

## CRÍTICA À TEORIA SUBJETIVA DA PARTICIPAÇÃO\*

HANS WELZEL†

Professor da Georg August Universidade de Göttingen, Alemanha

**Resumo:** O artigo consiste em texto clássico da autoria de Hans Welzel, publicado em 1947. O autor tece críticas incisivas à teoria subjetiva, demonstrando suas falhas, no que diz respeito à delimitação entre autoria e participação. Por fim, desenvolve aspectos atinentes a teoria do domínio do fato, desde a ótica finalista.

**Palavras-chave:** teoria subjetiva, autoria e participação, domínio do fato, finalismo.

**Abstract:** This paper is a classic text by Hans Welzel, published in 1947. The author elaborates an incisive critique of the subjective theory and demonstrates their mistakes, regarding the distinction between authorship and participation. Finally, it develops considerations about the theory of domain of the fact, from the perspective finalist.

**Keywords:** subjective theory, authorship and participation, domain of the fact, finalism.

A extraordinária popularidade de que goza a teoria subjetiva da participação, do Tribunal do Reich, não se deve ao seu alto grau de aplicabilidade prática. É fácil verificar, no caso da colaboração de vários indivíduos em um fato, a autoria em relação a um e a participação em relação a outro, quando se atribui àquele uma vontade de autor e a este uma vontade de partícipe. Em sentido contrário, a teoria objetiva, antes predominante na ciência, exigia constatações objetivas da conduta, que nem sempre eram facilmente encontradas: o participante havia realizado um ato executório típico ou apenas havia apoiado? Contra a teoria objetiva sustentou-se também a inadequação do seu resultado, no sentido de que o apoiador deveria sempre responder como cúmplice, mesmo que a contribuição objetiva insignificante não oferecesse, na maioria das vezes, nenhuma diretriz relativa à eficácia da sua colaboração dentro da conspiração criminosa. Este erro a teoria subjetiva evita, porém, ela não recai em outro erro ainda mais grave?

Duas decisões de período mais recente novamente tem despertado dúvida em relação à teoria subjetiva, após permanecer adormecida por um longo tempo na ciência. Na primeira destas decisões (RGSt 71, p. 364), dois homens foram acusados de abuso sexual de um doente

---

\* Publicado originariamente sob o título "Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre", in *SJZ* [*Süddeutsche Juristen-Zeitung*], ano 2, n° 2, 1947, p. 645-650; tradução do original alemão pelo Prof. Dr. PABLO RODRIGO ALFLEN, Professor do Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da UFRGS e Pesquisador-visitante (*Gastwissenschaftler*) da Georg-August Universidade de Göttingen, Alemanha.

mental, sendo que, possivelmente, apenas um deles manteve relações sexuais com a vítima. A Câmara Criminal condenou a ambos como coautores, porque, embora apenas um deles tivesse realizado a cópula, o outro, no entanto, quis esta conduta como «própria». O Tribunal do Reich utilizou principalmente este fundamento: reiterada jurisprudência tem encontrado a diferença entre autor e cúmplice no direcionamento da vontade do participante, e não há razão para se afastar desta posição, admitida de modo geral pela jurisprudência, quando a conduta punível consiste na execução da cópula. Que ideia bizarra (*abenteuerlicher*) a de que alguém poderia realizar a (sua!) cópula através de terceiro! O Tribunal do Reich achou mesmo que, com isso, se afastaria do ponto de vista naturalista e transigiu: em tais casos não basta «verificar a autoria somente por meio de uma fórmula convencional». Mas, afinal, uma fórmula convencional não declara materialmente algo?

A segunda decisão (RGSt 74, p.85) traz a hipótese contrária, no sentido de que o participante que preencheu integralmente o tipo objetivo e subjetivo de um crime, apesar da ausência da vontade de autor, deveria ser considerado cúmplice, e o outro participante, que somente o apoiou psiquicamente, deveria ser o autor, devido à sua vontade de autor: a irmã de uma mãe solteira que, de forma consciente e dolosa, afogou a criança recém-nascida não é autora de homicídio, mas apenas cúmplice da mãe solteira, porque ela não queria o fato como próprio, e, principalmente, não tinha interesse no resultado. Esta consequência extrema da teoria subjetiva, diante da qual o Tribunal do Reich recuou (compare RGSt 14, p. 28), esbarrou em uma forte crítica<sup>1</sup>, inclusive, por uma série de seus partidários. Mas a crítica não levou a um reexame integral da teoria subjetiva, senão apenas a uma modificação, que trouxe todos os sinais de um compromisso eclético. *Schönke*, no § 49, I, pôde sintetizar o resultado alcançado, com poucas e exatas palavras: «a cumplicidade se distingue das formas de autoria somente através da atitude interna e do direcionamento da vontade do agente. Quem, no entanto, realiza integralmente um tipo penal é autor, mesmo que o realize «por meio» de outrem e que este tenha contribuído de qualquer forma».

Esta conclusão visa satisfazer a renúncia à observação das leis da lógica nas opiniões jurídico-científicas. Quem não está disposto a fazer sacrifícios deve, pelo menos, tentar identificar a grave contradição no sentido de a segunda das frases anteriormente citadas rechaçar a primeira («somente através da atitude interna»). Pode-se compartilhar plenamente da opinião de que à atitude interna do partícipe cabe um grande papel, como admitiu a teoria objetiva; porém, que a expressão «somente» deva ser o critério para separar a autoria da participação é algo que, em ambas as decisões acima mencionadas, precisa ser refutado e considerado como insustentável desde o ponto de vista prático.

Apesar deste problema identificado em seu núcleo, a teoria subjetiva tem inclusive ampliado ainda mais o seu âmbito de aplicação. Se até então ela serviu para delimitar a autoria e a participação, atualmente se atribui a ela cada vez mais a mesma tarefa em relação à instigação, com o efeito de que o instigador que, com vontade de autor, provoca um agente

---

<sup>1</sup> Compare KLEE, ZAkdr [*Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*], 40, p. 199; KOHLRAUSCH, Komm. Vorbem. 1A, § 47; OTSHAUSEN, p. 241; SCHÖNKE, § 49, I; DOHNA, DSr [*Deutsches Strafrecht*] 40, p. 120; além disso, OLG Kiel, SchlHA [*Schleswig-Holsteinischer Anzeiger*], 46, p. 427; OLG Frankfurt a.M., SJZ, 47, p. 62 e s.; AG Dortmund, MDR [*Monatsschrift für deutsches Recht*], 47, p. 139; bem como a decisão publicada abaixo, na p. 673, do OLG Gera de 02.04.1947.

doloso ao ato, converte-se em autor (mediato)<sup>2</sup>. Se, com vontade de autor, A provoca B a causar lesões em C, então não só B como também A é autor das lesões corporais. Esta teoria subjetiva ampliada foi introduzida na nova redação dos §§ 47-49 do Código Penal de Turingen (*Thüringischen Strafgesetzbuch*).

Quem considera a teoria subjetiva como falha, dificilmente poderá comprovar isto apenas com os argumentos que já foram, anteriormente, levantados contra ela. Contudo, ela não perdeu nada de sua força propulsora. A teoria subjetiva é, antes de tudo, uma resposta à questão acerca do que significa no sentido material querer o fato «como próprio ou como alheio», pelo sujeito considerado culpável. Este querer, entretanto, não é nenhuma realidade psíquica. Ora, quando é que o infrator reflete a respeito disso: se este ato deve ser meu ou deve ser de outrem? A chamada vontade de autor ou a vontade de partícipe é na verdade um juízo do julgador sobre a espécie de contribuição objetiva e subjetiva de um participante no fato; ela pressupõe, em princípio, uma explicação do grau objetivo e subjetivo da contribuição. Os critérios de autoria e participação podem ser encontrados somente em determinados momentos objetivos e subjetivos que sejam demonstráveis, enquanto que o recurso à vontade de autor e à vontade de partícipe – sem uma verificação concreta deste momento – é um mero clichê (*v. Hippel*). Ninguém expressou isso de forma tão concisa quanto o próprio Tribunal do Reich: «sem a organização realizada por meio de um planejamento dos participantes em um todo unitário, que coloque o indivíduo e sua atividade, internamente, no mesmo nível que os demais e sua contribuição... a afirmação de que também quem prepara e auxilia tenha desejado o fato como seu, seria *uma mera expressão sem qualquer sentido*» (RGSt 15, p. 303, compare também ROSt 71, p. 365: *uma locução meramente formalista*). A teoria subjetiva deve agradecer sua elogiada aplicabilidade ao fato banal de que ela poupa fundamentação, na medida em que ela coloca no lugar da comprovação uma afirmação e, por conseguinte, apresenta tal afirmação na forma de fundamentação: alguém é autor, *porque* tinha vontade de autor<sup>3</sup>. Mas, nos últimos anos, o Tribunal do Reich tentou dar um conteúdo próprio à vontade de autor, orientando-a pelo critério do grau de interesse próprio no resultado (JW, 37, p. 2509; ROSt, 74, p. 85). Assim, remonta-se a uma espécie de teoria subjetiva que, ao que parece, é ainda mais antiga do que a teoria real do dolo (da «vontade» de autor) e identificada por *Birkmeyer*, no ano de 1908 (*Vergleichende Darstellung der deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil II*, p. 28). Desde 1882, como anota *Buri*, ela não possuía mais nenhum partidário e era considerada cientificamente como superada. Com efeito, ela se opõe de tal modo ao nosso StGB que nada justifica sua retomada. Se, conforme os §§ 253, 263 e outros, a conduta no interesse alheio, assim como a conduta no interesse próprio, satisfaz a autoria, e se, antes de tudo, para o dolo de modo algum é exigível que o autor deseje o resultado, sendo suficiente que o aceite, apesar de não desejá-lo, tem-se que tampouco resta algum espaço para a teoria do interesse no âmbito da participação no direito penal.

Contra tal crítica a teoria subjetiva reiteradamente chamou a atenção ao fato de que já se deveria ter demonstrado há muito tempo se as suas diferenças são realmente insuficientes, mas este não foi o caso (assim, recentemente, *Schönke*, § 47 II 2). Por conseguinte, deve-se

<sup>2</sup> Compare, principalmente, KOHLRAUSCH, *Botke-Festschrift*, p. 46 e s.

<sup>3</sup> Trata-se, em princípio, da mesma tautologia que propõe o Projeto de 1936 para a solução do problema da omissão: o omitente equipara-se ao autor, quando de acordo com a sua consciência do povo ele aparece como autor.

ressaltar três aspectos: em primeiro lugar, em uma teoria tão vaga, em que simplesmente qualquer resultado seria a ela associável, a decisão concreta não foi alcançada através dela, mas sim através de ponderações sobre as relações de participação que, em sua fundamentação, não são mencionadas; em segundo lugar, a exatidão da decisão em concreto, de modo geral, não é verificável, porque coloca a afirmação no lugar da fundamentação; mas, sobretudo, e em terceiro lugar, em casos nos quais excepcionalmente são verificáveis, a teoria subjetiva demonstrou de forma evidente sua insuficiência prática. Conforme os casos acima mencionados, a suficiência prática da teoria subjetiva realmente, em sua consciência, não pode mais ser afirmada. As correções que foram propostas com base nela provêm justamente não da teoria subjetiva, mas sim da natureza objetiva!

Mas os erros gritantes da teoria subjetiva são acentuados, pois, de modo geral, fundamentam a teoria subjetiva ampliada. No exemplo acima reproduzido, no qual A provoca B a causar lesões em C, caso se aceite que A não seja instigador, mas sim autor, uma vez que ele agiu com *animus auctoris*, perdem sentido os limites do tipo penal. No caso, deve-se pensar somente que B não executou o fato por razões próprias. Logo, se A fosse apenas instigador não seria punido; mas se ele se tornasse autor em razão de seu *animus auctoris* ele deveria ser punido por tentativa de lesão corporal<sup>4</sup>!<sup>N.T.1</sup>

As consequências da teoria subjetiva ampliada levam, no caso, a uma autoria mediata pelo uso de um terceiro que atua *licitamente*. O problema da autoria mediata por meio de um instrumento que atua licitamente tem alcançado, nos últimos tempos, uma certa atualidade e despertado algumas dúvidas. Tem sido igualmente admitida e reconhecida, há muito tempo, na figura da fraude processual. Ainda que a decisão de um juiz, iludido pelo falso avanço, possa ser materialmente anulada, ela continua sendo um ato estatal formalmente lícito e o juiz um órgão estatal que atua licitamente. Mais claramente ainda, revela-se a autoria mediata no respectivo caso de fraude processual, no âmbito do processo penal: o juiz que se decide, no processo penal, por condenar com base no depoimento falso de uma testemunha, constitui órgão estatal que atua licitamente, e a testemunha mentirosa, que se aproveitou do provimento judicial para colocar o acusado em liberdade ou preservar a sua vida, ou suprimir sua liberdade ou levá-lo à morte, torna-se culpável em razão da autoria mediata pelo uso de instrumento que atua licitamente. Em ambos os casos, porém, o juiz era um «instrumento» do autor, porque ele havia sido induzido em erro por este; e, por isso, com relação à correção da sua decisão, ele se encontrava na posição de subordinação em face do autor. Até então, tem-se considerado como pressuposto da autoria mediata o fato de o executor direto estar em uma posição de subordinação em face do provocador, e por isso deve ser considerado seu «instrumento». Mas justamente este pressuposto é colocado de lado pela teoria subjetiva, na medida em que ela admite a autoria mediata mesmo quando o executor direto é plenamente autor. Isto tem consequências surpreendentes para a autoria mediata por meio de indivíduo que atua licitamente! É preciso pensar apenas nas condutas que são proibidas para uns e permitidas para outros, e refletir sobre o que passa quando apenas um participa com «*animus auctoris*» na conduta do outro. O vizinho, um pouco sádico, pede ao pai que evite a travessura

<sup>4</sup> Cfr. KOHLRAUSCH, *Bumke-Festschrift*, p. 47.

<sup>N.T.1</sup> Observe que Welzel refere em seu exemplo unicamente o fato de A ter provocado B. Logo, não relata que B realmente teria executado o fato. Nesse sentido, não tendo B executado o fato, se A for instigador, restará impune, mas caso A seja autor, responderá por tentativa de lesão corporal.

de seu filho, sob o argumento de que o garoto merecia uma grande surra. Agora, se o vizinho realizou isso com «vontade de autor», porque a ele não interessa nada sobre educação, quanto mais o fato da surra, seria ele punível por lesão corporal em autoria mediata por meio de um indivíduo que atua licitamente? Não se nega que o castigo de uma criança travessa seja objetivamente lícito, porque socialmente útil, mas para ele – o vizinho – a conduta teria sido ilícita, pois o direito irrestrito de castigar não pode ser reconhecido a um terceiro. Mas se, por meio da vontade de autor, isto é, por meio da vontade de deixar realizar o fato como próprio ou no interesse próprio, ele se tornar autor, então deverá ser punido por lesão corporal, uma vez que o direito de castigar não está do seu lado.<sup>5</sup>

Não nos convence a ideia de que a práxis não cederá a tais consequências. Em momentos críticos é bem possível! Assim, antes de a KontrG 10<sup>N.T.2</sup> ser aplicada e permitir a reflexão acerca do princípio *nulla poena sine lege*, tentou-se afastar os casos de denúncias políticas pelo Terceiro Reich com o auxílio da autoria mediata por meio de indivíduos que atuam licitamente, baseada na teoria subjetiva ampliada. *Radbruch* (SJZ 46, S. 106) relata, nesse sentido, as alegações finais do Ministério Público de Turingen, em matéria penal, contra um funcionário da justiça que, por uma denúncia de alta traição, teria causado a condenação e execução de um comerciante. O Ministério Público sustentou se tratar de homicídio em autoria mediata: na verdade, o conceito de autoria mediata foi desenvolvido para outros tipos penais, a saber, para aqueles nos quais o autor se serve de um instrumento sem vontade ou incapaz de imputação; a condenação não poderia contrariar o fato de o tribunal ter agido de modo formalmente lícito; eventuais reflexões seriam colocadas de lado pela nova versão do § 47 do StGB de Turingen<sup>6</sup>, criadas pelo novo direito não retroativo, mas sim apenas o direito vigente seria interpretado de forma autêntica. As análises acima mostraram que o problema não pode ser solucionado dessa forma. Nenhum cidadão tem o direito à punição privada do respectivo violador do direito; ele se tornaria culpado pela supressão da liberdade ou pela morte – e mais culpado ainda – se quisesse matar ou prender arbitrariamente o criminoso. Mas se o levasse à prisão ou à execução pública sem qualquer indução do juiz em erro, isto é, por meio de declaração verdadeira, na direção de uma decisão judicial, ele não se tornaria culpado pela supressão da liberdade ou pelo homicídio, mesmo de acordo com a estrita «vontade de autor». Ele somente se tornaria punível por meio de declarações verdadeiras – isto é, sem uma indução do juiz em erro – se também o juiz se tornasse punível, isto é, se ele, conscientemente, proferisse uma sentença incorreta, portanto, somente no caso de prevaricação. Mas então o denunciante não é autor mediato, nem da prevaricação, nem da supressão da liberdade ou da morte por ele provocada, senão partícipe deste crime (instigador ou cúmplice). Por causa disso, com razão, o LG de Nordhausen rejeitou a aceitação de um homicídio em autoria mediata; ele admitiu uma participação em homicídio, mas, por conseguinte, teve que comprovar substancialmente a prática *consciente* de prevaricação, bem como o tipo (objetivo e) *subjetivo* da participação nela (e do crime praticado por meio dela).

<sup>5</sup> Compare a respeito o § 47, Thür. StGB: pune-se como autor, quem culpavelmente executa a conduta punível por si mesmo ou por meio de outrem, ainda que este atue licitamente.

<sup>N.T.2</sup> “KontrG 10” consiste na abreviatura utilizada para a “Kontrollratsgesetz Nr. 10”, de 20 de dezembro de 1945, isto é, a lei que trata sobre a punição de pessoas culpadas por crimes de guerra, contra a paz ou contra a humanidade, disponível em <<http://www.verfassungen.de/de/de45-49/kr-gesetz10.htm>>.

<sup>6</sup> Compare nota 5.

Voltemos ao ponto de partida. O fato de as decisões baseadas na teoria subjetiva não só serem «inadmissíveis», como também conduzirem a resultados absolutamente incorretos e até piores, por certo não poderá ser discutido aqui. Mas de que modo encontraremos uma saída para este dilema? Dois pontos já foram levantados nas considerações críticas:

a) Nem a teoria objetiva nem a subjetiva são satisfatórias. O fundamento disso está em que a absoluta separação entre «objetivo-subjetivo», nestes casos em que se trata a respeito de problemas de conduta, é errônea. Toda conduta é uma síntese inseparável de momentos objetivos e subjetivos, em que os momentos subjetivos de vontade perpassam, ordenam, configuram e inspiram o acontecimento objetivo da conduta, de modo que uma separação entre objetivo e subjetivo destrói a essência da conduta e conduz a profundas rupturas e distorções de articulações separadas. Uma prova mais precisa disso não pode ser apresentada aqui neste lugar; deve-se remeter a outras publicações<sup>7</sup>.

b) O problema da autoria não pode ser solucionado com *um* golpe, isto é, por meio de um único conceito (vontade de autor). Nesse sentido, a aplicabilidade prática da teoria subjetiva não oferecerá nenhuma proposta de solução. Ela necessariamente oferecerá algo mais custoso e o tornará mais grave; enfim, é inadequada, por isso, indesejada.

Agora, se quisermos desenvolver os elementos da autoria, deveremos, para tanto, distinguir os elementos especiais e gerais. Somente em determinados tipos penais os primeiros são exigidos como pressupostos da autoria, já os últimos, ao contrário, são exigidos em todos os tipos penais em geral.

1. Nem mesmo a teoria subjetiva pode evitar os elementos especiais da autoria; apesar da vontade acentuada de autor, a ausência destes elementos necessariamente exclui a autoria. A eles pertencem, antes de tudo, dois grupos:

a) Elementos objetivo-pessoais da autoria: a posição especial de dever do autor nos delitos especiais próprios, por exemplo, os delitos funcionais próprios. Quem não é funcionário público, necessariamente não pode ser autor de um delito funcional próprio, ainda que aspire o resultado do delito por si mesmo.

b) Elementos subjetivo-pessoais: sobretudo, as intenções especiais tipicamente previstas, como a vontade de contribuir, a intenção de obter vantagem. Quem causa lesão a outrem por meio de indução em erro, sem pretender obter uma vantagem indevida para si ou outrem (por exemplo, por brincadeira), não é autor de crime de fraude, ainda que queira muito o fato como próprio.

Quem comete o fato sem possuir este elemento pessoal de autor, não pode ser autor, senão, no melhor dos casos, é partícipe do homem de trás que o causou, uma vez que ele possui em sua própria pessoa os elementos da autoria.

Entre elementos especiais da autoria pode-se contar também a qualidade pessoal do cometimento do fato nos delitos de mão-própria. Onde o ato sexual impuro como tal constitui o fundamento da punição, como, por exemplo, no adultério, no incesto, no ato sexual contrário à natureza, na profanação, somente é autor aquele que executa o ato impuro pela sua

<sup>7</sup> Compare WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundgesetzen*. Berlin: W. de Gruyter, 1947; bem como Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 S. 491.

própria pessoa. Nenhuma vontade de autor poderia, no caso da RGSt 71, S. 364, tornar aquele que não executa o ato sexual, em seu autor. Aqui só se admite a autoria direta.

2. Os elementos gerais da autoria (tipos penais dolosos<sup>8</sup>) são melhor sintetizados no conceito de «*domínio do fato*», segundo o qual senhor sobre o fato é aquele que o realiza com base em sua decisão de vontade *final* (dolosa). De acordo com isso, não pode ser autor, mas sim instrumento do homem de trás, caso este, por sua vez, possua o domínio do fato no sentido acima indicado,

a) quem não atua finalisticamente (sem dolo) (caso típico de autoria mediata);

b) quem atua dolosamente, mas não com base na própria decisão de vontade, uma vez que não é livre em face do fim estabelecido por outrem, ou seja, o realiza sob a pressão de um forte constrangimento, por exemplo, na situação de coação (exemplo no RGSt 31, p. 395).

A *autoria mediata* somente é possível quando o executor direto for um «instrumento», ou seja, quando a ele faltar um dos elementos gerais ou especiais da autoria. A autoria mediata por meio de um agente direto, que seja propriamente um *autor*, é um contrassenso<sup>N.T.3</sup>. Quem determina um autor ao fato é sempre apenas instigador e nenhuma vontade de autor pode torná-lo um autor.<sup>9</sup>

Quanto ao problema da *coautoria* não há qualquer especificidade no que diz respeito aos elementos especiais da autoria. Todo coautor deve possuir as características pessoais do autor e, nos crimes de mão própria, deve contribuir por si mesmo para o fato integral. Somente quanto ao *domínio do fato* há uma peculiaridade, a de que, baseado na divisão de trabalhos, ele é atribuído a todos os coautores *conjuntamente*. É uma simples proposição analítica, a de que aquele que executa uma parte da conduta típica possui conjuntamente o domínio do fato. Do conceito de domínio do fato extrai-se tal ideia, a qual somente pode ser alcançada a partir do imediato rompimento com a teoria subjetiva. Mas também aquele que prepara ou simplesmente auxilia é codetentor do domínio do fato, desde que ele tenha tomado a decisão de cometer o fato conjuntamente, em razão da qual as contribuições de todos para o fato constituem apenas a realização do fato produzido por todos através da divisão de trabalhos. Esta comparticipação na decisão do fato é justamente o elemento no qual a importante decisão do RGSt 15, S. 295 e ss. (302 e s.), já citada, consubstanciou a mística vontade de autor, a saber: «o plano de execução do fato através da organização conjunta das forças, estipulado expressa ou tacitamente; por meio destas somente se possibilita que, por um lado, manifeste-se objetivamente como uma contribuição à execução conjunta o que objetivamente já seria preparação ou auxílio, e, por outro lado, que aquele que desenvolve por si mesmo apenas uma atividade de preparação ou auxílio para a prática do delito, mas ainda assim, quando da realização, considere o delito como seu próprio ato, como tal o queria,

<sup>8</sup> Para os casos de concurso de pessoas leva-se em conta sempre tão só a autoria ou a participação em fatos *dolosos*.

<sup>N.T.3</sup> Observe, no entanto, que no trabalho Studien zum System des Strafrechts, In: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin: Walter de Gruyter, 1975, p. 164 (publicado originariamente em *ZStW* 58, 1939), Welzel refere que “para a autoria mediata, de modo algum é exigível que o autor se sirva de um instrumento mecânico realmente eficaz”, visto que “ele pode adaptar em certa extensão a conduta final de outrem a sua atividade final, desde que conserve – ao contrário do outro – o domínio do fato abrangente sobre o fato integral”. Com isso, o jurista alemão deixa claro que a autoria mediata pode se dar no caso de o instrumento ser um indivíduo que atua de maneira inconsciente ou conscientemente final, tanto punível quanto impunível, e desde que o autor mediato tenha o domínio integral do fato; compare a respeito disso ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do Domínio do Fato*, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 94.

<sup>9</sup> Também os §§ 47/48 do Thür. StGB, apesar do seu teor incompreensível, podem ser interpretados desse modo.

sendo que sua contribuição manifestamente insignificante *pode*<sup>10</sup> representar, em sua consciência, algo que constitua uma parte essencial da execução conjunta» (segue amplamente a frase já citada acima).

Isto tudo significa praticamente que não se pode verificar a coautoria daquele que meramente prepara ou auxilia, por meio da expressão *vontade de autor*, senão apenas por meio do meticuloso desmembramento da conspiração criminosa. Quanto ao que prepara ou auxilia deve-se verificar concretamente *a participação na decisão criminosa*, por meio da qual serão extraídos indícios das circunstâncias integrais do fato, e só então se poderá considerá-lo como coautor. Nenhuma fórmula mágica poderá nos poupar deste trabalho e retirar a nossa obrigação de investigar a verdade científica. Se o sentido da teoria subjetiva poderia ser entendido com esse conteúdo material, é algo que a crítica procura omitir em relação a ela. A expressão *vontade de autor*, no entanto, deve se dissipar; ela se mostrou bastante confusa e ilusória.

---

<sup>10</sup> Grifei «pode representar», e não: *representa*. A consciência refletida do autor (a chamada vontade de autor) é, portanto, possibilidade, e não mais.