

GÉSSICA SANNAZZARO

CONCURSO DE PESSOAS

BACHARELADO EM DIREITO

São Paulo

2005

CENTRO UNIVERSITÁRIO DAS FACULDADES
METROPOLITANAS UNIDAS

GÉSSICA SANNAZZARO

CONCURSO DE PESSOAS

Monografia apresentado à banca examinadora do
Centro Universitário das Faculdades
Metropolitanas Unidas de São Paulo, como
exigência parcial para obtenção do grau de
bacharel em direito, sob orientação do professor
doutor Ivan Carlos de Araújo.

São Paulo

2005

Banca Examinadora

Professor Orientador

Ivan Carlos de Araújo

Professor Argüidor

Fabrizzio Matteucci Vicente

Professor Argüidor

Emerson Penha Malheiro

Agradeço aos meus pais e minha irmã, pelo eterno apoio e incentivo para realização deste trabalho, e ao meu professor orientador, pela ajuda e mestria.

A minha mãe Elizabeth meu “porto seguro” e a
meu pai Daniel base para o meu carácter.

A minha adorada irmã, Andressa, eterna amiga
e as minhas avós Virgínia e Aparecida.

Sumário

Introdução.....	08
1. Conceito de Concurso de Pessoas.....	10
2. Evolução Histórica.....	13
3. Espécies de Concurso.....	16
3.1. Concurso Eventual	17
3.2. Concurso Necessário.....	18
4. Natureza Jurídica do Concurso de Pessoas.....	20
4.1. Teoria Pluralista.....	20
4.2. Teoria Dualista.....	21
4.3. Teoria Monista ou Unitária.....	21
4.4.Exceções Pluralísticas da Teoria Unitária.....	23
5. Formas de Prática de Crimes.....	26
5.1.Autoria.....	26
5.2. Co-delinquência.....	28
5.2.1. Co-autoria.....	28
5.2.2. Participação.....	30
5.2.2.1. Moral	32
5.2.2.2. Material	33
6. Natureza Jurídica da Autoria.....	35
6.1. Teoria Extensiva.....	35
6.2. Teoria Restritiva.....	36
6.3. Teoria do Domínio do Fato.....	36
7. Natureza Jurídica da Participação.....	39
7.1. Teoria Causal.....	39
7.2 Teoria da Acessoriedade.....	40
8. Acessoriedade.....	42
8.1. Mínima.....	42
8.2. Limitada.....	42
8.3. Máxima.....	43

8.4. Hiperacessoriedade.....	44
9. Requisitos de Concurso de Pessoas.....	45
9.1. Pluralidade de Agentes.....	45
9.2. Nexo de Causalidade.....	46
9.3. Vínculo Subjetivo.....	47
9.4. Identidade de Infração.....	51
10. Participação de menor importância.....	52
11. Participação de crime menos grave.....	54
12. Concurso em Crimes Culposos.....	57
13. Concurso em Crimes Omissivos.....	60
14. Circunstâncias Incomunicáveis.....	63
15. Casos de Impunibilidade.....	69
Conclusão.....	72
Bibliografia.....	74

Introdução

Neste presente trabalho de Monografia, serão abordados temas de suma importância para o entendimento da nossa atual legislação penal, qual seja, o Decreto – Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, tendo em vista que ocorreram várias mudanças na parte geral, do presente Código Penal até a data vigente. Existiram diversos Códigos Penais, ao longo da história, como o Código Criminal do Império de 1830, a Consolidação das Leis Penais de 1932, o Código Republicano de 1890, o Código Penal de 1940 e também o Código Penal de 1969 (não entrou em vigor), chegando por fim a reforma feita pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, que introduziu dispositivos importantíssimos, como o artigo 30, que prevê as condições comunicáveis.

Dentre os assuntos que irão ser abordados, podemos destacar: as espécies de concursos de pessoas, como o necessário, onde os tipos penais, já exigem como condição a pluralidade de pessoas; a natureza jurídica do concurso de pessoas, onde se discute, se há unidade ou pluralidade de delito, como também as teorias que explicam a natureza jurídica da autoria.

A explicação dos requisitos básicos para que haja o concurso de pessoas, também é demasiadamente importante, sendo eles a pluralidade de agentes, nexo de causalidade, vínculo subjetivo e identidade de infração; a existência de concurso de pessoas em crimes omissivos e a impossibilidade de haver partícipes nos crimes culposos; bem como a responsabilidade de autores que se servem de inimputáveis e menores para a prática de um delito, temas esses discutidos e estudados por grandes mestres do direito moderno.

Mencionamos entre tantos, temas que eram vistos e aplicados de forma diferente, como a participação de menor importância, e querer participar de crime menos grave, os quais eram considerados como meras atenuantes e hoje o primeiro é tido como causa de diminuição de pena e o segundo como uma responsabilidade por outro crime, que quis participar.

Sendo assim, assuntos estes que ajudaram a solucionar diversos casos concretos que englobam concurso de pessoas, visto ser tal assunto tão comum nos dias atuais onde a criminalidade só tende a aumentar. Por tornar a execução do crime mais fácil, diminuir o risco dos criminosos, mas no entanto, favorece a gravidade do delito e sua multiplicação.

1. CONCEITO DE CONCURSO DE PESSOAS

O Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal Atual, com a redação da Parte Geral determinada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, usa a expressão “Do concurso de pessoas”, em seu Título IV, Parte Geral para expressar a conduta em que duas ou mais pessoas concorrem para a prática do mesmo ilícito penal. Sendo esta, mais abrangente do que o conceito usado na antiga Parte Geral do Código Penal, qual seja, “Co-autoria”, pois a expressão vigente engloba autores principais (co-autores) e partícipes de todos os tipos (participação moral - induzir e instigar e participação material- auxiliar). Portanto o conceito de Concurso de pessoas não se iguala ao de Co-autoria.¹

Já o Código Penal de 1969, previa como Título, a expressão “concurso de agentes”, que não foi aceita pelo legislador na reforma penal, por ter um significado muito abrangente, sendo até utilizado nos fenômenos naturais, segundo Júlio Fabrini Mirabete. O Título “concurso de pessoas”, “evoca a existência do ser humano, que é a causa e a consequência; o início e o fim da história do Direito”, conforme René Ariel Dotti.²

Segundo Damásio E. de Jesus, “quando várias pessoas concorrem para a realização da infração penal, fala-se em co-delinquência, concurso de pessoas, co-autoria, participação, co-participação ou concurso de delinquentes (*concursum delinquentium*)”.³

¹ Paulo José da Costa Junior, Direito Penal - Curso Completo, p. 111.

² René Ariel Dotti, Apud, Júlio Fabrini Mirabete, Manual de Direito Penal – Parte Geral, p. 225.

³ Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 403.

Conforme Damásio Evangelista de Jesus, com alguma frequência, é produto da concorrência de várias condutas referentes a distintos sujeitos. Por vários motivos, quer para garantir a sua execução ou impunidade, quer para assegurar o interesse de várias pessoas em seu consentimento, reúnem-se repartindo tarefas, as quais, realizadas, integram a figura delitiva.⁴

Uma infração penal pode ser produto de um *concursum delinquentium* (duas ou mais pessoas) ou então de apenas uma pessoa, mediante uma conduta positiva ou negativa, sendo esta uma forma mais simples. Por exemplo, se A atira em B, e este vem a falecer, se trata de um comportamento positivo, ou se deixa de prestar assistência, quando possível fê-lo sem risco pessoal, a pessoa ferida, se trata de conduta negativa.⁵

Segundo Esther de Figueiredo Ferraz, concorrem para produzi-la dois ou mais indivíduos, repartindo entre si os encargos da tarefa criminosa. Temos neste último caso o concurso de pessoas em um delito, *concursum plurium ad idem delictum*, fenômeno que na terminologia penal surge com o nome de co-participação criminosa, co-delinquência, cumplicidade *lato sensu* ou, na linguagem de nossa lei vigente que equipara todas as formas de cooperação, co-autoria.⁶

Portanto, como o crime é um fato humano, pode ser praticado por várias pessoas (*concursum delinquentium*), que difere do *concursum delictorum*, onde ocorre a prática de dois ou mais delitos.⁷ O concurso de pessoas seria então, a ciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na mesma infração penal.

⁴ Damásio E. de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 403

⁵ Ibid., mesma página.

⁶ Esther de Figueiredo Ferraz, A Co-delinquência no Direito Penal Brasileiro, p. 18.

⁷ Edgard Magalhães Noronha, Direito Penal, p. 211.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Por mais de um século o Direito Penal Brasileiro se inspirou na orientação clássica. Os Códigos Penais de 1830 e 1890 admitiam as duas espécies de participação (autores e cúmplices), distinguindo-os, como também impunham pena necessariamente menor ao cúmplice.⁸

Já o Código Penal de 1940, não fazia distinção entre autores e cúmplices, adotando a teoria da equivalência das condições, ao disciplinar o nexo causal (artigo 11), onde tudo que concorre para o resultado é causa. Não distinguia as causas das condições, por serem equivalentes.⁹

Mesmo os atos que não tenham, cada um por si só, produzido o resultado, serão causas, desde que, estando reunidos o produzam. E era acrescida da teoria extensiva, a qual se baseia na causação do resultado, sendo considerados autores todos que contribuíssem, de qualquer modo, para o resultado (artigo 25, do Código Penal de 1940).¹⁰

A atual reforma de 1984, passou a adotar a teoria restritiva, distinguindo autores (praticam conduta típica) e partícipes (não praticam conduta típica), como se percebe no artigo 29 do Código Penal e seus parágrafos, sendo autor aquele que realiza a conduta típica, diferente da anterior (teoria extensiva), onde todos que contribuíssem para a consumação do delito, eram autores.¹¹

⁸ Esther de Figueiredo Ferraz, A Co-delinquencia no Direito Penal Brasileiro, p. 56

⁹ Paulo José da Costa Junior, Direito Penal – Curso Completo, p. 112.

¹⁰ Edgard Magalhães Noronha, Direito Penal, p. 214.

¹¹ Ibid., mesma página.

O Código Penal de 1940 se filiou à doutrina do direito italiano. O Código Penal Italiano de 1930, reza em seu artigo 110, “Quando várias pessoas concorrem para o mesmo crime incide cada uma delas nas penas para o mesmo estabelecidas, salvo as disposições dos artigos seguintes”.¹²

Conforme Paulo José da Costa Júnior, a doutrina italiana superou vários inconvenientes do concurso de pessoas, combinando o tipo plurissubjetivo da Parte Geral com norma monossubjetiva da Parte Especial, que dá vida a um novo tipo penal. Este novo tipo autônomo, não exige que a conduta executiva seja realizada por um único sujeito. A execução do crime será distribuída entre as diversas condutas dos vários sujeitos, e é com base nesse relacionamento que se estabelece a tipicidade de cada conduta. Se a conduta de todos os agentes apresentar os requisitos da figura plurissubjetivo, suas condutas serão típicas.¹³

Segundo Esther de Figueiredo Ferraz, “o evento, por sua natureza, é indivisível, e todas as condições que cooperam para a sua produção se equivalem”. E assim, “tudo quanto foi praticado para que o evento se produzisse é causa indivisível dele”.¹⁴

O Código Penal atual em seu artigo 31, possui redação igual ao artigo 27, do Código Penal de 1940. O artigo 29, parágrafo primeiro e parágrafo segundo, correspondem respectivamente, ao artigo 48, inciso II e parágrafo único. O artigo 30, foi acrescentado com a reforma de 1984.

¹² Esther de Figueiredo Ferraz, A Co-delinquência no Direito Penal Brasileiro, p. 54-55.

¹³ Paulo José da Costa Júnior, Comentários ao Código Penal, p. 127.

¹⁴ Esther de Figueiredo Ferraz, A Co-delinquência no Direito Penal Brasileiro, p. 57.

O Código Penal de 1969 acolheu com algumas reservas o linha estabelecida no Código Penal de 1940.

Segundo ainda, Esther de Figueiredo Ferraz, o critério aceito pelo artigo 35 também pode ser tido como corrolário da teoria da equivalência esposada pelo artigo 13, segundo o qual ‘o resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa’, considerando-se causa ‘a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.’¹⁵

Conforme o artigo 25 do Código Penal de 1940 e o artigo 35 do Código Penal de 1969, “a contribuição pessoal para realização do crime pode ser, de maneira física ou moral, comissiva ou omissiva, direta ou indireta, anterior ou concomitante à execução”, segundo Esther Figueiredo de Ferraz.¹⁶

A teria monista foi adotada no Código Penal atual, que segue a tendência do Código Penal de 1969, ela distingue as formas de concurso de pessoas, quando prevê a responsabilidade de acordo com a culpabilidade, ou seja, com a participação. E conforme o entendimento jurisprudencial, “a dosimetria das penas impostas deve refletir a maior ou menor atuação no planejamento e execução delitiva, na medida da culpabilidade dos agentes” (TACRIM-RJ – AC- 23.838 – Rel. Alvaro Mayrink da Costa).¹⁷

¹⁵ Esther de Figueiredo Ferraz, A Co-delinquencia no Direito Penal Brasileiro, p. 57.

¹⁶ Ibid., p. 24.

¹⁷ Paulo José da Costa Junior, Direito Penal Objetivo, p. 76.

3. ESPÉCIES DE CONCURSO

Existem dois tipos de crimes. Os crimes monossubjetivos, que podem ser cometido por um só sujeito, são os mais comuns do sistema jurídico. E os crimes plurissubjetivos (coletivo), são aqueles que a sua prática depende da pluralidade necessária de sujeitos, esses crimes não podem ser praticados por uma pessoa.¹⁸

Os crime plurissubjetivos apresentam várias espécies, em virtude dos vários modos de execução, subdividindo-se em:

Crimes de conduta paralelas, onde as condutas auxiliam-se, visando os agentes a produção de um resultado comum. Os participantes unem-se em prol de um objetivo idêntico, no sentido de concentrar esforços para a realização do delito (crime de quadrilha ou bando – artigo 288; crime de paralisação de trabalho – artigos 200 e 201 e crime de esbulho possessório - artigo 161, II, 3ª figura, todos do Código Penal), todas as condutas dirigem-se para o mesmo intuito, a prática de crimes;

Crimes de condutas convergentes, onde as condutas partem de pontos opostos, se desenvolvendo em colaboração e tendem a se encontrar, nascendo desse encontro o resultado, elas não se voltam para a frente, para o futuro, buscando o resultado delituoso. Uma ação se dirige a outra, se

¹⁸ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 59.

manifestando na mesma direção e no mesmo plano, resultando a figura típica (crime de bigamia e de adultério – artigos 235 e 240 do Código Penal) e

Crimes de condutas contrapostas, onde as condutas são realizadas uma contra as outras, movendo-se de pontos opostos, sendo assim, os agentes, ao mesmo tempo, autores e vítimas (crime de rixa- artigo 137 do Código Penal).¹⁹

E de acordo com o tipo de crime teremos duas espécies de concurso de agentes. No concurso de pessoas, se o crime for monossubjetivo, teremos um concurso eventual (facultativo) e se o crime for plurissubjetivo, teremos um concurso necessário (obrigatório).

3.1. Concurso Eventual

Nos crimes monossubjetivos, não é necessário para realização do tipo a participação de mais de um agente podendo ser praticado por apenas uma pessoa (monossubjetivamente)²⁰, porém se for praticado por mais de uma pessoa será um concurso eventual, onde nem todos os agentes podem ter realizado atos típicos, mas concorreram para o delito de qualquer modo (artigo 29 do Código Penal). Dessa forma a conduta terá relevo jurídico penal, graças a norma de extensão.

¹⁹ Fernando Capez, Curso de Direito Penal - Parte Geral, p. 287.

²⁰ Paulo José da Costa Junior, Direito Penal – Curso Completo, p. 111.

Como exemplo: o crime de homicídio (artigo 121 do Código Penal), o crime de estelionato (artigo 171 do Código Penal), o crime de roubo (artigo 157 do Código Penal) ou furto (artigo 155, do Código Penal).

Poderiam ser praticados por uma pessoa ou por um concurso de agentes, no último exemplo, se uma pessoa romper a porta da residência, outra nela penetra e subtrai bens, enquanto uma terceira fica de atalaia.

3.2. Concurso Necessário

No concurso necessário (impróprio), faz parte do tipo penal a pluralidade de agentes, que é indispensável à configuração deste. Aqui cada concorrente irá responder pelo crime, mas este só se integra quando os outros contribuem para a formação da figura típica. Segundo Damásio Evangelista de Jesus: “o concurso de pessoas é descrito pelo preceito primário da norma penal incriminadora, enquanto no concurso eventual não existe tal previsão. Quando a pluralidade de agentes é elemento do tipo, cada concorrente responde pelo crime”.²¹

Como por exemplo temos, o crime de bando ou quadrilha (artigo 288 do Código Penal), que é um estado de permanência, descreve um concurso de pessoas, o crime de rixa (artigo 137) e o crime de adultério (artigo 240 do Código Penal). Neles a co-autoria é obrigatória, podendo haver ou não a participação de terceiros, sendo esta um concurso eventual.

²¹ Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 404.

De acordo com Damásio Evangelista de Jesus, existem infrações, que se condicionam ao concurso de mais de uma pessoa, mas a norma não estende a punibilidade a todas, sendo os fundamentos para tal: a) a lei, proibindo a conduta em razão de interesse público, protege o concorrente necessário (partícipe), como o crime de corrupção de menores e de usura; b) a lei pune somente o sujeito ativo do delito, e não aquele que praticou alguma conduta sofrendo a ação, como nos crimes de mediação para servir à lascívia de outrem (artigo 227 do Código Penal), favorecimento da prostituição (artigo 228 do Código Penal) e rufianismo (artigo 230 do Código Penal).²²

Conforme o artigo 29 do Código Penal, incide nas penas a ele cominadas, quem de qualquer modo, concorre para o crime, sendo este dispositivo uma norma de extensão da parte geral que possibilita a punição dos que participam, com o autor, da prática delituosa, sendo aplicado tanto no concurso eventual, o qual não prevê em seu tipo penal demais agentes. Como no concurso necessário, onde a própria norma incriminadora já prevê no seu preceito primário como condição do tipo, a pluralidade de autores para prática do crime, que cometem o crime materialmente, ocorrendo assim, aplicação do dispositivo ampliativo apenas em relação aos partícipes e não aos co-autores.²³

Segundo José Frederico Marques, “o crime plurissubjetivo é uma forma particular de fato típico, e a co-autoria a tipificação de norma de extensão da parte geral que torna possível o enquadramento indireto da ação ou omissão”.²⁴

²² Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Pare Geral, p. 404.

²³ Ibid., p. 404-405.

²⁴ José Frederico Marques, Tratado de Direito Penal, p. 399.

4. NATUREZA JURÍDICA DO CONCURSO DE PESSOAS

Para que haja o objetivo criminoso os vários participantes (co-autores diretos e indiretos e partícipes morais e materiais) realizam atos diversos e de acordo com as teorias numeradas abaixo se verificará a responsabilidade de cada participante.

4.1. Teoria Pluralista

Nesta teoria, também chamada de subjetiva ou pluralística, ocorre pluralidade de agentes e também de crimes. Cada um dos delinqüentes corresponde a uma conduta própria, a um elemento psicológico próprio, a um resultado próprio, concluindo-se que cada um responde por um delito próprio e punível em harmonia com seu significado anti-social.²⁵

Conforme Júlio Fabrini Mirabete, essa teoria possui uma falha, pois “as participações de cada um dos agentes não são formas autônomas, mas convergem para uma ação única, já que há um único resultado que deriva de todas as causas diversas”.²⁶

²⁵ Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 411.

²⁶ Júlio Fabrini Mirabete, Manual de Direito Penal – Parte Geral, p. 226.

4.2. Teoria Dualista

Essa teoria é também chamada de acessória. Considera que entre os autores, há um crime único e entre os partícipes, outro crime único. Portanto há dois planos de conduta, um principal e outro acessório.²⁷

A teoria dualista põe ao lado do autor material ou imediato (que seria o verdadeiro autor do crime – *auctor criminis*), um autor secundário ou acessório (*motor criminis* ou autor mediato).²⁸ Mas, essa teoria não se ajusta aos casos de autoria mediata.

Conforme Manzini, se a participação pode ser principal e acessória, deve haver um crime único para os autores e outro crime único para os cúmplices. A consciência e vontade de concorrer num delito próprio confere unidade ao crime praticado pelos autores; e a de contribuir no delito de outrem atribui essa unidade ao crime praticado pelos cúmplices.²⁹

4.3. Teoria Monista ou Unitária

Já nessa teoria, todos os agentes que contribuem para tipificação do delito cometem o mesmo crime, tendo unidade de crimes e pluralidade de agentes. Mesmo havendo uma diversidade de condutas, a unidade do crime não é impedida.

²⁷ Aula lecionada pelo professor Ivan Carlos de Araújo, dia 06/09/2002.

²⁸ Paulo José da Costa Junior, Direito Penal – Curso Completo, p. 112.

²⁹ Manzini, Apud, Esther de Figueiredo Ferraz, A Co-delinquência no Direito Penal Brasileiro, p. 30.

Ela é predominante entre os penalistas da Escola Clássica e tem como fundamento a unidade de crime.³⁰

Não haveria autores principais e acessórios, pois eles se nivelam, igualam, contribuem para o evento. O resultado é consequência das causas e condições necessárias e suficientes para produzi-lo e cada um dos participantes é responsável por uma dessas causas ou condições, o delito é resultado da conduta de um e de todos, sem distinção.³¹

Edgard Magalhães Noronha, esta teoria, sofre censuras, pois como poderia alguns responder por mais e outros por menos, se várias condutas dão existência a um só crime, diz ele: “como poderia concorrer para um crime pessoas não revestidas da qualidade constitutiva e como poderia punir os co-partícipes, se houvesse inimputabilidade do autor principal”.³² A solução veremos a diante.

A teoria adotada pelo Código Penal é a Teoria Monista (Unitária), pois no dispositivo previsto no artigo 29 do referido Estatuto, emprega a expressão “crime”, no singular, ou seja presumisse que todos os agentes respondem por fato típico único.³³ O mesmo verifica-se no artigo 30 e 31, os quais se referem a um único e mesmo delito e no artigo 62 e 29, parágrafo segundo, sempre se referindo a um crime no concurso de pessoas.³⁴

Sendo esta Teoria Monista, abrandada, pois ao final do dispositivo, fala “na medida de sua culpabilidade”, ou seja, cada agente responderá de acordo

³⁰ Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 410.

³¹ Paulo José da Costa Júnior, Curso Completo, p. 111.

³² Edgard Magalhães Noronha, Direito Penal, p. 212.

³³ Aula lecionada pelo professor Ivan Carlos de Araújo, dia 06/09/2002.

³⁴ José Frederico Marques, Tratado de Direito Penal, p. 403.

com a sua culpabilidade individual, o juiz deve ao aplicar a pena levar em consideração a reprovabilidade (culpabilidade) do comportamento de cada co-autor e de cada partícipe, de forma individual.³⁵ Como por exemplo, todos os agentes respondem pelo crime de homicídio, porém não terão a mesma pena, as terão de acordo com a sua culpabilidade. Nesse ponto, a lei aproxima-se da teoria dualística, distinguindo a co-autoria, da participação.

E nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 29, o legislador fez constar, regras para diferenciar a autoria da participação, para evitar injustiças e aplicar corretamente a pena.³⁶

Afirma Edgard Magalhães Noronha, “É ir de encontro à realidade, negar que o delito é *somente um*, embora várias as ações ou os atos, todos eles convergindo para fim único”.³⁷

4.4. Exceções Pluralísticas da Teoria Unitária

A Teoria Unitária equipara os agentes, sendo o evento *criminis* único e indivisível. Porém, há casos, em que o Código Penal, permitiu a teoria pluralista, onde a conduta do terceiro constitui outro crime. Havendo um crime do autor e outro do partícipe, sendo assim, delitos autônomos.³⁸

³⁵ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 60.

³⁶ José Frederico Marques, Tratado de Direito Penal, p. 403.

³⁷ Edgard Magalhães Noronha, Direito Penal, p. 213.

³⁸ Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 411.

A primeira hipótese seria do artigo 124 do Código Penal, segunda parte, “consentir que outrem lho provoque aborto”, enquanto o artigo 126 do mesmo Estatuto, define “provocar aborto com o consentimento da gestante. A gestante que permite que pessoa lhe faça aborto, responderá pelo artigo 124 e a pessoa que fizer o aborto com consentimento da gestante, responderá pelo artigo 126;

A segunda hipótese é se o agente casado contrai novo casamento responderá por bigamia (artigo 235, *caput*, do Código Penal). E a mulher solteira que contrai matrimônio com o agente casado, conhecendo a circunstância impeditiva responderá pelo artigo 235, parágrafo primeiro;

A terceira hipótese é o crime de corrupção ativa (artigo 333 do Código Penal), no qual o particular oferece ou promete vantagem indevida a funcionário público e o crime de corrupção passiva (artigo 317 do Código Penal), no qual o funcionário público solicita, recebe ou aceita promessa de vantagem indevida e

A quarta hipótese é o crime de falso testemunho (artigo 342 do Código Penal), onde a testemunha faz afirmação falsa, nega ou cala a verdade em juízo. E o crime de corrupção de testemunha (artigo 343 do Código Penal) e quem da, oferece ou promete dinheiro ou qualquer vantagem a testemunha.³⁹

No parágrafo segundo, do artigo 29 do Código Penal, podemos observar, que a teoria pluralística foi adotada como exceção, onde cada

³⁹ Aulas lecionada pelo Professor Ivan Carlos de Araújo, dia 06/09/2002.

concorrente quis participar de crime menos grave.⁴⁰ Podendo haver assim, outros casos de exceções pluralísticas da teoria unitária, na parte geral do Código Penal atual.

⁴⁰ Fernando Capez, Curso de Direito Penal – Parte Geral, p. 296.

5. FORMAS DE PRÁTICA DE CRIMES

No concurso de pessoas, várias pessoas podem concorrer para a prática do crime descrito no tipo penal, dentre elas: co-autores (*princeps criminis*) e partícipes, tanto instigadores quanto materiais. Vejamos.

5.1. Autoria

Existem três formas de autoria: autoria imediata ou propriamente dita, autoria mediata e autoria intelectual.

Na primeira forma, tem-se como autor, aquele sujeito que realiza pessoalmente a conduta descrita no tipo penal, que é expresso pelo verbo típico da figura delitiva. Exemplos: matar, subtrair, corromper e constranger.⁴¹ Será então, o executor do ato compreendido no núcleo do tipo. Não havendo indutor, instigador ou auxiliar, ele age sozinho. Ele também teria o domínio do fato.⁴²

Já a autoria mediata, seria quando o agente se serve de inimputável, menor ou doente mental, ou de pessoa que age por coação moral irresistível (casos de exclusão da culpabilidade do executor) ou quando a pessoa age por erro, na prática do crime, sendo esta um objeto, instrumento do autor mediato. O autor, realiza o fato por intermédio de outrem. Não se confunde autoria mediata com concurso de pessoas.⁴³ Inexiste concurso de agentes entre o autor mediato e o

⁴¹ Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 405

⁴² Ibid., p. 407.

⁴³ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 59.

executor usado, como também não há autoria mediata nos crimes de mão própria, nem nos culposos.

Se um autor que entrega uma faca a um louco e manda-o matar alguém, é autor mediato do crime de homicídio, que se serviu do executor como se fosse uma arma ou instrumento.⁴⁴

Alguns casos de autoria mediata, poderia ser quando um médico, leva uma enfermeira a erro de tipo essencial, quando entrega veneno, porém com a aparência de remédio, para esta dar a um doente (obediência a ordem hierárquica, não manifestamente ilegal, artigo 22 do Código Penal), caso tenha atuado com imprudência ou negligência, responderá por crime culposo. Ou quando o agente põe um revólver na cabeça de uma criança e obriga a mãe deste a matar outra pessoa (coação moral irresistível, artigo 22 do Código Penal). Sendo punível apenas o autor da coação e o da ordem, tendo o autor mediato o domínio do fato, do comportamento e da vontade de seu executor material, não havendo assim, participação.⁴⁵

Os exemplos mais comuns de que poderia resultar a autoria mediata seriam: - ausência de capacidade penal da pessoa da qual o autor mediato se serve; - coação moral irresistível, se fosse física, haveria autoria imediata; - provocação de erro de tipo escusável e - obediência a ordem hierárquica. Nesses casos, segundo Fernando Capez, ocorre a adequação típica direta, sendo o próprio autor mediato quem realizou o núcleo do tipo, ainda que pelas mãos de outra pessoa.⁴⁶

⁴⁴ Fernando Capez, Curso de Direito Penal – Parte Geral, p. 291.

⁴⁵ Aula lecionada pelo professor Ivan Carlos de Araújo, dia 30/08/2002.

⁴⁶ Fernando Capez, Curso de Direito Penal – Parte Geral, p. 296.

Há também, o autor intelectual, que comanda intelectualmente o fato. O autor promove ou organiza o fato delituoso, sendo o crime produto de sua criatividade, como é o caso do chefe de quadrilha, que não pratica o conduta típica, apenas planeja e decide (tem domínio sobre o fato), porém a execução fica a cargo de outro. No artigo 62, inciso I, do Código Penal, é agravado a pena do agente intelectual.⁴⁷

De acordo com Fernando Capez, o autor intelectual não é autor, mas sim um partícipe, pois não realiza figura típica.⁴⁸

5.2. Co-delinquência

Há duas formas de concurso de pessoas:

5.2.1. Co-autoria

Na co-autoria, ter-se-ia a reunião de autorias; possuindo uma decisão comum para realização do crime e a execução da conduta; seria a prática em conjunto do crime, havendo sempre tipicidade. Os co-autores executam a conduta que é tipificada como crime e suas condutas não necessitam ser idênticas, mas ambos devem cooperar para a prática do crime, como em um roubo, onde um agente pratica a grave ameaça ou violência, outro subtrai os bens. Há uma distribuição de atividades, de tarefas, as quais não precisam ser materialmente as

⁴⁷ Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 408.

⁴⁸ Fernando Capez, Curso de Direito Penal – Parte Geral, p. 296.

mesmas. Assim, o crime constitui consequência das condutas repartidas, produto final da vontade comum. Não sendo um instrumento do outro.⁴⁹

Segundo Damásio Evangelista de Jesus, “a co-autoria pode ser direta, quando todos os sujeitos realizam a conduta típica ou pode ser parcial ou funcional, quando há divisão de tarefas executórias do delito”, conforme o exemplo acima citado. Sendo chamado de domínio funcional do fato, pois caso houvesse a ausência de uma ação, faria frustrar-se o crime, tendo cada um o domínio funcional do fato.⁵⁰ Já o jurista Fernando Capez, entende que o Código Penal adotou a Teoria restritiva, não havendo co-autoria funcional, onde os co-autores, seriam partícipes, pois não realizam a conduta principal.⁵¹

Uma parte da doutrina exige que a contribuição do autor seja causal e não relacionada com o domínio final do fato, nesse caso Damásio Evangelista de Jesus expõe: “A contribuição do sentinela, v. g., é penalmente relevante, ainda que não causal. Assim, ainda que não causal, a contribuição do partícipe é criminalmente relevante se facilitou ou reforçou a consecução do objetivo final.”⁵²

A co-autoria pode ainda ser: simples (co-autores que realizaram a conduta típica) ou complexa (um autor que executara o verbo tido no tipo penal e o outro autor, será intelectual ou funcional). O co-autor pode ser: direto (agente que executa o verbo do tipo); intelectual (é autor da idéia delituosa - mandante que detém o domínio do fato - ou lhe incumbe organizar o plano criminoso); funcional (aquele que executa parte do crime).⁵³

⁴⁹ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 59.

⁵⁰ Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 408.

⁵¹ Fernando Capez, Curso de Direito Penal – Parte Geral, p. 301.

⁵² Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 409.

⁵³ Ibid., mesma página.

A co-autoria, não cabe nos crimes omissivos próprios, respondendo por exemplo cada um dos agentes por um crime de omissão de socorro.

5.2.2. Participação

Ocorrerá participação, quando o agente (partícipe) não praticar a conduta descrita no tipo penal, ou seja, atos que não forem típicos, mas contribuir de qualquer forma, para a sua realização, aderindo ao crime. Realizará uma atividade que contribua para formação do delito.⁵⁴ O partícipe não possui poder de decisão sobre a execução ou consumação do delito, sendo assim uma conduta acessória, mediante induzimento, instigação ou auxílio material (cumplicidade), de uma conduta principal, que é penalmente ilícita.

Segundo Júlio Fabrini Mirabete, é possível, a participação nos crimes e contravenções de mera conduta, como instigar, mandato, auxílio material, como também nos crimes de mão própria. No caso do Código de Trânsito Brasileiro, se o agente ceder as chaves do automóvel, à alguém inabilitado, e esse vier a cometer ilícito penal, será partícipe dolosamente do crime.⁵⁵

Damásio Evangelista de Jesus difere, “participação sucessiva (por exemplo, após A instiga B a matar C, D, que desconhece o anterior induzimento, instiga B a matar C), da participação de participação, quando há uma conduta acessória de outra conduta (por exemplo, A induz B a induzir C a matar D)”.⁵⁶

⁵⁴ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 59.

⁵⁵ Júlio Fabrini Mirabete, Manual de Direito Penal – Parte Geral, p. 233

⁵⁶ Damásio Evangelista de Jesus, Apud, Júlio Fabrini Mirabete, Manual de Direito Penal – Parte Geral, p. 233.

“O partícipe só possui o domínio da vontade da própria conduta, tratando-se de um colaborador, uma figura lateral, não tendo o domínio finalista do crime. O delito não lhe pertence, ele colabora no crime alheio”, conforme Damásio Evangelista de Jesus.⁵⁷

O Código Penal, em seu artigo 62, prevê agravantes no caso de concurso de pessoas, como:

O inciso I, onde há a figura do organizador, “aquele que traça o plano criminoso, escolhe pessoas, prevê os atos materiais a se executarem” ou promotor, “promove a cooperação no crime quem dela toma a iniciativa” da cooperação delituosa, e do que dirige, “quem disciplina e orienta, observa e vigia a atividade dos outros participantes”;

O inciso II, quem coage (tanto coação resistível – coagido tem pena atenuada, artigo 65, III, *c* – quanto irresistível – só o co-autor responderá pelo crime) ou induz outrem à execução do crime;

O inciso III, onde há casos de instigação ou determinação;

O inciso IV, há a “execução mercenária” por paga ou promessa de recompensa, onde o exequente age por motivo próprio (pela recompensa), não englobando quem paga ou promete a recompensa.⁵⁸

⁵⁷ Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 410.

⁵⁸ José Frederico Marques, Tratado de Direito Penal, p. 415-416.

Segundo Paulo José da Costa Júnior, o concurso, conforme a qualidade, pode ser físico (material) ou moral (psíquico). Quanto ao grau, será principal (primário) ou acessório (secundário) o concurso. Quanto ao tempo, a cooperação poderá ser antecedente ou concomitante (no crime permanente). A cooperação posterior, configura o favorecimento real ou pessoal (arts. 348 e 349).⁵⁹

Atualmente as formas de participação são duas: moral e material.

5.2.2.1. Moral

Nesse caso o partícipe irá contribuir moralmente para o delito, agindo sobre a vontade do autor, podendo tanto provoca-lo para que nele surja a vontade de cometer um crime, como o suicídio, não imaginado anteriormente (induzimento ou determinação) ou estimula-lo a idéia criminosa que já existia em seus pensamentos, reforçando-a, como um assassinato já imaginado (instigação).⁶⁰

Segundo José Frederico Marques, as distinções sobre as várias modalidades de participação, foram feitas de maneira magistral por Carrara, que agrupou as diversas formas de determinação ou instigação nestas: a) mandato, instigação para perpetração do delito em proveito e utilidade do instigador; b) ordem, mandato imposto com abuso de autoridade; c) coação, mandato imposto por meio de ameaça de grave mal; d) conselho, instigação para perpetração do delito em proveito e utilidade de quem a executa e e) sociedade, pacto entre várias pessoas para prática do delito, em utilidade ou proveito comum ou privativo dos sócios de todos eles.⁶¹

⁵⁹ Paulo José da Costa Junior, Direito Penal – Curso Completo, p. 113.

⁶⁰ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 59.

⁶¹ Carrara Apud, José Frederico Marques, Tratado de Direito Penal, p. 416-417.

Essas formas de participação se resumem, nas existentes atualmente, quais sejam, ajuste, determinação e instigação.

5.2.2.2. Material

Ou também chamada de cumplicidade (pelo antigo Código Penal anterior ao de 1940), o partícipe contribui materialmente para o crime, presta ajuda efetiva, por meio de um comportamento positivo ou negativo⁶², durante a preparação ou execução do delito.

Como por exemplo a empregada doméstica que entrega as chaves da casa de sua patroa ao roubador; a vigilância exercida durante a execução de um crime; segurar a vítima para impedi-la de reagir e facilitar a tarefa do executor. Segundo Mirabete, “cúmplice é quem contribui para o delito fornecendo auxílio ao autor ou ao partícipe”.⁶³

Embora o atual Código não faça a distinção entre autores e cúmplices, em seu artigo 29, parágrafo primeiro, fala da participação de menor importância, “pois se a eficiência causal de um dos participantes é mínima ou quase nula, é justo que se lhe trate mais benignamente do que aqueles que desenvolveram atividades mais intensas e eficazes”, segundo José Frederico Marques.⁶⁴

O Código atual também aboliu as formas de participação posterior ao delito, como o antigo artigo 21, parágrafo terceiro de 1890, que definia a

⁶² José Frederico Marques, Tratado de Direito Penal, p. 416-417.

⁶³ Júlio Fabrini Mirabete, Manual de Direito Penal I, p. 233.

⁶⁴ José Frederico Marques, Tratado de Direito Penal, p. 418.

receptação como forma de cumplicidade e o delito de favorecimento pessoal (artigo 348 do Código Penal), que igualmente era tido como participação. Essa exclusão se deve à construção jurídica do concurso eventual, com base na causalidade.⁶⁵ Atualmente a participação posterior será punida como delito diverso.

Portanto, o co-réu realiza uma conduta executiva (típica), e o co-partícipe desenvolve conduta preparatória (atípica).⁶⁶

Todas essas figuras abordadas denominam-se participantes.⁶⁷

⁶⁵ José Frederico Marques, Tratado de Direito Penal, p. 418.

⁶⁶ Paulo José da Costa Júnior, Direito Penal Objetivo, p. 76.

⁶⁷ Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 410.

6. NATUREZA JURÍDICA DA AUTORIA

O autor é aquele que pratica a figura descrita no tipo penal, havendo também aquele que pratica o fato criminoso por intermédio de outrem (autor mediato) e o autor intelectual, planeja intelectualmente o crime.

6.1. Teoria Extensiva

Segundo essa teoria todas aquelas pessoas que contribuíssem para o evento seriam autores, todo aquele que desse causa ao evento, se baseia na causação do resultado. Não seria somente quem realiza a conduta descrita no tipo penal, mas também aquele que, de qualquer modo, contribui para a produção do resultado (chamado partícipe). Não importando se tal cooperação é decisiva ou insignificante, não fazendo assim distinção entre autor e partícipe.⁶⁸

Esta teoria oferece um conceito extensivo do autor, em um critério material- objetivo. Porém, segundo Júlio Fabrini Mirabete, “desconhece a realidade de que nem sempre é autor aquele que contribui com uma causa para o resultado”, e que a lei estipula outra pena para aquele que quis participar de crime menos grave e daquele que teve participação menor no fato.⁶⁹

⁶⁸ Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 405

⁶⁹ Júlio Fabrini Mirabete, Manual de Direito Penal – Parte Geral, p. 230.

6.2. Teoria Restritiva

Já, conforme esta teoria, somente é autor quem realiza a conduta descrita no tipo penal.⁷⁰ Sendo então, o conceito de autor mais restrito e não qualquer um, mas apenas aquele que pratica o verbo constante no tipo penal. Quem mata, constrange ou subtrai; ou também, no caso de co-autoria, aquele que oferece ameaça com emprego de arma de fogo (força a vítima) e o que mantém com a vítima conjunção carnal.

Aqui, se observa um conceito restrito de autor, em um critério formal- objetivo. Porém esse conceito, exclui, o autor mediato, que se utiliza de menor ou insano mental para praticar o crime.⁷¹

Nosso Código Penal adotou a Teoria restritiva, sendo os artigos 29 e 62 fazem distinção entre autor e partícipe. Mais exatamente o inciso IV, agrava a pena em relação ao agente que executa o crime e o que participa nele, mediante paga ou promessa de recompensa.

6.3. Teoria do Domínio do Fato

Segundo Damásio Evangelista de Jesus, essa teoria foi introduzida no concurso de pessoas, em 1939, por Welzel, “partiu da teoria restritiva e utilizando critério objetivo - subjetivo, sendo assim, autor aquele que tem o controle final do fato, domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre

⁷⁰ Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 405.

⁷¹ Júlio Fabrini Mirabete, Manual de Direito Penal – Parte Geral, p. 230.

sua prática, interrupção e circunstâncias”, sempre relacionada com a conduta do agente, que não precisa ser a descrita no tipo penal. Distingui-se do partícipe (concorrente acessório), pois este não possui o domínio sobre o fato, apenas induz, instiga ou auxilia o autor do delito. Sendo também amplamente adotada pela doutrina.⁷²

Sendo esta Teoria adotada por parte da doutrina, pois complementar a doutrina restritiva formal – objetiva, aplicando o critério misto (objetivo – subjetivo). Os artigos 29 e 62, IV do Estatuto, fazem distinção entre autor e partícipe, mas não se resolve o problema da autoria mediata, daí a necessidade da Teoria do domínio do fato. Em 1984, o Código Penal, adotou a Teoria finalista e por coerência lógica, supõe-se que também, acolheu a Teoria do domínio do fato.⁷³

Esta teoria é aplicada somente aos crimes dolosos (materiais, formais ou de mera conduta), pois nos culposos não há diferença de autor e partícipe, sendo autor todo aquele que praticar qualquer conduta, que resulte em um fato típico, sem observar o dever de cautela.⁷⁴

Segundo Fernando Capez, a teoria adotada é a restritiva (critério formal – objetivo), onde só pode ser considerado autor aquele que pratica o verbo do tipo, ou seja, a conduta principal descrita. Nesse caso o mandante e o autor intelectual não são autores, mas partícipes, pois não realizam o núcleo do tipo. Como explicação, tem-se o artigo 62, IV, onde o Código Penal agrava a pena do

⁷² Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 405.

⁷³ Ibid., p. 406.

⁷⁴ Ibid., mesma página.

agente que executa o crime (autor), ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa (partícipe).⁷⁵ Tendo o mesmo entendimento Júlio Fabrini Mirabete.

Para Damásio Evangelista de Jesus, a Teoria restritiva foi adotada, mas em algumas hipóteses, aplica-se Teoria domínio do fato, sendo um complemento da primeira.

⁷⁵ Fernando Capez, Curso de Direito Penal- Parte Geral, p. 290.

7. NATUREZA JURÍDICA DA PARTICIPAÇÃO

Na participação haverá a conduta de contribuir para o crime, de forma material ou moral, não haverá há descrição da conduta no tipo penal, porém esta, também adquire tipicidade, só que pela regra do artigo 29 do Código Penal, no qual quem concorrer, de qualquer forma, para o delito responderá por ele.⁷⁶ Não havendo distinção nas formas de participação, pois qualquer forma de participação, concorre para o delito.

Nesse caso, ocorre a adequação típica, sem ofensa ao Princípio da reserva legal, por meio da norma de extensão ou ampliação que faz a ligação entre o tipo legal e a conduta do partícipe, pois este estende o tipo penal que alcança o partícipe. Seria o artigo 29 do Código Penal uma ponte de ligação. Segundo Fernando Capez, “tal extensão é chamada de pessoal (faz com que o tipo alcance pessoas diversas do autor principal) e espacial (atinge condutas distintas da do autor)”.⁷⁷

7.1. Teoria Causal

A presente teoria foi criada por Von Buri, nos meados do século XIX. Aqui não se faz distinção entre autores (realiza o delito) e partícipes (participa de delito alheio), sendo verdadeiramente unitária. E parte do princípio da equivalência das condições antecedentes. Um conjunto de causas (co-delinquentes)

⁷⁶ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 60.

⁷⁷ Fernando Capez, Curso de Direito Penal, p. 294 .

são necessárias para a produção do resultado crime, assim o delito é consequência da atividade de cada um dos agentes e de todo, sem distinção, conforme Damásio Evangelista de Jesus.⁷⁸ Não podendo ser aceita uma atividade do autor independente da dos partícipes.

Segundo Damásio Evangelista de Jesus, afirmam que não se cuida de uma relação pessoal, como ocorre na Teoria Acessória, mas de uma relação real, em que o crime, como consequência de uma atividade comum, é um fato único, e por isso, comum a todos e a cada um dos agentes.⁷⁹

7.2 Teoria da Acessoriedade

Esta é a Teoria que o nosso Código Penal adota, conforme artigo 31, aqui a participação é um comportamento acessório, uma conduta auxiliar, da autoria, que é um comportamento principal. Se não tiver autoria, também não haverá participação, ou seja, o induzimento, a instigação e o auxílio não serão punidos.⁸⁰

Ela parte do princípio de que os atos de participação não fazem parte do tipo penal, portanto não são puníveis individualmente, mas somente quando o fato criminoso for punido, tendo este que ser no mínimo praticado de forma tentada.

⁷⁸ Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 411-412.

⁷⁹ Ibid., p. 412.

⁸⁰ Aula lecionada pelo Professor Ivan Carlos de Araújo, dia 13/09/2002.

Conforme Damásio Evangelista de Jesus, há relação com a Teoria da adequação típica, que possui duas formas: “a) adequação típica de subordinação imediata, através da qual o comportamento se amolda ao preceito primário da norma de incriminação de forma direta, sem auxílio de outra disposição”⁸¹, como por exemplo o crime de incitação ao crime, artigo 286 do Código Penal e o crime de bando ou quadrilha, artigo 288 do Código Penal, onde só o fato de associarem-se, com o fim de cometer crimes, configura crime, prescindindo a realização de crimes;

E “b) adequação típica de subordinação mediata, o comportamento não se amolda imediatamente na descrição legal do crime, havendo necessidade de outro dispositivo para o enquadramento”. Sendo o artigo 29 (norma de extensão ou integrativa), que auxiliará na ampliação espacial e pessoal da figura típica, que passa a abranger não só a conduta principal, como qualquer outra, secundária que concorra para a totalização do crime. Como dizia Soler, “a participação amplia o círculo do sujeito imputável, abrangendo ações laterais”. Na participação há condutas típicas e condutas inicialmente atípicas, que se tornam típicas por força da regra do artigo 29 do Código Penal (Parte Geral).⁸²

⁸¹ Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 412

⁸² Ibid., p. 413.

8. ACESSORIEDADE

Existem quatro classes de acessoriedade:

8.1. Mínima

Conforme a Teoria da acessoriedade mínima, basta para a punibilidade da participação que a conduta do partícipe seja acessória a uma conduta típica. No caso, apresentado por Damásio, em que alguém “induzisse outro a agir em legítima defesa, vindo a morrer o agressor, o primeiro responderia por homicídio e o exequente da morte estaria acobertado pela excludente da ilicitude. Isso porque a teoria não exige que o fato principal seja antijurídico”, por isso não a adotamos.⁸³

8.2. Limitada

Imprescindível que o comportamento principal seja típico e antijurídico (fato típico e antijurídico), para servir de base à responsabilidade do partícipe, não se exigindo que o autor principal tenha atuado de forma culpável. Sendo esta teoria que adotamos.⁸⁴ É irrelevante, nesse caso, se o autor é ou não inimputável.

⁸³ Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 414

⁸⁴ Ibid., mesma página.

Segundo José Frederico Marques: “Participar de um fato típico praticado no exercício regular de um direito, ou em estado de necessidade, não constitui ato punível porque a ação principal não é objetivamente ilícita”, agora se o autor principal cometer “erro de proibição e exclusão de punibilidade, por ausência de culpa, não exclui a punibilidade da participante, pois houve ilícito penal na ação principal, embora o preceito secundário da norma não possa ser aplicado ao executor”.⁸⁵

Um caso polêmico lembrado por Hippel, Maurach e Soler, e apresentado por Damásio, seria quando A pretendendo matar B, que se encontrava junto de C, cria uma situação de legítima defesa em favor deste. A provoca uma discussão entre ambos, e quando B, instigado por ele, vai agredir C, este reage em legítima defesa, matando-o. Nesse caso a legítima defesa excluiria a participação de A, pois o fato foi típico, porém jurídico, mas este responderá sim, só que como autor mediato do crime.⁸⁶

8.3. Máxima

Ou também chamada de extrema, requer-se que a conduta principal, ou seja, do autor constitua fato típico, antijurídico e culpável. Porém, se o autor for inimputável ou tenha agido por erro de proibição escusável, não existiria participação, pois aquela conduta não foi culpável.⁸⁷

⁸⁵ José Frederico Marques, Tratado de Direito Penal, p. 404/405.

⁸⁶ Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 415.

⁸⁷ Hippel, Maurach e Soler, Apud., Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 414.

8.4. Hiperaccessoriedade

Já nessa teoria o comportamento principal deve ser típico, antijurídico, culpável, incidindo ainda, sobre o partícipe todas as causas de aumento e diminuição de penas, de caráter pessoal relativas ao autor principal.⁸⁸

⁸⁸ Aula lecionada pelo professor Ivan Carlos de Araújo, dia 13/09/2002

9. REQUISITOS DE CONCURSO DE PESSOAS

Para que exista concurso de pessoas, são necessários os seguintes requisitos:

9.1. Pluralidade de Agentes

Um dos requisitos para haver concurso de pessoas, é a pluralidade de comportamentos, ou seja, é necessário a conduta de dois ou mais agentes, tanto faz se co-autores, realizando os atos de execução (sem os quais não há fato punível) ou partícipes, concorrendo de qualquer modo para o crime de outrem.⁸⁹

No concurso de pessoas, todos os agentes querem contribuir com seus atos para a prática do delito criminoso, mas não fazem de igual forma, nem nas mesmas condições.

Conforme Ester de Figueiredo Ferraz, “Assim, não há concurso de agentes propriamente dito quando, de dois participantes, um é inimputável. Ou quando um dos agentes faz incidir em erro de fato o companheiro, coage-o irresistivelmente, por violência física ou grave ameaça; dá-lhe, no caso de ser seu superior hierárquico, ordem não manifestamente ilegal. Pois em todos esses casos apenas um indivíduo responde pelo crime praticado.”⁹⁰

⁸⁹ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 60.

⁹⁰ Esther de Figueiredo Ferraz, A Co-delinquência no Direito Penal Brasileiro, p. 21.

Segundo Edgard Magalhães Noronha, nem sempre a participação de várias pessoas importar em co-delinquência, como ocorre nos delitos de bando ou quadrilha (delitos coletivos), conspiração, adultério e bigamia (delitos bilaterais ou de encontro). Trata-se de concurso necessário. Nada impede, entretanto, que mesmo em tais casos exista co-participação. Se no adultério, além das pessoas necessárias ao tipo, intervêm terceiro, instigando o crime, será partícipe.⁹¹

A união de agentes, tem sido considerada circunstância que agrava a pena, pois torna mais fácil a praticar o crime, diminui risco dos criminosos, pois eles dividem-se em tarefas, entretanto o delito se torna mais grave e gera multiplicação deste, como nos casos do artigo 146, parágrafo primeiro, do artigo 150, parágrafo primeiro, do artigo 155, parágrafo quarto, inciso IV e do artigo 157, parágrafo segundo, inciso II, todos do Código Penal.⁹²

9.2. Nexo de causalidade

Deve haver uma contribuição de cada agente para ocorrência do crime, com a realização do tipo penal ou de qualquer outro modo, cooperando para realizá-lo e não uma simples manifestação de adesão a prática do crime (como quem aplaude intimamente a ocorrência do crime).⁹³

Segundo Celso Delmanto, “é indispensável que o comportamento do co-autor ou do partícipe deve seja relevante ou eficaz para a ação ou resultado”,

⁹¹ Edgard Magalhães Noronha, Direito Penal, p. 220.

⁹² Ibid., mesma página.

⁹³ Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 419

sob o aspecto causal,⁹⁴ ou seja, deve contribuir para a eclosão do resultado. Deve também, a conduta, provocar o surgir de outra, ou lhe facilitando, propiciando ou possibilitando o seu desenrolar, ou então dirigindo-se no mesmo sentido para incidir sobre idêntico objeto.

Não seria autor quem assume perante o delito uma atitude absolutamente negativa, ou quem não é causa do crime (relevância causal), quem não pratica ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, de acordo com Ester de Figueiredo Ferraz.⁹⁵

Todos os participantes que contribuem para o resultado são penalmente punidos, podem fazê-lo em qualquer fase do *iter criminis*, desde a deliberação até o momento consumativo, sendo impossível após este, o concurso. Podendo sim, caracterizar um crime autônomo.

Conforme José Frederico Marques: “A manifestação de vontade dirigida à perpetração de um delito, só é punível quando provoca a prática de atos materiais que preparem ou realizem a execução do crime”.⁹⁶

9.3. Vínculo Subjetivo

Não apenas a causalidade física é necessária ao concurso de agentes, como também é importante o elemento subjetivo (causalidade psíquica), o vínculo psicológico irmanado, que os agentes tenham um objetivo comum,

⁹⁴ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 60.

⁹⁵ Esther de Figueiredo Ferraz, A Co-delinquência no Direito Penal Brasileiro, p. 24.

⁹⁶ José Frederico Marques, Tratado de Direito Penal, p. 407-408.

havendo ciência de pelo menos um autor aderir à ação do outro. Não o havendo surgirá a autoria colateral, se os dois agentes praticarem a ação com mesmo intuito (por exemplo, matar fulano), sem um saber da intenção do outro.⁹⁷

No vínculo psicológico, segundo Celso Delmanto, “cada concorrente tenha a consciência de contribuir para a atividade delituosa de outrem”, sob pena de haver delitos simultâneos ao invés de um delito praticado em concurso. Seria então a adesão subjetiva à vontade do outro participante, não sendo necessária a prévia combinação entre eles, antes da prática do delito, e sim que uma vontade adira à outra, voluntariamente.⁹⁸

Podendo a adesão subjetiva ser ignorada ou até mesmo recusada por quem a recebe.

Segundo o entendimento jurisprudencial: “Não há participação sem adesão subjetiva de um na conduta do outro” (TACrSP, Julgados 82/155; TJRJ, RT 597/344). “Além do vínculo psicológico, é essencial que o comportamento do co-autor seja relevante e eficaz” (TJPR, RT 647/322). “O conhecimento e a vontade devem sempre coexistir” (TARJ, RF 266/317).⁹⁹

Como um exemplo do Damásio Evangelista de Jesus, uma empregada doméstica, que está com raiva da patroa, sabendo que um ladrão está rondando a casa, deixa a porta aberta, facilitando a realização do furto (não ocorreu acordo prévio e o ladrão desconhecia da ajuda). Desta conclui-se que deve haver elemento subjetivo somente em relação ao partícipe, podendo faltar no autor. Pode

⁹⁷ Edgard Magalhães Noronha, Direito Penal, p. 215.

⁹⁸ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 60

⁹⁹ Ibid., p. 63.

até mesmo haver uma recusa ao auxílio, porém se este existir haverá participação.¹⁰⁰

O liame subjetivo exige a homogeneidade dos elementos subjetivos – normativos entre autor e partícipe. Inadmite-se a heterogeneidade, ou admite elemento subjetivo (dolo), ou elemento normativo (culpa).¹⁰¹ Não havendo essa homogeneidade, não haverá concurso de pessoas e cada agente responde pelo crime a título de culpa ou dolo, porém se o fato for atípico, não ocorrerá crime (como furto culposos).¹⁰²

Todo crime culposos deixa resultado material, por tanto não existe tentativa nesse. Se um agente praticar um crime culposos e outro um crime doloso, não haverá homogeneidade dos elementos, não havendo assim, liame subjetivo, nem concurso de pessoas.¹⁰³

Conforme Damásio Evangelista de Jesus, “não haverá participação dolosa em crime culposos”¹⁰⁴, como por exemplo uma pessoa que instiga dolosamente um chofer a imprimir grande velocidade a seu automóvel, para atropelar um inimigo e se aquele assim faz, ignorando a intenção do passageiro, o atropelamento constitui delito doloso para este e culposos para o chofer. Como também, não haverá co-participação culposa em crime doloso. Se A, supõe estar a arma descarregada, diz a B, para brincar com C, atire contra ele, mas B que deseja matar C e sabe que a arma está carregada, aproveita para levar a cabo seu objetivo,

¹⁰⁰ Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 419/420.

¹⁰¹ Aula lecionada pelo professor Ivan Carlos de Araújo, dia 13/09/2002.

¹⁰² Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 420.

¹⁰³ Aula lecionada pelo professor Ivan Carlos de Araújo, dia 13/09/2002.

¹⁰⁴ Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 420

jogando a culpa em A, não haverá cooperação, A se isenta de pena e B respondera pelo delito, de acordo com Edgard Magalhães Noronha.¹⁰⁵

Se não houver o vínculo subjetivo, não haverá concurso de agentes, embora possa haver autoria colateral, onde todos se comportando para o mesmo fim, mas desconhecendo a conduta alheia, realizam o ato típico¹⁰⁶, se for possível identificar quem consumou o delito primeiro, um responde por tentativa e o outro por consumação. Se não for possível (autoria incerta), os dois agentes respondem por crime tentado, de acordo com o Princípio *in dubio pro reo*, nesse caso se sabe quem realizou a conduta, mas não quem deu causa ao resultado. Não se iguala o caso a autoria desconhecida ou ignorada, quando não sei quem praticou a conduta, arquivando-se o inquérito policial, por falta indícios.

No caso da autoria incerta, se duas pessoas querem invenenar uma terceira, desconhecendo uma a ação da outra, e ambas colocam substância na água que a terceira irá beber, descobre-se depois que uma colocou líquido inócuo, sem saber qual o fez. Nesse caso um dos agentes é inocente, pois cometeu um crime impossível, por absoluta ineficácia do meio.¹⁰⁷

Segundo o entendimento jurisprudencial: “Não se sabendo qual foi o verdadeiro autor do tiro mortal, é lícito atribuir a todos que atiraram a co-autoria” (STF, RTJ 108/569). “Tão-só nos casos de co-autoria colateral é que se pode admitir a autoria incerta” (TJSP, RT 521/343).¹⁰⁸

¹⁰⁵ Edgard Magalhães Noronha, Direito Penal, p. 215-216.

¹⁰⁶ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 60.

¹⁰⁷ Edgard Magalhães Noronha, Direito Penal, p. 222-223.

¹⁰⁸ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 64.

9.4. Identidade de Infração

Este requisito seria mais uma consequência jurídica em face dos outros requisitos, segundo Damásio Evangelista de Jesus. Nele deve haver uma identidade de crime para todos os participantes, ou seja, todos respondem pelo mesmo crime, sendo este único¹⁰⁹. Conforme está expresso, no artigo 31 do Código Penal, exige-se crime tentado ou consumado para que haja participação, e assim presume-se que todos participantes respondem pelo mesmo delito.

De acordo com Damásio Evangelista de Jesus, “o Princípio da unidade do crime, previsto no artigo 29, *caput* segundo o qual havendo participação, todos participantes respondem pelo mesmo crime”, ressaltando as exceções pluralistas.¹¹⁰

Agora se o fato delituoso muda a sua qualificação legal para um dos concorrentes, a desclassificação se opera em relação a todos. É a consequência determinada pelo artigo 30, por meio do qual as elementares se comunicam entre os agentes, sejam de caráter objetivo ou subjetivo (nos crimes próprios), conforme Damásio Evangelista de Jesus.¹¹¹

¹⁰⁹ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 60.

¹¹⁰ Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 422

¹¹¹ Ibid. , p. 423.

10. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA

No parágrafo primeiro, do artigo 29 do Código Penal (antiga atenuante genérica do artigo 48, inciso II), está prevista uma causa especial de diminuição de pena ao partícipe que teve contribuição (moral ou material) de pouca importância no delito. Não sendo de menor importância, não haverá a redução, pois nesse caso, os agentes responderam de acordo com sua culpabilidade.¹¹²

Segundo o entendimento jurisprudencial: “Com a reforma de 1984, a participação de menor relevância deixou de ser mera atenuante para se transformar em causa de diminuição da pena” (STF, RT 685/386). “Se o co-autor não estava presente fisicamente, a pena pode ser diminuída, de acordo com sua culpabilidade” (TACrSP, Julgados 89/282). “Se a participação estava dirigida para os mesmos resultados, não pode ser considerada de menor importância” (TJSP, RJTJSP 108/497).¹¹³

Conforme Júlio Fabrini Mirabete, “a participação de menor importância, só pode ser a colaboração secundária, dispensável, que, embora dentro da causalidade, se não prestada não impedirá a realização do crime”.¹¹⁴ Seria de acordo com o autor uma “redução facultativa da pena, podendo o juiz deixar de aplicá-la”, pois segundo ele, embora o sujeito tenha desnecessário

¹¹² Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 62.

¹¹³ Ibid., p. 65.

¹¹⁴ Júlio Fabrini Mirabete, Manual de Direito Penal – Parte Geral, p. 238.

auxílio, pode ter vontade dirigida em intensidade semelhante aos demais sujeitos.¹¹⁵

Caberá ao juiz apreciar se é de menor importância tal participação, de acordo com os elementos de prova. Verificando que houve participação de menor importância.

Celso Delmanto afirma que, não poderá deixar de reduzir a pena dentro dos limites que a lei permite, pois se trata de direito público subjetivo do acusado. Também a quantidade da diminuição (de um sexto a um terço) terá de ser fixada de forma fundamentada e não ao acaso (CR/88, artigo 93, IX).¹¹⁶

O artigo 29, *caput*, do Código Penal, abrange tanto co-autor quanto partícipe, já seu parágrafo primeiro apenas o partícipe e não o co-autor, não sendo possível haver co-autoria de menor importância.

Se o participante arrependido nos crimes praticados em quadrilha, em concurso de agentes, denunciar seus comparsas, possibilitando seu desmantelamento, o juiz reduzirá obrigatoriamente, de um a dois terços a pena, conforme artigo 8º, parágrafo único, da Lei n. 8.072/90.¹¹⁷

¹¹⁵ Júlio Fabrini Mirabete, Manual de Direito Penal – Parte Geral, p. 238.

¹¹⁶ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 62.

¹¹⁷ Ibid., p. 238

11. PARTICIPAÇÃO DE CRIME MENOS GRAVE

Já o parágrafo segundo, do artigo 29 do Código Penal diz respeito ao agente que pretendia participar de crime menos grave¹¹⁸, prevendo assim, a hipótese de responsabilidade por outro crime e não mais uma atenuante da pena, que correspondia ao antigo parágrafo único, do artigo 48 do Código Penal.

Antigamente, se um criado fornecesse a um ladrão, as chaves da porta de entrada da casa em que trabalhava, para que este aí pratique um furto, e o ladrão praticasse um estupro, responderia o criado pela pena do estupro, porém diminuída, mas sempre acima do mínimo (artigo 48, parágrafo único).¹¹⁹ Este era um caso de responsabilidade objetiva.

Para resolver tal situação, que já era vista como errada, José Frederico Marques, já solucionava-a, interpretando o artigo 48 com o artigo 13 do Código Penal, pois se o evento não se insere no desdobramento causal da atividade do executor, haverá inexistência de responsabilidade do participante.¹²⁰

Com o parágrafo segundo, do artigo 29, amenizou-se a Teoria Monista, sendo cada partícipe punido de acordo com sua culpabilidade individual e elemento subjetivo do crime, independente dos outros, como se verifica no caput, do artigo 29 do Código Penal. Se o agente desejava praticar delito menos grave do que o praticado por outro agente, irá responder pelo que quis, de acordo com a sua culpabilidade, porém se era previsível resultado mais grave, mas este não o aceita,

¹¹⁸ Paulo José da Costa Júnior, *Direito Penal Objetivo*, p. 78.

¹¹⁹ José Frederico Marques, *Tratado de Direito Penal*, pg. 427.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 427-428.

a pena do crime que desejou é aumentada até a metade. Agora se o agente o prevê, e aceita, responde como partícipe do crime.¹²¹

Vejamos outros exemplos, uma pessoa instiga outra a furtar uma casa, pois os moradores estão viajando, no momento do crime o autor se depara com o morador e o mata, este responderá por latrocínio e o partícipe responderá pelo furto, sem aumento de pena, visto o resultado morte não ser previsível.¹²² Também, se duas pessoas combinam um furto na casa da vítima, um penetra na casa, enquanto o outro fica de espreita, estupra e mata a filha da vítima, não irá responder o outro por esses crimes. Nesse caso observamos exceções pluralísticas, da Teoria Monísta.

Segundo Celso Delmanto, no caso de alguém contratar outrem para surrar seu inimigo, mas o contratado se excede e mata a vítima, o partícipe que determina a surra poderá responder pelo homicídio (dolo eventual, se é previsto e aceito o resultado morte), ou lesão corporal, com a pena aumentada (se a consequência letal era previsível) ou lesão corporal sem aumento (se não podia prever o resultado morte, no caso do executor ter usado uma arma).¹²³

Para Celso Delmanto, embora o tipo penal use a expressão “participar”, a usou em sentido amplo, querendo abranger tanto co-autores quanto partícipes. Pois co-autoria pressupõe vínculo subjetivo (unidade de desígnios na execução do crime), como no caso em que dois agentes, desarmados, entram numa casa para furtá-la, pensando que não há moradores, mas um agente é surpreendido por um morador na cozinha e o mata com uma faca, o outro estava no andar de

¹²¹ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 62.

¹²² Ibid., mesma página.

¹²³ Ibid., mesma página.

cima, não podendo prever, nem evitar a conduta do agente, respondendo por furto qualificado pelo concurso de pessoas e o primeiro por latrocínio. Cada um teve um dolo diferente.¹²⁴

O autor explica seu entendimento, afirmando que durante o *iter criminis*, parte dos atos foram desejados e praticados por ambos, como entrar na casa e furtá-la, porém a morte foi desejada e realizada unicamente por um deles.

Segundo o entendimento jurisprudencial: Embora não se consistente que, em regra, o parágrafo segundo alcança apenas o partícipe, deve ele incidir sem restrições nos delitos qualificados pelo resultado, quando patente que o evento mais grave foi informado por dolo direto e este só estava presente na conduta daquele que o produziu (TJSP, rel. Des. Dante Busana, RJTJSP 127/314).¹²⁵

¹²⁴ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 63.

¹²⁵ Ibid., p. 65.

12. CONCURSO EM CRIMES CULPOSOS

Todo crime material exige resultado e se o crime é culposos, deverá ter resultado, não existindo assim tentativa. Nesses crimes também não é possível haver participação, mas a co-autoria é possível, porque conforme o artigo 13 do Código Penal, todo agente que contribuir para o crime dará causa ao resultado.¹²⁶ Como por exemplo, o co-piloto que fala para o piloto correr mais e esse corre e mata um pedestre sem querer, os dois seriam co-autores, pois foram imprudentes.

Os participantes, não querem o resultado, nem o prevêm, mas desejam a ação de que proveio o evento. Conforme Nelson Hungria, ocorrerá co-autoria em crime culposos, se o resultado, “embora previsível, não é previsto ou, se previsto, não é ratificado”¹²⁷

Segundo o entendimento jurisprudencial: “Pode haver co-autoria, mas não participação” (STF, RTJ 120/1136, 113/517, RT 613/410; TACrSP, RT 608/329; TJSC, RF 257/311). “Para a co-autoria é imprescindível a cooperação consciente de alguém na imprudência ou negligência de outrem” (TACrSP, RJDTACr 19/81).¹²⁸

Conforme José Frederico Marques, nos crimes culposos, quem presta auxílio ou instiga outro de descumprir o dever de cuidado, está também

¹²⁶ Aula lecionada pelo professor Ivan Carlos de Araújo, dia 20/09/2002.

¹²⁷ Nelson Hungria, Apud, José Frederico Marques, Tratado de Direito Penal, p. 409.

¹²⁸ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 64.

infringindo o mesmo dever de forma imprudente, negligente ou imperita, de modo que é co-autor e não partícipe.¹²⁹

Quando houver culpa (falta de dever de cautela), segundo Celso Delmanto, “não se cogita da cooperação no resultado, mas sim na causa”, então os que colaboraram com esta serão co-autores e não partícipes.¹³⁰ Como no caso de entregar um automóvel a pessoa não habilitada, que não sabe dirigir, viola sério dever de cuidado, responde penalmente pelo evento que o motorista venha a produzir por culpa, como co-autor.¹³¹

Tendo o tipo aberto, não se descreve a conduta principal, pois sua definição é generalizada, mas somente uma previsão genérica (“se o crime é culposos ...”), não se fala assim, em participação, que é acessória.¹³² Engloba-se tudo que é agir com imprudência, negligência e imperícia (em suma falta do dever de cautela).

Já Esther de Figueiredo Ferraz, afirma que o concurso de agentes *propriamente dito* não é possível no crime culposos, pois o concurso pressupõe não apenas a *consciência* de estar concorrendo à ação de outrem, mas também vontade de contribuir com sua própria conduta para que se realize o evento criminoso.¹³³

Segundo Paulo José da Costa Junior, admite-se co-participação em crime culposos, como no caso em que “dois operários lançam imprudentemente, do

¹²⁹ José Frederico Marques, Tratado de Direito Penal, p. 409-410.

¹³⁰ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 60.

¹³¹ Júlio Fabrini Mirabete, Manual de Direito Penal – Parte Geral, p. 235.

¹³² Fernando Capez, Curso de Direito Penal- Parte Geral, p. 297-298.

¹³³ Esther de Figueiredo Ferraz, A Co-delinquência no Direito Penal Brasileiro, p. 27.

prédio em obras à calçada, a tábua da construção, ferindo pedestre”.¹³⁴ Ou “duas pessoas que preparam uma fogueira, causando por negligência um incêndio”.

Conforme Edgard Magalhães Noronha, admite-se o concurso, pois “existe neste vontade na ação causal e previsibilidade do evento”.¹³⁵

O jurista Paulo José da Costa Júnior, admite a co-participação em crime culposos, por ser dispensável o concerto prévio.¹³⁶ E o ilustre Damásio Evangelista de Jesus, admite concurso de pessoas nos crimes culposos, mais exatamente co-autoria e não participação.

Fernando Capez, argumenta que existe uma posição, na qual poderia existir participação nos crimes culposos, pois nestes seria “possível definir a conduta principal, matar alguém culposamente”, e a “conduta acessória, auxiliar, instigar e induzir alguém à conduta culposa”.¹³⁷

Em uma hipótese de colisão entre dois carros, não há co-autoria entre os dois condutores, pois um não colabora com o outro, mas sim uma concorrência de culpas ou causas.¹³⁸

¹³⁴ Paulo José da Costa Júnior, Direito Penal – Curso Completo, p. 113.

¹³⁵ Edgard Magalhães Noronha, Direito Penal, p. 216.

¹³⁶ Paulo José da Costa Júnior, Direito Penal Objetivo, p. 77.

¹³⁷ Fernando Capez, Curso de Direito Penal- Parte Geral, p. 298.

¹³⁸ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 60.

13. CONCURSO EM CRIMES OMISSIVOS

Neste caso haverá co-participação omissiva, quando a omissão for causa do delito, como o caso do artigo 269 do Código Penal (omissão de notificação de doença), pode haver alguém que instigue ou determine que outro mantenha esta conduta criminosa, haverá comissão por parte de quem instiga o comparsa.¹³⁹ Ou no caso do agente que instiga outrem a não efetuar o pagamento de sua prestação alimentícia, responderá pelo crime de abandono material (artigo 244 do Código Penal).

Poderá também, ocorrer o concurso de pessoas por meio de omissão, quando a pessoa tem o dever jurídico de evitar o evento (conduta omissiva é causal, conforme artigo 13 do Código Penal). Não havendo o dever, não existirá concurso. Hungria exemplifica um caso em que “um banhista que vê alguém atirar as ondas um bebê e por indiferença não intervêm”. E no caso, “do soldado que assiste, por covardia a um assalto sem tomar qualquer providência, incorrendo, dessarte, em falta disciplinar” e não por participação, pois é necessário o vínculo psicológico.¹⁴⁰

Quando o sujeito não tem o dever jurídico de agir e omite voluntariamente o fato impeditivo da execução do crime ou informação à autoridade pública, ocorre a conivência ou participação negativa, que pode caracterizar ou não, infração penal autônoma, mas nunca uma participação na

¹³⁹ Edgard Magalhaes Noronha, Direito Penal, p. 217

¹⁴⁰ Ibid., mesma página.

conduta principal (sem nexos causal e vínculo psicológico), conforme Fernando Capez.¹⁴¹

Segundo Celso Delmanto, em um crime omissivo próprio, se duas pessoas possuem o dever jurídico de não se omitir, e se omitem, serão ambas igualmente autoras do delito e não co-autoras ou se cometerem ambas instigadoras do crime de omissão de socorro, haverá participação, e no crime omissivo impróprio, poderá haver partícipe, quando este possui o dever jurídico de não se omitir, mas adere ao dolo do agente e também omite, porém se não tiver tal dever não será partícipe da omissão.¹⁴²

Haverá também, participação por omissão em crime comissivo, segundo Júlio Fabrini Mirabete. Quando por exemplo um empregado deixa a porta aberta do estabelecimento, para que um terceiro pratique uma subtração, haverá participação em decorrência do não-cumprimento do dever jurídico de impedir a subtração.¹⁴³

Sempre será indispensável que exista o elemento subjetivo (dolo ou culpa) e que a omissão seja causa do resultado (podendo agir, não agiu), não se exige que o omitente queira o resultado, o dolo seria de não impedir o resultado.¹⁴⁴

A pessoa que exerce função pública tem o dever jurídico de não se omitir, se não comunicar o crime a autoridade competente, incide na contravenção

¹⁴¹ Fernando Capez, Curso de Direito Penal- Parte Geral, p. 300.

¹⁴² Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 60.

¹⁴³ Júlio Fabrini Mirabete, Manual de Direito Penal – Parte Geral, p. 234.

¹⁴⁴ Ibid., mesma página.

penal prevista no artigo 66, inciso I (omissão de comunicação de crime), da Decreto-Lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).¹⁴⁵

Segundo o entendimento jurisprudencial: “O simples acompanhamento não é punível, inexistindo co-autoria por omissão sem que haja o dever jurídico de impedir o resultado” (TACrSP, RT 620/317, Julgados 85/425, mv – 67/39).¹⁴⁶

¹⁴⁵ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 60.

¹⁴⁶ Ibid., p. 65.

14. CIRCUNSTÂNCIAS INCOMUNICÁVEIS

A palavra circunstância, significa dado ou fato que está ao redor do crime (*de circum stat*). Não integra ao tipo tal elemento, sua falta não exclui a figura penal, não é essencial, é acessória e accidental, influe sobre a pena para, atenuá-la ou aumentá-la, como por exemplo um furto noturno, que se fosse praticado de dia, continuaria a ser um furto, porém sem a causa de aumento de pena. .¹⁴⁷

Conforme Paulo José da Costa Júnior, “o crime poderá apresentar despido de circunstâncias, poderá também surgir circundado por uma constelação de elementos acessórios que, sem alterar seu aspecto qualitativo, intensifica ou abranda sua quantidade”.¹⁴⁸

O Código Penal, também difere condições de circunstâncias pessoais. As condições se referem às relações do agente com a vida exterior, com outros seres e com as coisas (menoridade, reincidência,..), e pode indicar um estado (civil, parentesco, profissão, emprego..), já as circunstâncias ficam ao redor do crime, não interferem na consumação, mas na pena sim. Exemplos: ser aluno, homem, professor, funcionário Público, jovem, criança, magro e outras.¹⁴⁹

De acordo com o artigo 30 do Código Penal, as circunstâncias e condições de caráter pessoal não se comunicam (1ª parte – regra), salvo quando

¹⁴⁷ Paulo José da Costa Júnior, Direito Penal Objetivo, p. 78.

¹⁴⁸ Ibid., mesma página.

¹⁴⁹ Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal – Parte Geral, p. 435.

estas forem elementares do tipo (2ª parte – exceção).¹⁵⁰ No último caso engloba-se tanto, as circunstâncias que majoram ou diminuem a pena, como as elementares do crime, que modificam, isentam ou extinguem a punibilidade. Essas circunstâncias (inerentes a pessoa), não se equívalem as circunstâncias reais ou objetivas (veneno, fogo, explosivo), que se referem a ação material ou física do delito.¹⁵¹

A comunicabilidade das condições de caráter pessoal quando elementares do crime, foram acrescentadas com a reforma penal de 1984.

As condições pessoais, são situações, estados, qualidades, funções e outros dados do agente, que podem residir nos parágrafos (tipos derivados) E os elementos do crime, são dados ou fatos, mas que compõem a própria descrição do fato típico e cuja ausência exclui ou altera o crime, que podem ser encontrados no *caput* do tipo penal, de acordo com Celso Delmanto.¹⁵²

Conforme Paulo José da Costa Júnior, essas circunstâncias de caráter pessoal, podem estar relacionadas a qualidade ou condição pessoal do réu (imputabilidade, parentesco), relações com a vítima (parentesco, relações domésticas ou de coabitação) e aos motivos determinantes do crime, podendo ainda serem intencionais, quanto a intensidade de dolo e culpa.¹⁵³

Por exemplo, Tício rouba a carteira de seu pai, sendo que Mévio o incentivou a isso, pois os dois não tinham dinheiro e também não trabalhavam. Tício por ser filho da vítima, não sofre pena, conforme o artigo 181, inciso II do

¹⁵⁰ Aula lecionada pelo professor Ivan Carlos de Araújo, dia 13/09/2002.

¹⁵¹ Edgard Magalhães Noronha, Direito Penal, p. 272.

¹⁵² Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 66.

¹⁵³ Paulo José da Costa Júnior, Direito Penal Objetivo, p. 78.

Código Penal. Já Mévio que é partícipe, será punido pelo artigo 155 e artigo 29 do Código Penal, porque o fato de Tício ser filho da vítima é uma circunstância pessoal que não se comunica (cada sujeito responde de acordo com sua circunstância), pois não é elementar do tipo, não integra o crime.¹⁵⁴

Como também, no caso de um pai desesperado, que contrata um pistoleiro para matar um marginal que estuprou e matou sua filha. A promessa de recompensa é uma circunstância pessoal, pois é o motivo do crime, algo ligado ao agente e não ao fato, sendo assim incommunicável, respondendo o executor por crime qualificado e o pai por homicídio privilegiado.¹⁵⁵

Agora, se a circunstância pessoal for elementar do crime, ela se comunicará, como por exemplo, Mévio é um funcionário público e se apropria de dinheiro público, mas foi influenciado por Tício, que portanto será partícipe do crime de peculato e será punido pelo artigo 312 do Código Penal, juntamente com Mévio. Porém, Tício deve saber que Mévio é funcionário público.

Segundo Júlio Fabrini Mirabete, não sabendo os participantes que o autor é funcionário público e sendo o crime funcional próprio (prevaricação, corrupção passiva,...), não respondem por qualquer ilícito; se for crime funcional impróprio (peculato, violência arbitrária,...), devem ser responsabilizados pelo crime menos grave.¹⁵⁶

Segundo o entendimento jurisprudencial: “Nos crimes funcionais, a condição de servidor público do autor não se comunica ao co-partícipe não-

¹⁵⁴ Aula lecionada pelo professor Ivan Carlos de Araújo, dia 13/09/2002.

¹⁵⁵ Fernando Capez, Curso de Direito Penal- Parte Geral, p. 311.

¹⁵⁶ Júlio Fabrini Mirabete, Manual de Direito Penal – Parte Geral, p. 231.

funcionário, se este desconhecia a condição daquele” (TJSC, RT 536/360).¹⁵⁷ Responderá o funcionário público por crime funcional e o outro sujeito, por furto comum, conforme o artigo 29, parágrafo segundo, pois este queria participar de crime menos grave.

No caso do crime de infanticídio, há três posições na doutrina a respeito da responsabilidade do terceiro que com a mãe pratica o crime:

Na primeira posição, a qual é majoritária, o terceiro responderá por infanticídio junto com a mãe, pois a circunstância pessoal de ser mãe por ser elementar do crime se comunicaria ao terceiro, que também participasse do delito, tendo assim uma co-autoria no crime. Nesse caso, não precisaria de uma norma de ligação (artigo 29 do Código Penal), pois elas se enquadram no tipo, com ajuda do artigo 30 do Código Penal;

A Segunda posição é híbrida, no primeiro pensamento se o terceiro não participar de ato de execução e a mãe for autora (matar), os dois responderão pelo artigo 123 do Código Penal, porque o artigo 29 (regra de extensão ou norma integrativa) é uma norma complementar que autoriza a ampliação da norma incriminadora, que faz com que a parteira com o tipo extensor, também responda pelo delito de infanticídio, já que esta participou do crime. E deve essa parteira conhecer das circunstâncias elementares do crime, para que estes se comuniquem, não conhecendo responderá por homicídio;

Já no segundo pensamento, dessa mesma posição, se o terceiro participar dos atos de execução do delito, responderá por homicídio, sendo o autor

¹⁵⁷ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 66.

da conduta prevista no artigo 121 do Código Penal, inexistindo correspondência entre sua ação e os elementos definidores do infanticídio, e a mãe responderá por infanticídio, pois não seria correto ser partícipe do crime de homicídio e

A terceira posição é minoritária, onde o terceiro responderá por homicídio e a mãe por infanticídio, tendo como fundamento que, o crime de infanticídio além de ser um crime próprio (só pode ser praticado pelo sujeito ativo do artigo 123 do Código Penal), é personalíssimo.¹⁵⁸

Paulo José da Costa Júnior, difere as circunstâncias pessoais das personalíssimas, quanto a comunicabilidade. Admite que as personalíssimas, importam privilégio em favor da pessoa a que concernem, seria o caso da pessoa que ajudasse a mãe a praticar o delito de infanticídio, este não viria a beneficiar-se do privilégio, que é só da mãe.¹⁵⁹

Neste último caso, Nelson Hungria dizia que o estado puerperal é personalíssimo e incommunicável e que “a mulher contém um privilégio que só a mulher aproveita”.¹⁶⁰ Seria um contraditório, uma vez que fere a unidade de crime do concurso de pessoas, e também, não há circunstância personalíssima que mereça tratamento diferenciado na aplicação do artigo 30, pois este só conhece circunstâncias de caráter pessoal.¹⁶¹

¹⁵⁸ Aula lecionada pelo professor Pedro Franco de Campo, dia 16/04/2003.

¹⁵⁹ Paulo José da Costa Júnior, Comentários ao Código Penal, p. 136.

¹⁶⁰ Nelson Hungria, Paulo José da Costa Júnior, Comentários ao Código Penal, p. 136.

¹⁶¹ José Frederico Marques, Tratado de Direito Penal, p. 410.

As causas pessoais de exclusão de pena (imunidades diplomáticas ou judiciárias, as escusas absolutórias,..) ou algumas espécies de causas de extinção da punibilidade (indulto, retratação,...), não se comunicam.¹⁶²

De acordo com Paulo José da Costa Júnior, as circunstâncias reais ou objetivas, sempre se comunicam. Relacionam-se com o fato criminoso, em sua materialidade. Poderão ser de natureza instrumental, quando disserem respeito aos meios empregados; materiais, quando concernentes ao objeto de delito; de natureza temporal ou espacial; conseqüências, quando relativas ao dano ou perigo que se segue ao crime; pessoais, quando concernentes às condições ou qualidades pessoais da vítima ou poderão ainda relacionar-se com o modo de execução do delito.¹⁶³

Deverão as circunstâncias ou condições serem conhecidas do agente, para que se comuniquem, por exemplo o autor intelectual do fato não tinha conhecimento que o executor iria estuprar a vítima, antes de matar-lhe, não responderá pela qualificadora.¹⁶⁴

¹⁶² Júlio Fabrini Mirabete, Manual de Direito Penal – Parte geral, p. 240.

¹⁶³ Paulo José da Costa Júnior, Direito Penal Objetivo, p.78.

¹⁶⁴ Ibid., mesma página.

15. CASOS DE IMPUNIBILIDADE

Nesse caso, quando o crime não chega a esfera da tentativa, não se pune o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio (participação moral e material), conforme o artigo 31 do Código Penal que corresponde ao antigo artigo 27 do referido estatuto.¹⁶⁵

Segundo o entendimento jurisprudencial: “Há co-autoria se os agentes da conduta posterior à consumação do crime, antes dela, já haviam acertado com os autores do fato típico a cooperação póstuma, essencial à obtenção de proveito por todos visados” (STF, HC 72.315, DJU 26.6.95, P. 15159).¹⁶⁶ Aplica-se da mesma forma ao partícipe.

O ajuste é o acordo prévio entre os agentes, o *pactum sceleris* e conforme José Frederico Marques, “se o acordo é posterior à execução do delito, não há ajuste. Mas pode surgir participação moral por instigação, quando se promete ajuda material e moral após o delito.”¹⁶⁷

A determinação e a instigação são modos de participação moral, sendo a primeira quando o partícipe cria um propósito criminoso inexistente na cabeça do executor e a segunda, quando essa idéia já existe na cabeça do executor, porém o partícipe a reforça, estimula. O auxílio é participação material, onde se ajuda materialmente o executor, na preparação ou na execução do crime.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Edgard Magalhães Noronha, Direito Penal, p. 222.

¹⁶⁶ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 65.

¹⁶⁷ José Frederico Marques, Tratado de Direito Penal, p. 415.

¹⁶⁸ Paulo José da Costa Júnior, Direito Penal Objetivo, p. 78

O antigo artigo 27 do Código Penal, previa os mesmos casos de impunidade, porém com uma distinta diferença, ele estabelecia a aplicação de medida de segurança se o agente demonstrasse periculosidade (liberdade vigiada), porém a reforma penal aboliu totalmente tal aplicação de medida,¹⁶⁹ nos casos em que o delito sequer chegasse a ser tentado, não tendo assim, participação.

Não há forma tentada de participação, pois segundo Carrara, “entre o conceito de participação e tentativa, há repugnância ontológica”.¹⁷⁰

No próprio artigo 31 do mesmo Estatuto Repressor, faz-se uma ressalva de casos em que não haverá impunibilidade, quando houver disposição expressa em contrário. Nestes somente a participação constitui delito, e não há incidência no artigo 31, como as hipóteses do artigo 122 (induzimento, instigação ou auxílio a suicídio), do artigo 227 (mediação para servir a lascívia de outrem), do artigo 228 (favorecimento da prostituição), do artigo 248 (induzimento a fuga), do artigo 286 (incitação ao crime) e o artigo 288 (quadrilha ou bando), do artigo 291 (petrechos para falsificação de moeda), todos do Código Penal.¹⁷¹

Nelson Hungria, previa três hipóteses:

“a) caso de impunidade, o sujeito não dá início à execução do delito projetado; ou então, como partícipe, vem a impedir que a execução principie;

¹⁶⁹ Paulo José da Costa Júnior, *Direito Penal Objetivo*, p. 78.

¹⁷⁰ Carrara, *Apud*, José Frederico Marques, *Tratado de Direito Penal*, p. 420.

¹⁷¹ Paulo José da Costa Júnior, *Comentários ao Código Penal*, p. 137.

- b) desistência voluntária e arrependimento eficaz – configuram-se tais hipóteses quando o executor, após o início da execução, desiste em meio ao *iter criminis*, ou impede que o evento se produza; ou quando o partícipe consegue evitar que seja atingida a *meta optada* pelo executor direto;
- c) inexistência de isenção – quando o partícipe desiste ou arrepende, mas resulta inútil seu esforço para impedir o prosseguimento da execução ou a consumação”.¹⁷²

Na segunda hipóteses, não há fato típico e inexistente tentativa. Neste último caso, poderá o partícipe, se beneficiar da redução de pena prevista no parágrafo primeiro do artigo 29 do Código Penal¹⁷³, pois o partícipe não pode ser o causador do resultado, pois no artigo 13, parágrafo segundo, alínea c, aquele que com seu comportamento criou o risco da ocorrência do resultado, tem o dever de agir, dentro do possível, para impedir o resultado, e não que consiga realmente evitá-lo.¹⁷⁴

Segundo o entendimento jurisprudencial: “Ocorrendo desistência voluntária na fase dos atos preparatórios, não haverá co-autoria por falta de vínculo psicológico” (TAMG, RT 640/338).¹⁷⁵

¹⁷² Paulo José da Costa Júnior, Comentários ao Código Penal, p. 137.

¹⁷³ Ibid., mesma página.

¹⁷⁴ Júlio Fabrini Mirabete, Manual de Direito Penal – Parte Geral, p. 241.

¹⁷⁵ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, p. 63.

CONCLUSÃO

Em suma, podemos concluir que de acordo com nosso direito atual considera-se como concurso de pessoas, quando duas ou mais pessoas, mediante condutas, concorrem para a prática de um mesmo ilícito penal. Porém, nem sempre foi a denominação “Concurso de pessoas” adotada pelo Código Penal, na antiga Parte Geral do Código Penal, constava a expressão, “Co-autoria”, mas essa não era tão abrangente como a atual, que engloba co-autores e partícipes.

Os participantes podem realizar condutas típicas descritas no dispositivo penal, como o autor e o co-autor, só que no último, as condutas não precisam ser idênticas, podendo haver uma distribuição de atividades entre eles. Já os partícipes não realizam condutas típicas, mas contribuem de qualquer forma para realização do delito, mediante instigação, induzimento e auxílio material. Como as condutas dos partícipes não são típicas, só serão punidas, graças uma norma de extensão que autoriza a ampliação da norma incriminadora, fazendo com que o partícipe responda pelo delito tipificado.

A natureza jurídica do concurso de pessoas, é de muita importância, pois chegamos a conclusão que neste há somente um crime. Todos os participantes contribuem para formação daquele, portanto ele será resultado da conduta de todos (causas), conforme a Teoria Monista. Há também exceções pluralistas, onde há, um delito do autor e outro delito do partícipe (bigamia, falso testemunho, corrupção ativa e aborto). Portanto, o agente deve aderir voluntariamente (vínculo psicológico), a vontade do outro agente, contribuir para a ocorrência da prática de um único crime.

Problemas como do autor mediato foram resolvidos com a Teoria do Domínio do Fato, pois aquele não realiza a conduta descrita no tipo penal, mas no entanto possui o domínio finalístico sobre o fato, sua prática e interrupção.

Reza o artigo 31 do Código Penal, que a participação não será punida se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado, devendo este ser um fato típico, antijurídico e imprescindível que seja de forma culpável a atuação, segundo a Teoria da Acessoriedade Limitada.

Como também, pode um participante desejar praticar crime menos grave do seu comparsa, sendo punido de acordo com a culpabilidade, como por exemplo, dois agentes penetram numa casa para roubar, um deles estupra e mata uma moradora da casa, e o outro na andar de cima, não podia prever, nem evitar tal conduta.

Através dessa breve demonstração, tivemos o objetivo de evidenciar que o concurso de pessoas é um tema que deve ser estudado mais a fundo, devido as mudanças ocorridas com a atual reforma de 1984 e a sua importância para solucionarmos os diversos casos concretos, que são muito mais comuns nos dias atuais.

BIBLIOGRAFIA

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 5^a ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

DELMANTO, Celso C. (Org.). *Código Penal Comentado*. 6^a ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FERRAZ, Ester de Figueiredo. *A Co-delinquência no Direito Penal Brasileiro*. 1^a ed., São Paulo: Bushatsky, 1976.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal – Parte Geral*, 23^a ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

JUNIOR, Paulo José da Costa. *Direito Penal – Curso Completo*, 8^a ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

JUNIOR, Paulo José da Costa. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, 8^a ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

JUNIOR, Paulo José da Costa. *Comentários ao Código Penal*, 7^a ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

JUNIOR, Paulo José da Costa. *Direito Penal Objetivo- Comentários atualizados ao Código Penal*, 3^a ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 1ª ed., Campinas: Bookseller, 1997.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2002

NASCIMENTO, José Flávio Braga. *Concurso de Pessoas*, 1ª ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal- vol. 1*, 35ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual da Monografia Jurídica*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.