

MARTA SUZANA FÜLLE

O CONCURSO DE PESSOAS À LUZ DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos.

CURITIBA

2004

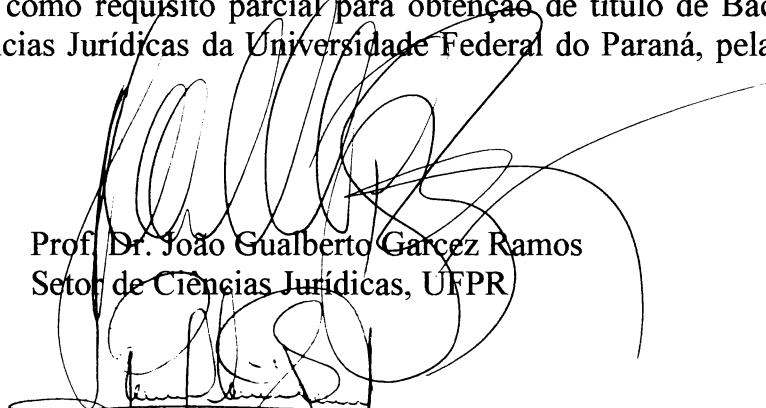
TERMO DE APROVAÇÃO

MARTA SUZANA FÜLLE

CONCURSO DE PESSOAS À LUZ DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de título de Bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

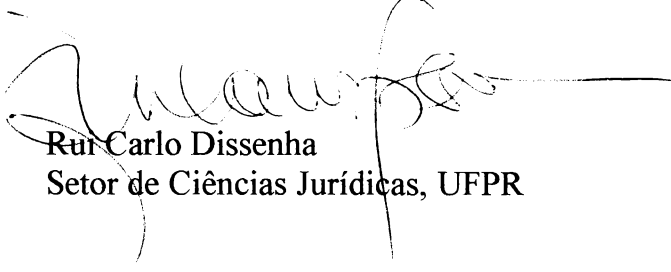
Orientador:



Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR



Prof. Rodrigo Muniz Santos
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR



Rui Carlo Dissenha
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

~ Curitiba, 6 de outubro de 2004

Aos meus pais, Claudio e Zuleika, por terem me proporcionado uma infância feliz, por terem suportado a minha adolescência e pelo total apoio nesse início de vida adulta.

SUMÁRIO

RESUMO	vi
INTRODUÇÃO	01
1 FORMAS DE INTERVENÇÃO NO FATO PUNÍVEL	03
1.1 AUTORIA.....	04
1.1.1 Autoria Direta.....	04
1.1.1.1 Autoria nos crimes de mão própria.....	05
1.1.1.2 Autoria nos delitos de dever.....	05
1.1.1.3 Autoria nos crimes omissivos.....	06
1.1.1.4 Autoria nos crimes culposos.....	06
1.1.1.5 Autoria nos Crimes Especiais.....	07
1.1.2 Autoria Mediata.....	07
1.1.2.1 Começo da tentativa na autoria mediata.....	10
1.1.3 Autorias Autônomas.....	10
1.1.3.1 Autoria colateral.....	10
1.1.3.2 Autoria incerta.....	11
1.2 CO-AUTORIA.....	12
1.2.1 Co-Autoria Sucessiva.....	15
1.2.2 Excesso dos Co-Autores.....	16
1.2.3 Começo da Tentativa na Co-Autoria.....	16
1.2.4 Co-Autoria em Crime Culposo.....	17
1.3 PARTICIPAÇÃO.....	18
1.3.1 Fundamento de Punibilidade da Participação.....	20
1.3.2 Participação nos Injustos Culposos.....	20
1.3.3 Participação de Menor Importância.....	21
1.3.4 O Problema do Excesso.....	22
1.3.5 Conivência.....	22
1.3.6 Instigação.....	23
1.3.6.1 Instigação ao delito omissivo.....	24
1.3.7 Cumplicidade.....	25
2 O CONCURSO DE PESSOAS NA LEGISLAÇÃO PENAL	27
2.1 PANORAMA HISTÓRICO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA.....	27
2.1.1 Código Criminal do Império do Brasil, de 1830.....	27
2.1.2 Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, de 1890.....	28
2.1.3 Projetos de Código Penal.....	30
2.1.4 Código Penal de 1940.....	32
2.1.5 Código Penal de 1969.....	34
2.1.6 Reforma da Parte Geral de 1984.....	37
2.2 POSIÇÃO SISTEMÁTICA DO CONCURSO DE PESSOAS NA TEORIA DO CRIME.....	39
2.3 DISTINÇÃO ENTRE AUTOR, CO-AUTOR E PARTÍCIPE.....	41
2.3.1 Conceito Unitário e Autor e Diversas Formas de Intervenção.....	43
2.3.1.1 Autor unitário.....	44

2.3.1.2 Diversas formas de intervenção.....	44
2.3.2 Distinção entre Autor, Co-Autor e Partícipe no Código Penal Brasileiro.....	45
2.3.3 Direito Comparado.....	48
3 TEORIAS SOBRE O CONCURSO DE PESSOAS.....	51
3.1 CONCURSO DE PESSOAS.....	51
3.1.1 Concurso Necessário.....	51
3.1.1.1 Condutas paralelas.....	52
3.1.1.2 Condutas convergentes.....	52
3.1.1.3 Condutas contrapostas.....	53
3.1.2 Concurso Eventual.....	53
3.2 TEORIAS QUE DISTINGUEM A AUTORIA DA PARTICIPAÇÃO.....	55
3.2.1 Conceito Restritivo de Autor e Teorias Objetivas.....	56
3.2.1.1 Teoria objetivo-formal.....	57
3.2.1.2 Teoria objetivo-material.....	60
3.2.2 Conceito Extensivo de Autor e Teoria Subjetiva.....	61
3.2.2.1 Teoria subjetiva-causal ou extensiva.....	63
3.2.3 Teoria Objetivo-Subjetiva ou do Domínio Final do Fato.....	65
3.3 TEORIA ADOTADA PELO NOSSO CÓDIGO PENAL.....	69
3.4 COMUNICABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS E CONDIÇÕES PESSOAIS.....	70
CONCLUSÕES.....	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	74

RESUMO

O presente estudo destina-se a uma análise do concurso de agentes, tal como ele se encontra atualmente em nosso Direito Penal Brasileiro, dando ênfase na teoria do domínio do fato. Para tanto, far-se-á uma releitura dos autores mais expressivos sobre esse tema que é complexo e de extrema importância para o Direito Penal. Pretende-se elaborar estudo aprofundado sobre o concurso de pessoas, sob a ótica da teoria do domínio do fato, sem, contudo, deixar de demonstrar os aspectos relevantes das demais teorias. Utilizar-se-á do método dedutivo, partindo do geral para o particular, ou seja, indo das formas de intervenção no concurso de pessoas, passando pela legislação penal brasileira, até chegar nas teorias acerca do concurso, salientando a teoria do domínio do fato. Através de pesquisa bibliográfica, reuniu-se neste trabalho as mais expressantes vozes sobre o tema em tela, que optam, com razão, como será demonstrado no decorrer deste estudo, pela teoria do domínio do fato.

Palavras-chave: concurso de pessoas; autoria; autoria mediata; co-autoria; participação; teoria do domínio do fato; teoria objetivo-subjetiva; Roxin; Welzel; finalismo.

INTRODUÇÃO

Há diversos pontos controversos no concurso de pessoas. Ainda que este tema não seja recente na dogmática penal, a nossa doutrina, como a de outros tantos países, não chegou a um denominador comum. Diante dos conflitos doutrinários sobre esse tema tão importante do Direito Penal é que resolvemos fazer um estudo aprofundado sobre o concurso de pessoas e suas implicações, dando enfoque na teoria que acreditamos ser a mais apropriada: a teoria do domínio do fato.

Faremos primeiramente uma incursão nas figuras que compõem o concurso de pessoas. Assim, será dado enfoque nas figuras da autoria, da co-autoria e da participação à luz da teoria do domínio do fato. Justifica-se a escolha por esta teoria porque as teorias puramente objetiva e puramente subjetiva mostram-se insuficientes para fundamentar a essência da autoria, delimitando autor e partícipe.

Em seguida, será apresentado um panorama do concurso de pessoas na legislação penal brasileira: seu histórico, como é tratado atualmente, sua localização na teoria do crime, suas implicações e o seu tratamento no direito estrangeiro.

Finalmente, falaremos sobre as teorias que têm aplicação no concurso de pessoas, apontando seus pontos favoráveis e desfavoráveis, dando especial atenção à teoria do domínio do fato, que parte do conceito restritivo de autor e faz uma síntese entre aspectos objetivos e subjetivos. O estudo acerca do domínio final do fato trouxe avanço teórico para o Direito Penal, sendo a opinião mais difundida na atualidade. Nesse contexto é que referida teoria revela-se como uma elaboração superior às teorias já existentes.

O estudo da teoria objetivo-subjetiva, ou teoria do domínio do fato, permite a clara distinção entre autor e partícipe do fato delituoso, podendo o Estado retribuir aos agentes as penas cominadas, na exata medida da sua culpabilidade.

Conforme JUAREZ CIRINO DOS SANTOS¹, “a teoria do *domínio do fato* parece adequada para definir todas as formas de realização ou de contribuição para a realização do fato típico, compreendidas sob as categorias de *autoria e participação*”.

Este trabalho, porém, não se destina a encontrar uma solução para os problemas teóricos sobre o concurso de pessoas. Limita-se, tão-somente, a uma pesquisa aprofundada sobre o tema, sob a perspectiva da teoria que se acha mais adequada.

A importância do estudo da teoria do domínio do fato no concurso de pessoas revela-se no cotidiano, ao se aplicar a lei ao caso concreto. A preocupação com a violência e a criminalidade, além das dificuldades de aplicação da lei, nem sempre clara e bem elaborada, exigem uma formulação teórica que dê conta dos crimes cometidos por reunião de pessoas, atribuindo a cada indivíduo o que lhe é devido, na medida de sua culpabilidade.

É lógico que a teoria do domínio do fato não combate a criminalidade. Seu estudo, na teoria do crime, está ligado ao tipo penal. Restringe-se a diferenciar autor, co-autor e partícipe. Porém, referida teoria, ao fazer a conexão da conduta do agente à sua culpabilidade, representa uma hipótese de aplicação da lei. E, como é sabido, não é o rigor da lei que previne crimes, mas sim a certeza de sua aplicação.

Pode-se, entretanto, dizer que essa construção teórica contribui para a segurança jurídica, já que a distribuição da responsabilidade penal se dá de acordo com o princípio da culpabilidade, assim determinado pela lei. Cada indivíduo que concorre para o fato típico será punido na medida de sua culpabilidade. Assim, dada a sua conduta, terá a certeza de que sua pena será retribuída na exata medida do domínio que exerce sobre o fato criminoso.

Assim, com uma legislação clara e uma teoria bem formulada, pretende-se a superação de um dos temas mais complexos em Direito Penal: o concurso de pessoas.

¹ SANTOS, J. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2000. p.

1 FORMAS DE INTERVENÇÃO NO FATO PUNÍVEL

A nossa lei não define expressamente autoria e participação, o que divide a doutrina em diversas teorias que tentam explicar o concurso de pessoas. A teoria do domínio do fato, por sua vez, faz a distinção entre os conceitos de autor, co-autor e partícipe, trazendo, neste ponto, sua contribuição para a teoria do crime. É fundamental para o operador do direito definir tais conceitos, devendo ter segurança ao aplicá-los no caso concreto.

O próprio art. 29 do Código Penal demonstra que a autoria não é a única forma de intervenção no fato punível, eis que prevê a participação de menor importância (§ 1º) e a participação em crime menos grave (§ 2º).

Apesar de haver discussões na doutrina sobre esse tema, justamente porque o legislador não definiu as formas de intervenção no crime, foi uma boa opção do legislador não definir autoria, co-autoria e participação. Nos sistemas que optaram pela definição no Código Penal, surge o problema quando a ação do agente não corresponde exatamente à previsão descrita na lei.

O nosso legislador, assim, ao deixar em aberto o conceito de autor, de co-autor e de partícipe possibilitou que as mais variadas maneiras de cometimento de um delito pudessem ser inseridas nas figuras do concurso de agentes, possibilitando, desta forma, que *“Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”* (art. 29, CP).

Neste trabalho, seguindo a doutrina dominante e mais moderna, adotamos a teoria do domínio do fato, que será desenvolvida no decorrer deste estudo. Estudaremos agora as diferentes formas de intervenção no delito.

1.1 AUTORIA

“Autor de um injusto doloso não é aquele que por seu obrar ‘causa’ um resultado, mas sim o que domina o fato, enquanto o autor de um injusto culposo é o que com sua ação contraria o dever de cuidado, dando causa a um resultado típico.”²

Temos basicamente dois tipos de autoria: direta e mediata.

1.1.1 Autoria Direta

“O conceito de autoria direta está ancorado nos tipos da parte especial, e guarda assim certa dependência da disciplina específica da cada delito. Dessa forma, um conceito geral da autoria direta importa um processo de abstração e generalização, que revelará suas insuficiências na aplicação a certos casos.”³

Como ensina ZAFFARONI, quando uma pessoa realiza pessoalmente a conduta descrita no tipo, não há dúvida que há domínio do fato (*“Tatherrschaft”*). Ou seja, quando o sujeito preenche objetiva e subjetivamente os requisitos da conduta típica, de forma pessoal e direta, não oferece qualquer dúvida acerca de que tem em suas mãos o curso do desenrolar central do fato⁴.

O domínio do fato, como domínio da ação, é apenas elemento geral do autor (*“das generelle Tätermerkmal”*), devendo agregar-se a ele os elementos especiais da autoria (*“die speziellen täterschaftlichen Merkmale”*), que se relacionam com os elementos especiais do tipo subjetivo (como a intenção, a tendência libidínosa nos crimes contras os costumes e os momentos de ânimos) e se vinculam a requisitos

² COSTA, A. **Direito penal** : volume I, tomo II – parte geral. 4. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense, 1992. p. 221

³ BATISTA, N. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004. p. 77

⁴ ZAFFARONI, E.; PIERANGELI, J. **Manual de direito penal brasileiro** : parte geral. 4. ed. rev. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p. 668-669

objetivo-pessoais do autor, ligados a especiais posições de dever (“*besondere Pflichtenstellung*”)⁵.

É autor direto também aquele que se utiliza de outro, que não realiza a conduta, como instrumento físico. Não se trata de hipótese de autoria mediata, porque aqui a pessoa é usada como instrumento físico, como se fosse mero objeto.

Para chegarmos a esse conceito de autor, utilizamos o critério objetivo-formal subordinado a uma visão finalista.

1.1.1.1 Autoria nos crimes de mão própria

Nos crimes de mão própria (“*eigenhändigen Verbrechen*”), ao qual tem aplicação um critério objetivo-formal, só pode ser autor quem realiza por si mesmo a ação típica. Funda-se na pessoal e indeclinável realização da atividade proibida. Podemos colocar como exemplo o crime de falso testemunho: ainda que duas pessoas acordem, no mesmo processo, em prestar falso testemunho, haverá dois crimes e dois autores.

Tais crimes não admitem co-autoria nem autoria mediata, mas admitem participação.

1.1.1.2 Autoria nos delitos de dever

Nos delitos de dever (“*Pflichtdelikte*”), que extraem a ilicitude de certas obrigações especiais do autor, Roxin desenvolveu uma teoria que rompe com a vigência absoluta do domínio do fato como característica fundamental da autoria. Roxin esclarece que há dever em todos os fatos puníveis, mas não é este o dever que contemplamos nestes delitos especiais, mas sim o dever especial extrapenal, “*que provém seja do direito privado ou do direito público não-penal, seja de situações*

⁵ BATISTA, *op. cit.*, p. 78

sociais admitidas ou reconhecidas indiretamente pela ordem jurídica, e cuja infração é a 'ratio essendi' da incriminação"⁶.

Quem não tem tal dever, ainda que tenha domínio do fato, não poderá ser autor, apenas partícipe, justamente porque a autoria funda-se nesse dever, estando limitada aos sujeitos a quem esse dever diz respeito.

1.1.1.3 Autoria nos crimes omissivos

Trata-se de crimes de dever, que não responsabilizam qualquer omitente, mas apenas aquele comprometido por um concreto dever de atuação. Não se insere aqui o critério do domínio do fato, podendo considerar autor do crime omissivo aquele que viola o dever de atuação ao qual estava adstrito.

Quando um sujeito dissuade outro a não atuar conforme o especial dever a que está adstrito, ou seja, corresponde à omissão do dissuadido, aquele que dissuadiu atua como autor do delito comissivo correspondente, e não como partícipe.

1.1.1.4 Autoria nos crimes culposos

Em decorrência do art. 18, inc. II, do Código Penal, temos que todo aquele que culposamente causa o resultado é autor, impondo, desta forma, um conceito extensivo de autoria. Não há participação em crime culposos, apenas autoria.

Ensina NILO BATISTA que:

Nos tipos abertos dos crimes culposos, determina-se a subsunção da conduta mediante um juízo de comparação entre o procedimento do sujeito e o procedimento que, nas mesmas circunstâncias, teria uma pessoa prudente e conscienciosa. É pela inadequação 'a menor' entre o procedimento do sujeito e esse procedimento 'standart' que se revela a tipicidade da conduta, cuja essência ilícita reside, assim, na violação de um dever de cuidado objetivamente aferível. Por essa linha, que foi rasgada, como vimos, pela teoria finalista, é

⁶ *Ibidem.*, p. 78-79

*possível aproximar os crimes culposos dos delitos de dever, e aproximar em consequência as soluções pertinentes à autoria.*⁷

Para NILO BATISTA, a implicação de mais de uma pessoa num delito culposo teria que resultar na consideração de cada um como autor único, ou uma hipótese de autoria colateral, ou, ainda, num caso de instrumento culposo – responsável como autor – atrelado a um autor mediato, concluindo pela impossibilidade, nos crimes culposos, da participação e da co-autoria⁸.

Ele defende que, embora a doutrina dominante no Brasil admita concurso de pessoas em crime culposo, ela o faz com base na proximidade física de condutas desatentas ao dever objetivo de cuidado, que é irrelevante para o Direito Penal, ou na pura concausalidade, que é traço fictício e enganoso.

1.1.1.5 Autoria nos crimes especiais

Os crimes especiais exigem dos seus autores uma qualificação legal e a autoria se subordina a um elemento objetivo-pessoal. A lei exige uma especial qualidade de autor, como, por exemplo, ser funcionário público. Assim, não basta o sujeito ter o domínio do fato, para ser autor precisa estar obrigado pelo dever especial.

Esses delitos especiais dividem-se em *delitos especiais puros* (“*echte Sonderdelikte*” ou próprios), em que a qualificação do sujeito é essencial para o delito, sendo que, na sua ausência, estaríamos diante de fato atípico, e *delitos especiais impuros* (“*unechte Sonderdelikte*” ou impróprios), em que a qualificação do sujeito representa uma quantificação de um ilícito comum ou geral, que poderia ser praticado por qualquer pessoa.

⁷ *Ibidem*, p. 80-81

⁸ *Ibidem*, p. 81

1.1.2 Autoria Mediata

A autoria mediata é aquela realizada por quem se vale de outro, que não comete o injusto, seja porque age sem dolo, atípica ou justificadamente⁹. Fundamenta-se no domínio do fato, sob a forma de domínio da vontade, e indica *autoria mediante determinação de outro*.

É uma forma de autoria que, tal qual a autoria direta, se caracteriza pela existência do domínio do fato. JESCHECK define como autor mediato aquele que realiza o tipo penal de maneira que, para a execução típica, se serve de outro como *instrumento*. O domínio do fato requer aqui que todo o sucesso apareça como uma obra de vontade diretora do “*homem de trás*” e que este disponha, mediante sua influência, do intermediário do fato¹⁰.

A autoria mediata surgiu primeiramente para preencher lacunas, tentando compreender os casos em que não era possível a punição da instigação tendo em conta a acessoriedade extrema da participação. Hoje compreendemos que a autoria mediata tem preferência frente à participação e, por tal razão, no caso em que se tem o domínio do fato, deve ser apreciada a autoria mediata do “*homem de trás*”, inclusive quando a instigação fosse em si estruturalmente possível pela limitação da acessoriedade¹¹.

Segundo NILO BATISTA, o nosso Código Penal contemplou quatro casos de autoria mediata: *erro determinado por terceiro* (art. 20, § 2º), em que o autor mediato determina o erro do instrumento a respeito dos elementos objetivos do tipo legal; *coação irresistível* (art. 22, 1ª parte), em que o instrumento atua sob coação moral irresistível; *obediência hierárquica* (art. 22, 2ª parte), em que o instrumento atua em estrita obediência hierárquica; *instrumento impunível em virtude de condição ou qualidade pessoal* (art. 62, inc. III), que é o caso de autoria mediata daquele que

⁹ ZAFFARONI. *Manual de direito penal brasileiro*. p. 669

¹⁰ JESCHECK, H. *Tratado de derecho penal* : parte general. 4. ed. ampl. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada : Comares, 1993. p. 604

¹¹ *Idem*.

instiga ou determina ao delito alguém não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal¹².

BITENCOURT coloca que os casos mais freqüentes de autoria mediata decorrem do erro, da coação irresistível e do uso de inimputáveis para a prática de crimes. Opinião contrária é a de ZAFFARONI, por entender que não há autoria mediata quando o sujeito se vale de outro que é inculpável – se vale de um inimputável, de um sujeito em erro de proibição invencível ou de alguém em situação de necessidade exculpante – porque a *“falta de reprovabilidade da conduta do interposto não dá o domínio do fato ao determinador”*¹³.

Assim, justifica que *“El que le dice al inimputable con delirio persecutorio que el autor de todos sus males es su vecino, no tiene el dominio del hecho, porque no puede controlar preponderantemente el curso de los acontecimientos. Lo que sucede desde su sugerencia en más, ya no está en sus manos.”*¹⁴

NILO BATISTA reconhece a possibilidade de autoria mediata nos casos em que instrumento e vítima se superponham, casos em que o autor mediato dirige o acontecimento, valendo-se do domínio da vontade, no sentido de que o instrumento se autolesione juridicamente¹⁵.

Os pressupostos de punibilidade devem ser encontrados no “homem de trás”, ou seja, no autor mediato, e não no executor.

O campo de aplicação, por excelência, da autoria mediata está nos crimes de resultado, sendo admitida nos crimes de mera conduta, sendo, contudo, impossível nos crimes de mão própria, nos crimes culposos e nos omissivos.

Segundo NILO BATISTA, é possível a elaboração de um quadro geral da autoria mediata, com base na classificação que toma por elemento a posição do instrumento: instrumento agente atipicamente (casos em que há erro de tipo do instrumento, pela defecção do tipo subjetivo), instrumento agente licitamente (artificialiosa provocação de uma situação de legítima defesa), instrumento sem

¹² BATISTA, *op. cit.*, p. 135-141

¹³ ZAFFARONI. *Manual de direito penal brasileiro*. p. 670

¹⁴ ZAFFARONI, E. *Manual de derecho penal : parte general*. 6. ed. Buenos Aires : EDIAR, 1998. p. 574-575

¹⁵ BATISTA, *op. cit.*, p. 131

imputabilidade ou culpabilidade (instrumento artificialmente colocado nas situações de inexigibilidade de conduta conforme o direito ou erro de proibição sobre tipo permissivo, ou ainda, nos casos de coação moral irresistível, obediência hierárquica, menores e inimputáveis) e instrumento responsável (vencibilidade do erro de tipo conduz à punição do instrumento, a título de culpa)¹⁶.

1.1.2.1 Começo da tentativa na autoria mediata

Conforme NILO BATISTA, a questão da tentativa pode ser equacionada por múltiplos critérios, como pelo atendimento à conduta do instrumento ou do autor mediato, pela perda do domínio do fato pelo autor mediato ou pelo atendimento aos atos executivos.¹⁷

Deve-se, porém, estabelecer a tentativa em dois grupos, de instrumento de boa-fé e instrumento de má-fé. Quando este intervém – como no caso do instrumento doloso, de desvio de projeto delituoso ou de domínio da vontade por aparato organizado de poder –, o início da execução coincide com o início da atividade executiva típica por parte do instrumento; quando, porém, intervém *instrumento de boa-fé* – como no caso de erro provocado, de menores e imputáveis ou do instrumento agente licitamente –, a própria interposição do instrumento caracteriza o início da execução, eis que corresponde à predisposição de um meio mecânico¹⁸.

1.1.3 Autorias Autônomas

Existem, ainda, algumas hipóteses de autoria, mas que não se inserem no concurso de pessoas. São as chamadas autorias autônomas.

¹⁶ *Ibidem*, p. 142-149

¹⁷ *Ibidem*, p. 150

¹⁸ *Ibidem*, p. 150-151

1.1.3.1 Autoria colateral

Ocorre quando duas ou mais pessoas, uma ignorando a contribuição da outra, realizam condutas convergentes objetivando a execução da mesma ação criminosa¹⁹. A autoria colateral caracteriza-se pela ausência de reciprocidade consensual, ou seja, a ausência do vínculo subjetivo. Cada agente deve responder pela sua conduta, considerada individualizadamente.

Esclarece MACHADO que, *“na autoria colateral o agente não colabora, conscientemente, com a ação de outrem. Falta-lhe o elemento moral. Atua, porém, concomitantemente.”*²⁰

Devemos salientar que a autoria colateral não se insere no concurso de pessoas, mas fica aqui registrada, já que nosso estudo se faz sobre as diferentes formas de intervenção no fato criminoso.

1.1.3.2 Autoria incerta

Tem-se a autoria incerta na hipótese em que, diante da autoria colateral, depois de sobrevindo o resultado típico, não se pode determinar qual dos agentes foi o seu causador. Assim, se duas ou mais pessoas, uma sem aderir à conduta e sem ao menos saber da intenção criminosa da(s) outra(s), iniciam cada uma a execução e ocorre o resultado típico, porém não é possível determinar quem foi a responsável pela causação do resultado, estamos diante da autoria incerta.

Falta aos agentes o acordo de vontades, não sendo o ajuste prévio que descaracterizaria a autoria colateral, por isso que a Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 não resolveu a questão da autoria incerta, já que colocou apenas ser desnecessário o ajuste prévio²¹.

¹⁹ BITENCOURT, C. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 276

²⁰ MACHADO, L. **Direito criminal**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987. p. 106

²¹ PIERANGELI, J. **Códigos penais do Brasil : evolução histórica**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 417

O problema que se insere é que todos os agentes tinham dolo de causar o resultado, porém só um deles conseguiu atingi-lo. É o que ocorre no caso em que duas pessoas atiram contra uma terceira pessoa, com “*animus necandi*”, uma sem tomar conhecimento da presença da outra, mas apenas um tiro é letal, sendo que o outro atingiu a vítima em região que provavelmente não lhe causaria a morte.

Neste caso, é certo que um dos agentes é que foi o responsável pelo resultado morte, mas, se for impossível determinar qual deles teve êxito em sua empreitada, já que apenas um dos tiros foi determinante para tirar a vida da vítima, não podemos condenar ambos pelo crime de homicídio. A solução que se apresenta, ainda que não se possa entender como a mais justa, é que ambos respondam pelo crime, mas pela forma tentada. Isso se deve pela aplicação do princípio “*in dubio pro reo*”. No caso em tela, os agentes responderiam por homicídio tentado.

Tão-só nos casos de co-autoria colateral é que pode admitir autoria incerta. De se reconhecer co-autoria e não autoria incerta quando, concentrados num escopo, praticam os agentes atos executórios individuais, dirigidos num sentido comum, e o resultado sobrevém sem que se possa identificar o direito causador do evento.
(TJSP, HC, Rel Azevedo Franceschini. RT, 521:343)²²

1.2 CO-AUTORIA

BITENCOURT ensina que “*Co-autoria é a realização conjunta, por mais de uma pessoa, de uma mesma infração penal. Co-autoria é em última análise a própria autoria.*”²³

Os doutrinadores costumam dizer que a co-autoria fundamenta-se na divisão do trabalho. JESCHECK afirma que “*la coautoría es, al igual que la autoría mediata, una forma de autoría*”²⁴. Assim, seu fundamento está no domínio do fato: será co-

²² BITENCOURT, C. *Código penal comentado*. São Paulo : Saraiva, 2002. p. 127

²³ BITENCOURT, C. *Tratado de direito penal: parte geral*. 8. ed. São Paulo : Saraiva, 2003. p. 389

²⁴ JESCHECK, *op. cit.*, p. 614

autor aquele que tem o domínio funcional do fato; aquele que não o tiver e cooperar para o delito, poderá ser partícipe.

Defende DIAZ Y GARCIA que seria autor apenas aquele que tem o domínio positivo do fato. Assim, o agente que segura a vítima enquanto o outro a esfaqueia tem o domínio negativo do fato, portanto, é partícipe. Já o que esfaqueou a vítima praticou diretamente a ação típica, tendo domínio positivo, é autor²⁵.

MIGUEL REALE JR. critica esta posição, concordando com Roxin, que *“com razão, critica esta redução do conceito de co-autor, pois a limita à realização típica, quando o ato de segurar a vítima era relevante e necessário de tal forma que a lesão sem esta contribuição não se efetuaría”*²⁶. Assim, aquele que segura a vítima não é partícipe, mas co-autor, porque os co-autores *“co-dominam o acontecimento com seu fazer positivo”*²⁷.

Pertinente a explicação de NILO BATISTA de que *“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.”*²⁸.

Para ROXIN, cada co-autor tem a sorte do fato total em suas mãos *“através de sua função específica na execução do sucesso total, porque se recusasse sua própria colaboração faria fracassar o fato”*²⁹.

MIGUEL REALE JR. coloca a posição de Jakobs, para quem pode existir co-autoria sem decisão comum do fato, como acordo recíproco. Bastaria uma decisão de ajustar-se, através da qual o partícipe que não realiza diretamente a ação coopera para a sua configuração, ainda que o autor não tome conhecimento desta contribuição. Seria o exemplo da pessoa dá sonífero a quem sabe que será vítima de homicídio por facadas, sem que o executor saiba desta ação³⁰. Esta posição não é compartilhada por

²⁵ DIAZ Y GARCIA, M. *Dominio funcional, determinación positiva e objetiva del hecho y coautoría*. Apud REALE JÚNIOR, M. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro : Forense, 2002. p. 316-317

²⁶ REALE JÚNIOR, M. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro : Forense, 2002. p. 317

²⁷ ROXIN, Claus. Apud REALE JÚNIOR, M., *op. cit.*, p. 317

²⁸ BATISTA, *op. cit.*, p. 102

²⁹ ROXIN, Sobre la autoría. Apud BATISTA, *op. cit.*, p. 102

³⁰ REALE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 320

Roxin, que entende ser muito difícil haver ação conjunta quando há uma atuação unilateral, ignorada pelo outro, que, além do mais, estende demasiadamente o conceito de co-autoria³¹.

Para NILO BATISTA, a co-autoria se sujeita a duas exigências: a comum resolução para o fato e a realização dessa resolução. A primeira seria expressa por um *acordo recíproco de vontades*, expresso ou tácito, devendo, entretanto, ser bilateral (de conhecimento por todos os co-autores, sendo que a anuência colateral dá origem à autoria colateral), sendo dispensável o ajuste prévio; enquanto esta última seria expressa pelo domínio funcional do fato, se o co-autor poderia interferir sobre o “se” e o “como” dos acontecimentos³².

Em algumas hipóteses fica evidente o domínio do fato na co-autoria, como na execução fracionada, em que um sujeito aciona o *modo* e outro realiza o núcleo da conduta típica. Em outras hipóteses, porém, fica mais difícil analisar se o co-autor detinha domínio funcional do fato. Nestes casos, podemos utilizar o conceito de *domínio de configuração* (“*Gestaltungsherrschaft*”): verificar se a cooperação do autor, caso fosse suprimida, afetaria a configuração total do acontecimento³³.

Podemos analisar a co-autoria sob as seguintes figuras: *do organizador* (art. 62, inc. I, CP), que lidera a empresa criminosa e esse poder sobre os demais lhe confere o domínio funcional do fato, sendo co-autor ainda que não tenha envolvimento pessoal na execução do delito; *daquele que subjuga a vítima*, para facilitar a execução ou para que a vítima não oponha resistência ao delito; *daquele que presencia o delito*, excluindo as hipóteses em que possam ser inseridas as outras figuras ou as de simples assistência ao fato, representando uma “*força de reserva*”, sendo que esse assessoramento que contribui para a configuração da concreta execução do delito é que fundamenta o domínio do fato; *do vigia*, que se posta em tal posição que possa pressentir a aproximação de terceiros que descobririam ou impediriam desenvolvimento da execução do fato, na posição em que tenha que guardar ou ter em depósito alguma coisa; *do motorista*, nos casos de execução fracionada, em que a

³¹ ROXIN, Claus. *Apud* REALE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 320

³² BATISTA, *op. cit.*, p. 102-104

³³ *Ibidem*, p. 105

condução do executor, de coisas ou da vítima configura ato executivo, ou nos casos em que está excluída a execução fracionada mas tem o motorista co-domínio do fato, ou, ainda, na mera facilitação propiciada pelo motorista ao executor, sem que aquele tenha domínio funcional do fato; *do fornecedor dos meios de execução*, que presta auxílio durante a execução³⁴.

Sobre a co-autoria, a nossa jurisprudência tem se posicionado no seguinte sentido:

Na co-autoria, não há necessidade do mesmo comportamento por parte de todos, podendo haver divisão quanto aos atos executivos. No roubo, um agente vigia, o outro ameaça e o terceiro despoja.

(TACrimSP, AC, Rel. Hélio de Freitas, JTACrimSP, 95:110)³⁵

Para a configuração do concurso de pessoas ou co-autoria não se exige que o agente tenha participação efetiva nos atos executórios, sendo suficiente, até, a mera presença e a interferência denotativas de solidariedade ao agressor.

(TAMG, AC, Rel. Joaquim Alves, RT, 637:298)³⁶

A co-autoria intelectual é pacificamente aceita, não se requerendo a participação efetiva de cada agente em cada ato executivo, bastando a sua aprovação consciente a todos eles.

(TACrimSP, AC, Rel. Boaventura Guglielmi, JTACrimSP 80:400)³⁷

1.2.1 Co-Autoria Sucessiva

Dá-se quando ocorre o acordo de vontades após o início da execução. Sem o acordo, ainda que tácito, não haveria co-autoria. Nesse sentido, há co-autoria “*cuando una acción iniciada en autoría individual es proseguida con la unión de fuerzas de otro sujeto que se incorpora posteriormente, o a quien se recurre a dicho efecto, sin que sea precisa la existencia de un concierto especial*”³⁸.

³⁴ *Ibidem*, p. 106-114

³⁵ BITENCOURT, *Código...*, p. 126

³⁶ *Ibidem*, p. 127

³⁷ *Ibidem*, p. 126

³⁸ MAURACH, R. *Derecho penal : parte general : tomo II; formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. trad. Jorge Bofia Genzsch. Buenos Aires : Astrea, 1995. p. 384

MAURACH expõe que a co-autoria sucessiva é possível até o momento do *exaurimento*, e não apenas até a consumação.

1.2.2 Excesso dos Co-Autores

O excesso dos co-autores, até a reforma penal de 1984, era tema muito debatido. Agora, com a regra do § 2º do art. 29 CP, o agente, se queria participar de crime menos grave, por este responderá, mesmo diante do excesso do co-autor, porém, se era previsível o resultado mais grave, sua pena poderá ser aumentada pela metade.

NILO BATISTA coloca que o excesso pode se caracterizar por: não estar incluído, ainda que tacitamente, na comum resolução para o fato, não significar um desvio desde sempre possível na comum execução do fato ou ocorrer no mesmo contexto da ação conjuntamente dominada³⁹.

Quanto ao excesso na co-autoria, é importante analisar as considerações de MUÑOZ CONDE:

*Cada co-autor responde pelo fato sempre que este permaneça no âmbito de decisão comum avançada previamente. Qualquer tipo de excesso de um dos co-autores repercutirá na forma de imputação subjetiva do resultado que tenha ocorrido por excesso. Assim, uns podem responder a título de dolo e outros a título de culpa, ou simplesmente não responder pelo excesso. Como na co-autoria todos são autores do fato, pode suceder que cada um responda por um título delitivo diferente.*⁴⁰

1.2.3 Começo da Tentativa na Co-Autoria

A tentativa começa, no caso de co-autoria, a partir do momento em que um dos co-autores inicie a execução. Daí resulta que a co-autoria deve ser pensada como domínio do fato conjunto. Assim, “*como o acontecimento global da co-autoria pode*

³⁹ BATISTA, *op. cit.*, p. 123

⁴⁰ MUÑOZ CONDE, F. **Teoria geral do delito**. Trad. e notas Juarez Taveres e Luiz Regis Prado. Porto Alegre : Fabris, 1988. p. 199

ser imputado a cada um dos autores, cada ação de execução que um deles, segundo o plano do fato realiza é, simultaneamente, uma ação de execução de todos”⁴¹.

1.2.4 Co-Autoria em Crime Culposos

A doutrina alemã, ao utilizar a doutrina do domínio do fato, não admite a possibilidade de co-autoria em crimes culposos, já que qualquer contribuição na causa produtora do resultado não querido caracteriza a autoria. Nos crimes culposos, não há domínio do fato⁴².

Em sentido oposto, a doutrina espanhola admite tanto a co-autoria quanto a participação em crimes culposos, eis que *“O comum acordo, impossível quanto ao resultado, é perfeitamente admissível na conduta imprudente, que, de regra, é voluntária.”*. BITENCOURT acredita que esta é a melhor doutrina sobre o assunto⁴³.

O ordenamento brasileiro admite a co-autoria, mas não a participação, nos injustos culposos. *“Pode existir na verdade um vínculo subjetivo na realização da conduta, que é voluntária, inexistindo, contudo, tal vínculo em relação ao resultado, que não é desejado. Os que cooperam na causa, isto é, na falta do dever de cuidado objetivo, agindo sem a atenção devida, são co-autores.”⁴⁴*

Os nossos Tribunais têm decidido no seguinte sentido:

Co-autoria – Impossibilidade desta entre crime doloso e culposos – Ausência de liame subjetivo entre a motivação de um e de outro.
(TJSP, HC, Rel. Cavalcanti Silva, RJTJSP, 41:308)

Fica solucionada no sentido afirmativo a questão sobre o concurso em crime culposos, pois neste tanto é possível a cooperação material quanto a cooperação psicológica, isto é, no caso de pluralidade de agentes, cada um destes, embora não querendo o evento final, tem consciência de cooperar na ação.
(STF, HC, Rel. Oscar Corrêa, JTACRimSP, 89:465)

⁴¹ ROXIN, C. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa : Vega, 1986. p. 334

⁴² BITENCOURT, **Código...**, p. 123

⁴³ *Idem*

⁴⁴ *Idem*

O fenômeno da co-autoria não é incompatível aos crimes culposos; desde que provada a cooperação desejada a alguém na imprudência ou negligência de outrem origina-se o vínculo da responsabilidade comum pelo resultado danoso.
(TACRimSP, AC, Rel. Enio Zuliani, j. 2-2-1995, RT, 717:420)⁴⁵

1.3 PARTICIPAÇÃO

É a livre e dolosa colaboração no delito doloso de outrem⁴⁶. MAURACH a define como *“la colaboración en un hecho ajeno. La participación no es un tipo propio ni tampoco una forma de la autoría orientada directamente a uno semejante. Más bien, ella representa un concepto de relación no autónomo, con cuya ayuda es posible someter en una cierta y restringida extensión al efecto punitivo a aquellos intervinientes en un delito del que, a falta de dominio del hecho, no son autores.”*⁴⁷

A participação, normalmente apresentada pelos doutrinadores nas formas de instigação e cumplicidade, depende da existência de um fato principal doloso, sendo tal característica conhecida por *acessoriedade*. Até 1943, no direito penal alemão, regia o princípio da acessoriedade estrita, através da qual o autor principal deveria ter realizado uma ação *punível*, ou seja, uma ação que, de acordo com o tipo, a antijuridicidade e a culpabilidade, oferecia todos os elementos da punibilidade, salvo as causas pessoais de exclusão da pena e os pressupostos processuais⁴⁸. Depois se introduziu a acessoriedade limitada, em que bastava que o delito principal fosse um fato típico e antijurídico.

A participação, nas modalidades instigação (participação moral) e cumplicidade (participação material), exige a existência de um fato principal doloso, o dolo do partícipe e que este se dirija à consumação típica do fato principal, além do nexo causal entre os atoures dos partícipes, já que não existe participação culposa em injusto doloso⁴⁹.

Importante a observação de NILO BATISTA acerca do dolo do partícipe:

⁴⁵ *Ibidem*, p. 127

⁴⁶ BATISTA, *op. cit.*, p. 157. No mesmo sentido, COSTA, *op. cit.*, p. 222

⁴⁷ MAURACH, *op. cit.*, p. 400

⁴⁸ JESCHECK, *op. cit.*, p. 596-597

⁴⁹ COSTA, *op. cit.*, p. 222-223

A participação é conduta essencialmente dolosa, e deve dirigir-se à interferência num delito também doloso. O dolo do partícipe (dolo de instigador ou dolo de cúmplice) compreende conhecer e querer a colaboração prestada a um ilícito doloso determinado em suas linhas gerais; será suficiente, contudo, um dolo eventual. Não é pensável uma participação culposa: tal via nos conduziria inevitavelmente a hipóteses de autoria colateral⁵⁰.

O partícipe concorre para o resultado, embora não pratique atos executórios. Pratica atos diversos daqueles praticados pelo autor, incidindo sua conduta, ainda que não típica, nas penas cominadas ao crime por ser acessória ou subordinada à considerada no tipo⁵¹.

A acessoriedade da participação decorre da ausência de domínio da ação típica principal e acarreta no impedimento de excesso do partícipe, já que não é possível excesso de qualquer natureza sem domínio da ação típica, e na delimitação da área das contribuições de menor importância ao âmbito da participação (a participação de menor importância é incompatível com o domínio da ação típica)⁵².

No atual direito penal alemão, desde a reforma de 1975, entende-se que a instigação e a cumplicidade pressupõem um fato principal *antijurídico e dolosamente realizado*. Isto reflete-se no delitos especiais e de mão própria, já que neles não existe autoria mediata⁵³.

A participação não leva em si mesma o conteúdo do injusto, mas o toma do favorecimento do fato alheio. Não se constitui num delito autônomo, é um conceito de referência, uma causa de extensão da pena que tem como patamar o tipo realizado pelo autor principal⁵⁴.

Para COSTA, a chamada “*participação necessária*”, na verdade, participação não é, consistindo sim em autoria⁵⁵.

Embora não esteja definida a participação no nosso Código Penal, o art. 31 traz algumas formas que esta pode apresentar. Isso não impede que o legislador,

⁵⁰ BATISTA, *op. cit.*, p. 158

⁵¹ NORONHA, E. *Direito penal*. São Paulo : Saraiva, 2003. p. 212

⁵² SANTOS, J. *Teoria do crime*. São Paulo : Acadêmica, 1993. p. 76-77

⁵³ JESCHECK, *op. cit.*, p. 597

⁵⁴ COSTA, *op. cit.*, p. 222

⁵⁵ COSTA, *op. cit.*, p. 222

eventualmente, crie delitos autônomos nucleados em condutas que ordinariamente aparecem como participação⁵⁶.

A instigação e a cumplicidade não existem “*per se*”, são formas subordinadas à conduta do autor do fato típico, e serão estudadas na seqüência.

1.3.1 Fundamento de Punibilidade da Participação

Nesse tema, predominam as teorias da corrupção ou participação na culpabilidade e do favorecimento ou da causação.

Para a teoria da corrupção ou participação na culpabilidade, o partícipe deve ser punido pela influência que exerceu sobre o autor, seja introjetando nele o mal ou contribuindo para isso. Já para a teoria do favorecimento ou da causação, “*o fundamento do desvalor da participação reside no fato de que ela dá causa ou favorece a lesão não justificada de um bem jurídico por parte do autor, abstraída sua culpabilidade, bastando, antes, que ocorra a causação ou o favorecimento de um fato antijurídico do autor por parte de um partícipe que atua culpavelmente*”, ou seja, a vontade do partícipe dele se dirigir à execução de um fato principal doloso. Esta última é a adotada pelo direito penal brasileiro⁵⁷.

1.3.2 Participação nos Injustos Culposos

O Código Penal alemão admite a participação em crime culposo somente na forma dolosa (§§ 26 e 27). O direito penal espanhol admite a participação nos injustos culposos, utilizando-se do argumento que “*a participação, além de permitir melhor graduação da responsabilidade penal, mantém o princípio da acessoriedade*”.

⁵⁶ BATISTA, *op. cit.*, p. 159

⁵⁷ ANDRETTA, Luiz Renato Skroch. **Concurso de pessoas** : uma incursão nos problemas fundamentais do tema à luz da nova parte geral do código penal. Curitiba, 1999. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 80

Já no nosso direito penal, considera-se impossível a participação nos injustos culposos. Isso decorre da diferente fundamentação que têm a autoria dolosa, com fundamento na teoria do domínio do fato, e a culposa, que tem fundamento na causação de resultado. Daí que a participação só é possível na autoria dolosa.

O autor de um delito culposo atua inconscientemente e com limitada e insuficiente capacidade de direção.

Ensina ZAFFARONI que “*Não é admissível a participação culposa em delito doloso, nem a participação dolosa em delito culposos e tampouco a participação culposa em delito culposos. A única participação possível é a dolosa em delito doloso.*”⁵⁸.

Diferente é a posição de MIGUEL REALE JR., que assim a defende:

*Creio que o disposto no art. 30 do art. do Código Penal comprova a admissão da participação em crime culposos, pois ao dispor que o auxílio, o ajuste, a determinação ou instigação são impuníveis se o crime não chega a ser tentado, reconhecendo-se que há um autor principal que tem o domínio do fato, e não pode cumprir a ação para a qual se instigou ou prestou auxílio, exatamente por exercer um poder sobre o fato, orientando-o, dando-lhe vida ou não.*⁵⁹

1.3.3 Participação de Menor Importância

A nossa lei penal estabelece que, se a participação for de menor importância, deverá a pena ser reduzida de um sexto a um terço (art. 29, § 1º, CP). Importante salientar que só poderá haver a incidência dessa minorante para o partícipe, jamais para o autor ou o co-autor. Compete então à doutrina estabelecer o que seria “*participação de menor importância*”.

Para FRAGOSO, corresponde a “*situações de participação, em que se revele evidentemente culpabilidade menor*”. Seria a contribuição mínima ou insignificante para a realização do delito⁶⁰.

⁵⁸ ZAFFARONI. **Manual de direito penal brasileiro**. p. 674

⁵⁹ REALE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 324

⁶⁰ FRAGOSO, H. **Lições de direito penal** : parte geral. 15ª ed. rev por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro : Forense, 1995. p. 258

Sobre o assunto, assim se manifesta a jurisprudência:

Somente se pode cogitar do reconhecimento de 'participação de menor importância' para fins do art. 29, parágrafo 1º, do CP, em caso de cumplicidade simples ou secundária, perfeitamente dispensável e que, se não fosse prestada, não impediria a realização do crime. (TACrimSP, AC 30.806, Rel Aloysio de Almeida Gonçalves, DJE)⁶¹

1.3.4 O Problema do Excesso

Pode ocorrer de o executor, no momento de realizar sua conduta criminosa, agir com excesso, ou seja, indo além do desejo do partícipe. Isso pode ocorrer quando o executor excede naquilo que antes fora previsto ou quando comete, por sua conta, infração diversa da qual quis concorrer o partícipe.

Para solucionar o problema do excesso, “*Bastará considerar como excesso tudo quanto se realize no contexto da ação delituosa instigada (e não como ação autônoma) e que não tenha sido conteúdo, ainda que tácito, do mandato, nem represente um desvio desde sempre possível de sua execução*”, aplicando-se a regra do art. 29, § 2º, CP.

Desta forma tem se pronunciado a nossa jurisprudência:

O participio não responde pelo crime mais grave quando a conduta do executor se apresenta de tal modo alheio à sua quota de contribuição, moral ou material, que valha por um rompimento da cadeia causal ou represente, em relação a ele, um mero casus. (TJSP, AC, Rel. Adriano Marrey, RT, 394:97)⁶²

1.3.5 Conivência

O conivente, que não se insere na figura da participação, é aquele que, sabendo que alguém está prestes ou já está cometendo o crime, nada faz para impedi-lo. No nosso ordenamento, a figura da conivência não é punível, já que não há uma

⁶¹ BITENCOURT, Código..., p. 126

⁶² *Ibidem*, p. 127

norma que exija do cidadão comum que ele faça as vezes da polícia, arriscando sua integridade física e até mesmo a vida.

Sobre a conivência, a nossa jurisprudência tem assim decidido:

A simples conivência, isto é, a ciência de que outrem está para cometer ou comete um crime, não basta para dar vida a uma forma de participação.
(TACrimSP, AC, Rel Silva Franco, JTACrimSP, 72:231)

Não há participação no crime por omissão em que haja dever jurídico de impedir o resultado. A conivência não é punível.
(STF, HC, Rel Aliomar Baleeiro, RDP, 1:111)

O ter conhecimento prévio do crime e se omitir na prática de atos tendentes a impedir o resultado não configura qualquer das formas de co-participação mencionadas no art. 29 CP.
(STF, HC, Rel. Djaci Falcão, RT, 603:446)⁶³

1.3.6 Instigação

A maioria dos autores faz a distinção, na participação, entre instigadores e cúmplices. DOTTI, além dessas duas formas, apresenta uma terceira: o induzimento. BITENCOURT, por sua vez, coloca o induzimento, também tratado pela doutrina como determinação, como forma de instigação⁶⁴.

A *instigação* seria, para DOTTI, a forma intelectual de participação, sendo o instigador aquele que determina outrem, que deve ser penalmente capaz, à prática de um crime. Traduz-se no encorajamento de uma deliberação já existente. Pode ser dar através do mandato (incumbência atribuída por um sujeito – *mandante* – a outrem – *mandatário* – para que em seu nome cometa o ato ilícito, mediante paga ou promessa de recompensa), conselho (parecer ou opinião do que se deve fazer, traduzindo uma atitude psicológica de apoio para a prática da infração), comando (exercício de poder legítimo ou ilegítimo que um sujeito exercer sobre o outro) ou ameaça (promessa de causação de malefício a alguém, sendo a conduta do ameaçado determinada pelo temor infligido pelo ameaçador). No caso da ameaça, caso esta assumira forma de

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ BITENCOURT. *Teoria geral do delito*. p. 268

coação irresistível que impeça a liberdade de decisão do ameaçado, não há concurso de pessoas, mas sim autoria mediata⁶⁵.

Já o induzimento seria modalidade psíquica da participação, persuadir alguém à prática de um ato quando ainda não existe uma decisão preordenada, enquanto a cumplicidade consistiria na prestação de auxílio doloso à ação criminosa de outrem⁶⁶.

NILO BATISTA define instigação como sendo a “*dolosa colaboração de ordem espiritual objetivando o cometimento de um crime doloso.*”⁶⁷. No mesmo sentido, para FRAGOSO, a instigação deve ser dirigida à prática de um fato criminoso determinado, não sendo punível qualquer forma de instigação genérica. A instigação exige um comportamento ativo, por isso, não é possível a instigação por omissão⁶⁸.

Importante lembrar que, para que seja possível a punição do instigador e do instigado, é preciso que o crime tenha sido ao menos tentado (art. 31, CP), ou seja, que tenha sido iniciada a execução.

*“A instigação pode se dirigir somente a meios e modos de execução, e, ainda, que tais meios e modos simplesmente representem qualificação do delito, estabeleça-se plena responsabilidade do instigador.”*⁶⁹

1.3.6.1 Instigação ao delito omissivo

A chamada dissuasão, ou instigação ao crime omissivo, corresponde a conduta de quem, por meio de uma atividade dissuasiva, impede outrem de atuar conforme o especial dever a que está adstrito. Roxin, Schönke-Schöder e Jescheck entendem que se trata de participação no delito omissivo, enquanto Welzel, Kaufmann e Bacigalupo entendem que deve ser considerada na perspectiva de delito de ação⁷⁰.

⁶⁵ DOTTI, R. **Curso de direito penal** : parte geral. Rio de Janeiro : Forense, 2001. p. 356-357

⁶⁶ *Ibidem*, p. 357

⁶⁷ BATISTA, *op. cit.*, p. 181

⁶⁸ FRAGOSO, *op. cit.*, p. 256

⁶⁹ BATISTA, *op. cit.*, p. 182

⁷⁰ *Ibidem*, p. 88

BATISTA afirma que a admissão de participação nos delitos omissivos custa caro: subtrai-se o centro de gravidade da acessoriedade, que é um fato principal doloso, do qual tenha o autor domínio. Roxin propõe uma solução que, segundo BATISTA, acederia a nada e se caracterizaria pela ausência de violação ao dever especial que fundamenta a autoria, enquanto que, para Welzel, corresponde a uma ação que deve ser considerada na esfera do crime comissivo, assim, aquele que dissuade não seria instigador, mas autor do crime⁷¹.

1.3.7 Cumplicidade

*“Cumplicidade é a dolosa colaboração de ordem material objetivando o cometimento de um crime doloso.”*⁷² Para MAURACH, a cumplicidade é a cooperação dolosa em um fato punível cometido dolosamente por outro e pode dar-se tanto por um conselho como por um fato⁷³.

Para NILO BATISTA, a cumplicidade não tem que ser necessariamente causal com respeito ao resultado do delito⁷⁴.

Deve-se verificar se a colaboração do cúmplice acarretou num *objetivo* favorecimento ao desempenho do autor direto, pois a recusa do auxílio acarreta na impunibilidade da tentativa de cumplicidade.

Quanto ao momento do auxílio prestado, este é possível antes ou durante o fato, até a sua consumação material. Porém, a cumplicidade não é possível durante o lapso temporal existente entre a consumação e o exaurimento, podendo, todavia, nos casos de delitos permanentes e crimes continuados, ser inserida até o instante do último ato dos fatos principais. Na maioria dos casos, no entanto, a cumplicidade é prestada com anterioridade ao começo da execução.⁷⁵

⁷¹ *Ibidem*, p. 89

⁷² *Ibidem*, p. 186

⁷³ MAURACH, *op. cit.*, p. 452

⁷⁴ BATISTA, *op. cit.*, p. 186

⁷⁵ MAURACH, *op. cit.*, p. 455

Tradicionalmente a doutrina distinguia entre cumplicidade necessária e desnecessária e Roxin, por sua vez, procurou inserir a cumplicidade necessária na co-autoria, pois ali se inseriria uma expressão do co-domínio funcional do fato.

NILO BATISTA nos apresenta a solução dada por Ordeig, que propõe a *teoria dos bens escassos*, da qual extraímos três princípios: “1º- deve prescindir-se da consideração do que teria ocorrido sem a colaboração em exame; 2º- toma-se como princípio orientador, e nada mais (face à insegurança do enunciado) que a colaboração deva ter especial importância; 3º- também na linguagem do leigo, da vida cotidiana, fala-se em prestações de serviços ou coisas sem as quais não se teria podido fazer isso ou aquilo.”⁷⁶.

⁷⁶ BATISTA, *op. cit.*, p. 188

2 O CONCURSO DE PESSOAS NA LEGISLAÇÃO PENAL

2.1 PANORAMA HISTÓRICO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Pode-se dizer que a elaboração de uma teoria sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro foi inaugurada com o Código Criminal do Império do Brasil, de 16 de dezembro de 1830.

O Direito Penal indígena, à Época do Descobrimento, não possuía qualquer dispositivo que levasse a uma consideração acerca do concurso de agentes. Ensina PIERANGELI que *“toda idéia de Direito Penal que se possa atribuir aos indígenas está ligada ao direito costumeiro e afirma-se que nele se encontram a vingança privada, a vingança coletiva e o talião”*⁷⁷.

As Ordenações Filipinas tampouco aludiam ao concurso de pessoas, haja vista que não possuíam sequer um embrião de parte geral, em que se pudesse introduzir normas a tal respeito. Havia, porém, previsão de formas de participação agregadas à descrição da conduta principal. BATISTA⁷⁸ e ANDRETTA⁷⁹ colocam como exemplo o Título VI, n.º 5, das Ordenações Filipinas: *“se algum fizesse conselho e confederação contra o Rei e seu Stado, ou tratasse de se levantar contra elle, ou para isso desse ajuda, conselho e favor”*.

2.1.1 Código Criminal do Império do Brasil, de 1830

O Código Criminal do Império, primeira legislação criminal brasileira, distinguia entre autores e cúmplices. Como bem ensinou BATISTA:

Eram considerados autores aqueles que cometessem, constrangessem ou mandassem alguém cometer crimes (art. 4º); eram considerados cúmplices todos os mais que diretamente concorressem para se cometer crimes (art. 5º) ou ainda, ao sabor do pensamento penal de

⁷⁷ PIERANGELI, *Códigos...*, p. 5

⁷⁸ BATISTA, *op. cit.*, p. 3 Observações na nota de rodapé.

⁷⁹ ANDRETTA, *op. cit.*, p. 7

sua época, aqueles que praticassem receptação de coisas obtidas por meio criminosos (art. 6º, § 1º) ou uma forma imperfeita de favorecimento pessoal, consistente em dar asilo ou ceder sua casa para reunião de malfeitores, com ciência de que cometem ou pretendem cometer crimes (art. 6º, § 2º).⁸⁰

Os crimes de imprensa (arts. 7º, 8º e 9º), que tinham disciplina especial, sob o regime da responsabilidade sucessiva, reconheciam apenas a figura do autor.

A cumplicidade era punida com a pena de tentativa (art. 35), que consistia na redução de um terço sobre a pena cominada ao delito consumado.

Nas agravantes do art. 16, tinham relação com o concurso de pessoas as hipóteses do § 11, “*ter o delinquente cometido o crime por paga ou esperança de alguma recompensa*”, e do § 17, “*ter precedido ajuste entre dous ou mais individuos para o fim de commetter-se o crime*”⁸¹. Já a atenuante do § 7º do art. 18 referia-se a “*ter o delinquente cometido o crime aterrado de ameaças*”⁸².

Com o Código Criminal do Império, intuíra-se o caráter acessório da participação e a instigação era equiparada à autoria direta, também chamada de mandato criminal. BATISTA⁸³ afirma que, de modo geral, este sistema era bem visto pela doutrina da época.

2.1.2 Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, de 1890

O primeiro Código Penal da República manteve o mesmo sistema do Código Criminal do Império, distinguindo autores e cúmplices, conforme o art. 17.

Dispõe o art. 18 que são autores:

§ 1.º Os que directamente resolverem e executarem o crime;

§ 2.º Os que, tendo resolvido a execução do crime, provocarem e determinarem a outros a executal-o por meio de dadas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influencia de superioridade hierarchica;

⁸⁰ BATISTA, *op. cit.*, p. 3

⁸¹ PIERANGELI, *Códigos...*, p. 239

⁸² *Ibidem*, p. 240

⁸³ BATISTA, *op. cit.*, p. 5

§ 3.º *Os que, antes e durante a execução, prestarem auxílio, sem o qual o crime não seria cometido;*

§ 4.º *Os que directamente executarem o crime por outrem resolvido.*⁸⁴

Quem mandasse ou provocasse a prática da infração seria responsável como autor pelo delito praticado pelo executor para possibilitar o crime de que se encarregara e também por qualquer outro crime resultante do fato principal (art. 19).

A responsabilização do mandante como autor por qualquer outro delito que fosse meio ou conseqüência do crime pactuado, regra sobre o mandato criminal, hoje conhecido como autoria mediata, não prevaleceria se o mandante retirasse “*a tempo a sua cooperação no crime*” (art. 20).

Já os cúmplices seriam (art. 21):

§ 1.º *Os que, não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, fornecerem instruções para commettel-o, e prestarem auxílio á sua execução;*

§ 2.º *Os que, antes ou durante a execução, prometterem ao criminoso auxílio para evadir-se, occultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar seus vestígios;*

§ 3.º *Os que receberem, occultarem, ou comprarem, cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo sabel-o, pela qualidade ou condições das pessoas de que as houverem;*

§ 4.º *Os que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como taes e o fim para que se reúnem.*⁸⁵

Aqui também os crimes de imprensa só admitiam a figura do autor, sendo a cumplicidade expressamente afastada pelo art. 23. Havia, entretanto, responsabilidade solidária entre o autor, o dono da tipografia ou jornal – a estes só se applicava a pena de multa – e o editor (art. 22), alcançando também os gerentes e os administradores da sociedade ou companhia a que pertencesse o periódico ou a gráfica (art. 22, § 1º).

Interessam ao concurso de pessoas as circunstâncias agravantes do art. 39, §§ 10, “*ter o delinqüente commettido o crime por paga ou promessa de recompensa*”, e 13, “*ter sido o crime ajustado entre dous ou mais individuos*”, e as atenuantes do art. 42, §§ 7º, “*ter o delinqüente commettido o crime impellido por ameaças ou constrangimento physico vencivel*”, e 8º, “*ter o delinqüente commettido o crime em obediência á ordem de superior hierarchico*”.

⁸⁴ PIERANGELI, *Códigos...*, p. 274

⁸⁵ *Ibidem*, p. 274-275

A cumplicidade era punida com as penas da tentativa (art. 64), isto é, redução de um terço. Porém, se a lei impusesse à tentativa pena especial, esta se aplicaria integralmente à cumplicidade, não se operando qualquer redução.

BATISTA afirma que, embora a matéria fosse rica e diversificada, não recebeu da doutrina tratamento em profundidade que a esclarecesse. Todavia, podem ser notados alguns avanços, como “*a discussão entre as teorias diferenciadoras objetivas e subjetivas; critica-se a inserção da cumplicidade posterior ao delito como forma participativa e a falta de regra expressa sobre a comunicabilidade de circunstâncias*”⁸⁶.

Ensina DOTTI que o Código de 1890 tentou estabelecer exhaustivamente as hipóteses de autoria e participação, mas este esquema abstrato não foi suficiente para dar conta da “*realidade em todos os matizes do comportamento humano dirigido à produção do delito*”⁸⁷. Destaca, ainda, que referido código não tratou adequadamente o fenômeno da instigação, tampouco delimitou as posições do autor, do co-autor e do cúmplice como comportamentos peculiares e bem definidos pela realidade.

2.1.3 Os Projetos de Código Penal

O projeto de Código Penal de 1893, de João Vieira de Araújo, manteve o sistema diferenciador, como se pode verificar pela leitura de seus arts. 15 a 18:

Art. 15 - São autores os executores e cooperadores imediatos do facto punível, assim como aquelle que tiver determinado outrem a commettel-o.

Art. 16 - São complices todos os mais que concorrerem para o crime, facilitando-o.

Art. 17 - O culpado por algum facto de co-delinquencia será considerado autor e não complice, si sem o seu concurso o crime não tivesse podido realisar.

Art. 18 - serão também considerados complices:

§ 1º - Os que receberem, occultarem ou comprarem cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo saber-o em razão da qualidade ou condição das pessoas de quem as houveram;

⁸⁶ BATISTA, *op. cit.*, p. 9

⁸⁷ DOTTI, **R. Reforma penal brasileira**. Rio de Janeiro : Forense, 1988. p. 77

§ 2º – *Os que habitualmente derem asylo a assassinos e roubadores, ou prestarem sua casa à reunião d'estes, sabendo que commettem ou pretendem commetter mortes.*⁸⁸

Sua maior contribuição foi introduzir regras sobre comunicabilidade das circunstâncias, com inspiração no código italiano de 1889, em seu art. 66. Assim dispunha o projeto, nos seus arts. 36 e 37:

Art. 36 - As circumstancias e as qualidades inherentes às pessoas, pelas quaes se agrava a pena de algum dos co-delinquentes. autores ou cúmplices, communicam-se áquelles que as conheciam no momento em que concorreram para o crime; mas a pena será diminuída de um sexto, em cada um dos seus grãos.

*Art. 37 – As circumstancias materiaes que aggravam a pena, ainda que façam mudar a figura do crime, communicam-se áquelles que as conheciam no momento em que concorreram para elle.*⁸⁹

O projeto de 1913, de autoria de Galdino Siqueira, por sua vez, na “*exposição de motivos procura amarrar a teoria da participação à teoria da equivalência dos antecedentes causais*”⁹⁰, assim dispo em seu art. 99: “*São agentes do crime os que tiverem determinado outrem a commettel-o, os executores e os que por outro meio tiverem concorrido scientemente para sua realização*”⁹¹

Seu art. 42 estabelecia que, quando vários agentes concorressem no cometimento de um crime, seriam punidos com a mesma pena, salvo o estabelecido no art. 7º e as circunstâncias pessoais.

Já o projeto de Sá Pereira, em sua versão de 1927, estabelecia em seu art. 46 que seria autor não apenas quem executasse o crime, mas também quem determinasse a outrem que o executasse ou quem de qualquer forma concorreu para a sua execução. Determinava o art. 47 que “*a responsabilidade se fixasse e a pena se graduasse considerando a temibilidade de cada delinquente, os motivos que o conduziram ao crime, e a importância de sua participação nele*”⁹².

⁸⁸ ARAÚJO, João Vieira. **Código penal commentado theorica e praticamente**, Rio, 1896, p. 119 *Apud* BATISTA, *op. cit.*, p. 11

⁸⁹ LOBO, Estevam, **Autoria colectiva e cumplicidade**. Rio, 1897. p. 55 *Apud* BATISTA, *op. cit.*, p. 11

⁹⁰ BATISTA, *op. cit.*, p. 11

⁹¹ *Ibidem*, p. 12

⁹² *Idem*.

Em sua segunda versão, de 1928, dispunha que aquele que determinasse alguém a cometer um crime ou prestasse assistência à sua execução responderia como se o tivesse cometido. Previa, ainda, que as relações, qualidades e circunstâncias especiais que favorecessem ou prejudicassem algum dos co-autores não se comunicariam aos demais. No art. 129, havia critérios que deveriam ser atendidos pelo juiz para a fixação de uma espécie de pena base, sendo um deles o atendimento à importância da participação no crime.

Finalmente, o projeto de Alcantara Machado, de 1938, chamou o concurso de pessoas, previsto no título III, capítulo II, equivocadamente de co-autoria. Havia “*uma relação condutas de autoria e participação, equiparadas com respeito à pena cominada, porém conjugadas a um sistema agravador/atenuador específico*”⁹³.

Pela leitura do seu art. 18, extrai-se a figura da autoria direta, da instigação, da cumplicidade necessária (incs. I a IV) e de uma fórmula que abrangia a cumplicidade e a co-autoria (inc. V). “*À controvertida ‘atenuante’ da participação em crime menos grave (art. 20, inc. II), onde se punia resultado sem dolo, opunha-se uma curiosa agravante de participação em crime mais grave (art. 19, inc. III), com a qual se impedia a punição de dolo sem resultado*”⁹⁴.

2.1.4 Código Penal de 1940

Esclarece a Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, no título “*Da co-autoria*”, que:

O projeto aboliu a distinção entre autores e cúmplices: todos os que tomam parte no crime são autores. Já não haverá mais diferença entre participação principal e participação acessória, entre auxílio necessário e auxílio secundário, entre a societas criminis e a societas in crimine. Quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele, no pressuposto de que também as outras forças concorrentes entraram no âmbito da sua consciência e vontade. Não há nesse critério da decisão do projeto senão um corolário da teoria da equivalência das causas, adotada no art. 11. O evento, por sua natureza, é indivisível, e todas as condições que

⁹³ *Ibidem*, p. 13

⁹⁴ *Ibidem*, p. 14

*cooperam para a sua produção se equivalem. Tudo quanto foi praticado para que o evento se produzisse é causa indivisível dele. Há, na participação criminosa, uma associação de causas conscientes, uma convergência de atividades que são, no seu indivisível conjunto, a causa única do evento e, portanto, a cada uma das forças concorrentes deve ser atribuída, solidariamente, a responsabilidade pelo todo.*⁹⁵

O Código Penal de 1940 inspirou-se no Código italiano de 1930, adotando a teoria monista ou unitária, para a qual o crime é sempre único e indivisível, estabelecendo, assim, a paridade entre autores e partícipes. Conferiu-nos as normas mais simplificadas sobre o concurso de agentes no desenvolvimento histórico do direito penal brasileiro. Quebrou “a tradição de mais de um século – que se impunha desde 1830 – extinguiu a distinção entre participação principal e acessória”⁹⁶.

Adotava no art. 11 a teoria da equivalência dos antecedentes causais ou da *conditio sine qua non* em relação ao nexo de causalidade. Logo, inexistindo diferença entre causa e condição, conclui-se que todo partícipe era autor⁹⁷.

O concurso de agentes estava inserido nos arts. 25 a 27, assim delineados:

Art. 25. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.

Art. 26. Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

*Art. 27. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrario, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado (art. 76, parágrafo único).*⁹⁸

Leciona BATISTA, quanto aos três dispositivos acerca do concurso de pessoas, que “No primeiro deles, dominando a disciplina, estatuiu-se um conceito extensivo, de base causal, de autoria (art. 25); no segundo, regulamentava-se a comunicabilidade de circunstâncias (art. 26); no terceiro, estipulava-se a impunidade da participação em hipóteses nas quais não sobrevém a execução, ressaltando-se a aplicação da medida de segurança, nos termos do art. 76, parágrafo único (art. 27).”⁹⁹.

⁹⁵ PIERANGELI, *Códigos...*, p. 416

⁹⁶ ANDRETTA, *op. cit.*, p. 15

⁹⁷ *Idem*

⁹⁸ PIERANGELI, *Códigos...*, p. 444

⁹⁹ BATISTA, *op. cit.*, p. 15

Mantinhão relação com o concurso de pessoas as agravantes do art. 45 e duas atenuantes do art. 48 – cooperação de somenos importância e participação em crime menos grave –, assim dispostas:

Art. 45. A pena é ainda agravada em relação ao agente que:

I – promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II – coage outrem à execução material do crime;

III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

Art. 48. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

(...)

II – ter sido de somenos importância a sua cooperação no crime;

(...)

Parágrafo único. Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até a metade, não podendo, porém ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido.¹⁰⁰

DOTTI, sobre o tema, tece importantes considerações:

A solução apresentada pelo legislador não impediria, na opinião autorizada de alguns comentadores, que nos momentos de medição concreta da pena houvesse um tratamento diferenciador para os diversos agentes que, em linha de princípio, estão submetidos aos limites mínimos cominados para a infração. Assim, os arts. 42, 43, 45 e 48, inciso II e parágrafo único, estabelecem as circunstâncias judiciais e legais para a individualização da pena e a correção dos desvios a que uma interpretação radicalizante da regra de incidência abrangente poderia conduzir.¹⁰¹

Conclui ANDRETTA que o Código Penal de 1940, além adotar a teoria extensiva, que não distingue autor e partícipe, “incidiu no grave equívoco de consagrar como válidos resíduos de responsabilidade objetiva, defeitos que, ao menos em parte, foram reparados na reforma penal de 1984”¹⁰².

¹⁰⁰ PIERANGELI, *Códigos...*, p. 447-448

¹⁰¹ DOTTI, *Reforma...*, p. 77-78

¹⁰² ANDRETTA, *op. cit.*, p. 18

2.1.5 Código Penal de 1969

O natimorto Código Penal de 1969, baseado no projeto de Nelson Hungria de 1963, sobre o tema, utilizou, sem dúvida, nomenclatura mais apropriada, eis que o Título IV é denominado “Do Concurso de Agentes”.

A Exposição de Motivos, sobre a matéria, coloca que:

É possível que a unificação de todas as formas de participação e autoria seja, a rigor incompatível com um Direito Penal de Culpa. (...) A aplicação da fórmula unitária do Código vigente não pode ser censurada. Ela tem a seu favor a grande simplicidade no estabelecimento de critérios, grandemente debatidos, quando se procura distinguir entre autoria e participação, e entre cumplicidade primária e secundária. Afinal a distinção entre autor e cúmplice, em termos práticos, significa apenas garantir a mais leve punição deste, resultado que o sistema de nossa lei assegura.¹⁰³

Reconheceu que poucas legislações que ainda não faziam a distinção entre os graus de participação e as formas de autoria, mas optou por manter o sistema monista, eis que “se inspira em razões de política criminal, visando a mais eficiente repressão”, não sendo ele “adotado em sua inteireza, pois isto conduziria a soluções injustas e intoleráveis”¹⁰⁴.

Sua grande contribuição foi inserir no § 1º do art. 35, primeira parte, a regra que dispunha que “A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade”¹⁰⁵. Por consequência, eliminou-se a atenuante de participação em crime menos grave.

Para DOTTI, “A consagração formal da necessidade em se ajustar a pena à medida da culpa foi, inegavelmente, o ponto de arranque para a proscricção de vestígios da responsabilidade objetiva em matéria do concurso de pessoas”¹⁰⁶.

Apesar de não distinguir entre autor e partícipe, tal diferenciação era possível “in concreto”, como dispõe o referido § 1º, no momento da fixação da pena..

¹⁰³ PIERANGELI, *Códigos...*, p. 516-517

¹⁰⁴ Exposição de Motivos do Código Penal de 1969. PIERANGELI, *Códigos...*, p. 516

¹⁰⁵ BATISTA, *op. cit.*, p. 19

¹⁰⁶ DOTTI, *Reforma...*, p. 94

DOTTI anota como outra inovação a distinção entre condição e circunstância de caráter pessoal. Estariam as condições inseridas “*no mundo de relação do ser humano com a vida exterior, com outros seres e com as coisas, além de indicar um estado civil*”, enquanto as circunstâncias seriam “*elementos que, embora não essenciais à infração penal, a ela se integram e funcionam para modelar a qualidade e a quantidade da pena*”¹⁰⁷.

O Código Penal de 1969 previa quatro agravantes (§ 2º, incs. I a IV) – restauradas nos mesmos termos do Código Penal de 1940, porém agora localizadas no título que trata do concurso de agentes – e uma atenuante (§ 3º) – referente à participação de somenos importância, antes colocada no elenco geral das atenuantes e agora inserida no Título IV –, eis que, como já dito, desapareceu a participação em crime menos grave:

Art. 35. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas.

(...)

§ 2.º A pena é agravada em relação ao agente que:

I – promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II – coage outrem à execução material do crime;

III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou qualidade pessoal.

*§ 3.º A pena é atenuada em relação ao agente cuja participação no crime é de somenos importância.*¹⁰⁸

Explica o prof. RENÉ DOTTI que:

*O Código, porém, não declarava o ‘quantum’ da diminuição, cujo caráter especial estaria a requerer o estabelecimento de um critério variável de redução, prefixados os limites mínimo e máximo, assim como ocorre com as causas de aumento ou diminuição da pena previstas tanto na Parte Geral como na Especial. A natureza e as consequências práticas do comportamento de pequeno relevo na formação do delito não podem ser dimensionadas sob a ótica das atenuantes genéricas.*¹⁰⁹

Assim, desconsideradas as inovações citadas, o Código de 1969 é cópia da legislação anterior.

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ PIERANGELI, *Códigos...*, p. 543-544

¹⁰⁹ DOTTI, *Reforma...*, p. 94

2.1.6 Reforma da Parte Geral de 1984

Sobre o tema “concurso de agentes”, a reforma da parte geral do código penal, Lei n.º 7.209 de 11 de julho de 1984, apesar de não trazer grandes transformações, aperfeiçoou alguns pontos. Assim, acrescentou à regra parificadora, de fundo causal, referência à culpabilidade de cada concorrente, presente no art. 29; a participação de menor importância – cumplicidade desnecessária – passou de atenuante no Código Penal de 1940 para causa especial de diminuição de pena (art. 29, § 1º), podendo “levar a pena aplicada abaixo do patamar mínimo sem afrontar a súmula nº 231-STJ”¹¹⁰.

A Exposição de Motivos coloca que “Ao reformular o Título IV, adotou-se a denominação ‘Do Concurso de Pessoas’ decerto mais abrangente, já que a co-autoria não esgota as hipóteses do ‘concursum delinquentium’.”¹¹¹

Tal mudança, para “concurso de pessoas”, foi um aprimoramento técnico, pois a nomenclatura “co-autoria” deve ser utilizada somente quanto aos que concorrem no fato criminoso, detendo o domínio do fato. Assim, os partícipes não estão incluídos na co-autoria, mas, devido à sua contribuição secundária, também responderão pelo delito.

Para BITENCOURT, a reforma de 1984 considerou que a expressão “concurso de agentes” não era a mais adequada, pois incluía fenômenos naturais, haja vista que agentes físicos também podem produzir transformações no mundo exterior. Por isso optou-se pelo “concurso de pessoas”, expressão que se achou mais apropriada, já que se adequa melhor à natureza das coisas¹¹².

A nova parte geral atendeu aos clamores dos críticos da teoria monista, optando, na parte final do art. 29 e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação. Segundo a Exposição de Motivos, tal distinção foi exigida pela doutrina em face de decisões reconhecidamente injustas¹¹³.

¹¹⁰ BATISTA, *op. cit.*, p. 25

¹¹¹ PIERANGELI, *Códigos...*, p. 640

¹¹² BITENCOURT. *Teoria...*, p. 253

¹¹³ *Ibidem*, p. 640

A redação do art. 29 ficou assim:

Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1.º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).

§ 2.º Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.¹¹⁴

A atenuante é facultativa, desta forma, o juiz pode deixar de aplicá-la, ainda que convencido da pouca importância da contribuição para o delito. Esclarece DOTTI que tal situação poderá ocorrer:

... em relação ao sujeito que, embora emprestando um modesto e desnecessário auxílio, revela uma vontade dirigida ao delito em intensidade semelhante à dos demais partícipes. A condição posta em movimento por um dos agentes poderá ser eventual e desproporcional às outras referentes aos co-delinqüentes, mas o acordo estabelecido e as circunstâncias podem autorizar um juízo de equiparação no plano da culpabilidade.¹¹⁵

Quanto à cooperação dolosamente distinta (art. 29, § 2º), reconheceu-se a exigência da individualização da culpa e o imperativo da proporcionalidade da punição, eis que o fato mais grave está na “*linha de desdobramento psicológico da conduta do partícipe*”¹¹⁶. Assim, fica afastada a responsabilidade apenas em função do dano.

O sistema das agravantes no caso de concurso de pessoas, localizado no art. 62, foi mantido, com algumas alterações. Dispõe referido artigo que a pena será agravada em relação ao agente que:

Art. 62 - ...

I – promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II – coage ou induz outrem à execução material do crime;

III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 655

¹¹⁵ DOTTI, *Reforma...*, p. 99

¹¹⁶ *Idem*.

Como ensina ANDRETTA, há, ainda, “*situações esparsas previstas na parte especial do Código Penal em que o concurso de pessoas apresenta-se como circunstância qualificadora (v.g. art. 150, § 1º, in fine; art. 155, § 4º, IV; art. 157, § 2º, II; art. 158, § 1º, etc).*”¹¹⁷.

Há previsão de apenas uma atenuante genérica, contida no art. 65, III, “c”, que trata da hipótese de ter o agente cometido o crime sob coação a que podia resistir.

BATISTA faz importante consideração acerca do tema:

*O art. 29 drasticamente estipulou que ‘quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas’. Não nos informou, todavia, ‘como’ é que (‘de qualquer modo’) se concorre para o crime. Verificada a insuficiência de um puro critério causal para solucionar esta questão (concorrer para o crime é diferente de contribuir causalmente para o resultado); verificado que equiparar ‘qualquer modo’ a ‘qualquer conduta’, para além de violar o princípio constitucional da reserva legal, significa operar com uma causalidade inútil (extratípica), só nos resta a tentativa de, a partir dos dispositivos do código e de seus princípios fundamentais, empreender uma reconstrução dogmática extremamente dificultada pela pobreza da lei.*¹¹⁸

O estudo proposto por este trabalho tem como base a nova parte geral do Código Penal.

2.2 POSIÇÃO SISTEMÁTICA DO CONCURSO DE PESSOAS NA TEORIA DO CRIME

Embora o “concurso de pessoas” seja estudado em apartado em relação aos elementos da teoria do crime – conduta, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade –, geralmente localizado nos manuais de Direito Penal precedendo a teoria da pena, o tema está sim inserido na teoria do crime, precisamente na tipicidade.

CREUS justifica o estudo do concurso de pessoas em separado, assim dispondo:

¹¹⁷ ANDRETTA, *op. cit.*, p. 22

¹¹⁸ BATISTA, *op. cit.*, p. 55

*En rigor la materia de la participación y tentativa podrían formar parte de la teoría positiva del delito, pero por la circunstancia de que este tema incluye también problemas de teoría negativa, parece más conveniente independizar su tratamiento, siguiendo así una posición bastante común en la doctrina.*¹¹⁹

Ensina CARRARA que:

*Se o homem está submetido à lei penal, enquanto é um ente dirigível, essa sua subordinação tem origem no próprio intelecto e na própria vontade. Mas a ninguém pode ser atribuída a vontade de violar uma lei inexistente ou que o agente não conheça. Conseqüentemente, não pode constituir delito qualquer ação sem que tenha sido promulgada e publicada a Lei que a proíba.*¹²⁰

O problema do concurso de agentes está intimamente ligado ao tipo penal. “A autoria e a participação definem-se a partir da conduta típica. Trata-se de saber quem praticou a ação que constitui o crime e quem nela tomou parte, sem a executar.”¹²¹.

Entendendo que “La teoría de la participación constituye una parte de la teoría del tipo”, conclui-se que “Es autor, por de pronto, quien realiza por sí mismo todos los elementos típicos de la acción punible”¹²².

Igual é a opinião de MAYRINK DA COSTA, quando diz que “a teoria da participação é uma parte da teoria do tipo” e que “É autor todo aquele que realiza a ação injusta tipificada, em outras palavras, que ‘per se’ realiza todos os elementos do tipo”¹²³.

Assim CREUS completa o entendimento, dizendo que:

La participación y la tentativa vienen referidas por lo general como ‘extensiones del tipo’, con lo cual sólo se quiere significar, como ya hemos dicho, que el tipo está construido legislativamente, por regla general, en función del autor y del hecho consumado. En los tipos en particular, salvo excepciones, no encontraremos referencias a los partícipes ni al delito inconcluso; éstas se regulan en la parte general y se dice que al ser aplicadas a aquellos tipos, éstos se extienden, comprendiendo no sólo al autor, sino también a otros

¹¹⁹ CREUS, C. **Derecho penal** : parte general. 4. ed., atual. y ampl. Buenos Aires : Astrea, 1999. p. 378

¹²⁰ CARRARA, F. **Programa do curso de direito criminal**. trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas : LZN Editora, 2002. p. 58

¹²¹ FRAGOSO, *op. cit.*, p. 252

¹²² JESCHECK, *op. cit.*, p. 585

¹²³ COSTA, *op. cit.*, p. 208

*participes, y ampliando la particular pena a situaciones en que el delito no está completo, es decir, consumado.*¹²⁴

Explica JESCHECK que, enquanto o autor realiza a ação por si mesmo ou através de outra pessoa, ou nela intervém como co-autor, o indutor e o cúmplice ficam fora do tipo. No direito penal alemão, as formas de participação estão contempladas em preceitos penais específicos: indução no § 26 (“*es inductor quien ha determinado dolosamente a otro a realizar su hecho típico realizado dolosamente*”) e cumplicidade no § 27 (“*quien dolosamente ha prestado ayuda a otro en su hecho típico realizado dolosamente*”).¹²⁵

Desta forma, os requisitos da punibilidade da indução e da cumplicidade somente em parte se desprendem do correspondente tipo de delito e, de resto, ajustam-se a preceitos complementares da parte geral que se referem aos tipos da parte especial¹²⁶.

“*A teoria da autoria e da participação*”, que será estudada detalhadamente nos próximos capítulos, “*compreende os critérios desenvolvidos para ‘identificar’ autores e partícipes da ação típica*”¹²⁷.

Ressalta ANDRETTA que “*não se pode perder de vista nosso Direito Penal está assentado no princípio da legalidade, e é certo que, à conta disso, o tipo penal – modelo legal de comportamento proibido – é o referencial em que se deve mirar o cidadão como limite do que se pode ou não praticar na sociedade em que vive*”¹²⁸.

Pelo exposto, conclui-se que o concurso de pessoas “*está indissociavelmente ligado ao tipo penal, ponto de partida para qualquer análise nessa seara*”¹²⁹.

¹²⁴ CREUS, *op. cit.*, p. 378

¹²⁵ JESCHECK, *op. cit.*, p. 588

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ SANTOS, *Teoria...*, p. 73

¹²⁸ ANDRETTA, *op. cit.*, p. 24

¹²⁹ *Ibidem*, p. 24

2.3 DISTINÇÃO ENTRE AUTOR, CO-AUTOR E PARTÍCIPE

O fato punível pode ser obra de um ou mais agentes. Frequentemente os indivíduos se associam para o cometimento da infração penal, dando origem ao concurso de pessoas. A conduta de cada indivíduo nesse plano criminoso, que pode ser desde a elaboração intelectual até a consumação do delito, será punida de acordo com a natureza e a medida de sua culpabilidade, distinguindo-se, desta forma, autores, co-autores e partícipes.

CARRARA ensina que as pessoas que tomam parte no delito devem por ele responder na proporção da influência exercida sobre a produção da infração¹³⁰.

O mestre italiano define como autor principal do delito “*quem executou o ato consumativo da infração*” e como co-autores “*aqueles que tomaram parte nos atos consumativos*”, sendo todos estes delinquentes principais. Já os “*demais participantes do desígnio criminoso ou dos outros atos, que não os da consumação, são delinquentes acessórios, ou cúmplices em sentido lato*”.¹³¹

Ensina ZAFFARONI¹³² que há dois sentidos para a palavra “*participação*”: sentido amplo – que corresponde ao concurso de pessoas no delito – e sentido estrito – que é o concurso daqueles que participam sem serem autores. Para fins didáticos, neste trabalho será usada a palavra “*participação*” apenas em seu sentido estrito.

Os conceitos de autor, co-autor e partícipe não são criações do Direito Penal, são retirados das relações cotidianas. PIERANGELI¹³³ ensina que não se tratam de conceitos jurídicos, mas sim ônticos-ontológicos.

Para JESCHECK, a classificação das manifestações de intervenção na ação punível não pode ficar ao livre critério do legislador ou do juiz, eis que se trata “*de la descripción de procesos vitales que a través de su sentido social se encuentran también cumplidamente determinados para el enjuiciamiento jurídico*”. Conceitos como os de autoria, autoria mediata, co-autoria, instigação e cumplicidade são

¹³⁰ CARRARA, *op. cit.*, p. 296-297

¹³¹ *Ibidem*, p. 297

¹³² ZAFFARONI, *Manual de derecho penal...*, p. 567

¹³³ PIERANGELI, J. *Escritos jurídico-penais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992. p.

determinados de antemão pela natureza das coisas e devem então, juridicamente, conservar conteúdo que corresponda com sua compreensão natural.¹³⁴

Por tais conceitos serem retirados do cotidiano, parece simples atribuir a autoria de uma infração penal a alguém. A isto se acrescenta o fato de que, já que “a maioria dos tipos penais de nosso ordenamento pode ser obra de um único agente ativo, basta, em princípio, que se determine quem se enquadra no modelo legal de conduta proibida para que se dê por solucionado o problema em questão: é autor aquele que praticou a conduta descrita no preceito primário do tipo incriminador”¹³⁵.

Os tipos penais são construídos em função do autor e do fato consumado. Assim, não encontramos na parte especial do Código Penal tipos que se refiram aos partícipes. As considerações sobre a participação estão inseridas na parte geral e funcionam como “*extensões do tipo*”¹³⁶.

A dificuldade de se identificar os autores, co-autores ou partícipes, surge quando há um resultado típico no qual concorrem dois ou mais agentes, tendo condutas díspares, com diferentes graus de importância para o cometimento do delito¹³⁷.

2.3.1 Conceito Unitário de Autor e Diversas Formas de Intervenção

Há duas formas para se tratar os problemas da participação. Uma possibilidade seria reduzir todas as formas de intervenção a um conceito de autor que as compreenda genericamente, que corresponde à hipótese do autor unitário. Outra possibilidade seria distinguir entre as várias formas de intervenção, segundo a importância material das contribuições ao fato¹³⁸.

¹³⁴ JESCHECK, *op. cit.*, p. 586

¹³⁵ ANDRETTA, *op. cit.*, p. 25

¹³⁶ CREUS, *op. cit.*, p. 378

¹³⁷ ANDRETTA, *op. cit.*, p. 25

¹³⁸ JESCHECK, *op. cit.*, p. 586-587

2.3.1.1 Autor unitário

Para esta concepção de autor, todos os que intervêm com uma contribuição causal à realização do tipo são autores, independentemente da importância de sua colaboração para o sucesso da ação típica. A relevância da contribuição será analisada somente na medição da pena, atendendo unicamente ao sentido e ao fim da pena.

Tem-se, então, que a causalidade é o único critério de relevância jurídico-penal de um comportamento, restando supérfluo o conceito de acessoriedade. Cabe ao juiz punir cada cooperador de acordo com a intensidade de sua vontade delitiva e a importância de sua contribuição ao fato. Através dessa concepção, é possível preencher todas as lacunas da punibilidade e orientar as sanções atendendo somente à personalidade do autor¹³⁹.

À primeira vista, esta fórmula do conceito unitário de autor parece simples e prática, porém, leva a uma ampliação não desejada da punibilidade. Esta teoria é por demais simplista e ela conduz a situações absurdas, considerando autor mesmo quem não apresenta caracteres típicos nem caracteres naturais para sê-lo (o farmacêutico que entrega substância abortiva seria autor de auto-aborto¹⁴⁰), daí a necessidade inafastável de se distinguir autores e partícipes.

2.3.1.2 Diversas formas de intervenção

Atribui-se à ciência italiana de direito penal do final da Idade Média a elaboração de uma teoria específica da participação. Passou-se, então, à diferenciação objetiva entre autoria e participação, conforme o critério de uma ação executiva – causa psíquica – ou de uma ação de mero auxílio à outra – causa moral¹⁴¹.

Atualmente, as formas de intervenção num delito estão abarcadas pelas expressões “*autoria*” e “*participação*”, embora elas não se encontrem num mesmo

¹³⁹ *Ibidem*, p. 587

¹⁴⁰ ZAFFARONI, *Manual de direito penal brasileiro*, p. 665

¹⁴¹ JESCHECK, *op. cit.*, p. 588

plano. Há uma linha divisória entre autor, co-autor e autor mediato, que realizam a ação punível como “*autores*”, e instigador e cúmplice, que participam de delito alheio. Logo, a instigação e a cumplicidade pressupõem a autoria de outro, sendo esta dependência da participação em relação ao fato principal chamada de acessoriedade.

2.3.2 Distinção entre Autor, Co-Autor e Partícipe no Código Penal Brasileiro

NORONHA explica que a teoria unitária ou monista admite a pluralidade de agentes e a diversidade de condutas, sem que estas impeçam a *unidade do crime*. Por outro lado, a teoria pluralística sustenta que cada concorrente pratica um crime próprio, sendo eles autônomos e distintos, não havendo, portanto, participação, mas sim simultaneidade de delitos.

Para muitos autores, como para NORONHA¹⁴², nosso Código Penal, em seu art. 29, adota a teoria monista: “*quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade*”. E, ainda, a parte final deste artigo, “*na medida de sua culpabilidade*”, representa mitigação do critério de autor unitário.

Percebemos então que a nossa doutrina tem se utilizado de certa imprecisão terminológica. NILO BATISTA, com muita propriedade, nos ensina que “*O debate monismo/dualismo/pluralismo diz respeito à consideração de responderem todos os concorrentes por um só delito ou não, e tem suas raízes no título de sua responsabilidade.*”¹⁴³ Tal debate pode remeter às concepções restritiva e extensiva de autor, mas a adoção do sistema diferenciador ou igualitário no tratamento dos concorrentes não tem relação necessária com aquelas teorias.

Assim, a confusão surge quando se denomina o sistema diferenciador de *dualista* e o igualitário de *monista*, sendo esta última o que vem ocorrendo em nossa doutrina. Ora, o nosso art. 29 do Código Penal coloca uma parificação, mas isso não

¹⁴² NORONHA, *op. cit.*, p. 214

¹⁴³ BATISTA, *op. cit.*, p. 36

significa a adoção da teoria monista, aliás, fica mais próxima a parificação da teoria pluralística.

Ressalte-se o entendimento de NILO BATISTA: “o código penal de 1940 – e isso não foi modificado pela reforma de 1984 – adotou uma visão indiferenciada de autores e partícipes, baseada numa concepção extensiva da autoria de base causal. Daí não decorre logicamente que tenha optado pelo monismo (consideração que todos concorrem num só crime); tal constatação terá que ser perquirida sobre outras bases.”¹⁴⁴

Interessante é a posição do Prof. LUIZ ALBERTO MACHADO:

*Como a culpabilidade (melhor dito, censurabilidade) compõe-se de capacidade de culpa, potencial conhecimento do ilícito e inexigibilidade de outra conduta e o C. penal de 1984, ao falar em "medida de sua culpabilidade", está a se referir ao momento de representação do tipo objetivo, elemento formador do dolo que integra o tipo subjetivo, não se pode negar que este, tipo subjetivo, comanda a formação do tipo pluridimensional para a aplicação da teoria pluralista, adotada pela legislação criminal em vigor.*¹⁴⁵

Arremata NILO BATISTA que é possível uma síntese dialética entre monismo e pluralismo, elaborada por Latagliata. Assim, “A cláusula acrescentada à disciplina do concurso pela reforma de 1984, segundo a qual a punibilidade de cada concorrente se determina segundo sua própria culpabilidade, parece responder a essa inclinação: monismo no injusto, pluralismo na reprovabilidade.”¹⁴⁶

A lei, em princípio, não distingue entre autor e partícipe, então, seriam co-autores todos os que concorressem para a ação delituosa. Porém, para FRAGOSO, essa simplificação do fenômeno do concurso de pessoas contraria a natureza das coisas e a distinção entre autor e partícipe não pode ser ignorada pela doutrina, haja vista que daí resultam conseqüências jurídicas¹⁴⁷.

ZAFFARONI faz importante observação, dizendo que não se pode interpretar o art. 29 CP como sendo autores todos que concorrem para o crime¹⁴⁸. Todos os que

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 37

¹⁴⁵ MACHADO, *op. cit.*, p. 105

¹⁴⁶ BATISTA, *op. cit.*, p. 39

¹⁴⁷ FRAGOSO, *op. cit.*, p. 252

¹⁴⁸ No mesmo sentido, NORONHA, *op. cit.*, p. 214

concorrem têm, em princípio, a mesma pena estabelecida para o autor, mas, depois, o Código Penal coloca diferenças nas penas do autor e do partícipe.¹⁴⁹

Imperiosa se faz a distin o entre os que concorrem na a o delituosa, para que, no caso concreto, seja possível a distribui o da responsabilidade a cada um, de acordo com o desvalor de sua conduta.

Ainda que a lei não faça a distin o expressa entre autor, co-autor e partícipe, reconhece a diferença entre essas figuras. Os conceitos de autor e partícipe são extraídos da realidade, por isso não há necessidade de o Código fazer essa distin o, já que ela está, de certa forma, internalizada em cada um de nós, através das rela es sociais que mantemos. Daí que a lei fixa em princípio a mesma pena para todos, porque recorremos a dados ônticos para fazermos a diferencia o, não precisamos que a legisla o nos informe isso.

Mesmo o Código Penal espanhol que estabelece em seu art. 14 o conceito de autor tem sido interpretado pela doutrina mais moderna como não sendo a única possibilidade de autoria, eis que o conceito de autor   deduzido diretamente de cada tipo delitivo concreto. Considera-se então que a fun o do art. 14 seria estender a pena que merece o autor material do delito a outros indivíduos, cuja interven o   de extrema importância, sem que eles sejam considerados autores propriamente ditos¹⁵⁰.

Com isso, nota-se que não   preciso que o Código Penal nos defina autores, co-autores e partícipes, já que estes são conceitos ontológicos. Não   preciso que ele faça essa diferencia o para que se reconheça os diferentes graus de interven o no delito.

São em princípio o Código Penal estabelece penas iguais para todos os que interv m no fato, eis que o próprio art. 29 coloca a regra que a pena de cada concorrente será determinada *na medida da sua culpabilidade* – daí decorre a necessidade de aferir no caso concreto o grau de culpabilidade – e seu   1  diminui a pena nos casos de *participa o de menor importância* – caso em que se faz necessário construir regras lógicas para se determinar quando o injusto   menor.

¹⁴⁹ ZAFFARONI, *Manual de direito penal brasileiro*, p. 665.

¹⁵⁰ MUN Z CONDE, *op. cit.*, p. 194-195

ZAFFARONI afirma que a nossa legislação abraçou o conceito restritivo de autor, pois não haveria outra explicação para a previsão, em nosso Código Penal, do § 1º do art. 29 – “*se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço*” –, que se ocupa dos partícipes, de forma especial. Caso adotássemos o conceito extensivo, tal previsão estaria sobrando em nosso ordenamento¹⁵¹.

A regra do § 1º do art. 29 do Código Penal versa sobre a participação de menor importância, que só é aplicável aos partícipes, nunca ao autor ou co-autor. Assim, muito embora o *caput* do art. 29 não faça distinção entre agentes do crime, o seu parágrafo primeiro e o art. 31 do mesmo *codex* reconhecem as diferenças entre autoria e participação.

Há um acirrado debate acadêmico sobre esse tópico da teoria do crime. Não há unanimidade na doutrina acerca de qual teoria foi adotada pela legislação brasileira no concurso de pessoas, através da reforma da parte geral do Código Penal em 1984.

A teoria do domínio do fato, ou teoria objetivo-subjetiva, tem sua origem no finalismo e é, atualmente, a teoria mais difundida acerca do concurso de pessoas. Para esta corrente, é autor quem *domina finalmente a realização do fato*, ou seja, aquele que tem controle sobre o resultado. Como explica PIERANGELI, com base em dita teoria, é autor aquele que decide “o ‘se’ e o ‘como’ de sua realização”¹⁵².

Ao co-autor aplica-se o conceito do *domínio funcional do fato*, eis que ele tem “*capacidade para interferir sobre o ‘se’ e o ‘como’ do delito*”¹⁵³. Já partícipe não é um conceito autônomo, mas sim um conceito de referência que depende do conceito de autor. Assim, participação pressupõe ausência do domínio do fato ou do domínio funcional do fato.

¹⁵¹ ZAFFARONI, *Manual de direito penal brasileiro*, p. 666

¹⁵² PIERANGELI, *Escritos...*, p. 56

¹⁵³ *Ibidem*, p. 57

2.3.3 Direito Comparado

JESCHECK coloca que são poucos os ordenamentos jurídicos que utilizam o conceito unitário de autor, sendo que a maioria, como o Direito alemão e o dos Países Baixos, distingue entre as diferentes formas de intervenção.

A legislação austríaca utiliza o conceito de autor unitário (§§ 12 e 14 do StGB austríaco), enquanto na Suíça predomina a teoria subjetiva (a jurisprudência requer atuação dolosa e culpável do autor principal, enquanto a doutrina opta pela acessoriedade limitada, sem exigência de dolo do autor principal). O Direito francês pune igualmente a autoria e a participação (art. 59 CP francês), efetuando a doutrina uma delimitação com critérios objetivos, ainda que a jurisprudência, debaixo de muitas críticas, tenha utilizado em boa medida de critérios subjetivos¹⁵⁴.

Já o Direito Penal italiano adota o conceito unitário de autor (art. 110 CP italiano), não havendo os problemas dos critérios de diferenciação nem da acessoriedade – mesmo nos crimes de mão própria e nos especiais basta para a autoria qualquer contribuição causal (art. 117 CP italiano). JESCHECK coloca que o Direito brasileiro segue o exemplo italiano, recorrendo no art. 29 ao conceito unitário de autor, mas a doutrina distingue com critérios objetivos as diversas formas de intervenção.

O Direito espanhol, por sua vez, parte do conceito restritivo de autor e delimita as distintas formas de intervenção e opera com a acessoriedade limitada¹⁵⁵. O art. 12 do Código Penal espanhol declara responsáveis criminalmente pelos delitos e contravenções os autores, os cúmplices e os favorecedores. Segue-se, então, que no art. 49 e seguintes do Código Penal espanhol estão previstas as penas correspondentes a cada uma dessas categorias:

... aos autores será imposta a pena cominada para o delito ou contravenção (art. 49, n.º 1º); se o delito foi consumado, será imposta a pena prevista para o delito consumado (art. 49, n.º 2º); se frustrado, a inferior grau (art. 51); se tentado, a inferior em um ou dois graus, igualmente aplicável nos casos de delírio impossível e de conspiração, determinação ou provocação (art. 52); aos cúmplices será imposta a pena inferior em grau àquela prevista em lei para o autor do delito consumado, frustrado ou tentado (art. 53); aos favorecedores

¹⁵⁴ JESCHECK, *op. cit.*, p. 602

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 602-603

*impor-se-á pena inferior em dois graus àquela prevista para o autor de um delito consumado, frustrado ou tentado (art. 54).*¹⁵⁶

O Direito inglês faz a delimitação entre autoria e participação conforme critérios objetivos – é autor quem realiza por si mesmo uma ação executiva, sendo os demais partícipes, que podem ser classificados segundo um complexo sistema escalonado. As lacunas de punibilidade que comporta a acessoriedade estrita se preenchem com o amplo reconhecimento da autoria mediata. Finalmente, o Direito norte-americano aproxima-se do conceito unitário de autor, destacando-se o favorecimento (“*accessory after the fact*”). Na medida em que se faz necessário distinguir as formas de intervenção, aplicam-se critérios delimitadores objetivos¹⁵⁷.

A legislação argentina diferencia entre autores e partícipes, estando estes localizados na parte geral do Código Penal, especificamente nos art. 45 a 48, que contêm normas aplicáveis a todos os tipos da parte especial e de leis especiais. CREUS critica a adoção da teoria do domínio do fato na legislação argentina, porque ela é transplantada de outra cultura, onde o significado de legalidade não tem exatamente o mesmo conteúdo que no direito argentino¹⁵⁸.

¹⁵⁶ MUNÓZ CONDE, *op. cit.*, p. 193-194

¹⁵⁷ JESCHECK, *op. cit.*, p. 603

¹⁵⁸ CREUS, *op. cit.*, p. 380

3 TEORIAS SOBRE O CONCURSO DE PESSOAS

3.1 CONCURSO DE PESSOAS

NORONHA ensina que o crime é um fato humano e como tal pode ser praticado por uma ou várias pessoas. No caso da prática por diversas pessoas, estamos diante do “*concursum delinquentium*”, ou co-delinquência, que ocorre quando dois ou mais indivíduos cometem *um* crime, diferindo do “*concursum delictorum*”, que ocorre quando há dois ou mais delitos¹⁵⁹.

Há co-delinquência quando duas ou mais pessoas, ciente e voluntariamente, participam da mesma infração penal, podendo ocorrer pela convergência de vontades para o fim comum (uma pessoa adere à conduta da outra, sem que seja necessário o prévio acerto entre elas – *co-participação dolosa*) ou pela ausência do fim comum, devendo os co-partícipes prevê-lo (*co-participação culposa*)¹⁶⁰.

Quando falamos em concurso de pessoas, temos em mente um fato punível e diversos agentes. Porém, só há realmente concurso de pessoas naqueles delitos que poderiam ter sido praticados por apenas uma pessoa, mas que, por ajuste, foram praticados por dois ou mais sujeitos. Daí se conclui que a problemática do concurso de pessoas se insere apenas no concurso eventual, não sendo possível no concurso necessário, já que, neste, a pluralidade de agentes é elemento do tipo formal.

Falaremos, neste trabalho, brevemente sobre o concurso necessário, apenas a título ilustrativo, já que, como dito anteriormente, é no concurso eventual que se inserem as questões mais debatidas sobre o tema em tela.

3.1.1 Concurso Necessário

É necessário o concurso quando a realização do verbo constante do tipo requer a conjugação de condutas. Trata-se de crimes de caráter subjetivo. Tem-se, assim, que

¹⁵⁹ NORONHA, *op. cit.*, p. 211

¹⁶⁰ *Idem.*

a pluralidade de agentes é facultativa nos crimes monossujeitos e obrigatória nos plurissujeitos.

O concurso necessário é analisado fora do quadro geral reservado para o concurso de pessoas (art. 29, §§ 1º e 2º, CP), que “*regula as diversas situações resultantes do fato que, embora possa ser praticado individualmente, é produto de uma divisão de trabalho entre dois ou mais agentes*”¹⁶¹. A pluralidade de agentes é elemento do tipo, não se podendo falar em co-autoria¹⁶².

Importante observar que os crimes plurissujeitos não dependem do acordo de vontades nem da capacidade de culpa de todos os agentes.

O concurso necessário não oferece as dificuldades a serem examinadas neste trabalho. Vem aqui citado apenas a título ilustrativo, para se dar uma visão geral e a localização de onde se insere a problemática do concurso de pessoas.

O crime em concurso necessário pode apresentar-se nos seguintes aspectos:

3.1.1.1 Condutas paralelas

Nesta situação de condutas paralelas (ou de crimes de conduta unilateral), os agentes dirigem-se à produção do mesmo evento, atuando todos no mesmo sentido. DOTTI coloca como exemplos a rixa (art. 137 CP), a quadrilha ou bando (art. 288 CP), o motim de presos (art. 354 CP) e o conserto de militares para deserção (art. 191 CPM)¹⁶³.

3.1.1.2 Condutas convergentes

As condutas convergentes (crimes bilaterais ou de encontro) se caracterizam pela reunião física para a prática do evento. Como explica JOSÉ FREDERICO MARQUES, ocorre quando as ações partem de pontos opostos; embora se

¹⁶¹ DOTTI, *Curso...*, p. 362

¹⁶² NORONHA, *op. cit.*, p. 211

¹⁶³ DOTTI, *Curso...*, p. 353

desenvolvam em colaboração, uma vai de encontro à outra¹⁶⁴. Tem-se como exemplos a bigamia (art. 235 CP), o adultério (art. 240 CP) e a corrupção passiva (art. 317 CP)¹⁶⁵.

3.1.1.3 Condutas contrapostas

Consideram-se contrapostas as condutas que se manifestam umas contra as outras para a formação do verbo do tipo. Podemos citar o exemplo da rixa (art. 137 CP), que se caracteriza pela atividade desordenada dos rixosos, uns contra os outros¹⁶⁶.

3.1.2 Concurso Eventual

Geralmente a ação típica pode ser realizada por apenas uma pessoa. Diz-se que esta é a regra comum, independentemente da natureza da infração e dos meios ou modos de seu cometimento. Assim, salvo exceções, “o crime é um ‘fato individual’ na medida em que poder ser causado por ação ou omissão de um único sujeito”¹⁶⁷. Tem-se aqui o crime monossubjetivo.

Porém, não podemos ignorar que o crime pode ser resultado de um *fato coletivo*. Desta forma, duas ou mais pessoas se reúnem para praticar o ilícito penal, o que pode ocorrer facultativamente, para o melhor êxito da empreitada delituosa (nos crimes monossubjetivos), ou obrigatoriamente, quando o próprio tipo legal exige essa concorrência de atuações (nos crimes plurissubjetivos)¹⁶⁸.

Ocorre o *concurso eventual* quando o tipo de ilícito não exige a presença de dois ou mais agentes. A maioria dos crimes do nosso ordenamento, seja os previsto no Código Penal ou nas leis especiais, podem ser praticados por apenas uma pessoa.

¹⁶⁴ MARQUES, J. *Tratado de direito penal*. Campinas : Millennium, 2002. p. 359

¹⁶⁵ DOTTI, *Curso...*, p. 353

¹⁶⁶ *Idem.*

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 352

¹⁶⁸ *Idem.*

*“A co-autoria ou a participação em tais casos é uma eventualidade determinada pela planificação do delito ou pela conjuntura de sua prática, quando os sujeitos ativos estabelecem uma divisão de tarefas.”*¹⁶⁹

BITENCOURT coloca que, para se ter concurso de pessoas, *“É preciso, na expressão de Soler, a integração de um ‘processo físico de causação e um processo humano de produção de um resultado’.*”¹⁷⁰ Deve, portanto, estar presente o nexo causal e o liame subjetivo.

Para que se tenha o concurso de pessoas, além das contribuições causal e subjetiva, é fundamental que estejam presentes os seguintes elementos: 1º - *pluralidade de agentes e de condutas*: concorrência de mais de uma pessoa na execução de uma infração penal, sendo que a contribuição de cada um e de todos contribui para o desdobramento causal do evento e respondem todos pelo fato típico em razão da norma de extensão do concurso; 2º - *relevância causal de cada conduta*: a conduta típica ou atípica de cada participante deve integrar-se à corrente causal determinante do resultado, ou seja, eficácia causal; 3º - *vínculo subjetivo entre os participantes*: deve existir um liame psicológico entre os vários participantes, consciência de que participam de uma obra comum; 4º - *identidade de infração penal*: devem estar todos concorrendo para a realização de um mesmo tipo incriminador, ou seja, o resultado da ação de cada agente deve convergir para o mesmo objetivo típico¹⁷¹.

O concurso de agentes pode ser identificado em todo o desenvolvimento do *“iter criminis”*, ou seja, na fase de cogitação (induzimento ou instigação), dos atos preparatórios e na execução (co-autoria e participação). Depois de consumado o delito, não mais se admite o concurso de pessoas, exceto nos crimes permanentes, embora o Código Penal de 1890 admitisse a cumplicidade *“post factum”*. É possível, no entanto, ter-se atividade ilícita após a consumação, sem, contudo, caracterizar o concurso, sob a forma de delitos autônomos, como é o caso do favorecimento pessoal (art. 348, CP) e

¹⁶⁹ *Idem.*

¹⁷⁰ BITENCOURT, *Teoria...*, p. 257

¹⁷¹ BITENCOURT, *Tratado...*, p. 382

do favorecimento real (art. 349, CP), que atuam contra bem jurídico específico (a Administração Pública).

O legislador brasileiro não concedeu ao favorecimento ou encobrimento o “*status*” de forma de participação no delito, como fez o Código Penal espanhol, mas considerou-o delito autônomo contra a administração da justiça, como explicado acima.

No concurso eventual é que residem as questões mais debatidas sobre o concurso de pessoas. Aqui é que se inserem as discussões sobre os critérios diferenciadores, sobre as teorias a serem adotadas, e que serão analisadas em seguida.

3.2 TEORIAS QUE DISTINGUEM A AUTORIA DA PARTICIPAÇÃO

FERRI coloca que há dois critérios para disciplinar juridicamente a comparticipação criminosa: o objetivo, da Escola Clássica, em que “*se examina a diversa participação somente como contribuição e coeficiente causal à entidade jurídica do crime*” e o subjetivo, da Escola Positivista, em que “*o crime se estuda nos delinquentes que concorreram para a sua realização*”¹⁷².

Importante a observação de NILO BATISTA:

*O conhecido debate entre teorias monista (ou unitária), dualista e pluralista, ou seja, se, em caso de concurso de agentes, deve considerar-se um delito único (praticado por todos) ou dois delitos (um praticado pelos autores, outro pelos partícipes) ou ainda tantos delitos quantos autores e partícipes, na verdade não passa de uma formulação epifenomênica, que não influencia ou altera – embora possa disfarçar – o problema fundamental, que reside na concepção restritiva ou extensiva de autor.*¹⁷³

As teorias que se seguem partem dos conceitos restritivo ou extensivo de autor para fundamentarem e desenvolverem-se. Assim, as teorias objetivas consideram o

¹⁷² FERRI, E. **Princípios de direito criminal**. trad. Paolo Capitanio. Campinas : Bookseller Editora, 1996. p. 501

¹⁷³ BATISTA, *op. cit.*, p. 30-31

conceito restritivo de autor, ou seja, é autor aquele que realiza por si mesmo a ação típica, enquanto a teoria subjetiva, por sua vez, parte do conceito extensivo de autor.

3.2.1 Conceito Restritivo de Autor e Teorias Objetivas

ZAFFARONI diz que o conceito restritivo de autor é assim impropriamente chamado, já que busca ser o critério ôntico, real, de autor. Seria autor aquele que reúne os caracteres ônticos e típicos para sê-lo, sendo a instigação e a cumplicidade formas de extensão da punibilidade¹⁷⁴.

Para CARRARA, adepto dessa concepção, *“o autor principal do delito é quem executou o ato consumativo da infração. Aqueles que tomaram parte nos atos consumativos são co-autores, ou co-réus; mas todos delinquentes principais. Os demais participantes do desígnio criminoso, ou dos outros atos, que não os da consumação, são delinquentes acessórios, ou cúmplices em sentido lato.”*¹⁷⁵

Para as teorias objetivas, é autor quem realiza por si mesmo a ação típica, enquanto a simples contribuição à causação do resultado através de ações distintas das típicas não pode fundamentar nenhuma autoria. Assim, as formas especiais de participação – instigação e cumplicidade – importam na ampliação da punibilidade a ações situadas fora do tipo¹⁷⁶.

O conceito restritivo de autor conecta-se com a teoria objetiva da participação (teorias objetivo-material e objetivo-formal), eis que *“Si la realización de la acción típica significa ya objetivamente algo distinto a su favorecimiento, resulta evidente que la autoría y la participación deben distinguirse también conforme a criterios objetivos.”*¹⁷⁷.

NILO BATISTA ensina que há conseqüências pela adoção do conceito restritivo de autor: 1ª- aquele que se vale de um terceiro que obra sem dolo para a

¹⁷⁴ ZAFFARONI, Manual de direito penal brasileiro, p. 666

¹⁷⁵ CARRARA, *op. cit.*, p. 297

¹⁷⁶ JESCHECK, *op. cit.*, p. 589-590

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 590

execução do delito não pode ser considerado autor, constituindo uma “*sui generis*” instigação em crime culposo (e não autoria mediata); 2ª- dispositivos legais que regulem casos de simples participação devem ser vistos como causas de extensão da punibilidade, ou, de forma mais correta, extensão da tipicidade; 3ª- o objetivismo extremado faz com que separe a vontade da ação, tendo os fatos culposos um autor na mesma perspectiva de uma neutra produção típica do resultado; 4ª- sob regimes legais que apenem mais gravemente a conduta do autor, a fixação nesse critério formal pode conduzir a situações de injustiça¹⁷⁸.

3.2.1.1 Teoria objetivo-formal

A teoria objetivo-formal atribui importância ao elemento causal, mas destacando a conformidade da ação com a descrição formal do tipo penal. “*Essa teoria atém-se à literalidade da descrição legal e define como ‘autor’ aquele cujo comportamento se amolda ao círculo abrangido típica e, como ‘partícipe’, aquele que produz qualquer outra contribuição causal ao fato.*”¹⁷⁹

Para CAPEZ, está correta essa posição, já que “*Só pode ser considerado autor aquele que pratica o verbo do tipo, ou seja, a conduta principal nele descrita. Mandante e autor intelectual não são autores, mas partícipes, pois não realizam o núcleo da ação típica.*”¹⁸⁰

LISZT, defensor da teoria causalista, não vê distinção com base objetiva entre provocação, ação e cumplicidade. Autores e cúmplices são todos fatores ou concausas do delito, sendo que cada co-delinquente deve responder pela sua execução pessoal, não pela co-participação no fato de outrem¹⁸¹.

¹⁷⁸ BATISTA, *op. cit.*, p. 32

¹⁷⁹ BITENCOURT, *Tratado...*, p. 384

¹⁸⁰ CAPEZ, F. *Curso de direito penal* : parte geral : volume I. São Paulo : Saraiva. 2000. p. 290

¹⁸¹ LISZT, F. *Tratado de direito penal alemão*. trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas : Russell Editores, 2003. p. 334

Anote-se que os criminalistas alemães faziam a distinção entre a autoria (*Thäterschaft*), a co-autoria (*Mitthäterschaft*) e a cumplicidade *lato sensu* – participação – (*Theilnahme*), sendo esta dividida em instigação (*Anstiftung*) e cumplicidade por assistência (*Beihilfe*).

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA atribui a Beling o triunfo da tese objetivo-formal na Alemanha, já que ele fez a distinção entre tipicidade estrita e ampla para definir co-autor e cúmplice. *Co-autoria* seria o conjunto execução, realização de ações que pertencem ao núcleo do tipo; *cumplicidade* seria a realização de uma ação preparatória ou de uma ação acessória para a ação executiva de outro sujeito¹⁸².

Em síntese, o co-autor realiza uma ação executória, enquanto o partícipe realiza uma conduta prévia ou preparatória e colabora durante a execução, sem, contudo, executar o tipo legal, numa atividade meramente auxiliadora.

NILO BATISTA apresenta, com base em Ordeig, as três linhas de fundamentação para o critério formal-objetivo: 1ª- a execução do delito revela maior periculosidade e reprovabilidade que o fato de cometer um mero ato preparatório; 2ª- almeja fixar-se no teor literal dos preceitos penais; 3ª- “*cifrada naturalmente nos códigos que o permitem, busca derivar o critério formal-objetivo dos textos legais referentes a autoria e co-autoria*”¹⁸³.

Pode-se afirmar que o ponto de partida teórico do critério formal-objetivo – “*la significación constitutiva de la realización del tipo para la autoría*”¹⁸⁴ – é exato.

Os doutrinadores não são unânimes quanto ao que consiste exatamente o conceito objetivo-formal de autor. Para uns, é autor aquele que realiza *um elemento* do tipo, enquanto que, para outros, é autor aquele que realiza *todos os elementos* do tipo. Para ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, autor não consiste na primeira nem na segunda hipótese, é autor, para a teoria objetivo-formal, aquele que realiza *ato executivo*¹⁸⁵.

¹⁸² COSTA, *op. cit.*, p. 209

¹⁸³ BATISTA, *op. cit.*, p. 62

¹⁸⁴ ROXIN, C. **Sobre la autoría**. *Apud* BATISTA, Nilo. *op. cit.*, p. 62

¹⁸⁵ COSTA, *op. cit.*, p. 211

JESCHECK considera que a insuficiência da teoria objetivo-formal se manifesta nos delitos puros de resultado, já que nestes a ação consiste unicamente na causação do resultado típico e falta uma descrição do injusto que sirva para distinguir entre autoria e participação. Nestes casos, melhor seria a utilização da teoria objetivo-material, que proporciona um complemento através da consideração de maior periculosidade que deve caracterizar a contribuição ao fato pelo frente a do cúmplice¹⁸⁶.

Com muita propriedade, JESCHECK faz suas críticas à teoria objetivo-formal, citando em que parte do Código Penal alemão esta teoria poderia ser identificada:

Procede aceptar el concepto restrictivo de autor como posición de partida, porque descansa en la descripción de la acción de los tipos legales, y conecta así con el punto en el que el propio legislador ha dado a conocer lo que quiere que se entienda por autoría en los diversos tipos de delito. La teoría objetivo-formal ha sido recogida por el § 25 I en la medida de que es autor. en todo caso, quien realiza el delito mismo. No cabe, sin embargo, defender más allá esta teoría. Tiene, sin duda, la ventaja de la claridad, pero hay que pagar por ello un precio demasiado alto, consistente en el formalismo de una rígida vinculación a la literalidad de la ley.¹⁸⁷

O prof. JUAREZ CIRINO aponta que esse critério, embora correto para identificação do autor isolado da ação típica – autoria direta ou de mão própria –, é insuficiente nas situações de *autoria mediata*¹⁸⁸ e de *co-autoria*¹⁸⁹. MUÑOZ CONDE acrescenta que a teoria objetivo-formal é insuficiente para fundamentar algumas hipóteses de realização do delito com a utilização de um instrumento de poder¹⁹⁰.

Ainda que possa solucionar alguns casos, não possui essa teoria uma solução geral satisfatória, além de possuir algumas contradições que lhe são intrínsecas. Nos dizeres de NILO BATISTA, “A crítica mais abrangente que se pode dirigir ao critério formal-objetivo consiste em que a filiação da autoria à realização pessoal da atividade executiva não se compatibiliza com a realidade, porque omite, como diz

¹⁸⁶ JESCHECK, *op. cit.*, p. 590

¹⁸⁷ *Idem.*

¹⁸⁸ No mesmo sentido, MUÑOZ CONDE. *op. cit.*, p. 196, CREUS, *op. cit.*, p. 385

¹⁸⁹ SANTOS, *Teoria...*, p. 74. No mesmo sentido, BATISTA, *op. cit.*, p. 63-64

¹⁹⁰ MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 196

Roxin, a consideração da 'estruturação do transcurso do sucesso', disposta pelo homem que maneja a lei causal e a coloca a serviço de seus fins."¹⁹¹

Essa teoria predominou na Alemanha desde século XIX até recentemente, sendo defendida por Merkel, Von Liszt, Sauer, Dohna, Beling e Mezger, e, na Itália, era prestigiada por Nocito, Impallomeni, Santoro, Bettioli e Antolisei¹⁹². Segundo CAPEZ, adotam esse critério no Brasil: Aníbal Bruno, Heleno Cláudio Fragoso, José Frederico Marques e Damásio E. de Jesus¹⁹³. NILO BATISTA acrescenta a esta lista Salgado Martins, Mirabete, René Ariel Dotti e Beatriz Vargas Ramos¹⁹⁴.

3.2.1.2 Teoria objetivo-material

Pelo critério objetivo-material, a distinção entre autoria e participação deveria ser analisada sob o enfoque da diferença de eficiência ou relevância causal das respectivas condutas. Assim, o nível em que se processasse essa pesquisa faria com que a distinção girasse em torno de condutas causais / não causais; causa / condição; causa adequada / causa inadequada; causa necessária / causa desnecessária; causa positiva / causa negativa; e assim por diante¹⁹⁵.

Essa teoria acredita ser possível perceber a diferença de valor causal entre a atuação do autor e do partícipe. Não tem aplicação no nosso direito penal, eis que o nosso Código Penal, em seu art. 13, adotou a teoria de equivalência dos antecedentes (art. 13, CP: "*O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*").

Porém, NILO BATISTA coloca que a contribuição dessa teoria foi questionar a causalidade absolutizada pela equivalência dos antecedentes¹⁹⁶.

¹⁹¹ BATISTA, *op. cit.*, p. 39

¹⁹² *Ibidem*, p. 61

¹⁹³ CAPEZ, *op. cit.*, p. 288

¹⁹⁴ BATISTA, *op. cit.*, p. 61

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 65

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 67

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA ensina que o autor seria a causa e o cúmplice a condição de resultado típico. Cita Feuerbach, que considerava o cúmplice como *causa acessória*, e Finger, que dizia que o autor seria *causa do resultado*. “A distinção entre autoria e participação se situaria na relevância causal da conduta. Sua falha está em transmudar no concurso de pessoas toda a ‘vexata quaestio’ diferenciadora entre causa e condição no campo da causalidade material.”¹⁹⁷

VON LISZT ensina que a doutrina alemã distinguia, no concurso de agentes, entre *causar* e *pôr* uma simples condição. Desta forma, autor é quem *causa* e, se causar com outros, será co-autor. Aquele que põe uma condição é cúmplice. Para VON LISZT, a distinção entre causa e condição é insustentável, faltando para a diferenciação entre autoria e cumplicidade uma base objetiva¹⁹⁸.

JESCHECK também tece suas críticas acerca da teoria objetivo-material:

*Tampoco la teoría objetivo-material basta, si se la entiende de forma puramente objetiva. para abarcar todos los factores relevantes del delito. pues la peligrosidad de cada contribución al hecho no se determina sólo por el acaecer externo, sino también por el plan global de los intervinientes. Las graduaciones en la relación de causalidad. suponiendo que se pudieran efectuar, tampoco serían decisivas, puesto que lo determinante para la imputación de un hecho es la forma de conducción del acaecer causal.*¹⁹⁹

3.2.2 Conceito Extensivo de Autor e Teoria Subjetiva

A concepção extensiva de autor – “*extensiver Täterbegriff*” – relaciona a autoria com a causação da realização típica. Welzel chamou-a de “*fruto tardio da teoria da ação causal*”²⁰⁰.

A teoria subjetiva tem fundamento na idéia de equivalência de todas as condições do resultado. Assim, é autor todo aquele que tenha contribuído para causar o

¹⁹⁷ COSTA, *op. cit.*, p. 218

¹⁹⁸ LISZT, *op. cit.*, p. 336

¹⁹⁹ JESCHECK, *op. cit.*, p. 591

²⁰⁰ BATISTA, *op. cit.*, p. 32

resultado típico, sem que sua colaboração ao fato tenha que se consistir numa ação típica²⁰¹.

O instigador e o cúmplice seriam também autores, mas o estabelecimento de especiais disposições penais para a participação indicaria que estas formas de intervenção devem ser tratadas de outra maneira no conceito global de autor. Logo, instigação e cumplicidade aparecem como causas de restrição da pena.

Assim, todo aquele que traz alguma contribuição é autor e não há maneira de objetivamente distinguir autor de partícipe. Por isso este critério sobre a natureza da participação deve recorrer aos critérios subjetivos de delimitação²⁰².

Assim, pelo critério subjetivo, a distinção entre autor e partícipe se dá porque, enquanto o primeiro atua com vontade de autor (“*Täterwille*” ou “*animus auctoris*”) e deseja a ação como própria (“*als eigene*”), o segundo atua com vontade de partícipe (“*animus socii*”), seja de instigador (“*Anstifterwille*”) ou cúmplice (“*Gehilfemwille*”), e deseja a ação como alheia (“*als fremde*”)²⁰³.

Defenderam essa teoria na Alemanha Eberhard Schmidt e Edmund Mezger, e, no Brasil, Hungria.

NILO BATISTA coloca que a adoção de um conceito extensivo de autor também impõe conseqüências: estabelece um ponto de identidade ou aproximação entre autores e cúmplices, referidos ambos à causação do delito; eventuais dispositivos legais que regulem os casos de simples participação devem ser visto como causas de limitação de punibilidade; na linha de nivelamento produzida por essa concepção, o protagonista do delito aparece como produto residual (como aquele causante que não é partícipe); relativiza a função de garantia do Direito Penal; finalmente, ocasionou o surgimento e evolução de uma teoria subjetiva de participação²⁰⁴.

²⁰¹ JESCHECK, *op. cit.*, p. 591

²⁰² ZAFFARONI, *Manual de direito penal brasileiro*, p. 666

²⁰³ BATISTA, *op. cit.*, p. 67

²⁰⁴ *Ibidem.*, p. 33-34

3.2.2.1 Teoria subjetiva-causal ou extensiva

Assim, se a partir de uma perspectiva causal a autoria e a participação não podem ser distinguidas objetivamente, a diferenciação deve ser buscada através de um critério subjetivo. O critério extensivo de autor acompanha a teoria subjetiva da participação. JESCHECK ensina que, para esta teoria, é *autor* quem com *vontade de autor* realiza uma contribuição causal ao fato, qualquer que seja o seu conteúdo, sendo, ao contrário, *partícipe* quem unicamente tem então *vontade de partícipe*. A diferença está em que o autor quer o fato como próprio, tendo assim “*animus auctoris*”, enquanto o partícipe quer o fato como *alheio*, tendo “*animus socii*”²⁰⁵.

É necessário, portanto, saber quando o fato é querido como próprio. A doutrina indica dois caminhos para se determinar o ânimo de autor: pela teoria do dolo – se o partícipe subordinou a sua vontade a do autor e se deixou que este decidisse sobre a execução do fato – e pela teoria do interesse²⁰⁶. Geralmente, para descobrir quando o fato é querido como próprio, utiliza-se o critério ditado pelo interesse que o autor tem na obtenção do resultado ou da vontade que possui de dominar o fato²⁰⁷.

Desta forma, autoria e participação deixam de ser uma questão de tipo para converterem-se em outra de individualização da pena. JESCHECK faz sua crítica, alegando que os preceitos penais se dissolveriam na prática com a extensão da punibilidade a toda contribuição causal e culpável do fato. Para ele, a consequência mais importante de dita teoria é que quem atua de mão própria e com plena responsabilidade pode também ser apenas cúmplice, se não deseja o fato como *próprio*²⁰⁸.

JUAREZ CIRINO ressalva que “*Apesar de identificar ‘estados de ânimo’ próprios de autor e partícipe da ação típica, a impossibilidade de descrever a relação*

²⁰⁵ JESCHECK, *op. cit.*, p. 591

²⁰⁶ CREUS, *op. cit.*, p. 384

²⁰⁷ ZAFFARONI, *Manual de direito penal brasileiro*, p. 667.

²⁰⁸ JESCHECK, *op. cit.*, p. 592

de determinação entre o 'estado de ânimo' e a 'ação típica' reduz a teoria a uma fórmula vazia”²⁰⁹.

Este também é o entendimento de MUÑOZ CONDE, já que esta teoria não leva em consideração que o dolo do responsável pelo delito, seja ele autor ou partícipe, nada tem a ver com a circunstância de ele querer o fato como próprio ou alheio, e sim a consciência e vontade de intervir na realização de um delito, quaisquer que sejam as razões ou motivos pelos quais ele aja²¹⁰.

ZAFFARONI também entende que a teoria extensiva de autor deve ser rejeitada, assim como a tese do autor único, pois, “se a participação é uma forma de atenuar a pena da autoria, não pode ser partícipe quem não preencha os requisitos para ser autor”²¹¹.

Para CREUS, essa teoria deve ser rejeita por duas razões: teoricamente reduz o delito a um mero acontecer causal, sem considerar outros elementos que o conformam (Gallas) e, na prática, estende desmesuradamente a autoria²¹².

O critério subjetivo de distinção foi usado pela jurisprudência alemã, onde ainda persiste, e conduziu a soluções totalmente absurdas. Muitos autores, tais como ZAFFARONI²¹³, ÁLVARO MAYRINK DA COSTA²¹⁴, NILO BATISTA²¹⁵, colocam como exemplos, para demonstrar o absurdo a que pode chegar as conclusões desta teoria, os seguintes casos: 1º - “um assassino profissional contratado num país estrangeiro, que fora enviado para matar asilados croatas com uma pistola de gás venenoso, não era autor, porque não queria o fato como seu, pois o interesse pelo resultado pertencia à potência que o enviava”; 2º - “a irmã da parturiente que, a pedido desta – prostrada e sem forças – afogou o recém-nascido na banheira, não era autora, e sim cúmplice, porque não queria o fato como seu, nem tinha interesse pessoal no resultado”.

²⁰⁹ SANTOS, Teoria..., p. 73

²¹⁰ MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 196

²¹¹ ZAFFARONI, *Manual de direito penal brasileiro*, p. 666

²¹² CREUS, *op. cit.*, p. 383

²¹³ ZAFFARONI, *Manual de direito penal brasileiro*, p. 667.

²¹⁴ COSTA, *op. cit.*, p. 216

²¹⁵ BATISTA, *op. cit.*, p. 67-68

Podemos citar também as condenações dos nazistas, em que os executores de milhares de mortes foram condenados como cúmplices, já que queriam os fatos como alheios²¹⁶.

3.2.3 Teoria Objetivo-Subjetiva ou do Domínio Final do Fato

Tem aberto espaço na doutrina, nos últimos decênios, uma teoria que utiliza o critério distintivo do *domínio do fato* (“*Tatherrchaft*”): é autor quem tem o domínio do fato.

Essa teoria deriva da doutrina finalista da ação, proposta pela primeira vez por Hans Welzel. Esta doutrina parte de um conceito ontológico de ação humana, considerando que o ordenamento jurídico tem seus limites, “*pode ele selecionar e determinar quais os dados da realidade que quer valorar e vincular a certos efeitos (efeitos jurídicos), mas não deve pretender ir além disso, porque não pode modificar os dados da própria realidade, quando valorados e incluídos nos tipos delitivos.*”²¹⁷

Assim, a estrutura finalista da ação humana não pode ser negada nem alterada pelo Direito ou pelo legislador²¹⁸.

Para JESCHECK, nem uma teoria puramente objetiva nem outra puramente subjetiva são apropriadas para, de maneira convincente, fundamentar a essência da autoria e, ao mesmo tempo, colocar os limites entre a autoria e a participação. Cabe, então, tentar uma síntese de ambas opiniões doutrinárias, já que cada um caracteriza corretamente um aspecto da questão, mas, aplicadas isoladamente, não chegam a captar o sentido total daquela²¹⁹.

No mesmo sentido, JUAREZ CIRINO ensina que as teorias somente objetivas ou somente subjetivas não oferecem critérios seguros para identificar autor e partícipe do fato punível. A teoria do domínio do fato conjuga o conceito restritivo de autor,

²¹⁶ BITENCOURT, Teoria..., p. 262

²¹⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 96

²¹⁸ *Idem.*

²¹⁹ JESCHECK, *op. cit.*, p. 593

vinculando o conceito de autor à ação do tipo legal (teoria objetiva), e incorpora a vontade como energia produtora do acontecimento típico (teoria subjetiva).

Tem-se que o conceito de *autor* não pode limitar-se, como pretendia a teoria objetivo-formal, à realização de uma ação típica no sentido estrito literal. A interpretação dos tipos revela que a descrição de uma ação, quando o resultado se produz pela atuação conjunta de várias pessoas, deve ser entendida de um modo material que possibilite a flexibilização do sentido literal. Desta forma, o tipo, em certas condições, pode ser realizado também por aqueles instrumentos que, ainda que não executem uma ação típica em sentido formal, possuem o domínio do fato ou então o compartilham – caso da autoria mediata e da co-autoria²²⁰.

Porém, a teoria do domínio do fato faz mais do que simplesmente unir as duas teorias, ela *“supera os limites daquelas teorias porque considera a ação na sua estrutura subjetiva e objetiva, pressuposta no controle do fato típico e necessária para mostrar o fato como ‘obra’ do autor: subjetivamente, a vontade criadora do fato típico; objetivamente, o significado da contribuição concreta para o fato típico”*²²¹.

Sobre o tema, importante as considerações de ZAFFARONI:

*Possui o domínio do fato quem detém em suas mãos o curso, o ‘se’ e o ‘como’ do fato, podendo decidir preponderantemente a seu respeito; dito mais brevemente, o que tem o poder de decisão sobre a configuração central do fato (Samson). Este critério exige sempre uma valoração que deve ser concretizada frente a cada tipo e a cada forma concreta de materializar uma conduta típica. Não pode ter fundamento em critério puramente objetivos nem puramente subjetivos, mas abarca ambos os aspectos e requer uma concretização no caso efetivamente dado.*²²²

Nos dizeres de Bacigalupo, trazidos na obra de COSTA, a noção de domínio do fato (*“Tatherrchaft”*) é disponibilidade da decisão sobre a consumação ou desistência do delito, que deve ser objeto do conhecimento pelo autor²²³.

²²⁰ *Ibidem*, p. 594

²²¹ SANTOS, A moderna..., p. 279

²²² ZAFFARONI, *Manual de direito penal brasileiro*, p. 668.

²²³ COSTA, *op. cit.*, p. 221

“A posição de domínio da ação (*Handlungsherrschaft*) só pode existir com a consciência e a vontade do autor do fato punível, isto é, inexistente domínio do fato sem a presença do atuar doloso.”²²⁴

Daí o papel de destaque da Teoria do Domínio do Fato, que parte do conceito restritivo de autor com sua vinculação ao tipo legal. Logo, a autoria não pode se basear em qualquer contribuição à causação do resultado, mas apenas na realização de uma ação típica. Porém, a ação típica deve aqui ser entendida como uma unidade objetivo-subjetiva, e não meramente como uma atuação com determinada atitude pessoal ou como mero acontecer do mundo exterior²²⁵.

Assim, é determinante para a autoria a vontade de direção, bem como o peso objetivo da parte do fato assumida por cada interveniente. “*De ahí que sólo pueda ser autor quien, según la importancia de su contribución objetiva, comparte el dominio del curso del hecho.*”²²⁶

BITENCOURT atribui a elaboração dessa teoria a Welzel, que em 1939, com seu finalismo, criou a tese de que nos crimes dolosos *é autor quem tem controle final do fato*²²⁷. JUAREZ CIRINO, por sua vez, coloca que dita teoria, embora Welzel tivesse falado anteriormente em domínio final do fato, foi desenvolvida essencialmente por Roxin²²⁸.

Atribui-se a elaboração da teoria do domínio do fato a Welzel, sendo ela seguida por Roxin, Gallas, Maurach, Wessels, Stratenwerth e Jescheck na Alemanha, por Ordeig na Espanha, por Bacigalupo na Argentina, por Latagliata na Itália e por Yañez-Perez no Chile²²⁹.

A teoria do domínio do fato é uma elaboração superior às teorias até então conhecidas, eis que distingue claramente as figuras do autor e do executor e admite o

²²⁴ *Idem.*

²²⁵ JESCHECK, *op. cit.*, p. 593-594

²²⁶ *Ibidem*, p. 594

²²⁷ BITENCOURT, *Tratado...*, p. 386

²²⁸ SANTOS, *A moderna...*, p. 278

²²⁹ No mesmo sentido, COSTA, *op. cit.*, p. 221 e BATISTA, *op. cit.*, p. 70

autor mediato²³⁰, figura esta que as outras teorias tinham dificuldade ou impossibilidade de explicar.

BITENCOURT explicita algumas conseqüências dessa teoria:

*1ª) a realização pessoal e plenamente responsável de todos os elementos do tipo fundamenta sempre a autoria: 2ª) é autor quem executa o fato utilizando a outrem como instrumento (autoria mediata): 3ª) é autor o co-autor que realiza uma parte necessária do plano global ('domínio funcional do fato'). embora não seja um ato típico, desde que integre a resolução delitiva comum.*²³¹

Nas palavras de MUÑOZ CONDE, apesar de vago, este conceito de domínio do fato é o mais apto para delimitar o autor e o partícipe, porque, ainda que em algumas situações seja difícil determinar quem tem o domínio do fato, “só quem tenha a última palavra e decida se o delito deve ser ou não praticado deve ser considerado autor”²³².

Prossegue ele dizendo que “em algumas formas de delito (culposos, de comissão por omissão especiais), o domínio do fato deve ser completado ou substituído por outros critérios específicos, como a infração do dever extrapenal, e a posição de garante, constituindo o que Roxin denomina “Pflichtdelikte” (delitos consistentes na infração do dever)”²³³.

NILO BATISTA observa que:

*A primeira objeção que tal critério ensejaria, especialmente para a doutrina brasileira ainda aferrada a uma teoria do delito de base causal, consistiria na impossibilidade de construir-se um conceito unitário de autor para os delitos dolosos e culposos, que não poderiam ter uma só teoria da participação. Para os finalistas, não há aí qualquer motivo de espanto, e espantoso seria, isto sim, a redução a esquemas comuns de realidades tão distintas.*²³⁴

Hoje a teoria do domínio do fato é dominante na dogmática penal, porém, não está livre de críticas. Alguns autores dizem que ela apresenta dificuldades para a sustentação da autoria mediata quando a execução do fato punível ocorre através de

²³⁰ BITENCOURT, *Tratado...*, p. 386

²³¹ BITENCOURT, *Teoria...*, p. 263

²³² MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 196

²³³ *Idem.*

²³⁴ BATISTA, *op. cit.*, p. 71

instrumento que age sem intenção ou qualificação, ficando a autoria mediata sem fundamentação na vulneração do dever espacial, como exemplo o caso do funcionário público²³⁵.

CREUS coloca que a teoria do domínio do fato introduziu na aplicação da lei argentina complexidades difíceis de superar. Diz ele que:

Si se admite, por ejemplo, que dicho concepto de autor es 'abierto', será evidente que muchas veces tendrá que ser llenado por el intérprete, con lo cual no se requerirá a su respecto las limitaciones de la tipicidad de los actos que el sujeto tiene que realizar para asumir el carácter de autor, lo cual, elevado a la categoría de principio general, puede terminar siendo peligroso para la garantía de legalidad. Según Roxin, conceptos abiertos son aquellos en los que 'en lugar de una exacta definición entra en acción la descripción', y donde al fin es la doctrina la que da 'principios' en todos aquellos casos en que el intérprete considera que la descripción es insuficiente (Bacigalupo). Así veremos, por ejemplo, que el laboreo con el 'plan del autor' – que es la esencia del dominio del hecho – puede llegar a extender la tentativa a límites que nuestro derecho no aceptaría.²³⁶

Prossegue afirmando que tal teoria apresenta limitações em sua aplicação à totalidade dos delitos, fazendo com que se introduzisse uma nova classificação de delitos de domínio e delitos de infração do dever, que não admitem essa teoria para determinar o caráter de autor²³⁷.

3.3 TEORIA ADOTADA PELO NOSSO CÓDIGO PENAL

Nosso Código Penal não optou por nenhuma das teorias anteriormente explicadas. Não apenas não menciona que teoria deve ser adota, como não diferencia autor, co-autor e partícipe.

Para se saber qual a teoria a ser aplicada no caso em tela, devemos fazer uma interpretação da nossa lei penal. Não há unanimidade na doutrina, mas há uma preferência pela teoria do domínio do fato (optam por essa teoria JUAREZ CIRINO

²³⁵ COSTA, *op. cit.*, p. 221-222

²³⁶ CREUS, *op. cit.*, p. 379

²³⁷ *Ibidem*, p. 387

DOS SANTOS²³⁸, LUIZ REGIS PRADO²³⁹, PIERANGELI²⁴⁰, ÁVARO MAYRINK DA COSTA²⁴¹, MIGUEL REALE JÚNIOR²⁴²), apesar de que há doutrinadores renomados que optam pela teoria formal-objetiva, como FREDERICO MARQUES, MAGALHÃES NORONHA, ANÍBAL BRUNO E HELENO FRAGOSO.

Ainda que não haja posição unânime, também não é possível que cada intérprete dê a sua solução para o caso, a seu bel-prazer. Assim, o mais lógico é aplicarmos o que nos ensina ZAFFARONI, que os conceitos de autoria, co-autoria e participação sejam extraídos da realidade.

Assim, como o critério do *domínio do fato* não é totalmente oposto aos critérios objetivo-material, objetivo-formal ou subjetivo, como permite a distinção dos agentes do fato punível em autores, co-autores e partícipes e, finalmente, como compatível com a tendência finalista da parte geral do Código Penal, é o critério pelo qual optamos neste trabalho.

Desta forma, será dado seguimento ao estudo da *teoria do domínio do fato* nos capítulos seguintes, que versam sobre as diferentes formas de intervenção no delito.

3.4 COMUNICABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS E CONDIÇÕES PESSOAIS

O art. 30 do Código Penal estabelece que “*não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do tipo*”.

Analisemos, primeiramente, o que seja circunstâncias e condições a que se refere esse dispositivo.

“*Condições de caráter pessoal são as relações do agente com o mundo exterior, com outros seres, com estado de pessoa, parentesco, etc. Elementares do*

²³⁸ SANTOS, A moderna..., p. 280

²³⁹ PRADO, L. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. 1 : parte geral : arts. 1º a 120. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 316

²⁴⁰ PIERANGELI, **Escritos...**, p. 49

²⁴¹ COSTA, *op. cit.*, p. 213

²⁴² REALE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 314-315

crime são dados, fatos, elementos e condições que integram determinadas figuras típicas.”²⁴³

“*Circunstâncias são dados, fatos, elementos ou peculiaridades que apenas ‘circundam’ o fato principal. Não integram a figura típica, podendo contribuir, contudo, para aumentar ou diminuir a sua gravidade.*”²⁴⁴ As circunstâncias podem ser *objetivas*, quando dizem respeito ao fato objetivamente considerado – qualidade e condições da vítima, tempo, lugar, modo e meios de execução –, e *subjetivas*, quando se referem ao agente – sua qualidades, estado, parentesco, motivos do crime.

As circunstâncias e as condições de caráter pessoal não se comunicam, a menos que sejam elementares do tipo.

Via de regra, as circunstâncias objetivas sempre se comunicam aos que intervêm no crime. Há uma exceção a esta regra, no entanto, quando o agente desconhece o elemento objetivo utilizado pelo seu comparsa. Assim, a mulher que deseja a morte de seu marido para ficar com a herança e contrata uma pessoa para tirar-lhe a vida, mas pede que o faça de maneira rápida e sem infringir-lhe dor maior do que a necessária para causar-lhe a morte, e esta pessoa utiliza-se de meio cruel para causar o homicídio, esta responderá por homicídio qualificado porque foi mediante paga e meio cruel (art. 121, § 2º, incs. I e III, CP) e a mulher da vítima por homicídio qualificado pelo motivo torpe, sem responder, contudo, pelo meio cruel (art. 121, § 2º, inc. I, CP).

Em síntese, circunstâncias e condições de caráter pessoal não se comunicam entre co-autores e partícipes, por expressa determinação legal. Já as circunstâncias objetivas e as elementares do tipo só se comunicam se entram na esfera de conhecimento dos participantes.

²⁴³ BITENCOURT, Código..., p. 129

²⁴⁴ *Idem.*

CONCLUSÕES

Podemos dizer que a primeira legislação brasileira que tratou do concurso de agentes foi o Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, que fazia a distinção entre autores e cúmplices.

O primeiro Código Penal da República, o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, de 1890, manteve o mesmo sistema, diferenciando autores e cúmplices. Este *codex* tentou estabelecer exaustivamente as hipóteses de autoria e cumplicidade, mas foi insuficiente diante da realidade imposta.

Sucederam-se, então, alguns projetos de Código Penal, que introduziram alguns avanços sobre o tema, como o projeto de João Vieira de Araújo, de 1893, que introduziu regras sobre a comunicabilidade de circunstâncias.

O Código Penal de 1940, sobre o concurso de agentes, estabeleceu o título “*Da co-autoria*”. Adotou a teoria da “*conditio sine qua non*”, assim, todos os que concorressem para o crime seriam autores.

Com a Reforma da Parte Geral de 1984, que agasalhou a Teoria Finalista da Ação, o título sobre o concurso de agentes passou a se denominar “*Do concurso de pessoas*”, seguindo uma linha de raciocínio que vinha desde o natimorto Código Penal de 1969 que se referia ao “*concurso de agentes*”.

O nosso Código Penal vigente não faz a distinção expressa entre autores, co-autores e partícipes, mas reconhece o princípio da culpabilidade, pelo qual cada agente receberá sua pena de acordo com o seu grau de envolvimento no fato punível.

O problema do concurso de agentes está intimamente ligado ao tipo penal, estando a autoria e a participação vinculadas aos tipos incriminadores, sendo deles dependentes. De todos que intervêm no fato criminoso, podemos fazer a diferenciação entre autor (direto e mediato), co-autor e partícipe (instigador e cúmplice). Optamos pelo critério que acreditamos ser o melhor para distinguir tais figuras: o critério objetivo-subjetivo, ou do domínio do fato.

A teoria do domínio do fato aplica-se somente aos crimes dolosos, devendo a intervenção, seja dos autores, dos co-autores ou dos partícipes, também ser dolosa. Por

tal critério, será autor aquele que possui o domínio do fato. Quando duas ou mais pessoas compartilhem o domínio do fato, são co-autores.

Esse critério não é absoluto e não é aplicável a todos os injustos. Assim, nos delitos especiais próprios, nos de omissão e nos culposos, a autoria se fundamenta na violação de dever imposta pela norma.

Nas infrações em que há execução pessoal dolosa, temos a autoria direta. Já nos casos que o sujeito se utiliza de outro como instrumento, temos autoria mediata.

Na co-autoria estamos diante de uma infração penal na qual intervêm dois ou mais agentes, compartilhando o domínio do fato, ou seja, cada um possui o co-domínio ou o domínio funcional do fato.

Já a instigação e a cumplicidade, formas de participação, são atividades acessórias da conduta principal, dependendo da punibilidade desta.

Pelo nosso Código Penal, o crime é único para todos os que para ele concorrem, sendo adotada a teoria monista como regra geral.

Temos como requisitos para o concurso de pessoas a unidade da infração penal, a pluralidade de condutas, a relevância de cada uma delas e o liame subjetivo entre os concorrentes do fato punível.

Circunstâncias e condições de caráter pessoal não se comunicam ente co-autores e partícipes, enquanto as circunstâncias objetivas e as elementares do tipo só se comunicam se entram na esfera de conhecimento dos participantes.

Temos, então, que o concurso de agentes é tema complexo da teoria do crime, sendo melhor desvendado pela teoria do domínio do fato, que é a que apresenta o melhor critério para fazer a diferenciação entre autoria, co-autoria e participação. Esta teoria é a mais razoável e mais justa, atribuindo a autoria àqueles que possuem o domínio do fato e a co-autoria os que possuem o domínio funcional do fato – co-domínio –, estando a participação em posição acessória ao fato principal.

Procuramos com este trabalho fazer uma análise geral sobre o concurso de pessoas, apresentando a teoria que entendemos ser a mais adequada, sem, contudo, querermos trazer uma solução definitiva para este assunto que é tão debatido em Direito Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRETTA, Luiz Renato Skroch. **Concurso de pessoas** : uma incursão nos problemas fundamentais do tema à luz da nova parte geral do código penal. Curitiba, 1999. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

ASHWORTH, Andrew. **Principles of criminal law**. Oxford : Clarendon Press, 1995.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo : Saraiva, 2002.

_____. **Teoria geral do delito**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Tratado de direito penal** : parte geral. 8. ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal** : parte geral : Tomo II : fato punível. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1984.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal** : parte geral : volume I. São Paulo : Saraiva, 2000.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas : LZN Editora, 2002.

COSTA, Álvaro Mayrink. **Direito penal** : volume I, tomo II – parte geral. 4. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense, 1992.

CREUS, Carlos. **Derecho penal** : parte general. 4. ed., atual. y ampl. Buenos Aires : Astrea, 1999.

DOTTI, René Ariel. **Reforma penal brasileira**. Rio de Janeiro : Forense, 1988.
_____. **Curso de direito penal : parte geral**. Rio de Janeiro : Forense, 2001.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**. trad. Paolo Capitanio. Campinas : Bookseller Editora, 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal : parte geral**. 15. ed. rev por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro : Forense, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal : parte general**. 4. ed. ampl. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada : Comares, 1993.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas : Russell Editores, 2003.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas : Millennium, 2002.

MAURACH, Reinhart. **Derecho penal : parte general : tomo II : formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho**. trad. Jorge Bofia Genzsch. Buenos Aires : Astrea, 1995.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Trad. e notas Juarez Taveres e Luiz Regis Prado. Porto Alegre : Fabris, 1988.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. São Paulo : Saraiva, 2003.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil** : evolução histórica. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

_____ **Escritos jurídico-penais**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. 1 : parte geral : arts. 1º a 120. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa : Vega, 1986.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2000.

_____ **Teoria do crime**. São Paulo : Acadêmica, 1993.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** : parte geral. 4. ed. rev. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal** : parte general. 6. ed. Buenos Aires : EDIAR, 1998.