

A Questão da Co-Autoria e da Cumplicidade

ODIN INDIANO

O PROBLEMA deve ser estudado *de lege lata*, diante do nosso Código e em face das teorias e doutrinas que buscam resolvê-lo, disputando lugar nos sistemas positivos.

Primeiramente, cumpre deixar clara a posição do nosso Código Penal nessa matéria. Acha-se ela disciplinada pelo art. 25, que é complementado, em alguma de suas aplicações, pelos arts. 26 e 27.

Estabelece o art. 25: "Quem, de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a êste cominadas". Temos aí o instituto da co-autoria ou da cumplicidade de *lato sensu* ou do correato, como dizia ALCÂNTARA MACHADO em bom português, tal como consagrado em nosso diploma repressivo — é a teoria monística da co-delinquência, isto é, no *concursus plurem ad idem delictum*.

Diz, nesse sentido, a Exposição de Motivos: o crime é sempre único e indivisível, com unidade conseqüente de autoria e de participação. Crime incidível pelo prisma jurídico e material. Essa teoria resulta por inferência lógica do disposto no art. 11 do Código Penal, que insculpe no tocante à relação de causalidade a equivalência das condições. Se todos os antecedentes ou condições, precipitadas pelo comportamento são igualmente eficazes, qualquer condição, por menor que seja, representada pela participação embora secundária de quem não seja executor material é eficaz para a produção do evento, e êsse participante é também autor, melhor dizendo, co-autor.

(Breve explicação)

E imprópria a expressão co-partícipe, embora se veja em MENDES PIMENTEL, NELSON HUNGRIA e outros. O termo

técnico e vernáculo é simplesmente partícipe derivado do latim e constante no Direito Romano — *particeps*.

As outras teorias que se têm preconizado para resolver o problema são as seguintes:

Primeiramente, a teoria tradicional da maioria dos códigos penais em vigor desde o código francês de 1810 e contextualizada pelos nossos códigos de 1810 e 1830.

É a teoria que distingue autores ou co-autores materiais ou mesmo intelectuais e cúmplices.

(Explicar a teoria).

A responsabilidade do cúmplice é menor do que a do autor ou autores principais porque entra êle com uma parcela menor na prática do delito.

Para fixar-se a noção de cúmplice duas concepções foram apresentadas: subjetivista e objetivista.

(Explicar a subjetivista)

BIRKMEYER aceita esta concepção e a defende na reforma do Código Alemão de 1870.

Como dizem MENDES PIMENTEL e COSTA E SILVA êsse entendimento (*animus auctoris auxiliator simplex* ou *animus socii*) não satisfaz quer na prática quer cientificamente.

A outra concepção é objetivista, que remonta à FEURBACH a qual distingue entre causa e condição. O autor entra com a causa e o cúmplice com a condição.

É claro que em um sistema que não adote na matéria de relação causal a teoria da condicionalidade ou *conditio sine qua non* como o nosso código, poderá admitir-se a distinção proposta para o efeito de extremar o autor e o cúmplice.

Inaceitável, por isso mesmo diante do nosso Código, mesmo porque em face de um resultado não se pode determinar a parcela de influência das condições, em separado da pura causa.

(Uma observação)

Na idade média, a teoria tradicional foi cultivada com largueza. Os práticos distinguiram entre cumplicidade *ante factum*, *in factum* e *post factum*, incluindo nesta a receptação e o favorecimento. Nosso Código de 90, apesar do modelo do código Zanardelli de 1889, reproduziu essa velharia,

dando a receptação como forma de cumplicidade no furto, e considerando como cúmplice o favorecedor.

Não se compreende cumplicidade na prática de um crime depois que êle se exauriu. Bem andou o Código atual em fazer da receptação e do favorecimento crimes autônomos, respectivamente, contra o patrimônio e a administração da justiça.

Duas outras teorias ainda são de mencionar no tema. A pluralística sustentada por GEZT em 1902, e exposta pelo penalista ROUX. É o princípio Romano, em última análise embora com algumas modificações. Acompanharam, alterando a tese em alguns pontos FOIHITZKI para quem os partícipes respondem pelo crime *sui generis* da participação, e NICOLADONI para o qual há dois crimes: o em que atuaram e o de participação. Também MASSARI adota a concepção pluralística, em sua obra monumental *Dottrine Generali del Diritto Penale*.

Finalmente, a teoria dualística sustentada por MANZINI.

Uma vez que falámos em participação no Direito Romano, cumpre acentuar o princípio vigorante de que na participação haveria tantos crimes e autores respectivos quantos fôssem os partícipes na ação desenvolvida: *tot delicta quot delinquentes*. Quer dizer, considerava-se existirem *plura facta*.

Cada um responde como autor de um fato próprio. Qual assinalam FERRINI, MOMMSEM e ISOLDI, na época do cristianismo mórmente, o princípio se atenuou para distinguir entre autores e cúmplices.

Dada esta explicação preliminar, passemos ao estudo de hipóteses que se podem verificar diante da norma contida no art. 25 pré-mencionado.

I — A cooperação pode ser de somenos importância. Segundo o mestre BANDEIRA DE MELO, na prática se torna impossível suprimir a noção de cumplicidade, mesmo na teoria da equivalência, quer dizer na aplicação dessa teoria, consignada no art. 25 do Código Penal, porque, não raro, a participação é mínima e o próprio juiz se vê inclinado a reconhecer nesse partícipe um simples cúmplice.

Entretanto, o tratamento dêsse indivíduo, de acôrdo com o nosso Código, é de co-autor, cabendo ao juiz reconhecer a seu favor a circunstância do art. 48, inciso II do Código Penal. Minora-lhe a pena entre o mínimo e o máximo cometidos para o crime cometido.

II — Tem-se distinguido entre participação principal, accessória ou secundária entre a *societas criminis* e a *societas in crimine*. Segundo a Exposição de Motivos, essas diferenças estão repudiadas pelo nosso Código.

Na *societas criminis*, por exemplo, teríamos a participação de autores principais a executar materialmente o crime, ou mesmo ter na execução uma autoria ou co-autoria intelectual. Na *societas in crimine* participam dela autores e cúmplices.

Ante o nosso Código todos são co-autores, com participação maior ou menor, mesmo incluídos participantes morais.

III — Participação em crime culposo.

Para GALDINO SIQUEIRA, a hipótese equipara-se à da co-autoria colateral, defendida por LISZT. É o caso de várias pessoas que cooperam no transporte de uma trave, atirando-a na via pública e atingindo um pedestre. Teoricamente, é impossível a co-autoria ou participação no crime culposo, desde que a participação implica conjunção de vontades. Nesse caso inexistente essa cooperação para o evento final, que ninguém desejava. Entretanto, em face do Código é admissível tal participação, conforme acentua a Exposição de Motivos.

IV — Participação dolosa em crime culposo, ou culposa em crime doloso. Há mister consciência da participação que postula a unicidade do elemento subjetivo.

Na hipótese de participação culposa em crime doloso ressalva, desde logo, a impossibilidade. Como dizer-se que a empregada que esqueceu a porta da residência aberta seja partícipe de furto por acaso praticado? Onde a cooperação conciente?

O crime doloso superveniente resta, absolutamente, fora da consciência do criado descuidado. Trata-se de causa independente superveniente que rompe o liame causal entre os dois fatos. Se houve um crime culposo e um outro posterior doloso desligado ao primeiro por qualquer circunstância, também de co-autoria não se poderá falar.

Insista-se que é indispensável a conjugação de vontades. E não há vontade sem escôpo.

V — Vejamos as formas de participação que podem ocorrer sem ofensa ao princípio estabelecido pelo Código. Participação necessária. Sucede no caso em que a lei determina que para a prática delituosa há mister determinado nú-

mero de agentes. É o que se dá no crime de rixa e no crime de quadrilha ou bando. Naquele se requer, pelo menos três participantes e neste quatro.

É o crime plurisubjetivo da nomenclatura de GRISPIGNI. Ou ainda o crime coletivo assim chamado por MANZINI, subespécie do crime unilateral, para cuja perpetração não se exige relação jurídica entre o sujeito ativo e passivo.

Exemplo do crime unilateral — homicídio. A rixa é uma subespécie dêste porque apenas requer determinado número de agentes.

VI — *Autoria intelectual* — Perante o nosso Código um dos agentes pode cooperar moralmente no crime desde que sua ação ou omissão esteja entre as condições do evento. Essa participação moral enseja uma gama de modalidades, a saber: mandato, promessa de dádiva, constrangimento venável, conselho, determinação, induzimento ou instigação.

O mandato pode ser direto ou indireto por interposta pessoa através de um núncio, pode ser ainda gratuito ou remunerado, ou mercenário simples ou qualificado, isto é, do superior hierárquico ou da autoridade familiar, simples e condicionado, simultâneo ou sucessivo. Por premência de tempo não explicitamos essas formas compreensíveis por si mesmas.

A determinação ou induzimento ocorre quando um estranho faz que um executor material não delibere de acôrdo com os próprios motivos senão pelos motivos oriundos dêsse mesmo estranho ou de outrem.

Há instigação quando se reforça o motivo pelo qual o executor material já deliberou, estando posto isso, indeciso para a prática delituosa.

VII — *Autoria mediata* — Ocorre no caso em que um autor intelectual se serve do executor material irresponsável como seu instrumento. A essa modalidade STOSS denominou *autoría ficta* ou *oculta* e ZANARDELLI *instigação imprópria*.

Para uns o executor material é como que a arma empunhada pelo autor intelectual que deve ser considerado autor direto e único. Na doutrina, tem êle o nome de autor mediato e em obra recente CAJOTTI entende que nessa hipótese inexiste propriamente, co-autoria, mas unicidade de autoria, porque o autor mediato cometeu crime *longa manu* — isto é, utilizando-se de um instrumento que é o irresponsável. Nesse sentido numerosos escritores.

Perante o art. 25, em combinação com o art. 22, há na hipótese uma co-autoria. O autor mediato e o imediato não deixam de ser autores. O nosso Código de Processo Penal manda que ambos sejam processados conjuntamente. O autor mediato sofrerá pena se provada sua responsabilidade e o imediato será absolvido porque irresponsável.

VIII — *Co-Autoria nos crimes de mão-própria* — Crimes próprios são aqueles para cujo aperfeiçoamento se exigem requisitos naturais ou jurídicos da parte do sujeito ativo ou passivo ou de ambos. Exemplo: peculato, bigamia, etc. Entre os crimes próprios excogitou a doutrina alemã os delitos de mão própria. São aqueles para cuja realização são necessários atributos especiais da parte do sujeito ativo. Exemplo: o estupro. Só o homem e o homem potente provido de membro é que pode estuprar. Donde absurda a tese de BENI DE CARVALHO para quem u'a mulher pode estuprar com um pênis artificial.

Nos crimes de mão própria não pode ocorrer a co-autoria material no sentido da execução do ato de conjunção carnal. Entretanto, é possível haver co-autoria na prática do estupro desde que o partícipe o ajude materialmente imobilizando a vítima, ou seja, autor moral por mandato, instigações, etc. É claro que essa participação pode caber até mesmo a u'a mulher.

IX — *O agente provocador* — GUYOT, na famosa obra *La Police*, estudou, magistralmente, a figura do agente provocador. É ele, por exemplo, o policial ou outra pessoa que a autoridade manda determinar ou instigar um suspeito para que êsse cometa crime a fim de surpreendê-lo e promover-lhe a responsabilidade.

Na jurisprudência francesa por muito tempo não se considerava penalmente responsável o agente provocador. Hoje é pacífica a doutrina de que êle é co-autor na qualidade de autor moral da infração. Essa tese se conforma inteiramente com a norma do art. 25 do C. Penal.

X — *A autoria intelectual para a tentativa*. Não se pode mandar, determinar ou instigar alguém a cometer simples tentativa. Êsse é um crime de *per si* como reza o art. 12, número II, do C. Penal, porém a tentativa constitui uma figura de crime subsidiária, diante do crime principal que é o consumado. É um delito de consumação não efetuada com o *iter criminis* interrompido.

Não constitui figura autônoma, por isso não pode ocorrer autoria intelectual para que alguém tente a tão só realizar uma tentativa.

XI — Agora, dois outros problemas de relevância em tema de autoria intelectual.

a) Questão do arrependimento no caso da autoria intelectual. O autor intelectual, por exemplo, o mandante, pode arrepender-se antes, durante ou depois da execução pelo autor material. São 4 as hipóteses: 1) Se o arrependimento é comunicado ao executor antes de haver atos executivos, o autor intelectual não responderá por êsses se fôrem cometidos a despeito de contra-ordem. 2) Se o executor desiste depois de iniciados os atos executivos, a resispiscência ou resipiscência aproveita a ambos no sentido de que responderão apenas pelos atos cometidos. 3) Se o arrependimento chega ao executor depois de consumado o delito, ambos responderão plenamente por êle. 4) Se o executor designado desiste de praticar atos materiais e não o autor moral, o comportamento dêste se enquadrará na previsão do art. 27 do Código Penal. Poderá êle sofrer a medida de segurança e liberdade vigiada se fôr perigoso, pois o seu comportamento é o *quasi reato* dos italianos, não chegando a constituir delito.

b) Excesso de mandato ou de determinação. De acôrdo com a teoria da equivalência dos antecedentes e mercê da causalidade psíquica num entrosamento lógico, o mandante ou determinador responde por todos os atos praticados pelo mandatário, desde que estejam êles em consonância com o mandato ou determinação, ou se encontrem na mesma linha de desenvolvimento normal da ação de ofensa a bens jurídicos que tenham correlação entre si.

Se a ordem é para esbofetear e o mandatário o faz ao ponto de cometer homicídio o autor moral por êsse responde. Se fôr, entretanto, para praticar furto e o mandatário comete estupro, por êsse não será responsável o mandante.

Como diz NELSON HUNGRIA é necessário que exista uma conexidade substancial entre o delito ordenado e o efetivamente cometido. Outra explicação cabível é da ocorrência de crime meio mais crime resultado. De tal modo que se o indivíduo hoje, recebe ordens para cometer um crime que em si mesmo constitua meio à perpetração de outro, também por êste responderá o mandante se fôr cometido pelo mandatário.

Finalmente, importa aflorar o sugestivo tema da co-

municabilidade das circunstâncias para completar a exposição da matéria.

Diz o art. 26 que não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

A última parte do dispositivo quer significar que as circunstâncias pessoais elementares se comunicam.

Data vênia, o legislador laborou em equívoco. As circunstâncias pessoais elementares, em verdade, não se comunicam. Exemplo delas a de ser funcionário o agente no peculato. Pela expressão do Código, a co-autoria de um estranho no peculato praticado por funcionário, deriva da comunicabilidade de circunstância elementar de caráter pessoal — ser funcionário, no exemplo. Não é assim. Ocorre a co-autoria por força da regra espelhada no artigo 25.

Todos os que participam do crime, incidem nas penas a eles cominadas. Logo, é por isso que o funcionário pode ser co-autor em um peculato e não por causa da comunicação da circunstância elementar de caráter pessoal.

A primeira parte do art. 26 fala em circunstâncias pessoais. Por exegese, conclui-se que ao lado dessas há, também, não pessoais, isto é, circunstâncias objetivas ou materiais. As primeiras também chamadas subjetivas dizem com a intensidade do dolo, grau da culpa, intenção, qualidade pessoal do culpado e suas relações com o ofendido. Estas são incommunicáveis. Não aumentam nem diminuem a responsabilidade ou culpabilidade dos outros co-autores.

O motivo frívolo e a idade, por exemplo, são agravantes incommunicáveis. Exasperam ou minoram a pena aplicável ao agente a quem elas se referem.

As circunstâncias objetivas ou materiais são as que concernem às modalidades da ação, por exemplo, tempo, lugar, meio e ainda a gravidade do evento ou as condições particulares do ofendido. Por exemplo, as circunstâncias da noite ou de ser o crime cometido contra criança, velho ou enfermo são comunicáveis entre os partícipes. Todos sofrem, mercê dela, aumento ou diminuição de pena.

Tratadistas como NELSON HUNGRIA e REMO PANAINN ainda acrescentam uma outra categoria de circunstância da comunicabilidade ou não.

São as circunstâncias mistas que revestem a natureza das pessoais e materiais.

Por exemplo — o arrependimento eficaz em tentativa ou mandato criminal.

Para essa tese, as circunstâncias mistas se comunicam.

Inexistem circunstâncias mistas. O arrependimento eficaz aproveita a todos na tentativa, não por efeito de uma comunicação entre os participantes, mas por vontade da lei. É o Código que o declara no art. 13. Se o mandatário desiste depois de iniciada a execução e só responde pelos atos praticados, objetivamente há apenas êsses mesmos atos para a responsabilidade do autor moral. Ele, obviamente, não poderá responder pelo título de tentativa de homicídio, por exemplo, quando nada fez, materialmente, e o executor deva tão só responder por lesão corporal.