



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

IGOR NÓBREGA AGUIAR

**AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NOS DELITOS DE MÃO
PRÓPRIA**

Fortaleza- Ceará
2006

IGOR NÓBREGA AGUIAR

AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NOS DELITOS DE MÃO PRÓPRIA

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFC/CE), como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Sérgio Bruno Araújo Rebouças

Fortaleza - Ceará

2006

AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NOS DELITOS DE MÃO PRÓPRIA

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFC/CE), como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Sérgio Bruno Araújo Rebouças

Aprovada em: 17 de janeiro de 2007.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Sérgio Bruno Araújo Rebouças (Orientador)
Universidade Federal do Ceará

Profa. Caroline Pontes Almeida
Universidade de Fortaleza

Bel. Plínio Rossi Campos
Universidade Federal do Ceará

*Para Tici. Tudo o que ficou.
Tudo o que virá a ser.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela oportunidade de usufruir esse mundo.

À minha família, em especial minha mãe, pelo constante carinho e crença em meus caminhos.

Ao Paulo, Sacha, Rafinha e Samanta. Pelos bons momentos de vida que ainda teremos.

Aos amigos da Procuradoria da República, em especial ao Raphael e Plínio, por me fazerem sentir, muitas vezes, que o trabalho era um grande encontro de amigos.

Aos amigos Liviane, Debinha, Sâmia, André, Carol, Edson, Naiana, Gabriela, Giulliano, Valdiane, Vlândia, Kelviane, Poliana, e tantos outros com quem tive o prazer de trabalhar e de aprender muito.

Finalmente, à Milena, por ter feito, simplesmente, uma revolução incomensurável na minha vida pessoal e profissional.

"Tenho apenas duas mãos e o sentimento do mundo".
Carlos Drummond

RESUMO

Analisa o sistema do concurso de pessoas no direito penal brasileiro, apresentando as teorias que retratam a autoria e a participação, bem como a teoria do domínio do fato e a autoria especial por determinação, aplicável nos delitos de mão própria.

Palavras chave: Concurso de Pessoas. Autoria. Teoria do Domínio do Fato. Participação. Crimes de Mão Própria. Autoria por Determinação.

ABSTRAIT

Il analyse le système de la concurrence des personnes dans le droit pénal brésilien, présentant les théories qui dépeignent l'auteur du crime et la participation, aussi bien que la théorie du domaine du fait et la profession spéciale d'auteur de la détermination, applicable dans les délits de la main propre.

Mots clés: Concurrence des Personnes. Auteur du Crime. Théorie du Domaine du Fait. Participation. Crimes de Main Propre. Auteur de la Détermination.

Sumário

Introdução	13
Capítulo 1 O Concurso de Pessoas. Teorias e Requisitos	16
1.1 Introdução	16
1.2 Teoria sobre o concurso de pessoas	18
1.2.1 Teoria pluralista	18
1.2.2 Teoria dualista	20
1.2.3 Teoria monista ou unitária	20
1.3 Requisitos do concurso de pessoas	22
1.3.1 Pluralidade de agentes e condutas	23
1.3.2 Relevância causal de cada conduta	23
1.3.3 Liame subjetivo entre os agentes	24
1.3.4 Identidade de fato	25
Capítulo 2 Conceito de Autoria e suas Concepções	26
2.1 A Concepção Restritiva	28
2.2 A Concepção Unitária	31
2.2.1 Teoria objetivo-formal	32
2.2.2 Teoria objetivo-material	33
2.3 A Concepção Extensiva	34
2.4 Teoria do Domínio do Fato	35
2.4.1 A teoria do domínio do fato e os crimes societários	46
2.4.2 A autoria mediata	54
2.4.3 Co-autoria	61
2.4.4 Autoria Colateral	66
2.4.5 Co-autoria sucessiva	69
2.4.6 Multidão delinqüente	70
2.4.7 Autoria de escritório	72
Capítulo 3 Participação	73
3.1 Participação Moral	74
3.2 Participação Material	78
3.3 Teorias Acessórias da Participação	81
3.4 Participação de Menor Importância e Desvio Subjetivo de Conduta	83
Capítulo 4 Concurso de Pessoas em Crimes Omissivos e Culposos	87
4.1 Concurso de Pessoas em Crimes Omissivos	87
4.2 Concurso de Pessoas em Crimes Culposos	89
Capítulo 5 Concurso de Pessoas e Os Delitos de Mão Própria	92
5.1 A Autoria por Determinação	99
5.2 Considerações sobre a Autoria por Determinação	103
Considerações Finais	110
Referências	111

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da evolução da civilização, o ser humano vem dando uma especial atenção à aplicação da pena àqueles que transgridem normas erigidas como condutas sociais observáveis.

Dentro desse “*controle social punitivo institucionalizado*”¹, ao passar dos tempos, foi-se percebendo a necessária incidência de direitos e garantias fundamentais para o apenado, tanto na aplicação da sanção punitiva no caso concreto, quanto na elaboração de teorias da pena que puderam proteger a liberdade do indivíduo e proporcionar a sanção de acordo com a conduta especificamente analisada.

Desta feita, a pena tornou-se uma prática de caráter individual, com uma das funções de retribuir ao agente as conseqüências de seu ato delituoso. Não obstante tal finalidade primária, a pena consiste numa medida que visa a ressocialização daquele indivíduo, além de outras funções, como a preventiva e a intimidatória.

Nesse plexo de finalidades, a ciência penal vem perquirindo, sempre à luz dos princípios constitucionais inerentes à atividade punitiva do Estado, sobre imputação de uma conduta criminosa – e a conseqüente

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 69.

penalização – dos indivíduos que concorrem, das mais variadas formas, para a consumação do ato tipificado.

Dentro dessa complexa atividade legislativa e jurisdicional – de formulação da lei e de aplicação dos ditames legais, respectivamente – é que se vislumbra incidir a quase totalidade dos princípios do Direito Penal, tais como o da personalidade da pena, o da lesividade, o *in dubio pro reo*, e, especialmente, o princípio da proporcionalidade da pena.

Se a atividade punitiva e executória do Estado existe com o fito de retribuir a conduta do agente, em verdadeira ação e reação², não há que se falar em uma reação superior à ação, haja vista estarmos modificando, de uma forma até lógica, todas as leis da física, bem como o sistema constitucionalmente erigido, pecando pela não observância da proporcionalidade dessas duas forças.

Dessa ponta, atento para o princípio da proporcionalidade da pena, surgiram várias teorias que tratam sobre o concurso de agentes tendentes a servir como ferramentas fundamentais para a ciência penal.

Nosso Código Penal Brasileiro, em seu Título IV, traz regras formais e materiais para se elucidar tal situação, ou seja, para fazer com que o sistema penal seja aplicado a cada indivíduo que concorre para o crime de acordo com sua culpabilidade.³

Destarte, no presente estudo realizado, enfocam-se, primeiramente, as teorias da autoria, bem como seus desdobramentos no

² Observe que, como já dito, não é somente essa a finalidade da pena. Porém, é o escopo primordial, a pedra de toque de toda a construção do direito punitivo ao longo da história.

³ Art. 29 do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com posteriores modificações): *Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.*

ordenamento jurídico. A seguir, analisa-se, sumariamente, os aspectos específicos de cada concorrência – autoria e participação – bem como os requisitos para a configuração do concurso de pessoas, as conseqüências de cada conduta perpetrada.

Posteriormente, trará a monografia jurídica os especiais casos concernentes aos crimes de mão própria. Eis que nesse tópico residirá uma análise crítica sobre a visão doutrinária e jurisprudencial.

Utilizando-se, como não poderia deixar de ser, dos princípios inerentes à legitimidade da quantidade da pena imputada aos indivíduos, pretende-se, com o texto científico que se elaborará, aplicar uma teoria que se destina a modificar a *práxis* jurisdicional, que cria situações não albergadas pela estrita legalidade penal.

Para tal desiderato, tentaremos alcançar o sentido da expressão “*Quem de qualquer forma concorre para o crime*”, ultrapassando-se, assim, o tipo descrito dos delitos de mão própria, em consonância com os princípios constitucionais e penais, sem descurarmos da estrita legalidade.

1 O CONCURSO DE PESSOAS. TEORIAS E REQUISITOS.

1.1 INTRODUÇÃO

Normalmente, o delito não é obra única de uma pessoa, muitas vezes cometido até por pessoas que habitam em outros países. Com o processo da informatização das comunicações e da globalização econômica e cultural, é de se esperar esse fenômeno internacionalizador. Nesse diapasão, assim como se faz importante a internacionalização dos procedimentos comerciais, econômicos, sociais e jurídicos, nesta seara em particular, é cediço que a “internacionalização do conceito de autor e de partícipe” é de suma importância para uma esmerada aplicação da legislação penal. Dessa feita, também se vislumbra a importância de se definir uma limitação às figuras do autor e do partícipe, mormente em crimes internacionais, onde a delinqüência além fronteiras poderá trazer importantes resultados práticos.

Desde sempre é sabido que a ação humana, substrato da análise de toda a dogmática jurídico-penal, pode ganhar os mais variados contornos, mesmo que cometida por um único indivíduo. Pela natureza humana, eminentemente associativa, a pluralidade de atores no cometimento de significantes penais nunca deixou de existir, mas nunca angariou tamanha relevância como nos dias atuais.

O tema da pluralidade de agentes no cometimento de uma infração penal gerou uma série de respostas às indagações formuladas frente à necessidade de atribuição de responsabilidade aos comitentes de injustos penais.

Como já mencionado, o crime pode ser praticado por uma ou mais pessoas. Interessante notarmos que há crimes que, para que exista uma ação que se subsuma ao fato típico delituoso, deverão mais de uma pessoa concorrer para tal mister. Tais crimes são os denominados *crimes plurissubjetivos*, ou ainda, concurso necessário. Essa característica, como bem anotado por Mirabete⁴, decorre da própria natureza intrínseca dos crimes, como o adultério, a bigamia, a rixa, o crime de quadrilha ou bando etc.

De outra ponta, na grande maioria dos casos, os crimes são *unissubjetivos*, ou seja, podem ser realizados por apenas um indivíduo (não se excluindo a possibilidade de vir a ser perpetrado por mais de uma pessoa). Nesses injustos penais, também denominados de crimes de concurso eventual, é que caberá uma mais acurada análise do concurso de pessoas, haja vista a necessária e justa imputação criminal a cada indivíduo isoladamente, na medida de sua culpabilidade.⁵

O art. 29, em seu *caput*, traz a regra geral de aplicação do concurso de pessoas, quando reza que:

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

⁴ MIRABETE. Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal. Parte Geral.** Volume I. São Paulo. Ed. Atlas. 2005. p. 226.

⁵ O Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) traz, em seu Título IV, as disposições legais sobre o tema abordado (arts. 29 a 31).

Podemos afirmar, perfunctoriamente, que o Código Penal adotou a teoria restritiva da autoria, em sua espécie formal-objetiva. Porém, como é cediço, tal teoria sofre forte e influente mitigação com a aplicação integrada e complementar da Teoria do Domínio do Fato, sendo esta uma espécie de teoria eclética.⁶ Contudo, há quem afirme, com mais propriedade, que, com o advento da Teoria finalista da ação de Welzel, incidente no nosso diploma material penal a partir de 1984, o Brasil adotou, em definitivo, a Teoria do Domínio do Fato.⁷

1.2 Teorias sobre o Concurso de Pessoas

Com o fito de solucionar a problemática concernente à imputação da quantidade de condutas delituosas praticadas em concurso (necessidade de se perquirir a constituição de um ou mais crimes), algumas teorias despontaram para tal problema de criminalidade coletiva. Dessa forma, temos três teorias que procuram definir tais liames objetivos, a saber, a teoria pluralista, a dualista e, por fim, a teoria monista.

⁶ PRADO. Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, Volume 1. Parte Geral. Arts. 1º ao 120. 5ª Ed. São Paulo. Ed. RT. 2005. p. 493.

⁷ Damásio de Jesus irá, posteriormente, modificar seu pensamento e adotar, de vez, a Teoria do Domínio do Fato, que o faz em concisa, porém profunda monografia intitulada “**Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas**”. São Paulo. Ed. Saraiva. 1999.

1.2.1 Teoria Pluralista

Pela teoria pluralista, haverá tantas infrações penais quanto forem o número de autores e partícipes. César Bitencourt anuncia, com maestria e clareza, que

A cada participante corresponde uma conduta própria, um elemento psicológico próprio e um resultado igualmente particular. A pluralidade de agentes corresponde a pluralidades de crimes. Existem tantos crimes quantos forem os participantes do fato delituoso.⁸

Por sua vez, o professor Rogério Greco, ao definir a teoria pluralista, comenta:

Seria como se cada autor ou partícipe tivesse praticado a sua própria infração penal, independentemente de sua colaboração para com os demais agentes. Assim, se alguém tivesse induzido duas outras pessoas a praticar um delito de furto, teríamos três infrações penais distintas. Uma para cada um dos agentes. Ou seja, uma para o partícipe, e uma para cada um dos co-autores, isto é, para aqueles que realizaram a subtração da coisa alheia móvel.

Obviamente, tal teoria não foi adotada pelo nosso código penal, deduzindo-se tal afirmativa pela simples redação da cabeça do art. 29. Porém, quando analisamos os parágrafos do aludido artigo, observamos uma certa tendência em considerar alguns pontos da teoria dualista, como forma de mitigar a teoria monista. Nessa toada, os parágrafos do art. 29 pregam:

Art. 29. *omissis*

...

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Especial. Volume 2. 3ª Ed. São Paulo. Ed. Saraiva. P. 379.

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

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

Abordaremos a aplicação e as conseqüências de tais parágrafos quando formos tecer breves comentários à figura da participação.

1.2.2 Teoria Dualista

Ao se aplicar tal teoria, haverá dois crimes: aquele cometido pelo autor (ou pelos autores) e outro cometido pelos partícipes. Assim, haverá dois tipos penais incidentes no caso, a depender da ação das pessoas envolvidas com o ilícito. No dizer de Cezar Bitencourt, “os partícipes se integram ao plano criminoso, porém não desenvolvem um comportamento central, executivamente típico”.⁹ Observe-se que, se a conduta do partícipe, por si só, não se “encaixar” em qualquer tipo penal, sua conduta, por conseqüência lógica, será atípica, mesmo tendo assessorado o autor de forma determinante e imprescindível.

Manzini, defensor da teoria dualista, argumenta que

*Se a participação pode ser principal e acessória, primária e secundária, deverá haver um crime único para os autores e outro crime único para os chamados cúmplices strictu sensu. A consciência e vontade de concorrer num delito próprio confere unidade ao crime praticado pelos autores; e a de participar no delito de outrem atribui essa unidade ao praticado pelos cúmplices.*¹⁰

A teoria, em suma, erige dois planos de condutas. Um principal, dos autores ou co-autores; e outro secundário, os partícipes.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 379.

¹⁰ *Apud* FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no direito penal brasileiro**. São Paulo. Ed. Bushatsky. 1976. p. 30.

1.2.3 Teoria Monista ou Unitária

Essa teoria é a adotada pelo sistema penal pátrio, como já se aduziu. Para ela, todos os que concorrem para o crime, sejam eles autores ou partícipes, incidem nas penas a este cominadas, na medida de suas culpabilidades. Dessa forma, ao contrário da teoria pluralista, que afirmava que, para cada pessoa haveria um crime diferente, a teoria monista atribui a todos aqueles que concorreram para o crime, um único crime, permanecendo tal, assim, indivisível.

Providencial anotação encontra-se nos ensinamentos do professor Cezar Bitencourt¹¹, que declara que essa concepção parte da teoria da equivalência das condições necessárias à produção do resultado. No entanto, o maior fundamento dessa teoria é político-criminal, que prefere punir igualmente a todos os participantes de uma mesma infração penal¹².

De plano geral, essa foi a teoria adotada pelo Código Penal de 1940, tendo sido acolhida, outrossim, com o advento da reforma de 1984, embora esta tenha atenuado o rigor de se imputar as mesmas características criminalizantes aos autores e partícipes, sem se fazer qualquer estudo sobre suas ações de forma individualizadas, além da simples dosimetria da pena. Por isso, procurou-se distinguir com precisão a punibilidade da autoria e da participação, pela criação dos graus de participação.

René Ariel Dotti, com precisão, já afirma que

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, *Op. Cit.* P. 380.

¹² MIR Puig, Santiago. **Derecho Penal- Parte General.** Barcelona, Temis. 1976. p. 309; *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* P. 380.

*A referência à culpabilidade no final do artigo 29 é uma proclamação de princípio que ilumina todo o quadro do concurso e introduz uma "cláusula salvatória" contra os excessos a que poderia levar uma interpretação literal e radicalizante da teoria monista pura.*¹³

Em suma, Paulo José da Costa Júnior, em seu escólio, traz todas as compartimentalizações da teoria monista ou unitária:

Adotou, como regra, a teoria monística, determinando que todos os participantes de uma infração penal incidem nas sanções de um único e mesmo crime e, como exceção, a concepção dualista, mitigada, distinguindo a atuação de autores e partícipes, permitindo uma adequada dosagem de pena de acordo com a efetiva participação e eficácia causal da conduta de cada partícipe, na medida da culpabilidade perfeitamente individualizada.¹⁴

1.3 Requisitos do Concurso de Pessoas

Como é cediço, para se poder aplicar a teoria monista mitigada, adotada pelo Código Penal, juntamente com seus desdobramentos de praxe, a fim de se afastar a não aplicação do concurso de pessoas, fazendo com que se incida um mero ato isolado por parte de indivíduos, quando ambos realizam alguma conduta típica (nesse caso, incidirá os mesmos preceitos da teoria dualista, porém com ela não se confunde); é que se faz necessário o vislumbre de vários requisitos configuradores do instituto, condição sem a qual não poderemos afirmar que houve o concurso de pessoas. A doutrina é majoritariamente uníssona em afirmar que os requisitos do concurso de pessoas correspondem à a) pluralidade de agentes e condutas; b) relevância causal de

¹³ DOTTI, René Ariel. **Reforma Penal Brasileira**. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1988. p. 98.

¹⁴ COSTA JR., Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo. Ed. Saraiva. 1986. v. 1. p. 232; *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* P. 380.

cada conduta; c) liame subjetivo os agentes e, por último, d) identidade de infração penal.¹⁵

1.3.1 *Pluralidade de Agentes e Condutas*

Tal requisito configura-se como indispensável, na medida em que, sem pluralidade de agentes, não se poderá falar em concurso de pessoas. Do mesmo modo, é indissociável da idéia de concurso de pessoas a pluralidade de condutas, já que dois indivíduos nunca poderão realizar uma única conduta penalmente relevante (a adjectivação faz-se necessária, haja vista a autoria mediata, na qual o instrumento não pratica qualquer conduta penalmente relevante).

Na lição de Damásio de Jesus, “a participação 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”.¹⁶

1.3.2 *Relevância Causal de Cada Conduta*

A conduta levada a efeito por um dos agentes deve possuir relevância para o cometimento da infração penal, sob conseqüência de excluí-la, desconsiderá-la. Cezar Bitencourt, mais uma vez com brilhantismo, preconiza

¹⁵ Ariel Dotti, *in* “Curso de Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2003. p. 353-354”, afirma que os elementos do concurso são a) pluralidade de condutas culpáveis; b) relação de causalidade física; c) homogeneidade do elemento subjetivo e d) convivência.

¹⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal Volume I**. São Paulo. Ed. Saraiva. 1988. p. 362.

que “nem todo comportamento constitui ‘participação’, pois precisa ter ‘eficácia causal’, provocando facilitando ou ao menos estimulando a realização da conduta principal”.¹⁷

Nesse diapasão, aquele que teve um comportamento irrelevante para a ação típica não será considerado autor ou partícipe, pois não houve eficácia causal entre seus atos e o resultado do injusto. Assim, ensina-nos Rogério Greco, a respeito de um caso hipotético em que o agente toma emprestado uma arma de outro, porém, acaba ceifando a vida de seu inimigo por intermédio de sua própria arma¹⁸:

A pergunta que devemos nos fazer é a seguinte: Será que a conduta de quem emprestou a arma foi relevante, a ponto de atribuímos o delito de homicídio praticado pelo assassino, que não se utilizou da arma tomada de empréstimo? (...) a conduta deste passou a ser irrelevante, uma vez que não estimulou, ou de qualquer modo influenciou o agente no cometimento de sua infração penal. Embora tenha querido contribuir, a ausência de relevância de sua conduta fará com que não seja responsabilizado penalmente pelo resultado.

Por várias vezes, nossos tribunais já decidiram que, se ausente a relevância causal de cada conduta, não se poderia configurar o concurso de pessoas.¹⁹

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 382.

¹⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Niterói. Ed. Impetus. 2005. p. 479.

¹⁹ Nesse sentido, RT,386/286, 410/121, 445/329, 448/325, 489/341; T,490/344, 536/308, 537/334, 544/421, 546/342; R,548/285, 558/309, 572/393, 575/466; rJTJSP,46:322; RJTJESP, 7/552, 10/477, 23/437, 29/429; RT, 546/449; JTACRimSP, 39/278;48/361 e 58/169.

1.3.3 Liame subjetivo entre os agentes

O liame subjetivo pode ser caracterizado como o vínculo psicológico que unirá os agentes para a prática do mesmo injusto penal, sob pena de cada um responder individualmente por sua conduta.²⁰

Tal liame psicológico, no dizer de Mirabete, é a consciência de que cooperam numa ação comum, sendo necessária uma relação subjetiva entre os concorrentes.²¹ A adesão, dessa forma, deve ser voluntária, objetiva (nexo causal) e subjetiva (nexo psicológico), à atividade criminosa de outro, visando à realização de um fim comum. Ressalte-se que o liame psicológico não necessita ser de mão-dupla, bastando a ligação de um agente à conduta de outro, mesmo que este não tome ciência, ou aquiesça.

Nos dizeres de Giuseppe Betiol, o simples conhecimento da realização de uma infração penal ou mesmo a concordância psicológica caracterizam, no máximo, “conivência”, que não é punível, a título de participação, se não constituir, pelo menos, alguma forma de contribuição causal, ou, então, constituir, por si mesmo, uma infração típica.²²

Podemos ainda afirmar que o nexo psicológico está intimamente ligado com a causalidade psíquica, ou seja, com a consciência da participação do concurso de agentes, acompanhada com a causalidade física, já vista acima.

²⁰ Interessante situação se dará na autoria colateral, intrinsecamente relacionada com o requisito do concurso de pessoas em tela.

²¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. Cit.* p. 229.

²² BETTIOL, Giuseppe. **Derecho Penal. Vol I.** Trad. Paulo José da Costa Jr. E Alberto Silva Franco. São Paulo. Ed. RT. 1977. p. 251.

1.3.4 *Identidade de fato*

A identidade de fato quer dizer identidade de infração penal. Os agentes, pois, devem querer praticar a mesma conduta típica, unidos pelo liame subjetivo. Na lição de Rogério Greco, “somente quando duas ou mais pessoas, unidas pelo liame subjetivo, levam a efeito condutas relevantes dirigidas ao cometimento de uma mesma infração penal, é que poderemos falar em concurso de pessoas”.²³ Dessa forma, os esforços dos agentes devem convergir para o fim da mesma conduta, com o intuito de se praticar o delito.

Damásio, por sua vez, afirma que a identidade de infração penal “não é propriamente um requisito, mas sim, conseqüência jurídica diante das outras condições”.²⁴

Impende salientar, ainda, a observação de Bitencourt, para quem a identidade de infração penal seria uma “exemplar divisão do trabalho constituída de atividades díspares, convergentes, contudo, a um mesmo objetivo típico”.²⁵

Esses são, pois, os elementos formadores do concurso de pessoas. Agora, passaremos a tecer breves comentários sobre a autoria, individualmente, abordando suas principais teorias, com seus respectivos desdobramentos.

²³ GRECO, Rogério. *Op. Cit.* p. 480.

²⁴ JESUS, Damásio Evangelista de. *Op. Cit.* p. 366.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 383.

2 CONCEITO DE AUTORIA E SUAS CONCEPÇÕES

Concretizar o conceito de autor supõe introduzir-se em um dos problemas mais comprometidos da dogmática penal. Determinar quando o fato aparece como próprio de um sujeito (autoria), e quando sua relação com o mesmo se produz de maneira indireta, conectada a de quem tem o papel protagonista no feito principal (participação) é, sem embargo, uma distinção dogmática e legalmente imprescindível, pois com a independência dos marcos penais, a diferenciação está plena de conseqüências práticas. Ademais, a responsabilidade dos segundos é acessória dos primeiros, alcançando-os a reprovabilidade penal apenas se a ação com que estão relacionados puder ser previamente imputada ao autor, haja vista depender dele o sentido da regulação legal entre autoria e participação e, em definitivo, o significado dos tipos penais.

Ao tratar do tema do tipo penal, geralmente nos remetemos ao sujeito ativo do crime como um pressuposto, assim como as qualidades que devem se reunir em torno de tal tipo legal. Devemos, outrossim, fazer menção à voluntariedade, imputabilidade, e diversas outras qualidades dos autores ou partícipes.

Neste diapasão, é necessário distinguir entre os distintos modos ou formas de execução do delito, ou seja, os casos aos quais concretiza-se de maneira direta, ou melhor, distinguir os diversos sujeitos que intervêm em sua execução. Para tal efeito, analisaremos a autoria e a participação em diferentes

nuances, não obstante alguns autores considerarem conceitos dignos de análise em uma mesma matéria.

Em princípio, podemos afirmar que o conceito de autor não é algo tão simples como aquele indivíduo que realiza o fato, que perfaz as circunstâncias materiais para tal, pois o ser humano é um ser social e, em consequência, quando atua, na grande maioria dos casos, faz em colaboração com outros. Pode ser, ainda, que ocorra alguns dos seguintes casos, por exemplo: a) quando uma pessoa se vale de outra para cometer um delito (autoria mediata); b) quando várias pessoas se põem de acordo para cometer um delito e colaboram com sua realização (co-autoria); c) quando se induz outra pessoa a cometer tal delito (uma das formas de participação).

De outra parte, a teoria da participação alude aos sujeitos que se encontram em uma posição secundária com respeito ao autor, razão pela qual este não realiza o fato principal, senão um tipo dependente daquele.

As diferenças entre as formas de intervenção remontam à Idade Média, época na qual se obteve a distinção objetiva entre autoria e participação com base no critério da realização de uma ação executiva (a denominada “causa física”) ou de uma ação de mero auxílio (“causa moral”). A delimitação atual entre autoria, indução e cumplicidade procede do Código Penal Francês (artigo 60)²⁶ Esta não é, porém, a divisão tradicional trazida pela doutrina pátria, que consideram ser a indução e a cumplicidade espécies de participação. Este

²⁶ JESCHECK. Hans Heinrich. **Tratado de Direito.Parte Geral**. Trad. de José Luis Manzanares Samaniego. Granada. Ed. Cornares, 1993, p. 890.

gênero, por sua vez, faz contraponto ao instituto da autoria. Sobre a participação e suas várias espécies, trataremos adiante.

2.1 A CONCEPÇÃO UNITÁRIA

No tocante ao conceito unitário de autor, os defensores de tal teoria defendem a idéia de que não é possível distinguir entre autoria e participação. Neste diapasão, todo sujeito que intervém em um fato deve ser considerado autor do mesmo, tendo seu fundamento na teoria das condições: se todas as condições que concorrem à produção de um fenômeno são causa do mesmo têm idêntico valor, todas as interferências pessoais relacionadas com o fato devem ser consideradas de mesma importância, sem que seja possível entender umas (as do autor) de maior relevâncias do que outras (a do partícipe).

Ocorre, de acordo com essa teoria, uma certa interpretação extensiva dos tipos penais, para fins de qualificação do sujeito ativo. De toda forma, se a condição do fato, em sua concreta configuração, é causa do mesmo, todos que aportam alguma intervenção que afetem tal delito devem considerar-se causadores do mesmo e, por conseguinte, autores. Essas circunstâncias assumem especial relevância na aplicação da pena, aludindo a uma resposta com independência dos postulados da teoria da participação, com única sujeição aos fins da pena. Essa característica, entretanto, não impedirá que o juiz aplique uma pena diferenciada aos co-delinqüentes.

O juiz deve se reservar a castigar cada um dos réus segundo a intensidade de sua volitividade, culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivação, dentre outras circunstâncias elencadas no artigo 59 do Código Penal Brasileiro. Observe que o legislador penal, ao confeccionar as disposições atinentes ao concursos de pessoas, trouxe causa de diminuição de pena genérica, que decorre apenas e unicamente da separação entre os conceitos de autor e partícipe, em seu art. 29 e parágrafos. Assim, mesmo que fôssemos dosar a pena, ao decorrer do modo trifásico de aferição, quando da fixação da pena base, haveria uma significativa diferença entre a aplicação da pena para um autor e para um partícipe, tanto na pena base, quanto na terceira fase (causas de diminuição e aumento). Além do mais, o art. 59 traz disposição expressa que versa sobre a necessidade de o juiz, ao fixar a pena base, atentar àquela dosagem que seja suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Na grande maioria dos casos, pois, a pena aplicável a um autor da ação deve ser maior do que a do partícipe, haja vista a reprovação costumar ser maior para o autor. Incidirá, pois, uma dosimetria especial no que toca à figura do partícipe.

Uma vantagem para a aplicação da pena que se poderá apontar na teoria unitária consiste na autonomia e independência entre os delinqüentes, na medida em que todos os colaboradores são autores e, enquanto tais, respondem exclusivamente pelo seu próprio injusto e sua própria culpa, não dependendo da culpabilidade ou da tipicidade dos outros. A responsabilidade começa para cada um, sem esperar a do fato em conjunto. Em um sistema diferente de conceituação da autoria, a acessoriedade da participação impõe que a

responsabilidade do partícipe apenas apareça quando o autor haja chegado em um grau de execução do tipo que o faça punível, ou seja, que ocorra pelo menos a tentativa. Se a teoria unitária fosse aplicada, a mera tentativa de cumplicidade já seria punível, o que nos parece um sistema penal avesso ao garantismo.

As objeções realizadas ao conceito unitário de autor se embasam nas seguintes afirmações:

- a) Provocaria a perda do injusto específico da ação de cada tipo, ao se converter as totalidades da contribuição dos fatos, na causa das lesões dos diversos bens jurídicos;
- b) Permitir-se-ia considerar como autores outros intervenientes do delito pelo simples fato da causalidade de sua cooperação (a relação entre causa e efeito, entre um comportamento e um resultado, não é suficiente para decidir todos os nuances da responsabilidade penal);
- c) Abandonar-se-ia o princípio da acessoriedade, bem como a fronteira do tipo, retirando a incidência de delitos cujos bens jurídicos são de menor lesividade (com sérios efeitos nos princípios da proporcionalidade e da adequação punitiva-individualização da pena);
- d) Conduzir-se-ia a uma ampliação indesejável da punibilidade (a tentativa de cooperação resultaria punível em todos os casos em que o tipo permite a punibilidade da tentativa, enquanto

- que, do contrário, a tentativa de participação unicamente tem assinalada a pena dentro de estreitos limites);
- e) Impediria a aplicação das penas atenuadas para os cúmplices e indutores.

2.2 A CONCEPÇÃO RESTRITIVA

O conceito restritivo de autor supõe como tal somente aquele que comete por si mesmo a ação típica, enquanto que apenas a contribuição à causa do resultado mediante ações típicas não pode fundamentar teoria alguma. Este conceito liga-se à teoria objetiva da participação, a qual trata de demonstrar o aspecto formal e material que apenas devem ser responsabilizados penalmente às pessoas que por si mesmas concretizaram o tipo penal. A consequência do conceito restritivo de autor vai dar vazão a uma teoria objetiva da participação.

2.2.1 *Teoria objetivo-formal*

A teoria objetivo-formal considera como autor toda pessoa cujo comportamento entra no círculo que compreende o círculo penal, enquanto o partícipe é aquela pessoa que aporta qualquer outra contribuição causal ao fato. Note-se que, até o advento da Teoria do Domínio do Fato (*tatherrschaft*), a tese

objetivo-formal era dominante na doutrina alemã²⁷. Em suma, para os defensores da teoria objetivo-formal, o co-autor é aquele que realiza uma ação executória, e o cúmplice, por sua vez, realiza uma ação preparatória, colaborando durante a execução, numa atividade meramente auxiliadora, atentando-se, objetivamente. À literalidade das descrições, pouco importando a cooperação do partícipe em relação à totalidade do sucesso.²⁸ Faltaria, nesse caso, uma observância para com a conduta do partícipe, posto que, mesmo sendo imprescindível seu empenho para a confecção do delito, estando ele, outrossim, ligado subjetivamente para com o autor da ação, à sua conduta não poderia ser dada uma maior importância, como se a condição *sine qua non* de seus atos fosse olvidada pelo julgador, ao analisar o caso em concreto.

A lição de Roxin para com o trato da teoria objetiva-formal é esclarecedora, quando o mesmo ataca tal pensamento doutrinário:

O caráter periférico de sua cooperação se deduz uma reprovabilidade, que, em geral, é menor, mas não vice-versa. O legislador quer considerar como cúmplice aquele que no caso concreto tenha assumido uma culpabilidade menor. Conclui que construir uma teoria de participação com base numa reprovabilidade geral, determinada pelas mais diversas circunstâncias, seria ocultar a ratio desta causa de diminuição da pena substituindo-a por uma forma vazia de fatos menos reprováveis que deverão ser punidos mais benignamente.²⁹

Com efeito, ao se adotar a teoria formal-objetiva, consideraríamos que autor seria aquele que realizou uma parte qualquer do tipo (ressalvado alguns autores que entendem que o autor, nesta teoria, deve realizar todas as ações do

²⁷ Conforme ensinamento do mestre Álvaro Mayrink da Costa, *in Direito Penal. Vol. 1, tomo II – parte geral*. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 4ª Ed. 1992. p. 209.

²⁸ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Op. Cit.* P. 209-210.

²⁹ ROXIN, Claus. *Täterschaft und Taherrschaft*, 2, Aufl., Hamburg, 1967, p. 31. *Apud* COSTA, Álvaro Mayrink da. *Op. Cit.* P. 210.

tipo, como Bockeman e Mayer)³⁰. Os erros são veementes, haja vista que, um único indivíduo, por exemplo, que dirige e controla toda uma operação criminosa, com o propósito de “queima de arquivo” contra algum inimigo seu, embora não execute qualquer ação típica, seria unicamente indutor, com uma ressonância inaceitável no campo da acessoriedade.

Dessa feita, pela falta de uma eficácia plena no tocante à imputabilidade penal, nos moldes da conduta de cada pessoa para a consecução do delito, foi que surgiu a Teoria do Domínio do Fato, sendo esta, hodiernamente, o melhor caminho para delimitar a autoria e a participação, numa verdadeira síntese das teorias objetivas e subjetivas. À tal assunto, daremos um tópico específico.

2.2.2 Teoria objetivo-material

A teoria objetivo-material, a fim de dar resposta à problemática da teoria objetivo-formal, remete-nos a um critério material que supera a descrição típica. Será autor, assim, aquele que traga a contribuição objetiva mais importante. Tal ensinamento, se aplicado, não resolveria a questão da denominada “autoria mediata” ou “autoria de escritório”.

Neste diapasão, situam-se os conceitos que distinguem, expressa ou tacitamente, a condição e a causa, considerando, no sentido das antigas teorias restritivas da causalidade como causa certas condições especialmente

³⁰ Segundo afirmação de Álvaro Mayrink, em sua obra citada, à p. 211.

importantes. Por essa teoria, o autor é a causa; o partícipe, a condição do evento típico.³¹ Tal afirmação, se aplicada, assim como a teoria extensiva, violaria o princípio da *nulla poena sine lege*, por considerar toda causação como resultado da autoria.

Para alguns autores, como Mirabete³², a teoria objetivo-material é uma vertente da teoria extensiva de autoria, que adiante teceremos comentários. No entanto, para outros juristas, preferível é separar todas as teorias, concebendo a objetivo-formal como autônoma da teoria extensiva, por buscar aquela uma delimitação mais exata entre autoria e participação.³³

2.3 A CONCEPÇÃO EXTENSIVA

Com o fito de salvar as falhas e críticas vertidas sobre o conceito restritivo de autor, a concepção extensiva foi proposta, ainda que, guardando certas distâncias com aquele, às vezes seus aspectos nos aparentam idênticos: divide-se a idéia básica da teoria da condição da equivalência de todas as condições de resultado, pelo que se considera autor todo aquele que haja contribuído para causar o resultado típico, sem necessidade de que sua contribuição resulte uma ação típica.

Em virtude da manifesta impossibilidade de se distinguir desde o aspecto objetivo entre o autor e o partícipe, o conceito extensivo de autoria se

³¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en el Derecho Penal**. Madrid: Universidad de Madrid, 1966, p. 115; *Apud* PRADO, Luiz Régis. *Op. Cit.* p. 494.

³² MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. Cit.* p. 226.

³³ Como esclarece Luiz Régis Prado, em sua obra citada, à p. 493.

une à teoria subjetiva de participação, é decorrência da teoria subjetiva-causal, fruto da doutrina causalista da ação. De acordo com essa idéia, constitui ator aquele que realiza uma contribuição causal ao fato, qualquer que seja seu conteúdo, sempre e quando medie uma vontade do autor. Assim, o partícipe é aquele que, ao realizar uma ação, apenas possua a vontade de partícipe. O autor realiza o fato típico com o próprio *animus auctori*, enquanto que o partícipe o realiza como alguém afastado, com *animus socii*.

Ressalte-se que tal postura é altamente criticável, na medida em que contradiz com a estrutura do direito penal, o qual se embasa em tipicidades descritas e delimitadas de forma objetiva. Essa teoria descansa, pois, no total desconhecimento da função de garantia da lei penal.

2. 4 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Em virtudes das deficiências plantadas pelas teorias restritivas, extensivas e unitárias, a teoria do domínio do fato trata de sintetizar aquelas, haja vista que cada uma enfrenta apenas parcialmente o problema da autoria, sem resolvê-lo por completo. Tal teoria surgiu em 1939, pelas mãos de Hans Welzel. Para muitos, é considerada uma teoria eminentemente finalista, em consonância com a reforma do código penal de 1984.

Os antigos intentos de se formular um conceito de autor ajustado aos postulados constitucionais e, em conseqüência, um conceito restritivo, não lograram êxito em virtude das deficiências que traziam junto com elas. Por um

lado, era acertada a pretensão de tratar a autoria como principal modalidade da confecção do crime, e de construir sobre essa base do “edifício” da participação como uma causa de extensão da pena, dependente do fato principal, assim como o era a configuração da autoria desde o tipo.

Por outra parte, as falhas que tais teorias representavam consistiam no desejo de formular um conceito unitário de autor sobre a base da causação, pois o conteúdo da autoria deve ser instruído de modo distintos dos fatos puníveis culposos e dolosos. De acordo como o fato seja qualificado em um ou em outro desses grupos, serão também completamente distintas as conseqüências da autoria para o conceito de participação: esta unicamente só é possível nos crimes dolosos, sendo impossível sua presença nos crimes culposos.

Para aclarar o que foi dito, podemos mencionar o seguinte exemplo: aquele que, no conceito de chefe de um grupo de assaltantes de banco, coordena e dirige um assalto, é co-autor, mesmo que não participe diretamente da subtração do dinheiro depositado no banco. De outra parte, quem não possui antecedentes com tal grupo de assaltantes, e apenas se convida a acompanhar os assaltantes no roubo, sem conhecer o objetivo final deles, é um cúmplice, e não um autor. Neste exemplo, observa-se o que se denomina de domínio do fato funcional, um grau de intervenção no cometimento do delito que permite sua realização.

Nos dizeres do mestre Welzel, criador da doutrina que deu luz à teoria do domínio do fato,

*Senhor do fato é aquele que o realiza em forma final, em razão de sua decisão volitiva. A conformação do fato mediante a vontade de realização que dirige em forma planejada é o que transforma o autor em senhor do fato.*³⁴

A teoria que distingue o autor do mero partícipe, pois, por ostentar aquele em sua conduta “o domínio do fato” surgiu da necessidade de se ir além do princípio adotado da equivalência das condições (art. 29 e §§) para o estabelecimento *in casu* do nexo de causalidade em qualquer crime, por que somente considerando-se o nexo de causalidade haveria sérias dificuldades em se ajustar as penas a cada um que concorresse para o crime.

Essa teoria, pois, ao diferenciar autor de partícipe, possui o critério distintivo não na prática ou não de elementos do tipo, e sim se há ou não o domínio do fato. Autor é, então, quem possui o domínio do fato, enquanto o partícipe não possui tal domínio.

Já o co-autor é aquele que, possuindo o domínio do fato, divide tarefas, auxiliando o autor. Para o professor Rogério Greco:

*Se autor é aquele que possui o domínio do fato, é o senhor de suas decisões, co-autores serão aqueles que têm o domínio funcional dos fatos, ou seja, dentro do conceito de divisão de tarefas, serão co-autores todos os que tiverem uma participação importante e necessária ao cometimento da infração, não se exigindo que todos sejam executores, isto é, que todos pratiquem a conduta descrita no núcleo do tipo.*³⁵

Deve-se ter em mente, ainda, a importância da divisão de tarefas, um elemento caracterizador da teoria do domínio do fato. Desta feita, como já mencionado pela definição de senhor do fato de Welzel, o agente não seria

³⁴ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañez Pérez. Chile: Jurídica do Chile. 1987. p. 120; *Apud* GRECO, Rogério. *Op. Cit.* p. 486.

³⁵ GRECO, Rogério. *Op. Cit.* p. 487.

aquele que teria o poder de evitar a prática da infração penal em qualquer ocasião, mas sim, no que toca à sua parte da tarefa delituosa, ter pleno controle sobre ela, possuindo o domínio funcional.

A teoria do domínio do fato tem as seguintes conseqüências, de acordo com o escólio do Professor Bitencourt:

A) A realização pessoal e plenamente responsável de todos os elementos do tipo fundamentam sempre a autoria.

B) É autor quem executa o fato utilizando a outrem como instrumento (autoria mediata).

C) 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.³⁶

Sobre a autoria mediata, abriremos tópico em separado, pela importância do tema para o que aqui se pretende consignar.

Por fim, cumpre salientar que a teoria do domínio do fato encontra uma diferença, quando aplicada pela doutrina alemã e quando aplicada pela doutrina espanhola. Ocorre que a doutrina alemã, segundo Jescheck³⁷, trabalha com dois conceitos de autor, pois quando o crime é doloso, aplica-se normalmente a teoria do domínio do fato para imputar ao senhor do fato, mesmo que não tenha praticado algum ato físico ensejador do tipo penal. Já em se tratando de delitos culposos, os alemães arriscam a teoria do conceito unitário de autor, visto acima, haja vista este conceito não distinguir autoria de participação.

³⁶ BITENCOURT, César Roberto. *Op. Cit.* p. 387.

³⁷ JESCHECK, H.H. **Tratado de derecho penal vol. II.** Trad. Mir Puig e Muñoz conde. Barcelona, Bosch. 1981. p. 898; *Apud* BITENCOURT, César Roberto. *Op. Cit.* p. 387.

Por sua vez, a doutrina espanhola entende que haverá participação em crimes culposos, em suas formas de cumplicidade e instigação. Um dos grandes argumentos dos espanhóis é que a participação, além de permitir melhor graduação da responsabilidade penal, mantém o princípio da acessoriedade, do qual falaremos adiante.

A concepção brasileira, em vista de tal celeuma, assemelha-se à doutrina alemã, pois não se admite, no direito penal brasileiro, a participação em delitos culposos, somente se podendo falar em co-autoria nesse tipo de ilícito.

Exemplo prático dessa divergência doutrinária internacional poderia ser vislumbrado no caso em que um passageiro de um táxi, atrasado para seu trabalho, induz o motorista a dirigir em velocidade excessiva, vindo a colher um pedestre. Para os alemães, o passageiro seria o autor do ilícito. Para os espanhóis, mero partícipe, pois estes aceitam a participação em crimes culposos. A doutrina brasileira afirmaria que o passageiro seria co-autor, o que nos parece a linha de pensamento mais arrazoada.³⁸

Damásio de Jesus, em monografia pela qual passa a adotar a teoria do domínio do fato com todas as suas conseqüências, bem como despreza o nexos de causalidade objetiva na participação, mantendo-o na autoria direta material, aponta para o declínio do prestígio da exigência de tal nexos, como uma forma de imposição da teoria finalista de Welzel. Dessa forma,

De acordo com os doutrinadores, o tema do nexos causal, relevante para a teoria naturalística da ação, à medida que esta foi perdendo terreno na doutrina, diminuiu de importância, substituído pelo princípio de que não há pena sem

³⁸

Esse exemplo é citado em uma grande parte da doutrina brasileira, nos manuais de direito penal.

*culpabilidade. Para outros, a questão é de tipicidade, de amoldar-se ou não o fato material ao modelo legal, de modo a poder ser atribuído ao sujeito, tema que supera, por inclusão, o nexu causal, podendo por isso ser excluído.*³⁹

Discorrendo sobre o tema, o autor relata que o nexu de causalidade deve ser requisito na autoria direta e material e aponta que sem um nexu causal não se pode falar em participação. A conduta do partícipe, logo, só é típica quando, sem ela, o delito não teria ocorrido.⁴⁰

Porém, impende salientar que nem todos aqueles que se encaixam em tal conduta serão considerados partícipes (estes apenas cooperam, induzem, incitam etc.). Nesse sentido, o agente também poderia ser considerado como co-autor, se sua ação na divisão de tarefas fosse imprescindível para a configuração do injusto penal e o mesmo fosse senhor do fato, nos dizeres de Welzel.

Nesse diapasão, para distinguirmos entre partícipe e autor (co-autor ou autor mediato), importante é visualizarmos a relevância da conduta. Porém, para os fins do *caput* do art. 29 do CPB, houve um alargamento do tipo incriminador, estendendo-se a conduta, de qualquer modo, que concorrem para a realização do delito, porém, na medida de sua culpabilidade.

Por fim, partícipe, na doutrina do fato, é quem efetiva um comportamento que não se ajusta ao verbo do tipo e não tem poder de decisão sobre a execução ou consumação do crime.⁴¹ Sua conduta é acessória e não se amolda ao verbo do tipo.

³⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. **Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas**. São Paulo. Ed. Saraiva. 1999. p. 03.

⁴⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. *Op cit.* p. 08.

⁴¹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Op cit.* p. 25.

Os tribunais pátrios têm dado ampla aceitação na aplicação da teoria do domínio do fato, em especial quando são perpetrados crimes societários, nos quais geralmente se notifica a união de várias pessoas para a prática do ilícito.

Eis alguns acórdãos:

Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: HC - HABEAS CORPUS - 20819

Processo: 200200150480 UF: MS Órgão Julgador: QUINTA TURMA

Data da decisão: 02/05/2002 Documento: STJ000435791 Fonte DJ

DATA:03/06/2002 PÁGINA:230 REVJUR VOL.:00296 PÁGINA:132 RSTJ

VOL.:00167 PÁGINA:591 Relator(a) :FELIX FISCHER

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ementa

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE. EXAME MINUCIOSO DE PROVAS. CONFIGURAÇÃO TÍPICA. PARTICIPAÇÃO DE SOMENOS. COOPERAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA.

I – Na via do writ não é permitido o minucioso cotejo do material de conhecimento.

II – O roubo qualificado pelo resultado morte (art. 157 § 3º, in fine do C.P.) se configura tanto na forma integralmente dolosa (tipo congruente), como na forma preterdolosa (tipo incongruente por excesso objetivo).

III – A participação de somenos (§ 1º do art. 29 do C.P.) não se confunde com a mera participação menos importante (caput do art. 29 do C.P.). Não se trata, no § 1º, de "menos importante", decorrente de simples comparação, mas, isto sim, de "menor importância" ou, como dizem, "apoucada relevância". (Precedente do STJ).

IV – O motorista que, combinando a prática do roubo com arma de fogo contra caminhoneiro, leva os co-autores ao local do delito e, ali, os aguarda para fazer as vezes de batedor ou, então, para auxiliar na eventual fuga, realiza com a

sua conduta o quadro que, na dicção da doutrina hodierna, se denomina de co-autoria funcional.

Writ denegado.

Acordão

Origem: TRIBUNAL - SEGUNDA REGIÃO

Classe: ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 3110

Processo: 200202010009314 UF: RJ Órgão Julgador: SEXTA TURMA

Data da decisão: 23/11/2004 Documento: TRF200138902 Fonte DJU

DATA:06/05/2005 PÁGINA: 178 Relator(a)

JUIZ ANDRÉ FONTES

Decisão

A Turma, por unanimidade, negou provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Ementa

DIREITO PENAL. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. CARACTERIZAÇÃO DA AUTORIA. TEORIA DO DOMÍNIO FINAL DO FATO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º DA LEI 8137-90).UTILIZAÇÃO DE NOTA FISCAL FALSA.

I As instâncias penal e administrativa são, a princípio, autônomas, inexistindo, para a persecutio criminis condição de procedibilidade ou questão prejudicial decorrente do disposto no art. 83 da Lei n.º 9.430-96.

II Está comprovada a autoria do delito se o agente, embora não tenha realizado os núcleos da conduta típica, dispunha do domínio final do fato, vale dizer, da disponibilidade da decisão sobre a consumação ou o cometimento do ilícito.

III-Se está caracterizada nos autos a intenção de reduzir o valor do tributo devido por meio da utilização de notas fiscais falsas, demonstrados estão o especial fim de agir e a materialidade, necessários para a configuração do crime contra a ordem tributária (art. 1º da Lei 8137-90).

IV Desprovemento dos recursos.

Data Publicação 06/05/2005

Acordão

Origem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO

Classe: HC - HABEAS CORPUS

Processo: 200504010312417 UF: RS Órgão Julgador: OITAVA TURMA

Data da decisão: 24/08/2005 Documento: TRF400110637 Fonte DJU
DATA:31/08/2005 PÁGINA: 770 Relator(a) ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO

Decisão

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DENEGOU A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Ementa

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ARTIGO 34 DA LEI Nº 9.605/98. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. AUTORIA. CONCURSO DE PESSOAS. DOMÍNIO INTELECTUAL DO CRIME.

1. Em sede de habeas corpus, conforme entendimento pretoriano, somente é viável o trancamento da ação penal por falta de justa causa quando, prontamente, desponta a inocência do acusado, a atipicidade do fato ou se acha extinta a punibilidade, aspectos não evidenciados na espécie, pois a defesa busca invalidar relatório policial sobre os elementos caracterizadores do crime, o que demanda exame aprofundado de provas, circunstância não compatível com a cognição sumária do writ.

2. O simples fato de encontrar-se o réu afastado do locus delicti, quando o crime ambiental foi, em tese, praticado pelo seu preposto em embarcação que lhe pertencia, não tem o condão de afastar, de imediato, a co-autoria, haja vista a possibilidade de aplicarse ao caso tanto as normas relativas a concurso de pessoas (art. 29 do CP) como a teoria do domínio do fato.

Data Publicação 31/08/2005

Acordão

Origem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO

Classe: AGRVCR - AGRAVO REGIMENTAL NA REVISÃO CRIMINAL

Processo: 200404010185300 UF: RS Órgão Julgador: QUARTA SEÇÃO

Data da decisão: 21/10/2004 Documento: TRF400100784 Fonte DJU
DATA:03/11/2004 PÁGINA: 266 Relator(a) MARIA DE FÁTIMA FREITAS
LABARRÈRE Decisão "A QUARTA SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, NEGOU

PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL, NOS TERMOS DO VOTO DA DESEMBARGADORA FEDERAL RELATORA."

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL. REVISÃO CRIMINAL. LIMINAR. INDEFERIMENTO. OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PROVA NOVA. ALTERAÇÃO CONTRATUAL.

- Ausência da plausividade do direito para a concessão da liminar postulada, uma vez que a alteração do contrato social, segundo a qual o nome do ora agravante foi afastado do quadro social da administração da empresa, trazida como documento novo, por si só, não o exime da responsabilidade penal decorrente do poder de decisão e gerenciamento dos negócios da empresa, no período denunciado.
- O entendimento firmado nesta Corte é no sentido de que, aos crimes societários aplica-se a Teoria do Domínio do Fato, segundo a qual a responsabilidade pela prática delituosa deve recair sobre todos os sócios que efetivamente participaram na gestão da empresa, e não apenas sobre aquele que formalmente consta no contrato social.
- A alteração contratual deve estar registrada na Junta Comercial, para ter efeitos contra terceiros.

Data Publicação 03/11/2004

"A QUARTA SEÇÃO, POR MAIORIA, VENCIDO O DESEMBARGADOR FEDERAL VOLKMER DE CASTILHO, NEGOU PROVIMENTO AOS EMBARGOS, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR FEDERAL RELATOR. SUSTENTOU ORALMENTE O DOUTOR DANIEL LAUFER, PELO EMBARGANTE. USOU DA PALAVRA A REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL."

Descrição PUBLICADO NA RTRF-4ª 51/2004/235

Ementa

PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME SOCIETÁRIO. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ART. 95, D, LEI 8.212/91. AUTORIA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-COTISTA. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. CONTRATO SOCIAL. GESTÃO EFETIVA. PROVA. ÔNUS. PROVA TRAZIDA PELA DEFESA INCAPAZ DE AFASTAR A IMPUTAÇÃO DO DELITO. CONDENAÇÃO MANTIDA.

1. Em se tratando de crimes societários, a responsabilidade pela prática do ilícito deve recair sobre todos os diretores da empresa, tanto os que participaram ativamente da prática delituosa, quanto os que se omitiram, não agindo para evitar que o delito fosse perpetrado, devendo-se entender por "diretor" aquele sócio com efetiva participação na administração da empresa, e não aquele que apenas formalmente consta no contrato social como tal, sem real ingerência na empresa. Aplicação da teoria do domínio do fato.

2. Para concluir por um decreto condenatório, deve o magistrado analisar a prova com cautela, perquirindo quem realmente dirigia a empresa e tinha a disponibilidade dos recursos, sob pena de aplicar-se, na esfera criminal, a responsabilidade objetiva derivada do contrato social.

3. A mera retirada de pro-labores, bem como o fato de figurar o sócio como diretor no quadro social da empresa, por si só, não configuram gestão.

4. Hipótese em que foi feita a prova, pela acusação, de que, durante o período da dívida, a embargante fazia parte da gerência da empresa, atuando como diretora superintendente, com efetivo poder de gestão.

5. Não há falar em inversão do ônus da prova, já que a prova foi feita pela acusação, que, no caso, logrou demonstrar que a administração da empresa era realizada também pela co-ré, situação jurídica não combatida pela frágil prova trazida pela defesa.

6. Mantida a condenação pelo delito de omissão no recolhimento das contribuições previdenciárias - art. 95, d, da Lei n.º 8.212/92. Embargos infringentes desprovidos.

Por entendermos que a teoria do domínio do fato, hodiernamente, salvo uma pequena lacuna em sua estrutura, consegue abranger de modo cabal todas as prováveis formas de autoria, iniciaremos o estudo delas em sub-tópicos.

2.4.1 A Teoria do Domínio do Fato e os Crimes Societários

Como bastante explicitado nos acórdãos colacionados, a teoria do domínio do fato aplica-se aos crimes societários, uma modalidade de crime coletivo praticado por um número indeterminado de pessoas.

Com o advento das Leis nº 7.492/86 (que trata sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional), da Lei nº 8.137/90 (versando sobre os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), Lei nº 8.666/93 (quando trata dos crimes atinentes a licitações públicas), houve uma mudança radical no trato das ações penais que procuram investigar tais injustos. Com efeito, o inquérito policial, normalmente relevante para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público (apesar de não ser imprescindível, é bem de ver que sua delimitação objetiva e subjetiva, à medida que delimita a autoria do crime e esclarece o *modus operandi* é bastante relevante para o oferecimento da inicial acusatória, bem como para o recebimento da mesma), deixou de ser, normalmente, iniciado.

Ocorre que, na maioria dos casos, a *notitia criminis* é trazida pela Delegacia da Receita Federal, pelo Banco Central do Brasil, pelo CADE, CVM e tantos outros órgãos que trabalham nessa seara. De porte dos relatórios de tais entidades, o membro do Ministério Público costuma oferecer a denúncia *in continenti*, sem requisitar a instauração do inquérito policial (até porque, normalmente, tais tipos de crime são difíceis de serem vislumbrados rapidamente, bem como a pena máxima cominada aos delitos não favorece uma investigação mais empreendida, mais minuciosa). Ademais, a Polícia Federal (que é, na grande maioria dos casos, a quem a apuração de tais crimes, haja

vista terem eles, eminentemente, interesse da União), apesar de bem equipada, e contando com um competente corpo representativo, não conseguirá ir além do que já foi trazido pelos órgãos delatores acima citados, pois eles têm um estrutura funcional e específica para tal mister.

Assim, a atuação policial não acrescentaria muito às investigações já apresentadas. Além do mais, estando todos os indícios de autoria e materialidade reputados pelos membros do *parquet* como suficientes para embasar a inicial acusatória, nada obsta que os mesmos ofereçam denúncia contra esses crimes normalmente societários, pela prescindibilidade dos fólios policiais.

Porém, a questão que se põe é delicada haja vista a necessidade de se imputar a cada denunciado sua atuação tal qual ocorreu, sob pena de não recebimento da denúncia, de acordo com o artigo 41 do Código de Processo Penal.

Imbuídos com a reforma do direito penal de 1984, que para muitos trouxe ao nosso ordenamento a possibilidade de aplicação da teoria do domínio do fato, os tribunais brasileiros romperam com a tradição do Supremo Tribunal Federal em matéria de crime societário, que obrigava ao Ministério Público, na denúncia, descrever individualmente, a conduta de cada denunciado, sendo rejeitada a chamada “denúncia genérica”, com vistas à preservação do contraditório e da ampla defesa.

Para ilustrar a posição do STF, já havia relatado o Min. Octavio Gallotti:

Nos casos de autoria conjunta ou coletiva e em especial nos delitos praticados em sociedade, não se faz indispensável a individualização da conduta específica de cada agente (...) A circunstância de não individualizar a conduta específica de cada agente não se faz indispensável, como já se assentou, este Tribunal, nos casos de autoria conjunta ou coletiva (HC nº 58.802, RTJ 100/556) e, em especial, nos delitos praticados em sociedade (HC nº 59.857, RTJ 104/1.002), hipótese, em que consiste a espécie versada nestes autos. A participação ou não do recorrente, ante o que se argumenta no pedido, só com a prova produzida no curso da ação penal, poderá ser averiguada. Não no âmbito estreito da via ora intentada. Nego Provimento ao recurso (RT 597/418).

É bom frisar, entretanto, que, ao se permitir a chamada “denúncia genérica”, não se está querendo legitimar o abuso do poder de denúncia. Esse deve ser afastado, pelo próprio princípio da ampla defesa, assim como, indiretamente, pelo princípio da individualização da pena e da estrita legalidade penal. Casos como a denúncia de cônjuge que não possui nenhum poder de mando na sociedade devem ser rechaçados, se apenas seu nome constar nos atos constitutivos da pessoa jurídica.

Outrossim, a descrição do fato pelo Órgão Acusatório deve ser, nos limites da investigação, cabal, imputando-se, *ainda que de forma perfunctória*, a conduta de cada possível agente delituoso. Os denunciados devem, em tese, possuir algum elo substancial com os fatos narrados na denúncia, sob pena de não ser ela recebida. Porém, como dito, a participação⁴² de cada membro da pessoa jurídica será descoberta com o desenrolar da instrução probatória em juízo (em que pese a situação de alguém ser denunciado, e de ser imputado por uma conduta que pode não cometeu, a teoria do domínio do fato permite tal possibilidade, como já explicitado, nas próprias conseqüências da aplicação da

⁴² Entenda-se “participação” no seu sentido amplo, podendo ser caso de autoria ou de mera participação, na sua delimitada exegese jurídica.

mesma), não havendo malferimento dos princípios do contraditório e da ampla defesa.⁴³

A jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal ainda não conseguiu chegar a um consenso no que toca ao recebimento da denúncia de crimes societários, conforme constatamos nesses julgados:

HC 85549 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 13/09/2005 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação DJ 14-10-2005 PP-00012 EMENT VOL-02205-2 PP-00335

Ementa

EMENTA: I. Habeas-corpus: recurso ordinário ou impetração substitutiva dele: exigência de fundamentação pertinente. II. Omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas de empregados: denúncia: aptidão. **Tratando-se de crimes societários em que não se verifica, de plano, que "as responsabilidades de cada um dos sócios ou gerentes são diferenciadas, em razão do próprio contrato social relativo ao registro da pessoa jurídica envolvida", não há inépcia da denúncia pela ausência de indicação individualizada da conduta de cada indiciado, sendo suficiente a de que "os acusados sejam de algum modo responsáveis pela condução da sociedade sob a qual foram supostamente praticados os delitos"** (HC 85.579, 2ª T., 24.5.05, Gilmar, DJ 24.6.05). A condição de gestores da empresa, nos sucessivos períodos da prática dos fatos delituosos, basta a fundar a imputação

⁴³ Mesmo porque, em fase de inquérito policial, no qual rege o sistema inquisitório, não se aplicam tais princípios. Por todos, Guilherme de Souza Nucci (*in Manual de Processo e Execução Penal*. São Paulo. Ed. RT. 2005. p.100-101), que afirma serem características do sistema inquisitivo a ausência de contraditório e ampla defesa, sigilo no procedimento, ausência ou limitação de recursos, inviabilidade de recusa do órgão investigatório/julgador, confusão no mesmo órgão das funções acusatórias e julgadora e, por fim, predomínio da linguagem escrita. Nucci afirma, para embasar sua lição, que o sistema adotado pelo Brasil é, embora não oficialmente o misto, sendo somente após o início da ação penal que se passam a vigorar as garantias constitucionais. A prática mitigou um pouco esse sistema, como o acompanhamento de advogado do acusado na fase de inquérito, porém a essência da fase pré-processual permanece inquisitória. No mesmo sentido, Rogério Lauria Tucci (*in Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo. Ed. RT. 2004. p. 60 e Fernando de Almeida Pedroso. *Processo Penal. O Direito de Defesa : repercussão, amplitudes e limites*. São Paulo. Ed. RT. 2001. p. 58-62. Porém, não podemos perder de vista o inciso LV da Constituição de 1988, ao preconizar que *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*.

inicial feita a cada um dos pacientes, não se prestando o habeas corpus à verificação do efetivo exercício da gestão, no período em que por ela responsável.

HC 85327 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 15/08/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 20-10-2006 PP-00088 EMENT VOL-02252-02 PP-00266

Ementa

EMENTA: 1. Habeas corpus. Crimes contra a Ordem Tributária (Lei no 8.137, de 1990). Crime societário. 2. Alegação de denúncia genérica e que estaria respaldada exclusivamente em processo administrativo. Ausência de justa causa para ação penal. Pedido de trancamento. 3. Dispensabilidade do inquérito policial para instauração de ação penal (art. 46, § 1o, CPP). 4. Mudança de orientação jurisprudencial, que, no caso de crimes societários, entendia ser apta a denúncia que não individualizasse as condutas de cada indiciado, bastando a indicação de que os acusados fossem de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos. Precedentes: HC no 86.294-SP, 2a Turma, por maioria, de minha relatoria, DJ de 03.02.2006; HC no 85.579-MA, 2a Turma, unânime, de minha relatoria, DJ de 24.05.2005; HC no 80.812-PA, 2a Turma, por maioria, de minha relatoria p/ o acórdão, DJ de 05.03.2004; HC no 73.903-CE, 2a Turma, unânime, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 25.04.1997; e HC no 74.791-RJ, 1a Turma, unânime, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 09.05.1997. 5. Necessidade de individualização das respectivas condutas dos indiciados. 6. Observância dos princípios do devido processo legal (CF, art. 5o, LIV), da ampla defesa, contraditório (CF, art. 5o, LV) e da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1o, III). Precedentes: HC no 73.590-SP, 1a Turma, unânime, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 13.12.1996; e HC no 70.763-DF, 1a Turma, unânime, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23.09.1994. 7. No caso concreto, **a denúncia é inepta porque não pormenorizou, de modo adequado e suficiente, a conduta dos pacientes.** 8. Habeas corpus deferido.

C 87174 / GO – GOIÁS HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 17/10/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação DJ 17-11-2006 PP-00059 EMENT VOL-02256-03 PP-00437

Ementa

EMENTA: HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA POR INEXISTÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS IMPUTADAS AOS SÓCIOS DA EMPRESA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A

AÇÃO PENAL. Mesmos nos crimes chamados de societários não se dispensa uma descrição, ainda que mínima, da participação de cada acusado na trama das ações tidas por delituosas. Com o que se viabiliza o adequado exercício do direito de defesa. In casu, a peça acusatória atende aos requisitos constantes do art. 41 do CPP, porquanto descreve a conduta supostamente delituosa, delimita o momento em que ela teria ocorrido e individualiza, no tempo, a responsabilidade dos sócios na gestão da empresa. O trancamento da ação penal, por motivo de ausência de justa causa, exige que esta seja evidenciada de pronto. Precedentes. Habeas corpus indeferido.

A terceira jurisprudência colacionada é a aqui defendida. Obviamente, por se vislumbrar apenas um crime societário, o Ministério Público não poderia denunciar os sócios, ou o tesoureiro, ou qualquer empregado da pessoa jurídica que seja, sem um mínimo de lastro probatório. A dúvida sobre a autoria nesses crimes sempre existirá, sendo essa apenas sanada quando do decorrer da instrução probatória.

Os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, por dirimir qualquer dúvida ainda existente sobre o referido tema, nesses termos decidiu:

Processo HC 49554 / RS ; HABEAS CORPUS 2005/0184502-0
Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109) Relator(a) p/ Acórdão Ministro GILSON
DIPP (1111) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento 21/09/2006 Data da Publicação/Fonte DJ
30.10.2006 p. 341

Ementa

CRIMINAL. HC. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CRIME SOCIETÁRIO. NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DA RELAÇÃO DA PACIENTE COM OS FATOS DELITUOSOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ORDEM CONCEDIDA.

I. Hipótese em que os pacientes foram denunciados pela suposta prática do crime de apropriação indébita previdenciária, na forma continuada.

II. O entendimento desta Corte – no sentido de que, nos crimes societários, em que a autoria nem sempre se mostra claramente comprovada, a fumaça do bom direito deve ser abrandada, não se exigindo a descrição pormenorizada da conduta de cada agente – não significa que o órgão acusatório possa deixar de estabelecer qualquer vínculo entre a denunciada e a empreitada criminosa a ela imputada.

III. O simples fato de ser sócio de empresa não autoriza a instauração de processo criminal por crimes praticados no âmbito da sociedade, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a condição de dirigente da empresa, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva.

IV. A inexistência absoluta de elementos hábeis a descrever a relação entre os fatos delituosos e a autoria ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando inepta a denúncia.

V. Precedentes do STF e do STJ.

VI. Deve ser cassado o acórdão recorrido, para declarar a inépcia da denúncia e determinar a anulação da ação penal instaurada contra os pacientes.

VII. Ordem concedida.

Processo HC 31294 / PR ; HABEAS CORPUS 2003/0191765-5
Relator(a) Ministro HAMILTON CARVALHIDO (1112) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 19/08/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 09.10.2006 p. 362

Ementa

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. VIOLAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA. CRIMES SOCIETÁRIOS E COLETIVOS. IMPUTAÇÃO GENÉRICA. POSSIBILIDADE. OITIVA DE TESTEMUNHAS DETERMINADA EX OFFICIO PELO MAGISTRADO. IMPEDIMENTO. INEXISTÊNCIA.

1. Não se conhece de habeas corpus que tem por motivação questão estranha ao acórdão impugnado, pena de usurpação de competência.

2. Não há falar em violação do princípio do juiz natural com a simples especialização de competência, eis que não se confundem juízo de exceção e juízo especializado.

3. A denúncia, à luz do disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, deve conter a descrição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias e, por consequência, no caso de concurso de agentes, a definição da conduta de cada autor ou partícipe.

4. É firme o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que, em faltando à Acusação Pública, no ensejo do oferecimento da denúncia, elementos bastantes ao rigoroso atendimento do seu estatuto formal (Código de Processo Penal, artigo 41), principalmente nos casos de crime coletivo ou societário, é válida a imputação genérica do fato-crime, sem a particularização das condutas dos agentes, co-autores e partícipes, admitindo, como admite, a lei processual penal que as omissões da acusatória inicial possam ser supridas a todo tempo antes da sentença final (Código de Processo Penal, artigo 569).

5. Não há falar, à luz das normas insertas nos artigos 156 e 502, parágrafo único, do Código de Processo Penal, em impedimento de magistrado que, na busca da verdade real, determina, ex officio, a oitiva de testemunhas.

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

Pela relevância do tema, ainda não versamos sobre a autoria mediata, o qual dedicaremos um tópico específico ao seu estudo.

2.4.2 A Autoria Mediata

A análise da autoria mediata, tal qual a autoria direta, ou imediata, supõe um domínio do fato por parte do sujeito. Por autor mediato se entende aquele que realiza o tipo penal servindo-se de outro, para a execução da ação típica, de outra pessoa como instrumento.

O relevante, assim, é a relação que guarda o autor mediato e a pessoa que se serve. O autor mediato é um verdadeiro autor, que realiza um feito como próprio. Se ninguém discute que é autor quem, para realizar um delito,

se serve de um instrumento mecânico ou de um animal, não se vê porque se haveria de negar essa condição quando o mesmo se serve de outros homens, que atuam como fossem eles um puro *instrumento*.

O peculiar da autoria mediata é que nela se inverte o papel que usualmente corresponde ao realizador imediato e material da conduta. Geralmente, é este quem realiza como autor um fato próprio, enquanto que o “homem de trás”, normalmente um indutor, aparece como partícipe, colaborando no fato de outro. Na autoria mediata, é o “autor de trás”, e não o executor imediato quem tem o papel principal, circunstância que permite considerá-lo como autor. O executor imediato resulta ser um mero instrumento de quem se serve o autor mediato para levar a cabo sua intenção delitativa.

Como exemplo bastante citado pelos autores, temos a hipótese de uma enfermeira que, sem a consciência de estar matando o paciente, injeta um veneno mortal que haja sido trocado por qualquer vacina, é quem realmente, materialmente realiza a ação de matar, sendo considerada autora imediata. Quem troca as seringas acaba se limitando apenas a isso: acaba não causando pessoalmente a morte. Poder-se-á afirmar, em tais casos, que a impunidade contrapõe a lógica. Certamente que, com a limitação da acessoriedade, pode-se construir muitas dessas proposições à base da indução ou do auxílio necessário, mas nem sempre, razão pela qual os autores vêm sustentando que o sujeito responde como autor ainda que não realize materialmente por si mesmo a ação tipificada em lei.

É, pois, fato inconteste que o autor mediato constitui a pessoa que se vale dolosamente de outra para realizar um delito, ou seja, utiliza-se de outro como instrumento ou meio para lograr a consumação do delito penal.

A averiguação da estrutura da autoria mediata tem criado sérias dificuldades para a doutrina e para a prática do direito. Devido ao fato, principalmente, de a autoria mediata se apresentar como um setor limítrofe, difícil de fixar, entre autoria e participação. Coincide-se com a autoria pelo fato de que o autor mediato não causa o fato alheio nem coopera em tal ato, senão no querer realizar por si mesmo o próprio fato, ainda que se utilizando do instrumento. Com a indução, tem em comum a incitação ao tipo, a indução de um homem à produção de um evento criminal.

Os limites da autoria mediata se encontram em relação ao momento em que a pessoa se traduz em um autor plenamente responsável, ou seja, o que atua imediatamente responde pessoalmente ao fato como autor, de modo que a intervenção de outro sujeito somente pode contemplar-se na forma de senhor do domínio do fato (co-autor), ou como participação. De outra parte, a autoria mediata tampouco cabe quando o tipo requer a realização corporal, ou pelo menos pessoal, da ação típica por parte do autor (delitos de mão própria)⁴⁴, ou quando outro sujeito carece de qualificação pessoal (delitos próprios), quer requer o tipo da correspondente espécie de delito. O professor Mirabete corrobora com essas observações, quando afirma que não haverá autoria

⁴⁴ Sobre esse ponto, em especial, tentaremos abordar uma teoria trazida por Zaffaroni (teoria da determinação do fato), e sua provável aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Esse é o intento desta monografia jurídica, tal como dito em suas linhas introdutórias.

mediata nos crimes de mão-própria, podendo ser, entretanto, caracterizada a participação, nas suas formas de instigação, mandato, auxílio material etc.⁴⁵

Frise-se que não se pode falar de autoria mediata em delitos culposos, pois estes requerem o domínio do fato e na culpa falta a vontade dirigida a causar um determinado perigo ou lesão a um bem jurídico penal.

O domínio do fato pressupõe uma subordinação do instrumento ao autor mediato, tal como o erro ou a coação. Contudo, pode ocorrer o caso em que um sujeito se utiliza de outro que atua sem antijuridicidade ou culpabilidade, derivado da falta de vontade com que atua o instrumento.

Nessa toada, Damásio de Jesus sintetiza as hipóteses em que se caberá falar em autoria mediata⁴⁶:

- A) *Ausência de capacidade penal do instrumento por menoridade penal, embriaguez ou doença mental (art. 62, III, do CP);*
- B) *Coação moral irresistível ou obediência hierárquica (art.22 do CP);*
- C) *Erro de tipo escusável determinado por terceiro, em que o instrumento age sem dolo (art. 20,§ 2º, do CP);*
- D) *Erro de proibição invencível (art. 21, caput, do CP).*

Na lição de Zaffaroni, a autoria mediata é aquela realizada por quem se vale do outro, que não comete o injusto, seja porque age sem dolo, atipicamente ou justificadamente.⁴⁷ Ainda, aduz que tem o domínio do fato porque se vale da permissão legal que tem o outro em virtude da situação em que foi colocado.

⁴⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. Cit.* p. 233.

⁴⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. *Op Cit.* p. 20.

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.* p. 637.

Atente-se, outrossim, para o fato de que não haverá autoria mediata quando o sujeito se vale de outro que é inculpável, como o inimputável, de alguém em situação de necessidade exculpante, ou ainda, de um erro de proibição invencível. Teremos, em tais situações, a figura da participação, em sua forma instigação, haja vista não possuir o determinador o amplo controle das atitudes do determinado. Assim, a falta de reprovabilidade da conduta do interposto não dá o domínio do fato ao determinador.⁴⁸

Por fim, observe-se que o autor mediato deve possuir as características exigidas em relação ao autor ou o instrumento para o delito perpetrado. Assim, se alguém, não funcionário público, por exemplo, valendo-se de funcionário como *intransus*, faz exigir, para si ou para outrem, quantia indevida em razão do cargo público do instrumento, não pratica a concussão, por faltar-lhe a característica de funcionário público.

Sobre essa necessidade do autor mediato possuir as características de sujeito ativo que o tipo requer, Álvaro Mayrink da Costa bem esclarece sobre a dificuldade para a sustentação da figura da autoria mediata em casos análogos, sendo o citado erro apontado por corrente majoritária na doutrina, “quando o instrumento não é qualificado, ficando a autoria mediata sem fundamentação na vulneração do dever especial (v.g. o dever do funcionário público)”.⁴⁹

Cezar Bitencourt complementa as exposições, prelecionando que:

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.* p. 638.

⁴⁹ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Op. Cit.* p. 222. É sobre essa pequena falha da teoria do domínio do fato, na espécie de autoria mediata, que Zaffaroni constrói a teoria da determinação do fato. Sobre ela, tema deste monografia jurídica, discorreremos adiante.

Todos os pressupostos necessários de punibilidade devem encontrar-se na pessoa do “homem de trás”, no autor mediato, e não no executor, autor imediato. Com base nesse argumento, Soler e Mir Puig, seguindo a orientação de Welzel, admitem, em princípio, a possibilidade de autoria mediata nos crimes especiais ou próprios, desde que o ator mediato reúna as qualidades ou condições específicas exigidas pelo tipo. Já nos “crimes de mão própria, será impossível a figura do autor mediato”.⁵⁰

Por fim, como exemplo de verificação da autoria mediata, segue acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

Processo CC 46654 / SP ; CONFLITO DE COMPETENCIA
2004/0141652-2 Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128) Órgão
Julgador S3 - TERCEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 14/02/2005

Data da Publicação/Fonte DJ 02.03.2005 p. 184 LEXSTJ vol. 189 p. 228

Ementa

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. AÇÃO DE TRANSPORTAR. AUTORES MEDIATOS. ABSOLVIÇÃO DA PESSOA QUE TRANSPORTAVA. IRRELEVÂNCIA. RESPONSABILIDADE DOS AUTORES DO ILÍCITO. CRIME ÚNICO. CRIME PERMANENTE. REGRA DA PREVENÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DO LOCAL DA APREENSÃO.

1. O envolvimento de outras pessoas, em tese, responsáveis pelo transporte da droga por intermédia pessoa, que restou absolvida por inexistência de dolo, revela a ocorrência de crime único, cujo desdobramento aponta a participação de pessoas diversas, cada qual com suas funções, findando com o flagrante pela conduta de transportar a substância entorpecente.

2. A circunstância da absolvição da pessoa portadora da droga, pela negativa de participação dolosa no evento, não descaracteriza a autoria dos verdadeiros traficantes que, de forma mediata, providenciaram o transporte da substância.

3. A ação delituosa verificada pelos agentes policiais e que ensejou a apreensão da substância estupefaciente foi a de transporte, caracterizada pelo

⁵⁰

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 389.

caráter permanente, aplicando-se as regras de fixação de competência previstas nos arts. 71 e 83 do CPP.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 5ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, suscitado.

Por sua vez, o Tribunal Regional da 3ª Região lavrou acórdão consubstanciado na afirmação de que quem se vale de inimputável acaba cometendo o injusto por autoria mediata, no caso em testilha, posição aqui não assumida, por melhor vislumbrarmos a co-autoria ou participação, porém com implicações individualizadas.

Acórdão Origem: TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO Classe: ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 14533 Processo: 200261100065841 UF: SP Órgão Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão: 27/06/2005 Documento: TRF300093989 Fonte DJU DATA:19/07/2005 PÁGINA: 267 Relator(a) JUIZA RAMZA TARTUCE

Decisão A Turma, à unanimidade, rejeitou a preliminar e negou provimento ao recurso de Gustavo Francisco Amaral, mantendo a sentença em seu inteiro teor, nos termos do voto do(a) relator(a).

Ementa PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - MOEDA FALSA - PORTE DE ENTORPECENTE PARA O PRÓPRIO CONSUMO - NULIDADE DO FEITO NÃO RECONHECIDA -AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADAS - AUTORIA MEDIATA -DOLO DEMONSTRADO - QUALIDADE DA FALSIFICAÇÃO - FIXAÇÃO DA PENA BASE- ARTIGO 59 CÓDIGO PENAL - REINCIDÊNCIA - ARTIGO 61, INCISO I C/C ARTIGO 63 CP - PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA - RECURSO IMPROVIDO
- CONDENAÇÃO MANTIDA.

1. A presença do adolescente, bem como de seu pai, no auto de prisão em flagrante, pode ser inferida do Termo de Compromisso e Responsabilidade (fls. 25), lavrado no mesmo local, no mesmo dia e no mesmo horário do Auto de Prisão

em Flagrante, onde há a assinatura do Sr. Wagner Donizete Domingues, genitor do menor.

2. E, mesmo que ainda não fosse, tenho que, além das assinaturas da autoridade policial, do condutor e do escrivão de polícia, outras três testemunhas, estranhas aos quadros policiais, assinaram o Auto de Prisão em Flagrante, o que, por si só, já seria suficiente para validar as afirmações ali contidas. Outrossim, a nulidade por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato, prevista no inciso IV, do artigo 564, do Código de Processo Penal, é relativa, e deve ser argüida no momento oportuno, o que, na hipótese, não ocorreu. Preliminar rejeitada.

3. A autoria e a materialidade do delito restaram amplamente demonstradas através do Auto de Prisão em Flagrante (fls. 07/11), do Boletim de Ocorrência de Autoria Conhecida (fls. 13/15), dos Autos de Exibição e Apreensão (fls. 16/19), do Laudo de Constatação (fls. 23), do Termo de Compromisso e Responsabilidade (fls. 25), do Exame Químico Toxicológico com resultado positivo para "cannabis sativa L" - comumente conhecida como maconha (fls. 95/97), pelo laudo de Exame em Papel Moeda (fls. 169/170) e pelos depoimentos prestados.

4. O comportamento de criminosos que se utilizam de menores inimputáveis como verdadeiros "longa manus" para atividades ilícitas, na esperança de perpetrar seus delitos e garantir a impunidade tem sua definição doutrinária como "autoria mediata" e permite a punição do verdadeiro autor do delito.

5. A ação do réu foi dolosa, vez que demonstrou a vontade livre e consciente de praticar, como autor mediato, a conduta descrita no tipo penal, a saber, guardar moeda falsa, com plena ciência dessa falsidade. Nos mesmos termos está demonstrado o delito descrito no artigo 16 da Lei 6368/76, em virtude de a maconha ter sido encontrada com o menor no momento da prisão, tendo ele confessado que a recebeu do apelante.

6. Quanto à qualidade da falsificação vejo que, no laudo de exame em moeda realizado pelo Instituto Nacional de Criminalística do Departamento de Polícia Federal (fls. 169/170), os peritos, ao responderem o quesito sobre a capacidade de iludir das notas, foram enfáticos ao afirmar a capacidade das notas em iludir o homem médio.

7. Verifico que foram devidamente observadas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, utilizando-se o Juízo "a quo" dos maus antecedentes, da conduta social do agente e de sua personalidade para fixar a pena base acima do mínimo legal. Ressalte-se que tais elementos são autônomos, e não se confundem.

8. Tampouco há que se confundir os maus antecedentes com a circunstância agravante decorrente da reincidência, que deverá ser aplicada em razão das condenações, com trânsito em julgado anterior ao cometimento do delito em questão, e certificadas nos autos. Além dessas condenações, o apelante ostenta outros feitos que devem ser considerados como antecedentes criminais a desaboná-lo.

9. Recurso improvido. Condenação mantida.

Data Publicação 19/07/2005.

2.4.3 *Co-autoria*

No momento em que várias pessoas concorrem na realização de um delito em comum, todos são qualificados como co-autores. Seus limites e características haverão de variar com respeito à autoria.

Fala-se em co-autores quando é realizado conjuntamente e de mútuo acordo o fato, podendo assim ser dito porque cometem um delito entre todos. Aos co-autores se distribui a realização do tipo, mas como nenhum deles o realiza completamente, não se poderá alguém ser partícipe do feito de outro. Na co-autoria, não se imputará a acessoriedade da imputação⁵¹, segundo o qual o partícipe somente será punível quando existir um fato antijurídico do autor.

Quanto aos limites da co-autoria, estes derivam do motivo de que se trata de uma forma de autoria baseada em comum acordo dos que intervêm, sendo, de pronto, rechaçado a co-autoria em crimes culposos, pois nesse tipo de

⁵¹ Citando Francisco Muñoz Conde, (*in Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1988. p. 198), Bitencourt, à p. 390, adverte que “na co-autoria, não há relação de acessoriedade, mas a imediata imputação recíproca, visto que cada um desempenha uma função fundamental na consecução do objetivo comum”.

delito, faltaria a vontade dirigida a lograr em comum acordo o cometimento do injusto penal.

A respeito desse comum acordo, deve ser ele entendido como o componente subjetivo da co-autoria, pelo que não basta uma simples manifestação de vontade entre os co-autores⁵². É imprescindível que eles atuem em uma cooperação, de forma consciente e querida de que realizam ou de que vão realizar.

O aspecto objetivo caracterizador da co-autoria está na realização em conjunto, o que equivale à divisão de trabalho, devendo a conduta de cada um, de acordo com a teoria da equivalência das condições já vista, ser indispensável como condição causal do delito. Pode-se afirmar, aqui, que cada co-autor mantém o domínio funcional do fato.⁵³

A co-autoria, obviamente, não se confunde com a participação, porque o co-autor possui, diferentemente do partícipe, o domínio final do fato delituoso. É bem de ver, assim, que o co-autor controla a realização do delito (pelo menos em sua esfera de atuação, marcada pela divisão de tarefas), fato este não vislumbrado na participação, que possui características acessórias em relação à autoria. Perceba-se que a nuance é bastante tênue, necessitando-se de uma mínima instrução probatória para saber se no caso em concreto, o nexos causal da conduta é imprescindível para o cometimento do delito ou não.

⁵² Bitencourt, em sua obra citada, à p. 389, defende que é desnecessário um acordo prévio, “bastando a consciência de cooperar na ação comum”.

⁵³ JESUS, Damásio Evangelista de. *Op. Cit.* p. 23.

O professor colombiano Antoine Joseph Stepanian Santoyo, em artigo intitulado “*La coautoría impropia*”, esclarece como se deve dar o processo de verificação entre co-autoria e participação⁵⁴:

Para determinar la co-autoría debe analizarse la naturaleza del aporte del hecho, lo que se remite al aspecto procesal-probatorio, pues ella establecerá la existencia o no del co-dominio del hecho. Si los sujetos que actúan en común acuerdo, individualmente considerados, realizan la acción, serán co-autores, salvo que se exijan calidades especiales requeridas por el tipo.

(...)

Para calificar dicha figura típica, es esencial tomar en cuenta a conducta de los sujetos en forma colectiva, los que intervienen como tal en la ejecución del delito; o sea, no sólo se deben considerar co-autores a los que ejecutan en sentido estricto el delito sino también a todos los que aporten una parte esencial al plan de ejecución.

A punibilidade para a co-autoria é dada a partir da aplicada aos autores, sendo que a excludente de ilicitude ou a atipicidade que pese sobre alguns dos co-autores não vale para o restante dos infratores, enquanto que as agravantes e atenuantes apenas possuem valor nos casos em que resultem aplicáveis aos sujeitos que se encontram na situação legalmente suposta. Dessa maneira, Zaffaroni e Pierangeli asseveram⁵⁵:

Naturalmente que na co-autoría cada um dos co-autores deve reunir os requisitos típicos exigidos para ser autor. Se estes requisitos não são preenchidos, por mais que haja uma divisão do trabalho e um aporte necessário para a realização, de acordo com o plano concreto do fato, não há co-autoría. Trata-se de uma limitação legal ao princípio do domínio do fato.

A seguir, pela relevância e clareza das lições, seguem acórdãos lavrados pelo Superior Tribunal de Justiça, no que se refere ao entendimento do instituto da co-autoria, em diversos casos em concreto:

⁵⁴ SANTOYO, Antoine Joseph Stepanian. *La Coautoría Impropia*. Artigo encontrado no site [http://www.pfyaj.com/chechchi/Fortalecimiento/La_coautoría_impropia.pdf]. p. 6-7. Acesso em 20/11/2006.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.* p. 640-641.

Processo HC 40474 / PR ; HABEAS CORPUS 2004/0180020-5
Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 06/12/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 13.02.2006 p. 832

Ementa

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO. DELITO DE TRÂNSITO. CO-AUTORIA. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O COMPORTAMENTO DO PACIENTE E O EVENTO DANOSO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA.

1. É perfeitamente admissível, segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial, a possibilidade de concurso de pessoas em crime culposos, que ocorre quando há um vínculo psicológico na cooperação consciente de alguém na conduta culposa de outrem. O que não se admite nos tipos culposos, ressalve-se, é a participação. Precedentes desta Corte.

2. Afigura-se inviável, conforme pretende o Impetrante, reconhecer, na via estreita do writ, a ausência, por falta de provas, do nexo causal entre o comportamento culposos do paciente - reconhecido na sentença - ao acidente em questão, uma vez que demandaria, necessariamente, a análise aprofundada do conjunto probatório dos autos.

3. Habeas Corpus denegado.

Processo HC 30503 / SP ; HABEAS CORPUS 2003/0166322-0
Relator(a) Ministro PAULO MEDINA (1121) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 18/10/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 12.12.2005 p. 424

Ementa

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA. CO-AUTORIA. DOMÍNIO FUNCIONAL DO FATO. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INOBSERVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.

O Tribunal de origem, quando do recurso de apelação, é livre para analisar a conduta do paciente, enquadrando-a conforme melhor lhe parecer. O acusado que na divisão de trabalho tinha o domínio funcional do fato (a saber, fuga do local do crime), é co-autor, e não mero partícipe, pois seu papel era previamente definido, importante e necessário para a realização da infração penal.

A sentença penal condenatória, no caso de concurso de agentes, deve guardar estrita consonância com as condutas de cada agente, particularizadas na denúncia.

É nula a decisão condenatória na parte em que foi fixada a pena-base acima do mínimo legal com fundamentação inadequada.

Ordem parcialmente concedida para anular a sentença no que atina a dosimetria da pena do paciente, mantendo a condenação, devendo outra ser prolatada, sem os vícios da original.

Processo Apn 266 / RO ; AÇÃO PENAL 2003/0169397-8 Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114) Órgão Julgador CE - CORTE ESPECIAL Data do Julgamento 01/06/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 12.09.2005 p. 193

Ementa

PROCESSO PENAL – PECULATO – COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO E SUPRESSÃO DE DOCUMENTOS PÚBLICOS.

Comprovada a materialidade e a autoria do crime de peculato dos três primeiros denunciados, recebe-se a denúncia quanto a esses crimes.

A coação exercida pelo primeiro denunciado, objetivando paralisar a ação da justiça e destruir provas, está materialmente comprovada. Co-autoria de servidores públicos que tinham discernimento e independência para agirem segundo a lei, sem obediência a ordem manifestamente ilegal.

Humildes servidores representados por agentes de segurança e policiais de baixa patente não podem ser incriminados como co-autores, por terem agido por temor do patrão e chefe de hierarquia superior.

A gravidade do crime de peculato, com autoria comprovada via farta prova documental, autoriza o afastamento do réu Conselheiro do Tribunal de Contas.

Denúncia recebida em parte.

Processo REsp 622741 / RO ; RECURSO ESPECIAL 2004/0011981-3
Relator(a) Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 16/09/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 18.10.2004 p. 327

Ementa

RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO. CO-AUTORIA. O co-autor que participa de roubo armado responde pelo latrocínio, ainda que o disparo tenha sido efetuado só pelo comparsa.

Recurso especial desprovido.

Processo HC 19898 / RS ; HABEAS CORPUS 2001/0194528-5
Relator(a) Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 02/03/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 29.03.2004 p. 256

Ementa

HABEAS CORPUS. JÚRI. CONCURSO DE PESSOAS. QUESITO GENÉRICO. NECESSIDADE. FIXAÇÃO DA PENA. NULIDADES. INOCORRÊNCIA.

Tratando-se de co-autoria, faz-se imprescindível, sob pena de nulidade, a formulação de quesito atinente ao concurso genérico, quando negada a forma específica de participação no evento delituoso. Precedentes.

Ordem denegada.

Processo HC 18206 / SP ; HABEAS CORPUS 2001/0101420-3
Relator(a) Ministro FERNANDO GONÇALVES (1107) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 04/12/2001 Data da Publicação/Fonte DJ 04.03.2002 p. 299 RDR vol. 23 p. 414 RSTJ vol. 160 p. 531

Ementa

HABEAS CORPUS. CRIMINAL. CO-AUTORIA. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE. ESPOSA DENUNCIADA POR EVENTUAIS DELITOS COMETIDOS PELO MARIDO.

1. O sistema criminal brasileiro, como ensina a unanimidade da doutrina, adota a teoria da equivalência dos antecedentes ou da *condictio sine qua non* (RENÉ ARIEL DOTTI), não distinguindo entre condição e causa, considerada esta como toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido (ANÍBAL BRUNO). Nesta perspectiva, então, cabe verificar se o resultado (desvio de verbas) ocorreria do mesmo modo sem a intervenção da paciente, ou em outras palavras,

como ensinado por este último autor, se entre o seu atuar e o resultado típico existe a necessária relação de causa e efeito.

2. O fato de usufruir de bens adquiridos pelo marido, na constância da sociedade conjugal, não se insere em nenhum momento na cadeia causal, de modo a gerar qualquer figura delituosa típica. Tem-se, por evidente, neste caso, o vínculo conjugal (art. 266 do Código Civil) a determinar, impor e referendar o usufruto, decorrência simples e única da vida em comum que, em um segundo plano, dentro das regras de harmonia e convivência social, autoriza e consagra a recepção de pessoas em sua casa. Impõe-se ainda ressaltar que, abstração feita ao uso e gozo dos bens materiais adquiridos e o relacionamento social com os demais co-réus, os delitos de que são eles acusados, inclusive seu marido, teriam ocorrido da mesma forma. Não foram estes eventos causa eficiente, *condictio sine qua non*, do resultado. Eliminada a condição desapareceria o resultado (desvio)? Evidente que não, mesmo porque, segundo reconhece a própria denúncia, ela, há muito, já ocorria.

3. Na real verdade, ainda que se queira argumentar com a ciência dos fatos delituosos praticados por seu marido, a hipótese não configura a co-participação, porque a paciente não tinha o dever jurídico de impedir o resultado. O entendimento pretoriano destaca que a ciência ou mesmo a concordância difere da instigação punível. Houve, quando muito, convivência, sem prática de ato de execução apto a ensejar o reconhecimento da co-autoria. Em sua monografia sobre o Nexo Causal, Paulo José da Costa Junior, assinala que a pessoa não deve ser considerada "causa de um determinado evento só porque, operando, realiza uma condição qualquer necessária ao resultado", pois que, destarte, a responsabilidade atinge o infinito. E traz à colação exemplo constante da teoria de Von Buri, onde se indaga se devido considerar "causa da morte de alguém num desastre ferroviário o amigo que não o dissuadiu de empreender a viagem". Mostra também o ilustre Professor da USP, citando Antolisei, a hipótese de um convalescente, aconselhado pelo médico, a viajar a uma estação de águas, vindo a morrer de desastre de automóvel, por imprudência do motorista. Neste caso, seriam causas do falecimento o médico, o irmão que sugeriu determinada estrada, o amigo que o reteve para indagar de sua saúde e, também, quem conferiu a carteira de habilitação ao chofer. Em nenhum destes casos, a conduta inicial era idônea à produção do resultado final, como acontece com a paciente, sendo até aconselhável, em breve lance, o debate da questão sob o ângulo do concurso de agente que não se caracteriza, na hipótese de simples convivência quando ausente o dever jurídico de impedir o resultado.

4. Ordem concedida para trancar a ação penal em relação à paciente Maria da Glória Bairão dos Santos.

2.4.4 *Autoria Colateral*

A autoria colateral, também denominada de autoria lateral ou imprópria⁵⁶, ocorre quando duas ou mais pessoas, sem a existência de um

⁵⁶

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. Cit.* p. 232.

vínculo subjetivo, perpetuam condutas convergentes⁵⁷, com o escopo de se praticar a mesma infração penalmente relevante.

No clássico exemplo da doutrina, ocorre a autoria colateral quando duas pessoas, pretendendo matar a mesma vítima, postam-se de emboscada, ignorando cada uma a intenção da outra e atiram na vítima ao mesmo tempo, vindo a vítima a falecer.⁵⁸

A diferença primordial encontrada entre a co-autoria e a autoria colateral reside no fato de que nesta há ausência do liame psicológico ligando os agentes. Assim, não existe o elemento subjetivo supra mencionado.

Outrossim, quanto aos efeitos da autoria colateral, os autores são assentes no sentido de que, no exemplo em liça, em havendo dúvida insanável quanto à autoria da morte, a solução deverá a que se coaduna com o princípio constitucionalmente erigido, qual seja, o do *in dubio pro reo*, punindo-se, destarte, ambos por tentativa de homicídio.

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça lavrou acórdão que trata da autoria colateral:

Acórdão Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA lase: RESP - RECURSO ESPECIAL - 37280 Processo: 199300210696 UF: RS Órgão Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão: 02/03/1996 Documento: STJ000115864 Fonte DJ DATA:29/04/1996 PÁGINA:13426 LEXSTJ VOL.:00085 PÁGINA:321 Relator(a) ASSIS TOLEDO

Decisão Por Unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para desclassificar o crime para a figura tentada do artigo 205, parágrafo 1, c/c artigo 30, II, do CPPM, em relação aos acusados Júlio Batista Machado de Oliveira, Gérson Luiz de oliveira Gomes e Rogério Martins. Em consequência, reformular a dosimetria da pena para condenar esses acusados à pena definitiva de 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida, desde o início, em regime aberto,

⁵⁷ René Ariel Dotti, em sua obra citada, à fl. 353, assegura que “condutas convergentes são aquelas que se reúnem fisicamente para a prática do evento”.

⁵⁸ Por todos, PRADO, Luiz Régis. *Op. Cit.* p. 495.

delegando a Primeira Auditoria da Justiça Militar do estado do Rio Grande do Sul. O exame da possibilidade de suspensão condicional da pena, ante a inexistência de elementos nos autos decidiu, ainda, a turma, por unanimidade, estender a decisão ao co-réu Hércules Benhur Fan dos Reis, nos termos do artigo 515, CPPM.

Ementa PENAL. CO-AUTORIA E AUTORIA COLATERAL. DISTINÇÃO. POLICIAIS MILITARES QUE, EM PERSEGUIÇÃO A VEICULO QUE DESOBEDECERA ORDEM DE PARAR, DESFEREM VARIOS TIROS EM DIREÇÃO AO VEICULO PERSEGUIDO, UM DELES ATINGINDO O MENOR QUE ESTAVA NA DIREÇÃO, MATANDO-O.

CONDENAÇÃO DE TODOS OS POLICIAIS, O AUTOR DO TIRO FATAL PELA AUTORIA, OS DEMAIS EM CO-AUTORIA, POR HOMICIDIO CONSUMADO (ART. 205, PARAGRAFO 1., DO CPM), APESAR DE TER SIDO IDENTIFICADO O ÚNICO PROJÉTIL CAUSADOR DA MORTE COMO TENDO PARTIDO DA ARMA DO PRIMEIRO.

HIPOTESE EM QUE, POR SER A PERSEGUIÇÃO AOS FUGITIVOS DESOBEDENTES FATO NORMAL NA ATIVIDADE DE POLICIAMENTO, NÃO SE PODE TOMA-LA COMO SUFICIENTE A CARACTERIZAR A NECESSARIA UNIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO DIRIGIDO A CAUSAÇÃO SOLIDARIA DO RESULTADO. ASSIM, NESSA HIPOTESE OS DISPAROS DE ARMA DE FOGO DEVEM SER EXAMINADOS EM RELAÇÃO A CADA UM DOS RESPONSÁVEIS POR ESSES DISPAROS, CARACTERIZANDO-SE, NA ESPECIE, A DENOMINADA AUTORIA COLATERAL.

COMO APENAS UM DESSES DISPAROS, COM AUTORIA IDENTIFICADA, ATINGIU A VITIMA, MATANDO-A, O AUTOR DO TIRO FATAL RESPONDE POR HOMICIDIO CONSUMADO, OS DEMAIS, ANTE A PROVA RECONHECIDA PELO ACORDÃO DE QUE TAMBEM VISARAM A VITIMA, SEM ATINGI-LA, RESPONDEM POR TENTATIVA DE HOMICIDIO.

RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

Rogério Greco, ao explicar didaticamente sobre a autoria colateral, afirma que dessa espécie de autoria poderá surgir outra, a qual é denominada de “autoria incerta”, sendo ela exatamente o caso aqui trazido à baila, quando não se consegue concluir, com o juízo de certeza requerido do direito penal, quem seja o verdadeiro autor do delito⁵⁹. Como já dito, aplica-se o princípio do *in dúbio pro reo* no caso.

Outra hipótese trazida à colação por Rogério Greco refere-se ao desconhecimento da autoria, “quando não se faz idéia de quem teria causado ou ao menos tentado praticar a infração penal”.⁶⁰ Nesse caso, teremos a autoria

⁵⁹ GRECO, Rogério. *Op. Cit.* p. 502.

⁶⁰ *Idem*, p. 502.

desconhecida, na qual não se chega nem serem imputados fatos contra qualquer pessoa.

2.4.5 Co-autoria Sucessiva

Na hipótese de alguém começar o trabalho de divisão de tarefas, em que se encontrem vários co-autores, para o cometimento de um crime, já tendo este sido iniciado pelos outros, ou seja, já tendo começado a correr o *iter criminis*, poderá haver o que se chama de co-autoria sucessiva.

Nos dizeres de Nilo Batista,

*Pode ocorrer a co-autoria sucessiva não só até a simples consumação do delito, e sim até o seu exaurimento, que Marauch chama de 'punto final'. Dessa forma, o agente que aderisse à empresa delituosa de extorsão (art. 158 CP) por ocasião da obtenção da indevida vantagem econômica (que está situada após a consumação, configurando mero exaurimento) seria co-autor sucessivo.*⁶¹

A doutrina não é unânime no que toca à conseqüência da co-autoria sucessiva, tendo se formado duas correntes sobre a responsabilidade do agente que ingressa após o início do *iter criminis*.

Alguns autores, como os alemães Marauch e Welzel, bem como o brasileiro Nilo Batista, afirmam que o co-autor sucessivo tomou conhecimento da situação em que se encontrava e, ingressando na mesma conscientemente, deve responder pelo fato integralmente. Em sentido contrário ao esposado, Mezger e Zaffaroni.⁶²

⁶¹ BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**. Rio de Janeiro. Líber Juris. 1979. p. 88; *Apud* GRECO, Rogério. *Op. Cit.* p. 499.

⁶² Observação encontrada na obra citada de Rogério Greco, à p. 499.

Rogério Greco, um dos poucos autores que comentam esse tipo de autoria de forma mais aprofundada, parece-nos se filiar à primeira corrente, porém chama atenção ao fato de que todos os fatos anteriores ao início da execução do ato pelo co-autor sucessivo “tenham ingressado em sua esfera de conhecimento, e desde que eles não importem fatos que, por si sós, consistam em infrações mais graves já consumadas”.⁶³

2.4.6 Multidão Delinqüente

Pode ocorrer, ainda, fora os casos de organizações criminosas, que se caracterizam por possuírem todo um aparato funcional e hierárquico em sua organização, a hipótese de uma multidão, em situação de elevado furor, que comete vários delitos, em desacordo com padrões morais e éticos. Exemplos de multidão delinqüente têm lugar em linchamentos, depredações, saques etc.

Essa forma incomum de concurso de pessoas⁶⁴, apesar da forma incomum pela desordenação de ações, não afasta o liame psicológico existente

⁶³ *Idem*, p. 500.

⁶⁴ Há quem não entenda haver concurso de pessoas em crimes multitudinários, como Rogério Greco. *Op. Cit.* p. 525-528. Tal autor critica veemente a posição adotada por Cezar Bitencourt, ao asseverar que não se pode presumir o vínculo psicológico entre os agentes, sob pena de se imputar a alguém uma conduta na realidade não querida, porém acontecida por impossibilidade de conter os outros participantes multitudinários. *V.g.*, o caso de um linchamento, em que uma pessoa apenas desfere um golpe na perna da vítima, sendo sua intenção apenas agir com *animus laedendi*. No caso em testilha, vindo o linchado a falecer, seria imputada ao agente conduta que não corresponderia ao seu dolo específico, assim como o resultado produzido não necessariamente (ou melhor, desvinculadamente) de sua conduta única e singular.

entre as pessoas⁶⁵. Destarte, todos responderão pelos seus delitos, devendo ser apurada a participação de cada um no decorrer da instrução criminal⁶⁶. Nesse sentido, tem-se acórdão do Supremo Tribunal Federal:

HC 80204 / GO – GOIÁS HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 05/09/2000 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 06-10-2000 PP-00082 EMENT VOL-02007-02 PP-00408
Ementa

EMENTA: HABEAS-CORPUS ORIGINÁRIO SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. PECULATO E ESTELIONATO. PACIENTES DENUNCIADOS POR CONVERSÃO INDEVIDA DE CRUZEIROS EM CRUZADOS NOVOS, VALENDO-SE, O PRIMEIRO, DA CONDIÇÃO DE CAIXA EXECUTIVO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, MEDIANTE COBRANÇA DE VANTAGEM INDEVIDA. LEI Nº 8.024/90 (PLANO COLLOR). ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. PEDIDO DE TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POR FALTA DE JUSTA CAUSA. 1. Os precedentes trazidos aos autos são inaplicáveis porque dizem respeito a atos praticados pelos próprios interessados, e não por terceiros mediante cobrança de propinas. 2. Somente em circunstâncias excepcionais este Tribunal autoriza o trancamento de inquérito policial pela via do habeas- corpus, como ocorre quando manifestamente o fato narrado não constitui crime. 3. Os réus devem se defender dos fatos narrados na denúncia, e não do tipo penal nela invocado, porque, até o final da instrução, poderá ocorrer a emendatio ou a mutatio libelli (CPP, artigos 383 e 384). Precedentes. 4. Nos crimes multitudinários, ou de autoria coletiva, a denúncia pode narrar genericamente a participação de cada agente, cuja conduta específica é apurada no curso do processo-crime. Precedentes. 5. Habeas-corporis conhecido, mas indeferido.

Atenuantes e agravantes poderão incidir em tais casos. Assim, quem age sobre a influência da multidão poderá ter a pena atenuada em conformidade com o art. 65, III, “e” do Código Penal. De outra ponta, os que promoveram, organizaram ou lideraram a prática criminosa, ou dirigiram a prática dos demais, responderão com a agravante inserta no art. 62, I do CP.

⁶⁵ Contudo, como bem afirma René Ariel Dotti, deve-se ter em mente o fato de que “frente a multidão em tumulto, o homem pode perder a sua individualidade e reagir de maneira semelhante aos mesmos impulsos de outros indivíduos”. *In Op. Cit.* p. 55.

⁶⁶ Cezar Bitencourt, em sua obra citada, à p. 400, vai além, afirmando que “nos crimes praticados por multidão delinqüente é desnecessário que se descreva minuciosamente a participação de cada um dos intervenientes, sob pena de inviabilizar a aplicação da lei”.

2.4.7 *Autoria de escritório*

Zaffaroni e Pierangeli, em suas lições, fazem alusão ainda a um novo tipo de autoria mediata, com determinado punível e culpável, que chamam de “autoria de escritório”.

Nesse específico caso, tratar-se-ia da hipótese em que “aquele que concorre para o crime é autor do delito, e também o é o determinado por este”.⁶⁷ Não se trataria de co-autoria, pois essa forma de autoria mediata pressupõe uma de poder por trás, geralmente alguma organização criminosa paraestatal, hierarquizada e estratificada. Nesse aspecto, o afastamento da co-autoria é nítido pelo fato de não haver necessariamente um mútuo acordo para o cometimento do delito, haja vista que a posição hierárquica, de certa forma, afasta a coordenação de vontades, dando azo a uma subordinação de tarefas. Conseqüentemente, a divisão de tarefas não se fará com a independência de praxe, ou seja, não poderemos dizer que o executor é o senhor do seu fato, pois sobre ele pesa todo um poder hierárquico a lhe determinar o fato.

Contudo, não se defende a idéia de ser a autoria de escritório uma sub-espécie de autoria mediata, já que não estamos a falar em alguém (instrumento) que age de forma excludente de tipicidade, de culpabilidade ou até de forma atípica. Assim, o determinado é culpável e punível, afastando-se a aplicação da autoria mediata, com todas suas conseqüências.

Por fim, nos dizeres dos mestres Zaffaroni e Pierangeli,

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.* p. 647.

Em tal hipótese, têm o domínio do fato tanto o executor ou determinador como o determinado, conquanto sejam ambos culpáveis, o que daria lugar a uma forma de autoria mediata especial – como já dissemos-, em que a inserção de ambos os autores no aparato de poder antijurídico coloca ambos na posição de autores responsáveis, com pleno domínio do fato.⁶⁸

3. PARTICIPAÇÃO

Ao falarmos da participação, fazemos referência às demais pessoas que colaboram na perpetração do fato punível em um caráter distinto da autoria. A teoria da participação se ocupa de analisar a contribuição do partícipe na execução do injusto penal, já que a participação quer dizer o apoio do fato principal realizado por outro, o autor. Assim, a conduta do partícipe, por essência, se relaciona com a conduta principal⁶⁹.

Dessa feita, não se pode confundir o conceito de participação como uma espécie de concurso de pessoas. Ocorre que, no concurso, os agentes devem perfazer os quatro elementos quais sejam, a pluralidade de agentes e de condutas, a relevância causal de cada conduta, o liame subjetivo entre os agentes e, por fim, a identidade de infração penal. Na participação, a atividade desempenhada pelos partícipes e pelo autor é diferente, não se caracterizando, destarte, o concurso de pessoas.⁷⁰ Além disso, o partícipe não tem o poder de

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.* p. 647.

⁶⁹ Nos dizeres de Mirabete, em sua obra citada, p. 232, a participação “trata-se de hipótese de enquadramento de *subordinação ampliada ou por extensão*, prevista na lei, que torna relevante qualquer modo de concurso, que transforma em típica uma conduta *de per si* atípica”. Já Cezar Bitencourt, p. 290, refere-se a uma “ampliação da punibilidade de comportamentos”.

⁷⁰ Nesse sentido, Beatriz Vargas Ramos, *in Do Concurso de Pessoas*. p. 61, *Apud* GRECO, Rogério, *op. Cit.* p. 503.

decisão sobre a execução ou a consumação do crime, não sendo, desse modo, senhor do fato.

Como já relatado, a participação é conduta acessória à autoria. Ela tem como principal função auxiliar, instrumentalizar ou instigar o autor ao cometimento do delito. Dessa feita, por estar necessariamente entrelaçada à conduta do autor, se o crime acaba não acontecendo, pelo que não haja chegado na fase do *conatus*, então a conduta do partícipe, também, não poderá ser punida. Em suma, a participação, em si mesma, não é relevante, até o início da execução do crime.⁷¹

A participação pode se dar de maneira moral ou material. Por sua vez, a participação de forma moral pode dar-se por instigação (que se limita a reforçar a idéia criminosa já existente na mente do autor), ou por induzimento (quando ainda não havia uma idéia delitiva na mente do autor e o partícipe a insere). A participação de forma material é consubstanciada na prestação de auxílios materiais, também denominada de cumplicidade.

Passaremos agora a tecer breves comentários sobre cada uma dessas formas de participação. Em seguida, abordaremos as teorias da participação.

3.1 Participação Moral

⁷¹ O artigo 31 do CPB reza que “O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”.

O induzimento implica uma série de atividades realizadas por um sujeito através das quais determina a outro, dolosamente, o delito por este cometido. A relação entre indutor e induzido se verifica pela motivação, e não mediante uma genuína relação de causalidade. O indutor faz surgir no induzido motivos estranhos a ele que determinam o cometimento do delito. Os meios são múltiplos: a ameaça⁷² ou o afago de paixões, o oferecimento de um preço ou recompensa, se executa o feito, a promessa de uma posterior retribuição etc.

A distinção entre co-autoria e induzimento está em que neste não há domínio do fato. O que se dá é apenas uma provocação para a perpetração do ilícito, sendo assim uma mera influência de caráter espiritual.

Um dos elementos fundamentais do induzimento é que o indutor atue dolosamente, não sendo conveniente se punir o induzimento culposo, pois em assim sendo, não haveria uma causação de um resultado típico mediante moral ou psíquica de outro, bem como essa causa não seria dolosa.

Dessa forma, não é indutor aquele que incide de certa maneira em uma pessoa que já havia tomado a determinação de cometer o delito, sendo necessário que o indutor em outra pessoa na consumação de um ilícito, e logre que este se produza pela influência exercida.

A influência psíquica pode consistir em um conselho, uma solicitação ou uma provocação, sempre e quando possua a intensidade suficiente para que apareça como adequada e possa fundar em uma imputação objetiva. Ademais, o

⁷² “Se a ameaça assumir forma de coação irresistível que impeça a liberdade de decisão do ameaçado, não há o concurso de pessoas, mas uma hipótese de autoria mediata”. (in DOTTI, René Ariel. *Op. Cit.* p. 357).

induzimento não deve ter um caráter muito sutil, por meio de tentações ou qualquer outro meio indireto.

Assim, o induzimento deve se dar de forma clara. Outrossim, deve ser eficaz (haja vista não for seguida pelo menos de execução, é impune). Não se pode castigar a mera proposição criminal, porque esta requer que o sujeito esteja resolvido a cometer o delito, e realmente este se consume.

No caso de excesso no induzimento, supõe-se que responde a título pessoal e único o induzido, ou seja, se o indutor apenas induz outra pessoa a matar um determinado sujeito e o induzido acaba provocando a morte de pessoas distintas, então não responderá pela morte dessas. Contudo, não se pode perder de vista a diferença entre excesso qualitativo e excesso quantitativo. O primeiro se apresenta quando o autor comete um fato distinto daquele que queria determinar o indutor, enquanto o segundo surge faz mais do que pretendia o indutor.

Outra forma de participação moral é a instigação, que difere do induzimento por ter ela “um caráter secundário, acessório ou de adesão e estímulo a um propósito já concebido”.⁷³ Assim, na instigação, haveria um reforço do desiderato já existente.

A instigação deve dirigir-se a um fato determinado, assim como a um autor ou autores determinados.⁷⁴ Nesse diapasão, Rogério Greco ressalta que, se o agente incitar pessoas indeterminadas publicamente à prática de algum crime, não será considerado partícipe dos possíveis crimes cometidos pela

⁷³ DOTTI, René Ariel. *Op. Cit.* p. 357.

⁷⁴ WELZEI, Hans. *Op. Cit.* p. 166; *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 392.

massa instigada, mas sim, autor do delito de incitação ao crime, inserto no art. 286 do Código Penal Brasileiro.⁷⁵

Como já mencionado, nas hipóteses de participação moral, deverá haver o elemento dolo na conduta do partícipe, devendo este dolo ser referido à conduta do autor, e não ao ser resultado. Assim, o instigador ou o indutor serão assim considerados se tiverem a vontade de que o autor perfaça a conduta, e não que o resultado ocorra.

Nessa toada, Zaffaroni e Pierangeli chamam atenção ao problema do agente provocador, que é aquele que instiga outro a cometer um delito, para, quando este se encontrar na fase de tentativa, empreender a detenção do autor. Em discordância com a tese de que “o agente provocador não é impune⁷⁶, porque não instiga ao cometimento de um delito, e sim ao cometimento de uma tentativa de delito”, os renomados autores acreditam que

O agente provocador é punível como instigador, particularmente tendo em conta que não há diferença entre o dolo do delito e o dolo da tentativa – que é o mesmo – e que nossa lei requer apenas que o instigador convença outrem a cometê-lo.⁷⁷

Ainda mais, asseveram os festejados juristas:

De outra parte, cabe considerar que a impunidade do agente provocador deixa livre uma forma de “investigação” de delitos bastante discutível, pois, em lugar de investigar policialmente delitos cometidos, trataria de instigar o cometimento de delitos para depois puni-los. Semelhantes métodos não têm cabimento num Estado de Direito, porque a ética deste impede a degradação da sua

⁷⁵ GRECO, Rogério. *Op. Cit.* p. 508.

⁷⁶ René Ariel Dotti (p. 357) defende a conduta do agente provocador, ao afirmar que esta figura “não é reconhecida como partícipe para os efeitos do art. 29 do CP”. Outrossim, declara que “essa atitude não se confunde com o chamado flagrante preparado”.

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.* p. 660.

*imagem, não permitindo que o Estado se valha do crime, para a realização de sua justiça.*⁷⁸

3.2 Participação Material

A participação material, ou cumplicidade, consubstancia-se no fato em que alguém presta auxílio à ação criminosa de outrem, sendo, pois, uma conduta positiva. Assim, a pessoa que auxilia ou coopera dolosamente na execução de um delito com atos posteriores, anteriores ou simultâneos. O cúmplice não decide o “se” nem o “como” se dará a execução do delito, porém, fornece os meios necessários à tipificação. Outrossim, a cumplicidade não implica que a ajuda ou o auxílio seja para realizar o fato principal, já que pode referir-se a atos meramente preparatórios.

Além do mais, a respeito do auxílio do cúmplice, bastará que ele seja definitivo para a realização do injusto penal por parte do autor, sem que se requeira que a ajuda contribua a produzir diretamente o resultado típico.

Welzel, complementando o estudo sobre a cumplicidade, afirmou que ela “tem que favorecer (objetivamente) o fato principal e este favorecimento ser querido (subjetivamente) pelo cúmplice, para o qual basta o dolo eventual”.⁷⁹ Nessa lição, percebemos que é insuficiente para se configurar a cumplicidade apenas pela exteriorização da vontade de participar, haja vista a falta de um elemento imprescindível, qual seja, a eficácia causal.

⁷⁸ *Idem.* P. 660.

⁷⁹ WELZEL, Hans. *Op. Cit.* p. 171; *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 392

Os cúmplices podem ser primários ou secundários. Ocorre, no caso, a chamada participação em cadeia, ou participação de participação. Como já esposado, os partícipes, sejam eles primários ou secundários, eles só responderão se o autor, ao menos, tiver tentado praticar a infração penal.⁸⁰

No tocante à culpabilidade por omissão, essa é plenamente possível, se o sujeito tinha o dever jurídico de evitar o resultado.⁸¹ Para se distinguir entre autoria ou participação nesse caso específico, Álvaro Mayrink da Costa aduz que

Para se configurar na omissão a existência da autoria ou culpabilidade deve-se atender à mediada do domínio do fato, mesmo que tal diretriz coincida com a possibilidade de evitar o resultado típico. O dolo do cúmplice está no conhecimento do ato e na vontade de sua consumação (deve querer)⁸².

Por fim, impende salientar a distinção entre a figura da participação por culpabilidade do delito de favorecimento real, inserto no art. 349 do Código Penal⁸³. A pedra de toque reside no momento em que se exteriorizou a vontade. Nessa toada, o sempre didático Rogério Greco preleciona:

Se anterior [a ação do auxiliador, ou favorecedor] à consumação da infração penal pretendida pelo autor, o caso será o de culpabilidade (auxílio material); se posterior à sua consumação, concluiremos pelo favorecimento real.⁸⁴

A seguir, colacionamos algumas interessantes e esclarecedoras jurisprudências dos tribunais pátrios, em especial do estado de São Paulo, sobre o tema em liça:

⁸⁰ GRECO, Rogério. *Op. Cit.* p. 513.

⁸¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. Cit.* p. 233.

⁸² COSTA, Álvaro Mayrink da. *Op. Cit.* p. 228.

⁸³ Art. 349. Prestar a criminoso, fora dos casos de co-autoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa.

⁸⁴ GRECO, Rogério. *Op. Cit.* p. 520.

TACRSP: "Atualmente, em face do novo sistema penal, é bem nítida a diferença entre autoria e participação. Esta, que pode ser moral (instigação) ou material (cumplicidade), exige o exame da colaboração do partícipe, para que seja responsabilizado 'na medida de sua culpabilidade' (art. 29, *caput*, CP)". (JTACRIM 91/268).

TACRSP: "Quem se constitui na causa determinante do evento configurador do delito, aconselha outrem a brigar, instiga-o, chega a empurrar um dos contadores contra o outro, não pode deixar de responder pelo resultado" (RT 391/75).

TACRSP: "De conformidade com a teoria objetiva-individual, somente há início de execução quando o agente pratica atos imediatamente anteriores à execução da conduta típica. Os atos simplesmente preparatórios, previstos no art. 31 do CP, entre os quais se inclui o mero ajuste, são plenamente irrelevantes". (RT 621/323).

FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO - Concurso de pessoas - Acusados que intermediaram a venda de Carteira Nacional de Habilitação mediante paga - Ciência da falsidade - Participação delitiva configurada - Inteligência artigo 297 do Código Penal. O crime de "falsum", dentre os plurissubsistentes, admite a participação, na medida de se encadearam em relevância causal condutas de mais de um agente, a partir da feitura material da contrafação até as que vierem potencializar o "eventus damini", por concorrerem objetivamente para o uso do documento, porém, sob a evidência de um sinergismo voluntário e consciente dessas atividades ao escopo do final resultado. (Apelação Criminal n. 162.963-3 - Pindamonhangaba - 3ª Câmara Criminal - Relator: Gonçalves Nogueira - 06.02.96 - V.U.).

LATROCÍNIO - Co-autoria - Confissão policial dos co-réus e delação que fizeram relativamente a outro co-réu - que lhes encomendou a prática criminosa (subtração de veículo, que resultou, todavia, na morte do proprietário) - que se harmoniza com outros elementos do processo de sorte a formar conjunto indiciário apto para embasar a condenação - Inadmissibilidade, outrossim, embora a matéria não tenha sido reeditada no recurso, do reconhecimento de volição de participação em crime menos grave, face ao dolo eventual com que agiu o apelante - Redução da pena, contudo, porque não delineadas as agravantes da organização da cooperação no crime (artigo 62, I do Código Penal) e do motivo torpe, este, porquanto "quem paga" (não quem recebe) para outrem subtrair bem alheio não incide na agravante do artigo 61, I, "a" do Código Penal e tampouco a configura o comum motivo de se apropriar de bem alheio (cobiça), que é inerente à prática criminosa dessa espécie - Tampouco configurada a agravante da dissimulação (traição), vique quem agiu assim foi o co-réu, sendo então circunstância subjetiva, não elementar do tipo, que não se comunica, a teor do artigo 30 do Código Penal - Recurso parcialmente provido. (Apelação Criminal n. 241.532-3 - Botucatu - 3ª Câmara Criminal - Relator: Walter Guilherme - 02.06.98 - V.U.).

CONCURSO DE PESSOAS - Descaracterização - Permanência do acusado a certa distância do local do fato delituoso, sem qualquer força moral cooperativa ao seu cometimento - Participação não configurada, ainda que não tenha desencorajado o autor à sua prática - Convivência impunível por inexistência do dever jurídico de impedir o resultado - Absolvção decretada - Aplicação do art. 386, IV, do CPP (TACrimSP) RT 620/316.

TÓXICO - Tráfico - Flagrante preparado - Inocorrência - Inexistência de instigação, participação ou colaboração dos policiais no porte do entorpecente pelo réu - Consumação do delito que preexistiu ao flagrante - Recurso não provido. (Relator: Bittencourt Rodrigues - Apelação Criminal n. 159.692-3 - São José dos Campos - 31.10.94).

3.3 Teorias Acessórias da Participação

Existem várias teorias que visam estabelecer a punibilidade dos partícipes, limitando o alcance de sua acessoriedade, aspecto de intrínseco à participação.

Em linhas gerais, poderemos citar quatro teorias, a saber:

A) Teoria da acessoriedade mínima – Por meio dela, a participação será punível simplesmente se a conduta do autor configurar-se como típica, ou seja, mesmo não sendo antijurídica, estará vislumbrada a participação. Dessa feita, a mínima concretização do tipo penal já ensejaria a punição do partícipe, não sendo necessário se perquirir sobre outros aspectos formadores do delito do autor.

B) Teoria da acessoriedade limitada – Esta teoria prega que a punição do partícipe se dará se a conduta do autor for pelo menos típica e antijurídica, mesmo que não seja culpável. Dessa feita, tendo o autor laborado mediante uma excludente de culpabilidade qualquer, seu fato não chegará a ser punível, o que não se pode dizer da atitude do partícipe. Porém, não é necessária somente a tipicidade da conduta do autor, como proferido pela teoria da acessoriedade mínima. Aqui, a conduta do autor, além de típica, tem que ser ilícita, contrária ao direito. Bitencourt traz um exemplo em que o instigador acaba induzindo um terceiro a agredir outrem, sabendo que este se encontrava armado. “Este reage

em legítima defesa, matando o agressor induzido, que o instigador queria eliminar”⁸⁵.

Nesse específico caso, o instigador não será considerado partícipe (pela teoria da acessoriedade limitada, o autor não teria cometido uma atitude ilícita), mas sim será autor mediato da ação justificada do autor imediato, pela aplicação da teoria do domínio do fato.

C) Teoria da acessoriedade máxima – De acordo com essa teoria, o partícipe será punido se a conduta do autor for, além de típica e de antijurídica, culpável, excetuando-se apenas as circunstâncias atenuantes e agravantes da pena. Assim, além de típico e ilícito, o fato empreendido pelo autor tem que ser culpável, para podermos falar em participação.

D) Teoria da hiperacessoriedade – Por fim, defende a teoria da hiperacessoriedade que a participação somente será punida se o autor tiver praticado um fato típico, ilícito, culpável e, além disso, punível.⁸⁶ Torna-se indispensável, pois, a responsabilidade penal do autor, para se vislumbrar a participação.

A teoria mais aceita pela doutrina, hodiernamente, é a da acessoriedade limitada, tendo em vista o advento da teoria finalista da ação. Tal corrente doutrinária está intrinsecamente ligada à teoria do favorecimento ou da causação, que prega que o fundamento da punição do partícipe não é devido à gravidade da influência que exerce no autor, mas sim, pelo fato de ter o partícipe

⁸⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 395.

⁸⁶ GRECO, Rogério. *Op. Cit.* p. 507.

favorecido ou induzido o autor a praticar um injusto penal, contribuindo, colaborando de alguma maneira para que o crime tenha ocorrido.

3.4. Participação de Menor Importância e Desvio Subjetivo de Conduta

O Código Penal, em atenção ao princípio da culpabilidade (*nulla poena sine culpa*), erige dois dispositivos que visam atender a esta máxima, já que o próprio artigo 29, em seu *caput*, refere-se que a pena será imputada a autores e partícipes na medida de suas culpabilidades⁸⁷.

Dessa feita, o §1º do citado artigo traz a seguinte disposição:

Art. 29 (omissis)
(...)
§1º. Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

A participação de menor importância, assim, é causa genérica de diminuição da pena, sendo sua incidência de caráter obrigatório, consubstanciando-se em verdadeiro direito subjetivo do partícipe, se configurada que a sua participação, para o cometimento do delito, foi de menor importância⁸⁸.

É bem de ver que tal regra deverá ser aplicada sempre no que toca à participação, porém nunca à co-autoria, já que esta, em consonância com a teoria do domínio do fato, é incompatível com a idéia de se mesurar as

⁸⁷ René Ariel Dotti, (*op. Cit.* p. 358) afirma que “quanto mais a conduta se aproximar do núcleo do tipo, maior deverá ser a pena; quanto mais distante do núcleo, menor deverá ser a resposta penal”.

⁸⁸ Luiz Régis Prado (*op. Cit.* p. 499) declara que nos casos de participação de menor importância, poder-se-ia aplicar a pena aquém do mínimo legal.

importâncias das tarefas atribuídas aos delinqüentes, já que são ambas imprescindíveis para o deslinde da ação típica.

Em consonância com o apresentado, algumas ementas do TJ-SP trazem uma visão do instituto do art. 29,§1º, aplicadamente:

TACRSP: “A participação de menor importância, que permite a redução da pena, só pode ser a cumplicidade simples, ou secundária, perfeitamente dispensável e que, se não prestada, não impediria a realização do crime” (RJDTACRIM 20/133-4).

LATROCÍNIO - Participação de menor importância - Inocorrência - Escolha da vítima e os informes minudentes sobre os costumes e itinerário dela, que partiram do réu - Participação efetiva e relevante - Hipótese em que todos visaram o mesmo resultado, não havendo distinção entre a ação de uns e outros - Recurso não provido. (Apelação Criminal n. 146.007-3 - Pindamonhangaba - 10.02.94).

LATROCÍNIO - Participação de menor importância - Inocorrência - Réu que se associou a menores para prática do delito - Hipótese em que deve ser responsabilizado pelo todo - Recurso não provido. (Relator: Cunha Bueno - Apelação Criminal 132.989-3 - Ribeirão Preto - 18.11.92).

CONCURSO DE PESSOAS - Participação de menor importância - Inocorrência - Exigibilidade de prova inequívoca de que a conduta que concorreu para o crime foi mínima - Hipótese em que o réu atuou em todas as fases do "iter criminis" (TIRO) RT 777/694.

CONCURSO DE PESSOAS – Co-autoria - Ocorrência - Prática de atos executórios típicos - Distinção de participação de menor importância - Recurso não provido. Na hipótese de concurso de pessoas, o agente que pratica atos executórios conforme as elementares do tipo, é co-autor, não, partícipe, sendo incabível, pois, a arguição de participação de menor importância. (Relator: Luiz Pantaleão - Apelação Criminal n. 139.526-3 - São Paulo - 28.06.93).

JÚRI - Quesitos - Vício do questionário - Ocorrência - Falta de indagação sobre se a participação da co-ré no crime foi de menor importância - Nulidade absoluta - Constrangimento ilegal e cerceamento de defesa - Ordem concedida JTJ 221/342.

TACRSP: “É possível a incidência da diminuição da pena, ocasionada pela participação de menor importância, nos termos do §1º do art. 29 do CP, do agente que não participa efetivamente dos atos executórios do crime, permanecendo do lado de fora, junto ao carro, mas auxiliando, tanto no transporte dos demais acusados até o local dos fatos, quanto na vigilância e fuga, não participando, também, da partilha do produto do crime, pois tem-se que, na hipótese de ausência desse elemento ou de sua contribuição, o delito se efetivaria do mesmo modo” (RJDTACRIM 28/62).

Por sua vez, o desvio subjetivo de conduta, ou cooperação dolosamente distinta, vem descrito no §2º do mesmo art. 29, quando preconiza:

Art. 29 (omissis)

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

Rogério Greco, ao decorrer sobre o tema, observa que houve a quebra da teoria monista ou unitária, quando a mesma infração penal é aplicável a todos aqueles que concorreram para sua prática, seja co-autores, seja partícipes.⁸⁹

A pretensão do legislador como bem se percebe, foi a de punir cada um na medida da sua culpabilidade e proporcionalidade de condutas, com os limites impostos à finalidade de sua conduta. Dessa forma, nota-se que a expressão “na medida de sua culpabilidade” está sendo concretamente aplicada na hipótese.⁹⁰

Dessa maneira, não se poderá atribuir o evento mais gravoso ao partícipe quando este estiver alheio ap previsível desdobramento causal, excluída a linha de prosseguimento de responsabilidade.⁹¹

Outrossim, bem de ver que o disposto no §2º pode ser aplicado se tivermos co-autores e partícipes, pois a sua redação não faz nenhuma restrição, como visto no §1º.

A doutrina encontra alguns pontos inconvenientes quando da aplicação deste dispositivo no que toca aos crimes preterdolosos, que são aqueles em que há dolo no antecedente e culpa no conseqüente. Dessa feita, poderia ocorrer um desvirtuamento do instituto pelo fato da segunda parte do

⁸⁹ GRECO, Rogério. *Op. Cit.* p. 517.

⁹⁰ Para WELZEL (*op. Cit.* p. 155; *Apud* BITENCOURT, César Roberto. *Op. Cit.* p. 403), “cada um responde somente até onde alcança o acordo recíproco”.

⁹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. Cit.* p. 236.

parágrafo possibilitar o aumento até a metade se houver o dolo eventual, ou até mesmo se ocorrer a culpa consciente.⁹²

Zaffaroni e Pierangeli asseguram que, no caso de crime preterdoloso, haveria

um concurso formal de participação dolosa em crime menos grave (do qual o partícipe quis, efetivamente, participar) e uma autoria de crime culposos, porque o partícipe foi causa do resultado mais grave, quando este resultado era previsível.

Por fim, para solucionar o possível impasse do §2º, os doutos defendem que

Quando o resultado mais grave não estiver previsto como crime culposos, a pena não pode ser aumentada, porque não é razoável a existência de uma artificial tipicidade culposa, limitada à hipótese de concurso ideal com participação dolosa, o que viria a contrariar a regra geral do art. 18 do CP.

Da mesma maneira que fizemos com a participação de menor importância, a seguir trazemos à colação diversos julgados sobre o desvio subjetivo de conduta:

TJMT: “O partícipe somente não responde pelo crime mais grave quando a conduta do executor se apresenta de tal modo alheia à sua cota de contribuição, moral ou material, que valha por um rompimento da corrente causal” (RT 572/393).

STJ: “Mas, no roubo à mão armada, respondem pelo resultado morte, situado em pleno desdobramento causal da ação criminosa, todos os que, mesmo não tendo participado diretamente da execução do homicídio (excesso quantitativo), planejaram e executaram o tipo básico, assumindo conscientemente o risco do resultado mais grave durante a ação criminosa ou durante a fuga” (JSTJ 15/233).

TAPR: “O partícipe que fica de vigia na rua, enquanto dois outros entram no prédio absolutamente desarmados, para a realização do furto combinado, ignorando a existência de guardião, e morto este de improviso com instrumentos

⁹²

BITENCOURT, em citada obra, à p. 403, traz um exemplo, retirado da lição de Damásio: “O autor que, querendo produzir lesões corporais, acaba causando a morte, mesmo não a desejando, responde pelo delito de lesões corporais seguida de morte. O partícipe, nas mesmas circunstâncias, segundo a norma em exame, responderá pelo delito de lesões corporais. Se o crime mais grave for previsível, sua pena será aumentada até a metade. Um verdadeiro contra-senso: o autor ou co-autor receberia uma pena mínima de quatro anos, e o partícipe, três meses de detenção, que poderá ser elevada até quatro anos e meio”.

encontrados fortuitamente no lugar, só pode ser punido na medida do seu dolo. Caso acabado de preenchimento do art. 29, § 2º, do CP” (RT 691/352-3).

4. CONCURSO DE PESSOAS EM CRIMES OMISSIVOS E CULPOSOS

O concurso de pessoas, quando praticado perante um crime omissivo ou culposo, traz conseqüências importantes para o deslinde da distinção entre autor e partícipe, bem como em relação a outros institutos já vistos no concurso.

4.1 Concurso de Pessoas em Crimes Omissivos

Cabe salientar, primeiramente, que há distinção entre o partícipe de um crime omissivo e outro partícipe que, omissivamente, auxilia ou instiga um crime comissivo. De forma que, o caso a ser tratado neste tópico faz referência à primeira possibilidade apresentada.⁹³

Perceba-se que não existem óbices para a caracterização da participação quando estamos diante de um crime omissivo, podendo esta participação se dar até de forma comissiva. Da mesma forma, poderá haver participação por uma ação omissiva em um crime comissivo (esta possibilidade já vislumbramos anteriormente).

⁹³ Bitencourt, em sua citada obra (p. 397) relata a diferença entre essas duas formas de participação com exemplos: “O paciente que instiga o médico a não comunicar a existência de uma enfermidade contagiosa às autoridades sanitárias não é autor de delito autônomo, mas partícipe de um crime omissivo. Já o caixa que deixa o cofre aberto para facilitar o furto é partícipe, com sua ação omissiva, de um crime comissivo”.

O que a doutrina não admite, em termos de participação em delitos omissivos, é exatamente uma conduta omissiva nesses casos, em forma de instigação. Assim, não haverá participação omissiva por instigação em delitos omissivos.

Importante, no momento, distinguir os crimes omissivos próprios e os impróprios (ou comissivos por omissão).

Em regra, os crimes omissivos próprios não exigem qualquer resultado naturalístico, independentemente de qualquer resultado que cause uma modificação no mundo exterior.⁹⁴Tais delitos prevêm, assim, uma conduta negativa do agente, descrevendo uma inação.

Já no que toca aos crimes omissivos por comissão, ou impróprios, esse exigem a produção do tal resultado, sendo tal omissão penalmente relevante “quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”.⁹⁵Somente determinadas pessoas poderão praticar os crimes omissivos impróprios, os garantidores da não ocorrência do resultado, quando se encontrarem nas situações descritas nas alíneas *a*, *b* e *c* do §2º do art. 13 do Código Penal.⁹⁶

Sobre a co-autoria nos delitos omissivos, muitos autores acreditam ser essa impossível, haja vista que cada agente possui o seu dever de agir de forma individualizada, indecomponível e intransferível. Dessa forma, haveria tantos autores de crimes omissivos quanto forem os agentes relacionados ao fato. No exemplo citado por Rogério Greco, se cinquenta nadadores assistem

⁹⁴ GRECO, Rogério. *Op. Cit.* p. 528.

⁹⁵ De acordo com a redação do art. 13,§2º do CPB.

⁹⁶ GRECO, Rogério. *Op. Cit.* p. 529.

passivamente o afogamento de um cidadão, haveria cinqüenta autores diretos do crime de omissão de socorro.⁹⁷

Em sentido contrário ao esposado, Bitencourt assinala:

Se o agente estiver igualmente obrigado a agir, não será partícipe, mas autor ou, como pensamos ser possível, co-autor, desde que haja a consciência de anuir à omissão de outrem. (...) Do afirmado fica claro que entendemos ser possível a co-autoria em crime omissivo próprio. Se duas pessoas deixarem de prestar socorro a uma pessoa gravemente ferida, podendo fazê-lo, sem risco pessoal, praticarão, individualmente, o crime de omissão de socorro. Agora, se duas pessoas, de comum acordo, deixarem de prestar socorro, nas mesmas circunstâncias, serão co-autoras do crime de omissão de socorro. O princípio é o mesmo dos crimes comissivos: houve consciência e vontade de realizar um empreendimento comum, ou melhor, no caso, de não realizá-lo conjuntamente.⁹⁸

No mesmo sentido, é a lição de Rogério Greco, à página 533 do seu Curso por aqui referido.

Sobre a participação nos delitos omissivos próprios, já afirmamos que não haverá tal caso se a participação for omissiva. Isso ocorre porque a simples convivência não é punível.⁹⁹

Porém, quando se trata de crimes omissivos impróprios, a participação pode ocorrer, mesmo que o partícipe não tenha o dever jurídico de não se omitir, pois, se assim tiver, poderá ser autor do delito, ou co-autor do mesmo, de acordo com o que já foi dito acima. Dessa feita, é possível que alguém instigue um garantidor, por exemplo, a não impedir um resultado.

4.2 Concurso de Pessoas em Crimes Culposos

⁹⁷ Idem. P. 531-532.

⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 398.

⁹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. Cit.* p. 234.

No que toca a esses tipos de ilícitos, mais uma vez a doutrina estrangeira traz pensamentos dissidentes.

Para o direito alemão, não haveria possibilidade de co-autoria em crimes culposos, pois, pela aplicação da teoria do domínio do fato, haveríamos de ter dois indivíduos que infringiram os seus respectivos deveres de cuidado, porém suas ações não teriam o condão de influenciar o dever de cuidado do outro. Isso quer dizer que, em tais situações, não teríamos qualquer divisão de tarefas, respondendo cada autor por seu crime culposo de forma separada.

Nesse sentido, temos a lição de Welzel, para quem “toda contribuição em uma ação que não observa o dever de cuidado fundamenta a autoria”.¹⁰⁰

Por sua vez, a doutrina espanhola diverge da alemã, no sentido de que aquela aceita a co-autoria e a participação nos crimes culposos.

Para a doutrina brasileira, a possibilidade da co-autoria é possível. Esther de Figueiredo Ferraz, versando sobre o tema, aduz que, nesse caso, haverá “um concurso subjetivo de vontades, embora os agentes não atuem no sentido de, intencionalmente, alcançar o resultado”.¹⁰¹

Contudo, em termos de participação, a doutrina brasileira é quase unânime no sentido de não reconhecer tal acessoriedade nos delitos culposos. Se a participação é dolosa, para o cometimento de algum crime culposo,

¹⁰⁰ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán. Op. Cit.* p. 145; *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* P. 396.

¹⁰¹ FERRAZ, Esther de Figueiredo. *Op. Cit.* p. 155; *Apud* GRECO, Rogério. *Op. Cit.* p. 537.

acabaríamos por ter, no caso, dois delitos diversos, o que não se coadunaria com os ditames da teoria unitária do concurso de pessoas.¹⁰²

Por sua vez, quando se fala em participação culposa em crimes culposos, a doutrina afirma que não existe qualquer diferença entre a conduta do autor direito e do partícipe, pois que a violação do dever objetivo de cuidado sempre importará em autoria.¹⁰³

A seguir, algumas jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça foram colacionadas sobre o tema:

Processo HC 40474 / PR ; HABEAS CORPUS 2004/0180020-5
Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 06/12/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 13.02.2006 p. 832

Ementa

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO. DELITO DE TRÂNSITO. CO-AUTORIA. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O COMPORTAMENTO DO PACIENTE E O EVENTO DANOSO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA.

1. É perfeitamente admissível, segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial, a possibilidade de concurso de pessoas em crime culposos, que ocorre quando há um vínculo psicológico na cooperação consciente de alguém na conduta culposa de outrem. O que não se admite nos tipos culposos, ressalve-se, é a participação. Precedentes desta Corte.

2. Afigura-se inviável, conforme pretende o Impetrante, reconhecer, na via estreita do writ, a ausência, por falta de provas, do nexo causal entre o comportamento culposos do paciente - reconhecido na sentença - ao acidente em questão, uma vez que demandaria, necessariamente, a análise aprofundada do conjunto probatório dos autos.

3. Habeas Corpus denegado.

Processo HC 16140 / PA ; HABEAS CORPUS 2001/0024792-0
Relator(a) Ministro VICENTE LEAL (1103) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 18/09/2001 Data da Publicação/Fonte DJ 15.10.2001 p. 301 RDR vol. 21 p. 460 RT vol. 797 p. 552

¹⁰² Como exemplo, Rogério Greco (*idem*, p. 538) elabora uma hipótese em que “A, desejando matar C, entrega a B uma arma, fazendo-o supor que está descarregada e induzindo-o a acionar o gatilho na direção da vítima. B, imprudentemente, aciona o gatilho e mata C. Não há participação criminosa, mas dois delitos: homicídio doloso em relação a A; homicídio culposos em relação a B”.

¹⁰³ Nessa linha de raciocínio, Nilo Batista (*op. Cit.* p. 60-61), citado por Rogério Greco (*op. Cit.* p. 539). Também segue essa linha, Cezar Bitencourt (*op. Cit.* p. 397). Em oposição à esse pensamento, Rogério Greco, à mesma página.

Ementa

PENAL. HABEAS-CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. ATO CULPOSO DE EMPREGADO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. DENÚNCIA CONTRA O GERENTE. CONCURSO DE AGENTES. INOCORRÊNCIA. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. CP, ART. 29.

- Para que se configure o concurso de agentes, na moldura do art. 29, do Código Penal, é necessário que os concorrentes tenham efetiva participação na prática do ato delituoso, sendo apenados na medida de sua culpabilidade.

- Na hipótese de ocorrência de crime culposo praticado por empregado de estabelecimento comercial, que agiram com excesso na atividade de fiscalização, não se vislumbra qualquer participação do gerente fundada na mera presunção de que seria ele o emissor das ordens em vigor na empresa, o que autoriza o trancamento da ação penal, por falta de justa causa.

- Habeas-corpus concedido.

5. CONCURSO DE PESSOAS E OS DELITOS DE MÃO PRÓPRIA

Os crimes de mão própria possuem algumas peculiaridades, no tocante ao concurso de pessoas. Deve-se, pois, fazer menção à autoria mediata, co-autoria e participação, quando versarmos sobre tais delitos.

Antes de tudo, imprescindível é definirmos o que vem a ser o crime de mão própria, citando exemplos, bem como decisões jurisprudenciais sobre o tema em liça, no tocante à problemática aqui trazida.

Em linhas gerais, podemos definir o crime de mão própria como sendo aquele praticado pessoalmente pelo agente, sendo impossível a utilização de uma pessoa interposta.¹⁰⁴ O crime de mão própria, assim, é aquele que possui, como um dos elementos de sua tipicidade formal, decorrente expressa ou implicitamente do tipo penal, uma limitação quanto ao sujeito ativo do crime, reduzindo essa característica. Pode-se dizer, destarte, que o crime de mão própria guarda em suas delimitações uma forte característica de subjetividade,

¹⁰⁴

Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 150.

na medida em que, além de descrever a conduta do agente, preceito esculpido no verbo penal, traz tal tipo de crime, outrossim, uma restrição do agente ativo.

Observe-se que, ainda, não é apenas nessa simples limitação que teríamos a caracterização do que venha a ser “crime de mão própria”, haja vista a existência do chamado “crime próprio”.

O crime próprio, também denominado de especial, caracteriza-se exatamente pela exigência de uma qualidade ou condição especial do sujeito ativo, ou seja, do agente. Até tal ponto, nenhuma diferença haveria entre os crimes próprios e os crimes de mão própria. Porém, como já dito, nos crimes de mão própria, impossível seria a interposição de qualquer pessoa que não se encontre na hipótese descritiva do delito de mão própria. Eles são de natureza personalíssima. Já nos crimes próprios, não existe essa “limitação cerrada”, como podemos assim denominar, já que poderá haver a interposição de determinadas pessoas no cometimento do delito próprio que não seja necessariamente aquela que perfaz as exigências do tipo penal.

Nos crimes próprios, como bem anota Cezar Bitencourt, citando o saudoso mestre Nélson Hungria, essa condição subjetiva do tipo pode ser de várias ordens, tais como condições jurídicas, profissionais, sociais, naturais, de parentesco etc.¹⁰⁵

Dessa forma, já podemos vislumbrar a diferença essencial entre os crimes de mão própria e os crimes próprios. Em suma, tal diferença está na

¹⁰⁵ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro, Ed. Forense. 1949 a 1978. v. 2. p. 54; *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 150.

possibilidade ou não da utilização da interposta pessoa, pois naquele tipo de crime, isso não ocorrerá, ao contrário do que possa vir a ocorrer com o este.

Ademais, observe-se que, consoante a redação do art. 30 do código repressor pátrio, “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

Pensamos que a exceção a tal regra seja, em parte, a razão jurídica que venha a fazer com que partícipes sejam punidos por condutas em crimes próprios, quando tiverem conhecimento os co-participantes da característica que é exigida do agente, autor do crime. Para exemplificar, podemos citar o caso de crime de peculato, em que alguém que não seja considerado funcionário público, para os efeitos penais, venha a cometer, juntamente com alguém que possua tal característica, tal delito, havendo consciência da qualidade deste. Nesse caso, haverá a imputação àquela pessoa que não possui a exigência do tipo, seja ela *intraneus*, ou *extraneus*¹⁰⁶.

Nesse diapasão, já decidiu o STJ, em caso semelhante:

O peculato é crime próprio, no tocante ao sujeito ativo; indispensável a qualificação – Funcionário Público. Admissível, contudo, o concurso de pessoas, inclusive quanto ao estranho ao serviço público. Não se comunicam as circunstâncias e condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. (RT 712/465).

Dessa feita, nenhuma dúvida há no que diz respeito à possibilidade de concurso de pessoas em crimes próprios. A doutrina e jurisprudência, amplamente, vêm aceitando de forma pacífica tal constatação.

Pela doutrina, Zaffaroni e Pierangeli esclarecem, ao afirmarem que

¹⁰⁶ No mesmo sentido, GRECO, Rogério. *Op. Cit.* p. 524.

O autor mediato deve reunir todos os caracteres que o tipo exige em relação ao autor, ou o *intraneus* (o funcionário, por exemplo), que se vale do *extraneus* (não funcionário) para praticar uma corrupção, é autor do crime de corrupção, mas o *extraneus* que se vale do *intraneus* não é autor mediato, por não possuir as condições típicas.

Assim, como também bem assevera Rogério Greco, há que se falar em concurso de pessoas em crimes próprios, “desde que o autor mediato possua as qualidades ou condições especiais exigidas no tipo penal”.¹⁰⁷

Por sua vez, a jurisprudência já declarara tal possibilidade, nesse específico caso, por exemplo:

Processo REsp 688339 / DF ; RECURSO ESPECIAL 2004/0051942-7
Relator(a) Ministro GILSON DIPP (1111) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA
Data do Julgamento 19/04/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 16.05.2005 p. 396

Ementa

CRIMINAL. RESP. USURPAÇÃO DE FUNÇÃO PÚBLICA. CONCURSO DE AGENTES. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

I. Hipótese em que funcionários de uma copiadora utilizavam carimbos de autenticação pertencentes ao 4º Ofício de Notas de Brasília/DF - fornecidos pelo próprio Tabelião -, em cópias de documentos, encaminhando-as, posteriormente, ao cartório, para a aposição de assinaturas por escreventes autorizados.

II. O ora denunciado, embora não tenha praticado qualquer ato executório, concorreu de algum modo para a realização do crime, razão pela qual é forçoso reconhecer a figura do concurso de pessoas no presente caso.

III. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

Contudo, quando nos perquirirmos sobre o concurso de pessoas nos crimes de mão própria, algumas diferenças surgirão, pela impossibilidade da utilização da interposta pessoa no cometimento de tais delitos.

Devido a essa diferença essencial entre os crimes próprios e os crimes de mão própria, não se poderá falar em autoria mediata em tais casos, pois a conduta prevista não poderá ser transferida para alguém.

¹⁰⁷

GRECO, Rogério. *Op. Cit.* p. 494. Na mesma toada, MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. Cit.* p. 231.

Quando se fala em co-autoria em crimes próprios e de mão própria, já explicitamos que, se respeitadas as condições qualificadoras dos crimes próprios, poderá sim ocorrer co-autoria naqueles crimes, caracterizando facilmente a divisão de tarefas trazida pela teoria do domínio do fato. Já quando falamos em crimes de mão própria, a co-autoria não ficaria vislumbrada, pois, tendo em mente o conceito de divisão de tarefas, isso não poderá ocorrer porque não se pode “dividir tarefas” com alguém que, no mínimo, nunca satisfará as exigências do tipo penal, mesmo porque o próprio tipo proíbe a interposição de pessoas estranhas à definição do sujeito ativo.

Por fim, quanto à participação, não há óbices em aceitá-la nos casos de crimes de mão própria, pela simples razão que distingue o co-autor do partícipe: o domínio do fato. O partícipe não tem o domínio do fato, pois apenas concorre de qualquer forma para a infração penal. Não há que se falar em divisão de tarefas, pois, em participação, pois a conduta dos partícipes é acessória, como já mencionado, ao falarmos sobre a participação.

Nesse ponto, unânime a doutrina a afirmar que, nos delitos de mão própria, impossível falar em autoria mediata e co-autoria, porém possível a participação¹⁰⁸.

Brilhante e didática é o acórdão do Rel. Des. Dante Busana, do TJSP, sobre o tema em comento:

Os crimes de mão própria ou de atuação pessoal não comportam, é certo, a autoria mediata, pois não podem ser executados por intermédio de outrem. Não são compatíveis, também, com a co-autoria em sentido técnico, já que é impossível a hipótese de um sujeito qualificado cometer o delito com outro não

¹⁰⁸ Por todos, DOTTI, René Ariel. *Op. Cit.* p. 363.

qualificado, ambos realizando a conduta prevista no núcleo do tipo. Daí, porém, não se segue que tais crimes não permitam a participação por instigação ou auxílio e seja atípica a conduta de quem, como no caso de falso testemunho, convence outrem a fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade, como testemunha. (RT 635/365).

Divergência jurisprudencial sobre concurso de pessoas nos crimes de falso testemunho (art. 342 do Código Penal) já foi há tempos sanada, de modo que, hodiernamente, assentada está a posição de que, nesse crime, cabe a figura da participação do advogado que induz ou instigue a testemunha. Dessa maneira, já se decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Processo REsp 9084 / SP ; RECURSO ESPECIAL 1991/0004629-9
Relator(a) Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (1084) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 17/03/1992 Data da Publicação/Fonte DJ 06.04.1992 p. 4510 LEXSTJ vol. 34 p. 303 RSTJ vol. 45 p. 198 RT vol. 689 p. 412 RT vol. 690 p. 374

Ementa

RESP - PENAL - FALSO TESTEMUNHO - TESTEMUNHA - INFLUENCIA DE ADVOGADO - MERA ORIENTAÇÃO DO TESTEMUNHO - INEXISTENCIA DE OFERTA DE DINHEIRO OU OUTRA VANTAGEM - "PARTICIPANTE" E QUALQUER PESSOA QUE ATUA NO "ITER CRIMINIS".

'AUTOR', QUEM REALIZA O ATO DE EXECUÇÃO. O 'CO-AUTOR' CO-PARTICIPA DA EXECUÇÃO OU CONCORRE PARA QUE O AUTOR O FAÇA. O FALSO TESTEMUNHO E CRIME DE MÃO PRÓPRIA.

SO O AGENTE INDICADO NO TIPO PODE SER 'AUTOR'. TAL DELITO. NÃO SE CONFUNDE COM O CRIME PRÓPRIO. EM TESE, POREM, É ADMISSÍVEL A PARTICIPAÇÃO, DE QUE É EXEMPLO ORIENTAR TESTEMUNHA PARA FAZER AFIRMAÇÃO FALSA, NEGAR OU CALAR A VERDADE.

O CÓDIGO PENAL DO BRASIL, EM ALGUNS CASOS, SECCIONOU A UNIDADE JURÍDICA, RESULTANTE DO CONCURSO DE PESSOAS (CP, ART. 29).

EXEMPLOS O ABORTO CONSENTIDO (ART. 124) E O ABORTO PRATICADO POR TERCEIRO COM O CONSENTIMENTO DA GESTANTE (CP, ART. 126), A FACILITAÇÃO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO (CP, ART. 318) E O CONTRABANDO OU DESCAMINHO (CP, ART. 334), A CORRUPÇÃO PASSIVA (CP, ART. 317) E CORRUPÇÃO ATIVA. (CP, ART. 333).

O MESMO OCORREU COM O FALSO TESTEMUNHO (CP, ART. 342), E O ART. 343 (SEM "NOMEN IURIS"). HÁ UM CRIME PARA CADA AGENTE. O DELITO DO PARTICIPE E DAR. OFERECER, OU PROMETER DINHEIRO OU QUALQUER VANTAGEM A TESTEMUNHA PARA FAZER AFIRMAÇÃO FALSA, NEGAR OU CALAR A VERDADE.

A PENA COMINADA, DE OUTRO LADO, É A MESMA PARA AMBAS AS INFRAÇÕES. LOGICAMENTE, ESTABELECEU DISTINÇÃO ENTRE A CONDUTA DE QUEM INFLUENCIA OFERECENDO, OU NÃO, DINHEIRO OU OUTRA RECOMPENSA. VALE DIZER, SO INCRIMINOU O COMPORTAMENTO DE TERCEIRO QUE OFERECE A CONTRAPRESTAÇÃO RESTA, POR ISSO,

ATÍPICA, A CONDUTA, SEM DUVIDA, IMORAL, CONTRARIA A ETICA, DO ADVOGADO QUE SE RESTRINGE A SOLICITAR QUE O DEPOIMENTO SE ORIENTE NO SENTIDO FAVORAVEL AO REU.

Processo HC 45733 / SP ; HABEAS CORPUS 2005/0114776-6
Relator(a) Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA (1127) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 16/02/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 13.03.2006 p. 380

Ementa

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. FALSO TESTEMUNHO. CRIME DE MÃO PRÓPRIA. PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO NO DELITO. POSSIBILIDADE.

1. Após a comprovação da falsidade das declarações firmadas pelos co-denunciados - que haviam sido arrolados como testemunhas de defesa pelo ora paciente em outro processo-crime -, houve a confissão de que mentiram em juízo a pedido do advogado; assim, encontram-se satisfeitas as exigências traçadas pela lei processual penal para que se inicie o persecução penal em juízo, máxime quanto à presença de indícios suficientes da autoria do fato narrado;

2. Mostra-se firme nesta Corte Superior, assim como no Supremo Tribunal Federal, o entendimento quanto à possibilidade de participação do advogado que ilicitamente instrui a testemunha no crime de falso testemunho;

3. Writ conhecido; ordem denegada.

Processo REsp 659512 / RS ; RECURSO ESPECIAL 2004/0095140-2
Relator(a) Ministro GILSON DIPP (1111) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 21/10/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 29.11.2004 p. 397

Ementa

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. FALSO TESTEMUNHO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. FALHAS NÃO VISLUMBRADAS. PARTICIPAÇÃO NO DELITO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DO CRIME. AUSÊNCIA DE EFETIVO DANO JURÍDICO À ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. DESNECESSIDADE. SUFICIÊNCIA DA POTENCIALIDADE LESIVA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

I. Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa do acusado, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do CPP – o que não se vislumbra in casu.

II. O delito de falso testemunho, apesar de ser considerado delito de 'mão própria', admite a participação, nas modalidades de induzimento e instigação, ressalvadas raras exceções. Precedentes desta Corte e do STF.

III. Para a configuração do delito de falso testemunho basta a verificação da potencial lesividade da declaração prestada em juízo, sendo irrelevante a efetiva ocorrência do prejuízo à Administração da Justiça.

IV. Recurso parcialmente conhecido e desprovido, nos termos do voto do Relator.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal também considerar ser possível a participação no crime de falso testemunho, em acórdão publicado em 07/03/1997, o tribunal declarou que é possível, em tese, a co-autoria nesse crime:

RHC 74395 / SP - SÃO PAULO RECURSO EM HABEAS CORPUS
 Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 10/12/1996 Órgão
 Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 07-03-1997 PP-05421 EMENT VOL-
 01860-02 PP-00374 Parte(s) RECTE. : PEDRO LUIZ NAPOLITANO RECDO. :
 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Ementa

EMENTA: RECURSO DE HABEAS CORPUS. FALSO TESTEMUNHO. CONCURSO EVENTUAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. **Esta Corte já decidiu diversas vezes que o advogado pode ser co-autor, em tese, do crime de falso testemunho**, não se justificando, por isso, o trancamento da ação penal. 2. Recurso conhecido e não provido. Indexação

Observação

Votação: Por maioria.

Resultado: Improvido.

Acórdãos no mesmo sentido

HC 74691 ANO-1997 UF-SP TURMA-01 N.PP-016 Min. SYDNEY SANCHES DJ 11-04-1997 PP-12190 EMENT VOL-01864-05 PP-01075

HC 75790 ANO-1998 UF-SP TURMA-02 N.PP-009 Min. NELSON JOBIM DJ 05-06-1998 PP-00002 EMENT VOL-01913-01 PP-00148

5.1 A Autoria por Determinação

Em seu didático manual, os autores Zaffaroni e Pierangeli trazem uma nova modalidade de autoria, especialmente delineada para açambarcar os casos de autoria mediata em crimes de mão própria, assim como a problemática da participação, se o autor não for punível, por diversas razões. Como ilustração,

utilizam-se os mestres, dentre outros, do delito de estupro, esculpido no art. 213 do Código Penal.

Nesse ponto, impende destacar todas as nuances de tal doutrina, com o escopo de, após descrita e comentada, ser-nos possível um estudo analítico sobre os pilares da referida teoria, à luz dos preceitos constitucionais, com vistas a saber se a mesma pode ou não ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro da forma como apresentada.

Primeiramente, aduzem os doutos que, assim como já explicitado, quando se fala em “participação”, devemos ter em conta uma conduta principal, a qual tal ato de participação se ligou. Dessa feita, se não tivermos qualquer conduta principal, os partícipes responderiam se e somente se seus atos, isoladamente, pudessem configurar algum ilícito. Porém, quanto a essa hipótese, haveria uma imputação penal diferente daquela que protege o bem jurídico tutelado. De toda sorte, trataremos de escandir os principais pontos da citada teoria para, após, comentarmos seus efeitos.

Inicialmente, Zaffaroni e Pierangeli apresentam o exemplo que será utilizado por nós no presente trabalho monográfico, qual seja, o estupro:

Pensemos o caso de que alguém se valha de outro que não realiza conduta para cometer um delito de mão própria: uma mulher dá um sonífero a outra e depois hipnotiza um amigo, ordenando-lhe que com aquela mantenha relações sexuais durante o transe. O hipnotizado não realiza a conduta, ao passo que a mulher não pode ser autora de estupro, porque é delito de mão própria. Tampouco é partícipe, pois falta o injusto alheio em que cooperar ou a que determinar. Não nos restaria outra solução senão a de puni-la por lesões leves (art. 129, *caput*, do CP), em razão do sonífero ministrado à vítima de estupro.

Também os casos de autoria mediata, tampouco poderiam resolver-se pela instigação, porque o determinado não comete um injusto, como o funcionário que age em erro de tipo, e, como não há injusto, tampouco se pode falar de instigação, pois não seria acessória de um injusto. Igualmente não haveria injusto quando o interposto agisse justificadamente, e, portanto, também não poderia haver

instigação. Nestes casos, tampouco se poderia punir o sujeito que determina a outro, que não comete injusto, a realizar o fato.¹⁰⁹

Dessas observações, observe-se que já podemos vislumbrar qual venha a ser o âmbito de aplicação da autoria da determinação. Seriam casos, de forma geral, em que teríamos um delito de mão própria sendo faticamente praticado por alguém que não possui as características exigidas pelo tipo. À primeira vista, pode-se parecer impossível tal possibilidade, pois, como explicitado, o crime de mão própria não pode receber a interposição de uma pessoa estranha à descrição do tipo penal. Assim, não se haveria de falar em delito de mão própria cometido por alguém estranho a tal descrição.

Todavia, deve-se deixar claro que o caso, primeiramente, não se trata de cometimento de crime, nos moldes da legislação penal. Como descrito nas palavras dos mestres penalistas, a ação delituosa, faticamente falando, ocorreu pelas mãos de uma pessoa que não possuía a descrição subjetiva do tipo. Esse “agente” foi o que se convencionou de chamar de instrumento, exatamente como descrito linhas atrás, quando comentávamos sobre a autoria mediata.

Entretanto, quando se vai imputar ao agente a condição de sujeito ativo, chega-se a uma situação incomum: obviamente, a esse instrumento, não poderíamos imputar o crime de estupro. À mulher que o hipnotizou, outrossim, por não preencher os requisitos necessários à condição de agente do crime de estupro, também a ela não será imputado tal ilícito. A situação, como dita, é incomum, pois, no presente caso, teríamos um bem jurídico penalmente

¹⁰⁹ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.* p. 643.

relevante e tutelado pela lei descoberto de tal proteção do Estado, na medida em que o sistema erigido com base na teoria do domínio do fato não seria capaz de alcançar tal caso.

Zaffaroni e Pierangeli continuam a comentar o presente caso:

De acordo com isso, por serem delitos de mão própria, ficaria impune a mulher que se vale daquele que não realiza conduta, assim como quem se vale de outro que realiza conduta, mas crê que a mulher com quem mantém relações sexuais aparenta estar adormecida porque é “tímida”, coisa de que foi convencido pela determinadora. Nem aquele que não realiza conduta nem aquele que age crendo no consentimento da mulher (erro de tipo) cometem um injusto de que possa ser acessória a conduta da mulher, o que exclui a participação, mas tampouco a mulher pode ser autora, porque se trata de um delito de mão própria, no qual o tipo requer o cometimento direto e pessoal do autor varão.

Essas lacunas que se produzem entre a autoria e a participação e que nosso CP soluciona, criando um tipo de determinação para o cometimento do delito, punindo com a pena do delito respectivo, devem-se a que os delitos de mão própria, e os *delicta propria* são limitações, de caráter legal, ao princípio do domínio do fato como caracterização da autoria.

Para a solução de tal problema, que não chega a ser de impunidade, mas poder-se-ia ser considerado como uma imputação “injustamente abrandada” ao tamanho da lesão ocasionada pelo agente, Zaffaroni e Pierangeli asseveram que, não obstante haver expressamente em cada tipo penal de crime de mão própria o trato de tal situação, “*um verdadeiro tipo penal de autor de determinação, [que] seguramente está presente na geral fórmula do art. 29, caput, do CP*”.¹¹⁰

Pelas relevantes palavras ao tema aqui exposto, transcreveremos um pequeno enxerto da obra dos penalistas, para, após, tecermos alguns comentários a respeito:

¹¹⁰ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.* p. 644.

Tem-se afirmado que, em tais hipóteses, se ampliam, indevidamente, conceitos legais, para preencher vazios de punibilidade mediante criações que repugnam ao ôntico e à legalidade (Welzel). Não temos a menor dúvida de que, com frequência, tem-se realizado “inventos” deploráveis neste âmbito, mas acreditamos que neles não se inclui a figura do “autor da determinação”.

A previsão legal pune quem “concorre para o crime”. Sem dúvida que aquele que o comete “concorre para o crime”, como também aquele que instiga o autor, e aquele que ajuda este a cometê-lo. Mas cremos que não existe qualquer razão para dizer-se que “não concorre para o crime” aquele que o determina dolosamente – com perfeita planificação da causalidade – a outrem, que não realiza a conduta, ou que não pode ser considerado autor da produção do resultado, por razões típicas. Se “concorre para o crime” o autor da coação ou da ordem (art. 22), é possível admitir-se que fica fora da fórmula do art. 29, *caput* (quem “não concorre para o crime”), a mulher do exemplo do número anterior? Com qual argumento se pode sustentar essa solução negativa? O único argumento plausível está em *não poder ser ela autora do estupro, o que está correto, mas, o que não se pode negar, é ser ela autora da determinação para o delito* (não do delito em si), e *esta autoria da determinação para o delito é, pois, uma forma de “concorrer para o crime”*, porque, no plano ôntico, ela possui um domínio do fato análogo à autoria, e isto, de modo algum, possui a maioria do simples partícipes. Se, não tendo o domínio do fato, os partícipes “concorrem para o crime”, como não deverão de “concorrer” os autores da determinação nos casos citados?

Deve ficar claro, que não se trata de autoria do delito, mas de um *tipo especial de concorrência*, em que autor só pode ser apenado como autor da determinação em si, e não do delito a que tenha determinado. A mulher não é apenada como autora de estupro, mas lhe será aplicada a mesma pena deste crime por haver cometido o *delito de determinar* para o estupro; (...)

Em suma, Zaffaroni e Pierangeli defendem que o autor da determinação está contido na fórmula do *caput* do art. 29, não se podendo falar em imputação de outra pena ao autor da determinação, mas sim, ser-lhe-ia aplicada a mesma pena se fosse autor imediato do crime.

5.2 Considerações sobre a Autoria por Determinação

A autoria por determinação é algo novo trazido há pouco tempo da Argentina, em especial, por Eugénio Zaffaroni. Apesar de nunca se ter havido conhecimento da utilização da mencionada teoria (seja aqui, seja na própria

Argentina), seu estudo releva-se importante na medida em que, com seus ensinamentos, tenta ela completar o sistema construído por Welzel, a respeito da teoria do domínio do fato.

Como já dito, quando falávamos da teoria do domínio do fato, apresentamos algumas críticas feitas pela doutrina. A principal crítica feita é, pois, aquela que observa não ter a teoria do domínio do fato um controle total das situações que porventura venham a surgir, principalmente no tocante à autoria mediata.

Ora, se o autor deve ser considerado como aquele que, em linhas gerais, possui o domínio do fato delituoso, ou pelo menos, tenha o domínio do fato da divisão das tarefas para o cometimento do mesmo; se dissermos que o autor imediato é instrumento, o autor mediato, se tal crime for de mão própria, ficaria praticamente impune.

Exatamente para preencher essa abertura no sistema de concurso de penas foi elaborada a teoria do autor da determinação. Sua abrangência é pequena, e os casos aplicáveis são bastante raros (basta observar o exemplo dado por Zaffaroni e Pierangeli). Porém, não é apenas por essas características, ou até mesmo pela irrelevância, observada por alguns (haja vista ter a maioria da doutrina se ausentado a comentar tal espécie de autoria), que deveremos deixar de lado os limites e uma provável aplicação dela no seio do sistema penal brasileiro.

Como bem salientado pelos juristas elaboradores dessa teoria, não restariam a eles dúvidas sobre a inclusão da autoria por determinação na fórmula

geral do art. 29, *caput*. Dessa feita, o estudo do autor da determinação se faz necessário, primordialmente, para o conhecimento do que se quer, efetivamente, dizer com “quem, de qualquer forma, concorre para o crime”.

Dessa forma, em aspectos de justiça penal, lesividade da conduta e proporcionalidade da pena, não vislumbramos problemas quando da aplicação da autoria por determinação.

Quanto à justiça penal, pensamos que nada mais correto seria a imputação a alguém que, de certa forma, “deu causa” ao fato. Porém, ainda mais: o “autor” mediato seria, assim, o único indivíduo que teria dado causa para a consumação do delito. Outrossim, como própria forma de proporcionalidade entre o dano causado e a conduta do indivíduo autor por determinação, nada mais lícito que este venha a sofrer uma imputação que um crime a que tenha dado causa, voluntária e dolosamente.

A teoria do domínio do fato surgiu com o principal escopo de albergar todas as possibilidades de condutas delitivas que restavam ilegitimamente imputadas a outras pessoas, no sentido de que aqueles que possuíam o domínio do fato, somente pela situação de não terem realizado ações físicas diretamente, estariam impunes. Porém, nem todos os indivíduos potencialmente puníveis foram açambarcados pela teoria do domínio do fato, causando, de uma certa forma, um possível desequilíbrio entre a lesividade causada ao bem jurídico tutelado e a punição do indivíduo.

Daí decorre os princípios do direito penal da lesividade e da proporcionalidade, peças essenciais para se ter justiça penal. O justo equilíbrio

entre o dano causado a um bem penalmente protegido (que acreditamos dever ser da maior relevância, com vistas à lição do garantismo penal) e a punição do agente (como corolário de uma das próprias funções da pena, a retribuição) é um dos pilares que ainda sustentam a estrutura penal em qualquer estado de direito. O que se está aqui defendendo não é simplesmente a necessidade de uma pena mais severa à pessoa que é considerada “autora da determinação”. Na verdade, é imprescindível para a legitimidade do direito penal tanto observar as garantias fundamentais constitucionalmente erigidas, quanto a própria função do direito penal, seu primordial objetivo, que acreditamos ser alcançar a paz social.

E tal paz social só poderá ser alcançada, em se tratando de direito penal, a partir do momento em que tivermos uma conduta punível retribuída, na forma da lei e dos preceitos constitucionais e humanos, bem como a prevenção e a ressocialização do delinqüente.

Logo, não vislumbramos qualquer dissonância entre a aplicação da autoria por determinação e os princípios da lesividade, da proporcionalidade. Ainda assim, a autoria da determinação está intrinsecamente aliada ao princípio da culpabilidade, em suas vertentes culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico de crime e como princípio medidor da pena.

Se for cediço se falar que a culpabilidade faz parte do conceito analítico de crime de Welzel, assim como é cediço que a culpabilidade deve servir como um medidor da pena imputável, sempre correspondente à infração penal praticada, não há óbices em reconhecer, principalmente quanto à segunda análise, que a autoria por determinação procura exatamente essa “pena

correspondente”, ou seja, o equilíbrio entre ação e reação, estando em perfeita consonância com a justiça penal.

E, como é óbvio, porém não tão recorrente na atualidade, quando se fala em justiça penal, ou em princípios do garantismo penal, fala-se somente em benefício do imputado. Logicamente, pelas várias falhas do sistema, essa vertente do direito penal, sem sombra de dúvidas, contribui sobremaneira para a criação de um estado de direito que prima pela dignidade da pessoa humana, de modo geral. Porém, é o próprio espírito do direito penal que pode vir a ser lesionado, se não se perceber que, outrossim, poder-se-á empreender uma série de injustiças. É a própria razão de ser do direito penal que urge uma visão nesses termos.

Contudo, mais uma vez, impende aclarar que a autoria por determinação não está no mesmo patamar dos estudos da garantia penal para com os indivíduos imputados, haja vista esta ser de bem maior relevância, por que os ataques aos direitos constitucionais são cotidianamente realizados, tolhendo boa parte da liberdade de indivíduos, quantitativa ou qualitativamente falando.

Entretanto, não é apenas pelo fato de ser bastante improvável a dúvida sobre a aplicação ou não da autoria por determinação que o seu estudo deverá ser posto de lado, pois tal teoria pode vir a representar a integração da teoria do domínio do fato, sempre em busca da justiça penal e da proporcionalidade, com o oferecimento de um equilíbrio essencial à existência do direito penal.

É de curial importância, no momento, analisarmos se a autoria por determinação vai de encontro ao princípio da estrita legalidade penal, esculpido no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (*Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*).

É cediço que o princípio da legalidade, em matéria penal, é um dos mais importantes no sentido em que ele intrinsecamente trabalha com hipóteses tolhedoras de liberdade, em todas os seus níveis (da tipicidade formal à aplicação da pena). Como bem denota Rogério Greco, em sua obra, “*Por intermédio da lei, existe segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver uma previsão legal criando o tipo incriminador, ou seja, definindo as condutas proibidas, sob a ameaça de sanção*”.¹¹¹

Anselm Von Feuerbach, no seu *Tratado de Direito Penal*, que remonta ao início do século XIX, já asseverava, ao relatar sobre o princípio da legalidade em matéria penal, que “*conseqüentemente, o mal, como conseqüência jurídica necessária, será vinculado mediante lei a uma lesão jurídica determinada*”.¹¹²

Perceba-se que, nas palavras de Feuerbach, a conseqüência jurídica, assim como bem afirmou Zaffaroni e Pierangeli, devem estar vinculados, primeiramente, a uma lesão jurídica determinada. O meio, a ponte que terá por função vincular tal conseqüência à lesão é a lei. Com isso, quer-se dizer que, primordialmente, o mais relevante em termos de legalidade penal é que as leis que tolhem a liberdade do indivíduo atentem para o fato do remoto conceito de ação e reação, já escandido nas linhas introdutórias deste presente trabalho

¹¹¹ GRECO, Rogério. *Op. Cit.* p. 104.

¹¹² PRADO, Luiz Régis. *Op. Cit.* p. 75.

monográfico. A lei serviria apenas de um instrumento de garantia ao cidadão, que venha a ter seu bem jurídico lesionado.

Estamos de acordo com o preconizado por Zaffaroni e Pierangeli, no que toca na absoluta possibilidade de se aplicar a autoria por determinação no sistema penal brasileiro, pois, apesar de ir ao encontro dos princípios da lesividade, da justiça social, da proporcionalidade e da culpabilidade, entre outros, não há, de certa forma, um confronto direto com o princípio da estrita legalidade penal.

E assim defendemos, pois a própria razão de ser do direito penal estaria mitigada, ou seja, de nada serviria ao caso em que poderíamos aplicar a teoria do autor da determinação, por todas as razões já escandidas.

Ademais, há, sem dúvidas, na lei penal, o crime descrito de estupro, como foi o caso aqui utilizado de exemplo. De outra maneira, fala-se que, como o crime é de mão própria, todos os elementos do crime não estariam completados, em especial na parte em que se fala do sujeito ativo. Com tal observação, é de se fazer completa concordância, muito embora não se queira, com tal teoria, imputar ao autor mediato o crime de mão própria.

Apenas concordamos com a observação de que a fórmula do *caput* do art. 29 em nada confronta com o princípio da estrita legalidade penal, bem como, além do mais, abrange a autoria por determinação. A consonância entre os demais princípios do direito penal, e com os direitos e garantias erigidos constitucionalmente e a autoria por determinação é algo que só contribuirá com o

avanço do estudo do concurso de pessoas, bem como servirá, se porventura aplicada, a equalizar os ditames da justiça penal e social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O concurso de pessoas é um dos mais polêmicos temas do direito penal, porque tem imediata relação com a imputação de cada indivíduo, no cometimento de um crime. A depender da teoria utilizada pelos diversos ordenamentos, um cidadão pode vir a ser considerado um criminoso ou inocente.

A doutrina ainda se embate constantemente buscando uma solução para os principais problemas do concurso de pessoas, bem como suas conseqüências na dosagem da pena. Dentro dessas prováveis soluções, erigiu-se a teoria da autoria da determinação, para o preenchimento da lacuna da teoria do domínio do fato.

A autoria por determinação é um especial tipo de autoria. Sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro não encontra qualquer óbice, no que toca aos princípios do direito penal. Ademais, servirá ela, porventura se necessária, para conformizar os ditames de um direito penal mais justo e protetor dos bens jurídicos tutelados.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Decreto-Lei nº 2.848/40**. Acesso por <www.planalto.gov.br>.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial**. Volume 2. 3ª Ed. São Paulo. Ed. Saraiva.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal. Vol. 1, tomo II – parte geral**. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 4ª Ed. 1992.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2003.

_____. **Reforma Penal Brasileira**. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1988.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Niterói. Ed. Impetus. 2005.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de Direito. Parte Geral**. Trad. de José Luis Manzanares Samaniego. Granada. Ed. Cornares, 1993.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal Volume I**. São Paulo. Ed. Saraiva. 1988.

_____, Damásio Evangelista de. **Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas**. São Paulo. Ed. Saraiva. 1999.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal. O Direito de Defesa : repercussão, amplitudes e limites**. São Paulo. Ed. RT. 2001.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, Volume 1. Parte Geral. Arts. 1º ao 120. 5ª Ed. São Paulo. Ed. RT. 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. Volume I. São Paulo. Ed. Atlas. 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo e Execução Penal**. São Paulo. Ed. RT. 2005.

SANTOYO, Antoine Joseph Stepanian. **La Coautoria Imprópria**. Disponível em <http://www.pfyaj.com/hecchi/Fortalecimiento/La_coautoria_impropia.pdf>. Acesso em 20/11/2006.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo. Ed. RT. 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005
