituto em decorrência dos demais.

4 CONCURSO DE PESSOAS

Para que se configure o concurso de pessoas em determinada prática delitiva, é necessário a soma de alguns quesitos. O primeiro é a pluralidade de agentes, cada um com sua respectiva conduta. O segundo se refere à relevância causal de cada ação, independentemente se típica ou atípica, cabendo analisar em real o resultado da ação. O terceiro é o liame subjetivo entre os agentes que agem em concurso, ou seja, o conhecimento de que, juntos, atuam para um fim ilícito. E, por fim, a convergência na vontade do delito: as partes devem saber qual é o delito que se objetiva cometer.

Na gama de crimes elencados pelo Código Repressor, encontram-se, conforme diferenciação doutrinária, dois tipos de crimes quanto aos sujeitos que o praticam: plurissubjetivo e unissubjetivo.

O primeiro requer mais de um indivíduo para que se caracterize o delito, como associação criminosa, por exemplo, em que é necessário três ou mais agentes, conforme artigo 228, do Código Penal:

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes; (BRASIL, 1940)

Portanto, para que exista o crime supramencionado, é necessário ao mínimo o conluio de três indivíduos, sendo impossível cometê-lo em dois agentes, ou um. Portanto, tem-se o concurso necessário de pessoas.

O segundo, por sua vez, é todo e qualquer crime, cuja autoria requer tão somente (mas não necessariamente) um único agente, à exceção dos crimes de mão própria. A maioria dos delitos não requerem a atuação de agentes em conjunto para que se configure o delito. No entanto, caso assim ocorra, observar-se-á o concurso eventual de pessoas.

Após o devido esclarecimento, há recorrente imprecisão, embora compreensível, da definição de autor e partícipe nos crimes de concurso eventual de pessoas. Os delitos são compostos por uma série de ações que, com nexos causal, resultam na ação delituosa. O grande embate se observa, na medida em que as ações podem ser feitas

por agentes diferentes, e nem sempre com mesma importância para ocorrência do resultado que se analisa.

Para melhor compreender como delimitar o que se tem como autor e partícipe, em especial referentes aos crimes unissubjetivos, a doutrina apresenta teorias que visam esclarecer algumas das obscuridades no que tange o concurso eventual de pessoas.

A discussão central de cada teoria gravita em torno da constituição numérica de crimes quando há concurso de pessoas. São as teorias: pluralística, dualística e monística.

A teoria pluralística, segundo Bitencourt, entende que:

A cada participante corresponde uma conduta própria, um elemento psicológico próprio e um resultado igualmente particular. A pluralidade de agentes corresponde a pluralidade de crimes. (2020, p. 568)

Entende-se, assim, que a quantidade de agentes é diretamente proporcional à quantidade de crimes. Tem-se, portanto, que, em uma hipótese em que mãe e filha cometem um roubo, em que a mãe age com violência, enquanto a filha age com a subtração do bem, ter-se-ia dois crimes de roubo: um correspondente à mãe, e outro à filha.

A segunda teoria trazida é a dualística, e para essa, “haveria uma infração penal para os autores e outra para os partícipes” (GRECO, 2007, p. 430). Portanto, defende-se nessa teoria que haverá um crime único para a autoria, e um outro crime único para a participação. Justifica-se, assim, a nomenclatura de tal teoria, na medida em que se teria, ao máximo, dois delitos.

Já para a teoria monística, ou unitária, o concurso de pessoas em um mesmo crime deve ser valorado como um único crime cometido por mais de um agente. Portanto, a legislação Brasileira, ao adotar tal teoria, soluciona a primeira questão quanto o concurso de pessoas, qual seja a valoração delitiva nas hipóteses em que mais de um agente corrobora para a execução do crime.

Como dito anteriormente, o delito é a soma de ações que, com o devido nexos causal a uma consequência, tem efeito proibido por lei. No entanto, as ações podem ser originadas de diferentes pessoas, e com importâncias diversas. A teoria em comento se encontrou limitada na medida em que considerava que todo e qualquer um que incorresse ao crime, deveria responder por este em sua integralidade.

Chega-se à conclusão da adoção de tal teoria pela detida análise do artigo 29 do Código Repressor, em sua parte que dita “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas...” (BRASIL, 1940). Dessa forma, tinha-se que independia o tamanho na participação do delito, sendo sempre equiparados na medida em que suportavam a pena de um delito único.

No entanto, tal modelo se encontrava rigoroso demais sobre aqueles que não agiam de maneira tão incisiva para a ocorrência do crime. Na reforma do Código Penal, com a lei 7.209/1984, adicionou-se ao final do texto do caput do art. 29, a seguinte sentença “...na medida de sua culpabilidade” (BRASIL, 1984), adotando-se, assim, um sistema diferenciador, no prisma da culpabilidade.

Tal adição insurgiu da percepção de um desequilíbrio na aplicação da pena em mesmas proporções a indivíduos que não agiram de forma igualmente culpável, criando-se assim a participação em crimes. Em lição de Bitencourt:

O legislador penal brasileiro adotou a teoria monística, determinando que todos os participantes de uma infração penal incidem nas sanções de um único e mesmo crime, e, quanto à valoração das condutas daqueles que nele participam, adotou um sistema diferenciador distinguindo a atuação de autores e partícipes, permitindo uma adequada dosagem de pena de acordo com a efetiva participação e eficácia causal da conduta de cada participante, na medida da culpabilidade, perfeitamente individualizada. (2020, p. 570)

Compreende-se, então, que a partir da teoria unitária, que admite um crime único para todos os participantes, decidiu-se adotar um critério para diferenciar as penas imputadas a cada indivíduo, qual seja a culpabilidade. Dessa forma, tem-se uma dosagem de acordo com cada participação (*lato sensu*).

Buscou-se, então, abrandar a imputação de penas altas àqueles agentes cujas participações não tiveram tanta relevância, em comparação aos agentes cujas ações

contribuíram de forma essencial para a consumação do delito, considerando o fato criminoso executado.

Dividiu-se assim, pragmaticamente, em autor e partícipe. De tal forma, solucionou-se, portanto, a valoração do delito, frente ao concurso de pessoas. No entanto, é necessário esclarecer a valoração das ações de cada agente, no concurso de pessoas, definindo-se autoria, e participação.

5 CONCEITO DE AUTORIA

Com a atribuição do sistema diferenciador à análise no que tange o concurso de pessoas, fica evidente a importância de se delimitar a diferença entre a autoria, e a participação, nos delitos, para que se possa cumprir melhor o preceito constitucional de individualização da pena.

Mais uma vez, frente à imprecisão legislativa quanto aos conceitos de autor e partícipe, a doutrina exerce função crucial para a fluidez do Direito Penal na prática, de forma a remediar as lacunas observadas no ordenamento. Para tanto, serão apresentadas as definições mais presentes nas doutrinas modernas.

5.1 CONCEITO EXTENSIVO DE AUTOR

Tal conceito surge a partir da teoria da equivalência das condições, presente na teoria monística (ou unitária), trazida pela doutrina quanto a codelinquência. Tal teoria determina que toda condição que incorra para a consumação do crime, deve ser visto de forma equivalente.

Em primeiro momento, não haveria aqui discriminação de autor e partícipe. Portanto, todo agente que colaborasse para a ocorrência de um crime, independentemente da proeminência da ação, responderia como autor deste. Destaca-se que, deve-se observar a relevância causal, bem como liame subjetivo das referidas ações.

Dessarte, o conceito extensivo de autor determina que “todos aqueles que, de alguma forma, colaboram para a prática do fato, são considerados autores” (GRECO, 2007, p. 433). Mediante um radicalismo em que até mesmo um mero cúmplice seria considerado autor, tal teoria não pudera seguir sem ajustar-se à legislação.

Desta forma, a fim de evitar tal desproporção, essa teoria criou e acoplou a si mesma a teoria subjetiva da participação. Conforme Bitencourt, essa teoria segue no sentido de determinar que:

É autor quem realiza uma contribuição causal ao fato, seja qual for seu conteúdo, com “vontade de autor”, enquanto é partícipe quem, ao fazê-lo, possui unicamente “vontade de partícipe”. (2020, p. 574)

Logo, tal teoria determina que aquele que contribui de forma causal ao fato, é autor, uma vez que possui o *animus auctoris*, de autor. O partícipe, por sua vez, possui o *animus socii*, de partícipe. Entende-se, portanto, que o autor quer o fato como próprio, ao passo que o partícipe quer o fato como alheio.

5.2 CONCEITO RESTRITIVO DE AUTOR

Em contraposição ao conceito anterior, este vem para reduzir o espaço de imputação de autoria, determinando que, somente aquele que praticar o núcleo do tipo, ou seja, a ação expressa na capitulação do tipo, seria autor.

Portanto, segundo Greco, para tal teoria, é autor:

Aquele que praticasse a conduta descrita no núcleo do tipo penal. Todos os demais que, de alguma forma, o auxiliassem, mas que não viessem a realizar a conduta narrada pelo verbo do tipo penal seriam considerados partícipes. (2007, p. 431)

Portanto, usando-se como teoria base, essa em questão, qualquer pessoa que, apesar do envolvimento no crime, não tenha praticado a ação nuclear, não seria considerado autor. A título de exemplo, o indivíduo que induz, incentiva financeiramente, planeja, fornece todo o material, e executa todos os atos preparatórios para que um terceiro tão somente praticasse o núcleo do tipo, não responderia como autor.

Percebeu-se a fragilidade dessa teoria, na medida em que os militares de maior escalão que determinassem que militares de menores escalão cometessem crimes de guerra, como ocorreu nos países que estiveram em regimes totalitários, não poderiam ser responsabilizados, como autor destes, no prisma da teoria sob análise.

Assim, visto tais incongruências, adotaram-se teorias da participação, para evitar a impunidade dos indivíduos que não praticaram o núcleo do tipo, mas que deveriam

ser responsabilizados. Para tanto, receberam-se duas teorias: a objetivo-formal, e a objetivo material.

A teoria objetivo-formal, tem o conceito restritivo de autor por sua essência, na medida em que se considerará autor, aquele que praticar o verbo do tipo. Para exemplificar, adotar-se-á o caso hipotético clássico usado pela doutrina. Uma médica que, sabendo da alergia a determinado medicamento do paciente A, e querendo lhe tirar a vida, faz uma solução com tal medicamento, e incube a um enfermeiro, que aplique o remédio no paciente, matando-o, após uma gravíssima reação alérgica. Aos olhos dessa teoria, o enfermeiro seria autor, mesmo não sabendo que a médica teria alterado a solução para que se tornasse mortal ao paciente, e a médica seria partícipe.

A teoria objetivo-material, por sua vez, procurou reparar as impropriedades trazidas pela teoria supracitada. Assim, passou-se a analisar a contribuição de cada indivíduo para que ocorresse o resultado do delito. Segundo Jesus (2001, p.16), tal teoria “distingue autor de partícipe pela maior contribuição do primeiro na causação do resultado”. Portanto, analisa-se a participação maior que gerou o fato delituoso, para tê-lo como autor.

No entanto, frente à dificuldade de se analisar e comparar as casualidades de que cada indivíduo se apossava para determinar o cometimento do crime, visto tamanha subjetividade, tal teoria também encontrou empecilhos no momento de demarcação de autoria e participação.

5.3 CONCEITO DE AUTOR PARA A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATOS

Com a ineficiência das teorias extensivas e restritivas, no âmbito objetivo-formal do conceito, de autor, por sua extrema objetividade, e da teoria restritiva, no âmbito objetivo-material, de autor, por sua análise subjetiva demais, abriu-se espaço para esta terceira teoria, considerada objetivo-subjetiva: domínio funcional do fato.

Tal teoria determina a autoria, aos indivíduos que cumpre o verbo do tipo, e/ou que tenham o domínio do fato suficiente para encerrar a empreitada delituosa. Para Welzel:

Senhor do fato é aquele que o realiza em forma final, em razão de sua decisão volitiva. A conformação do fato mediante a vontade de realização que dirige em forma planejada é o que transforma o autor em senhor do fato. (1987, p. 120)

Portanto, é autor/senhor do fato, aquele que possui o poder delitivo de determinar se irá prosseguir com a execução criminosa até o seu fim.

Em tal teoria, a participação não se confundiria com a coautoria, na medida em que, segundo Nilo Batista:

Só pode interessar como co-autor quem detenha o domínio (funcional) do fato; desprovida deste atributo, a figura cooperativa poderá situar-se na esfera da participação (instigação ou cumplicidade). O domínio funcional do fato não se subordina à execução pessoal da conduta típica ou de fragmento desta, nem deve ser pesquisado na linha de uma divisão aritmética de um domínio "integral" do fato, do qual tocaria a cada co-autor certa fração. Considerando-se o fato concreto, tal como se desenrola, o co-autor tem reais interferências sobre o seu Se e o seu Como; apenas, face à operacional fixação de papéis, não é o único a tê-las, a finalisticamente conduzir o sucesso. Pode-se entretanto afirmar com Roxin que cada co-autor tem a sorte do fato total em suas mãos (jeder das Schicksal der Gesamttat in der Hand hat), "através de sua função específica na execução do sucesso total, porque se recusasse sua própria colaboração faria fracassar o fato". (2005, p. 101)

Portanto, como se observa acima, tal teoria ainda previu a divisão de tarefas feita por coautores. Não é necessário que um dos agentes possa impedir todo o delito, mas sim que, a sua desistência torne o crime impossível, nos termos que seria cometido. Em outros termos, a desistência da empreitada criminosa por parte de um autor (ou que se tornaria autor), tornaria sua parte do plano inexecutável, o que faria com que o plano se alterasse.

Tal análise serve para compreensão do que seria um "senhor do fato", como utilizou Welzel. Mas é evidente que, caso o indivíduo desista, e não cometa o delito, não seria coautor, beirando, talvez, um cúmplice. Trata-se, pois, dos autores de fato, que agiram, e tornaram o crime consumado, ou tentado.

O domínio do fato se observa em três hipóteses diversas: o primeiro, é o domínio da ação, que se observa na medida em que o próprio indivíduo pratica o tipo penal; o segundo, é o domínio da vontade, que se observa na medida em que, o indivíduo que

executa o tipo penal, agiu em erro, ou induzido por um terceiro. Diz-se, portanto, que o indivíduo que agiu teve sua vontade sob o domínio do terceiro, que seria autor do delito; e o terceiro, é pelo domínio funcional do fato, que se porta à divisão de trabalhos, em caso de coautoria, em que haveria mais de um agente responsável por um ato executório essencial para a consumação do crime, conforme o plano do delito.

Essa teoria, além de mais completa, é capaz de abranger uma maior enumeração de casos fáticos, com maior precisão, merecendo, assim, destaque na presente dissertação. Portanto, para análise da figura do mandante, ter-se-á como base, essas três formas de domínio mencionadas, oriundas da teoria do domínio do fato.

É relevante elucidar que o Supremo Tribunal Federal adota a referida teoria, como se observa na ementa abaixo do referente ao julgamento do Habeas Corpus 127397 BA:

Habeas corpus. Ação penal. Evasão de divisas (art. 22 da Lei nº 7.492/86). Trancamento. Inépcia da denúncia. Admissibilidade. Imputação derivada da mera condição de o paciente ser diretor-presidente das empresas. Ausência de descrição mínima dos fatos. Denúncia que individualizou as condutas de corréus. Possibilidade de diferenciação de responsabilidades dos dirigentes da pessoa jurídica. **Teoria do domínio do fato**. Invocação na denúncia. Admissibilidade. Exigência, contudo, da descrição de indícios convergentes no sentido de que o paciente não somente teria conhecimento da prática do crime como também teria dirigido finalisticamente a atividade dos demais agentes. Violação da regra da correlação entre acusação e sentença. Ordem de habeas corpus concedida para determinar o trancamento da ação penal em relação ao paciente. (BRASIL, 2016, grifo nosso)

Portanto, não se tem como absurdo adotar tal teoria para analisar um caso em que a lacuna jurídica melhor se preenche com sua adoção para devido exame.

6 COAUTORIA

Ocorre que, por resultado, a teoria do domínio do fato, deu especial importância aos tipos subdivididos de autoria, bem como ao aprimoramento do conceito de partícipe. Portanto, se torna valioso trazê-los à baía, para melhor compreensão do trabalho.

6.1 AUTORIA IMEDIATA

Também referida como direta, a autoria imediata é aquela cujo agente age com as próprias mãos, praticando o verbo do tipo penal. Por isso imediato, pois ele é executor direto da ação realizada. Portanto, no ensinamento de Nilo Batista:

É autor direto aquele que tem o domínio do fato (Tatherrschaft), na forma do domínio da ação (Handlungsherrschaft), pela pessoal e dolosa realização da conduta típica. Por realização pessoal se deve entender a execução de própria mão da ação típica. Por realização dolosa se exprimem consciência e vontade a respeito dos elementos objetivos do tipo. (2005, p. 77)

Dessarte, retorna-se aqui à primeira hipótese de domínio trazida na presente dissertação, da teoria originária, do domínio do fato. O domínio da ação, conforme elucidado, se dá a partir que o próprio autor é quem realiza os atos executórios pessoalmente. Portanto, quem possui o domínio da ação, é autor imediato do delito.

6.2 AUTORIA MEDIATA

Autoria mediata, ou indireta, por sua vez, trata da “terceirização” da execução, na medida em que um agente se utiliza de um artifício, para levar um terceiro a cometer um delito por esse. Em ensinamento de Wessels:

Autor mediato é quem comete o fato punível ‘por meio de outra pessoa’, ou seja, realiza o tipo legal de um delito comissivo doloso de modo tal que, ao levar a cabo a ação típica, faz com que atue para ele um ‘intermediário’ na forma de um instrumento. (1980, p. 159)

Há, aqui, a instrumentalização de um indivíduo, por parte do agente que possui o domínio da vontade daquele indivíduo. Portanto o autor que, de fato tem interesse na consumação do crime, se utiliza de uma outra pessoa, para que essa o execute. O

motivo dessa “terceirização” pode variar, indo do medo de executar um delito, ou até mesmo para tentar permanecer “impune”.

Segundo Bitencourt, ainda:

O decisivo para distinguir a natureza da responsabilidade do homem de trás reside no domínio do fato. O executor, na condição de instrumento, deve encontrar-se absolutamente subordinado em relação ao mandante. (2020, p. 579)

Portanto, para que a autoria mediata se configure, é importante que o autor imediato, que pratica o verbo do tipo, esteja submetido ao autor mediato, dando a esse último, o domínio do fato.

A referida subordinação do autor imediato ao autor mediato, se observa de algumas maneiras. A primeira delas é o induzimento do autor imediato a agir em erro. Voltando ao exemplo anteriormente dado da médica e do enfermeiro, fica evidente que o enfermeiro agiu em erro, por indução da médica. Vale mencionar que o Ordenamento Jurídico atribuiria responsabilidade penal à médica, por ter induzido terceiro a erro, conforme art. 20, do Código Penal:

§ 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro. (BRASIL, 1940)

Assim, evidencia-se a previsão jurídica ao autor mediato que age induzindo terceiro a erro. O domínio da vontade também poderá se dar por consequência de coação irresistível, previsto, também, no Código Penal:

Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível [...] só é punível o autor da coação [...]. (BRASIL, 1940)

Logo, fica claro que não se poderia, aqui, responsabilizar o autor imediato do delito, e tão somente aquele que aplicou a coação irresistível. O mesmo artigo traz a hipótese da obediência hierárquica, conforme se observa:

Art. 22 - Se o fato é cometido [...] em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor [...] da ordem. (BRASIL, 1940)

Por fim, a última hipótese é a de utilização de inimputáveis para o cometimento de infrações penais. Quando se trata de menores de 18 anos ou pessoas com deficiências mentais que o tornem inimputáveis, não que se falar culpabilidade, como tratou o Código Penal nas demais hipóteses. No entanto, para que não se aproveitasse de tal situação, o Código Repressor seguiu a linha de punir mais severamente aquele que se utilizar de inimputáveis para cometer delitos, conforme se observa:

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:
III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; (BRASIL, 1940)

Fica claro, visto o artigo supracitado, a inconsistência do conceito restritivo de autor, com o Ordenamento Jurídico Brasileiro, uma vez que se admite responsabilizar os autores mediatos, que são agentes que não praticaram o verbo do tipo penal que se analise.

O conceito extensivo, por sua vez, também se encontra em falha no Ordenamento Jurídico Brasileiro, no momento em que se permite não punir o autor imediato, na medida em que tenha agido sob coação irresistível, por exemplo, não sendo considerado, assim, autor do crime que se analise.

6.3 AUTORIA INTELECTUAL

A derradeira forma de coautoria que aqui se analisará, é a intelectual. Trata-se do indivíduo que arquiteta o plano executório a partir de sua própria criatividade, para que terceiro(s) venha(m) a executar conforme estabelecer.

Na lição de Greco:

Pode acontecer, até mesmo, que ao autor intelectual não seja atribuída qualquer função executiva do plano criminoso por ele pensado, o que não afasta, contudo, o seu *status* de autor. Pelo contrário. Pela teoria do domínio do fato percebe-se, com clareza, a sua importância para o sucesso da infração penal. (2007, p. 444)

Assim sendo, o domínio funcional do fato impede que tais autores, chamados pela doutrina por “homem inteligente”, não sejam responsabilizados como autores dos crimes que venham a interferir no planejamento da atividade criminosa, ou na atividade dos que venham a ser os autores imediatos. Há, neste caso, auxílio material do autor intelectual, para que os demais possam agir de acordo.

Há de se reparar que, diferentemente da hipótese de autoria mediata, os agentes que praticam o tipo penal, aqui, não estão subordinados, necessariamente, a este “homem inteligente”. Há neste caso, um intuito de colaboração, administração ou planejamento dos atos executórios, juntamente aos indivíduos que executaram a ação delituosa.

7 PARTICIPAÇÃO

A Legislação Penal Brasileira, não se preocupou em conceituar o que seria o conceito de “participação”, deixando claro, apenas, a necessidade de diferenciá-la da autoria. Isso se dá, uma vez percebida a culpabilidade desproporcional entre os dois institutos.

Mais uma vez, recorrendo-se à didática doutrina de Bitencourt:

O partícipe não pratica a conduta descrita pelo preceito primário da norma penal, mas realiza uma atividade secundária que contribui, estimula ou favorece a execução da conduta proibida. Não realiza atividade propriamente executiva. (2020, p. 581)

Por conseguinte, tem-se que embora sua ação seja secundária, há uma estreita relação com o delito, mas não íntima o suficiente para que seja enquadrado como autor. O estímulo à conduta delitiva não poderá ser equiparado, penalmente, à conduta delitiva em si. Importante frisar que a participação não se aproxima de atos executórios, como bem lecionou Bitencourt no trecho acima.

A participação, poderá se dar de algumas espécies, como a cumplicidade, organização, chefia, e outras mais. Todavia, merece destaque a forma de “instigação” da participação. Em tal modalidade, o partícipe vai instigar a vontade de um terceiro, para que cometa o crime. Tal instigação pode ser no sentido de fazer surgir a ideia de delinquir, ou reforçar uma ideia já existente na vontade desse terceiro.

Para Bitencourt (2020, p. 583), “para que haja instigação é necessária uma influência no processo de formação da vontade, abrangendo aspectos volitivo e intelectual”. Assim sendo, a instigação será moral, interferindo no intelecto do terceiro, para reforçar a ideia de cometer um delito, ou então, como elemento volitivo, fazendo surgir a vontade de cometer o referido delito.

Retomando o que fora explicado no tópico de número dois, tem-se aqui uma diferenciação da culpabilidade de cada conduta. Conforme explanado, a atitude menos culpável, deverá ter uma pena inferior estabelecida, em comparação à atitude de maior culpabilidade. O que se visa esclarecer aqui é que a autoria é mais culpável

do que a participação, sob dois primas: a doutrina, que entende a acessoriedade da participação ao crime principal; da legislação, como já demonstrado anteriormente, quando no artigo 29 do Código Penal, estabelece-se que dependerá da culpabilidade do agente que incorre em crime, a incidência de pena do referido delito.

8 O MANDANTE

O Código Repressor de 1940 não foi capaz de prever todas as situações que surgiriam decorrentes de ações humanas, que mereceriam a tutela jurídica penal. Isso se dá não só pela evolução dos relacionamentos interpessoais, mas também pela subjetividade que faz uma pessoa, e sua constante mudança no meio em que vive.

Como bem explica Anderson Burke:

Enquanto existir o homem em convivência na sociedade sempre se terão pretensões resistidas e conflitos provenientes das complexas relações humanas que envolvem divergência de ideais, sentimentos variados e desvios comportamentais de personalidade. Nunca há como se saber exatamente quando seremos vítima de um crime, haja vista a imprevisibilidade humana que atua de modo contrário à norma penal por diversas razões e motivações. (2019, p. 19)

Portanto, uma vez percebida a complexidade das relações humanas, bem como a imprevisibilidade humana, não seria possível “prever” todas as situações que poderiam ocorrer, e que mereceriam especial atenção do Direito. Contudo, não se pode também se utilizar de tal imprevisão, para interpretar-se o Direito, como se o legislador encararia tal situação à época que redigira o Código.

Desta forma, passa-se agora ao entrave central da presente dissertação: onde se deve enquadrar o mandante de crime. Em primeiro momento, deve-se esclarecer o entendimento de mandante de crime. Para tanto, será referido ao indivíduo que tão somente paga, ou promete pagar, terceiro, para execução de determinado crime.

Não se analisará, aquele indivíduo que participa dos atos executórios, ou do planejamento desses, recrutando ‘ajudantes’ ou coautores ou bolando o plano de execução, para que possibilite a empreitada criminosa. Em tais hipóteses, não há dificuldades para enquadrá-lo como autor, seja na forma intelectual, caso não faça parte da execução do verbo do tipo, ou na forma imediata, utilizando-se das próprias mãos, em conjunto com terceiros, para delinquir.

Portanto, tratar-se-á do indivíduo que, por razão alheia à compreensão desta dissertação, decide terceirizar seu desejo, atribuindo um valor econômico para que este terceiro cometa o crime, dos atos preparatórios, aos atos executórios.

Não é obscuro descartar, já em primeiro momento, a autoria imediata, uma vez que vimos que essa significa a prática do núcleo do tipo penal, o que não é, como visto, o caso desta análise. Não há dificuldades em eliminar, também, a autoria mediata, uma vez que não se trata de terceiro subordinado ao mandante. Menciona-se também que não se pretende induzir o terceiro a erro. O mandante não possui, portanto, o domínio da ação, e tampouco da vontade.

A maior dificuldade se observa ao tentar enquadrar a figura do mandante, quando analisadas as posições de autor intelectual, e partícipe na forma de induzimento. Portanto, para que se possa determinar onde deve ser posto o mandante, apelar-se-á à teoria do domínio do fato, devendo compreender se esse é, de veras, o “senhor do fato”.

Viu-se que, para configurar autoria intelectual, é necessária colaboração material, seja com atos preparatórios em si, ou organização dos demais autores. No entanto, no caso do mandante, não se observa auxílio material. Embora possa-se alegar que o executor utilizaria a recompensa para comprar os materiais necessários, ou para proporcionar a situação em que pretende delinquir, deve-se observar que não há como garantir que este é o caso. Afinal, não se trata somente da recompensa, mas também da promessa de recompensa.

A promessa de recompensa é, o pagamento da recompensa, posteriormente ao crime. Neste caso, portanto, não houve possível combinação do dinheiro pago pelo mandante, com o “custo” do crime. No mesmo sentido, não se poderia afirmar que a recompensa paga anteriormente ao cometimento do delito, fora utilizado para “custear” o delito.

Sob outro aspecto, imagine a seguinte situação: A oferece uma quantia em dinheiro para B, para que esse execute C. Na hipótese de B recusar a proposta, percebe-se que não houvera um homicídio na sua forma tentada. Isso porque, tem-se uma ação

acessória. A instigação não aceita, não é punível, ora ausência de previsão legal quanto à tentativa de participação.

Desta forma, fica claro a possibilidade de se enquadrar o mandante como partícipe da ação delituosa, e não autor. A jurisprudência, inclusive, prevê a instigação em forma de pagamento, como bem alude Wessels:

É indiferente como o instigador alcança seu objetivo. Meios de instigação podem ser todas as possibilidades de influência volitiva: persuasão, dádivas, **promessa de recompensa**, provocação de um erro de motivo, abuso de uma relação de subordinação, ameaça etc. (2005, p. 181-182, grifo nosso)

Portanto, pode-se enquadrar em instigação, forma de participação, a promessa de recompensa, que nada mais é que a expectativa de recompensa, que será conferida após o cometimento do delito, podendo até mesmo a definição da recompensa ser posterior.

Uma vez enquadrado como participação, torna-se clara a impossibilidade de se determinar que o mandante responda como coautor do delito. A jurisprudência, por vezes, seguiu nesse sentido, conforme ementa abaixo:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. TRIBUNAL DO JÚRI. **CONDENAÇÃO PELA CO-AUTORIA COMO MANDANTE**. AUSÊNCIA DE PROVA CONSISTENTE. DECISÃO CONFLITANTE COM O CONTEXTO DOS AUTOS. PROVIMENTO DO RECURSO DO RÉU. NOVO JULGAMENTO. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte TJ-RN – Apelação Criminal: APR 41281 RN 2003.004128-1. Grifo nosso)

Há, assim, uma inconsistência na imputação da pena como autor de um crime, ao seu mandante. Ocorre que, não se pode por a ação de solicitar que se cometa um crime, ao lado da ação que é o cometimento de fato do crime. O crime, por si só, é mais grave, uma vez que é esse o que traz uma violência a um bem jurídico que se deve proteger.

Voltando à teoria da prevenção geral negativa, essa se baseia no medo que inflinge aos cidadãos sob determinada legislação. Portanto, fica evidente que os indivíduos devem temer mais a ação própria do crime, do que a pedir a um terceiro que realize o crime. Punir ambas partes de forma igual, pode ser uma forma de equalizar a

culpabilidade, e terceirizar a responsabilidade penal. Ora, se a teoria for efetiva no que tange a prática dos núcleos do tipo penal, o mandante se torna obsoleto.

9 CONCLUSÃO

Após as devidas considerações, percebe-se que não há motivos para equiparar aqueles que induzem indivíduos a crimes, aos indivíduos que de fato cometem crimes. Isso é, em verdade, uma política penal punitivista, que, cada dia mais, busca satisfazer o anseio popular por punição, deixando em segundo plano as suas reais finalidades.

Com a devida aplicação da técnica penal na interpretação do instituto que aqui se analisou, percebe-se a forma exacerbada com que se pune o mandante de crime. Embora talvez crie uma sensação de injustiça, ou até mesmo um sentimento de impunidade, não se deve usar da presente Legislação Penal, para punir como autor, o mandante. Portanto, caso se entenda que a punição do partícipe, quando mandante, deva ser mais rigorosa, há de se recorrer das formas legais para sanar tal insatisfação.

No entanto, de maneira parcial às revoltas que os casos concretos venham a causar, entende-se, com base na teoria da prevenção geral negativa, que é de maior eficácia ter a autoria imediata como ação mais grave, merecendo, portanto, pena maior, quando comparado ao mandante de crime. Expõe-se aqui uma interpretação com base na doutrina e legislação, privando-se, assim, de afetar a imparcialidade necessária para análise técnica.

Desta forma, entende-se a necessidade de reforma do atual entendimento, que por vezes recorre à autoria para enquadrar o mandante, para que o comece a encarar como partícipe, imputando-lhe pena proporcional a seu enquadramento.

REFERÊNCIAS

ARTIGOS do Código de Hamurabi em:

<<https://www.historiadomundo.com.br/babilonia/codigos-penais-hamurabi.htm>>.

Acesso em 01 de nov de 2021.

BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes: Uma investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005

BURKE, Anderson. **Vitimologia: Manual da Vítima Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 26 ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 21 nov. 2021.

CARRARA, Francesco. Programa de Direito Criminal. São Paulo: Saraiva, 1957

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

FABRIZ, D. C. Direitos e garantias fundamentais no século 21: os desafios no plano da efetividade. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 3, p. 9-10, 20 set. 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. Tradução de Raquel Ramallete. 31 ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

FALCONI, Romeu. Sistema Presidencial: Reinserção Social? São Paulo: Icone, 1998.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 9 ed. Niterói: Impetus. 2007.

HIRECHE, Gamil Föppel el. **A Função da Pena na Visão de Claus Roxin**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

JESUS, Daásio E. Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 1 es. São Paulo: RT, 2005.

PUIG, Santiago Mir: Función de la Pena y Teoría Del Delito en el Estado Social e Democrático de Derecho. 2ª ed., Barcelona: Bosch, 1982

QUEIROZ, Paulo. Funções do Direito Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y Prevencion em Derecho Penal**. 1 ed. Madrid: Reus S.A. 1999.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General Tomo I: Fundamentos**. La Estructura de la Teoría del Delito. 1 ed. Munich: Civitas. 1997.

STF - HC: 127397 BA - BAHIA 0000706-69.2015.1.00.0000, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 06/12/2016, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-169 02-08-2017

TOLEDO Y UBIETO, Emílio Octavio de. **Sobre el concepto de Derecho Penal**. Madrid: Universidad Complutense, 1981.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte TJ-RN – Apelação Criminal: APR 41281 RN 2003.004128-1. Disponível em: < <https://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5905807/apelacao-criminal-apr-41281-rn-2003004128-1> > Acesso em 30 maio 2022.

WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Trad. Juan Bustos Ramirez e Segio Yañes Peréz. Chile: Jurídica de Chile, 1987.

WESSELS, Johannes. **Derecho penal – Parte general**. Buenos Aires: De Palme, 1980.