

RESUMO

O Código Penal adotou a teoria restritiva (formal-objetiva), que não apresenta solução adequada às hipóteses de autoria mediata e no crime organizado. O presente artigo tem a finalidade de analisar a teoria do domínio do fato e sua repercussão no direito penal brasileiro, verificar se a teoria do domínio do fato substitui a teoria formal-objetiva ou se a complementa.

Palavras-chave: Concurso de pessoas. Teoria do domínio do fato.

ABSTRACT

The Penal Code adopted the restrictive theory (formal theory objective), which does not present an adequate solution for the hypothesis of mediate authorship and for the organized crime. This article aims at the analysis of the Dominion of Fact Theory and its impact on Brazilian criminal law, it investigates whether the Dominion of the Fact Theory substitutes the formal theory objective or whether it supplements that.

Keywords: People concurrence (concursum delinquentium), Dominion of fact Theory.

* Mestre em Direito pela USP e professor de Direito Penal na UniFMU.

1. INTRODUÇÃO

A teoria formal-objetiva oriunda da dogmática alemã foi dominante na Alemanha entre 1915 e 1933, mas ainda presente no Brasil e em outros países, como a Espanha. A teoria do domínio do fato, não obstante aceita pela doutrina, recebe de parte dela críticas em vários aspectos. A teoria formal-objetiva não solucionou todos os problemas do concurso de pessoas, daí as tentativas da doutrina, por meio do desenvolvimento de teorias, de dar respostas convincentes e justas às questões trazidas pela deficiência, em alguns aspectos da referida teoria. Desenvolveu-se a teoria do domínio do fato, que o artigo analisa.

2. TEORIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO CONCURSO DE PESSOAS

Pela *teoria unitária (monista)*, adotada no Código Penal de 1940, há pluralidade de agentes e unidade de crime, este é único e indivisível. Da cooperação simultânea ou sucessiva de duas ou mais pessoas, que se conjugam livremente ou mediante adesão de umas das outras, visando um resultado antijurídico, resulta o crime, na sua unidade, atribuível a cada uma delas, que pertence, por inteiro, a todos e a cada um dos concorrentes.¹

Por ser a teoria unitária rigorosa ao cominar a todos concorrentes a mesma pena, sem distinguir a autoria da participação, sendo que, do ponto de vista causal, há condutas mais relevantes e menos relevantes na obra comum dos delinquentes, aquele que efetua os disparos tem conduta mais relevante do que aquele que lhe emprestou a arma de fogo para cometer o homicídio, a doutrina desenvolveu as teorias dualista e pluralista.

A *teoria dualista*² consagra dois planos de conduta, os delitos são diferentes para autores e partícipes, o crime principal é atribuído ao autor e o secundário ao partícipe. Existe o comportamento principal do autor e o secundário do partícipe. Cada participante responde pela pena correspondente ao crime que praticou. Por ex.: aquele que mata realiza a conduta principal e sofre determinada pena; o que colabora emprestando a arma de fogo para o homicida suporta outra pena prevista em tipo penal autônomo. Na *teoria pluralista* cada participante pratica “crime próprio, autônomo e distinto, não existindo vinculação da conduta de um à conduta de outro”.³

No Brasil, salvo as exceções analisadas no item 2.1, prevaleceu a teoria unitária, sustentava Aníbal Bruno⁴ ser a correta porque se os agentes se dirigem a um resultado comum não há que isolar a parte de cada agente, e Nélon Hungria⁵ aduzia sobre as teorias dualista e pluralista que “não pode haver pluralidade ou dualidade de crimes onde há conjugação de vontades e causas para o mesmo e único resultado, para a norma e única lesão ou periclitación do bem jurídico penalmente protegido”.

O rigor da teoria unitária derivado da atribuição do mesmo crime a todos os participante e, por consequência, a mesma pena, foi atenuado pela Reforma da Parte Geral operada pela Lei 7.209, de 11.07.1984, ao incluir na redação do *caput* do art. 29 expressão *na medida da culpabilidade*, inspirada no Código Penal alemão,⁶ de sorte que a punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinada segundo a sua própria culpabilidade. Faz-se a determinação da pena de acordo com culpabilidade de cada

¹ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1958, v. I, p. 392. Lembra Nélon Hungria que a noção unitária da codelinquência remonta ao direito romano, em que todos respondiam pelo mesmo crime pouco importando o nível da cota de cooperação de cada um. Na *cognitio extraordinaria* e nas constituições imperiais se esboçou a atenuação da pena dos partícipes em geral. O direito canônico manteve a unidade do delito e atenuou o castigo no caso de cooperação secundária.

² HUNGRIA, Nélon, op. cit., t. II, v. I, p. 401, explica que esta teoria dualista, que distingue a participação primária da participação secundária, foi proposta na Itália por Manzini.

³ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito penal: parte geral*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 411.

⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, t. II, p. 261.

⁵ HUNGRIA, Nélon, op. cit., t. II, v. I, p. 402.

⁶ FRAGOSO, Heleno C. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 320.

participante. O crime unitariamente considerado é imputado a todos, mas a pena é individualizada na medida da culpabilidade de cada agente. Como anota Álvaro Mayrink da Costa “a dosimetria das penas impostas deve refletir a maior ou menor atuação no planejamento e execução delitiva, na medida da culpabilidade”.⁷

Outros dois acréscimos foram feitos pela Reforma de 1984. A inclusão dos §§ 1º e 2º no art. 29. No § 1º a participação de menor importância, se reconhecida, diminui a pena do partícipe. No § 2º cuidou do desvio subjetivo (ou cooperação dolosamente distinta): “*Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste*”.⁸

2.1. Exceções da teoria unitária

O Código Penal prevê delitos autônomos para punir de forma diferente os participantes. O legislador ao preferir a teoria pluralista rompe com a teoria unitária que ele mesmo adotou. A primeira exceção da teoria unitária encontra-se nas formas diferentes de punição da gestante que consente que terceiro nela provoque o aborto e do provocador do aborto. O abortar consiste em interromper a gravidez e provocar a morte do produto da concepção. Se o Código Penal continuasse fiel à teoria unitária, a gestante que consente que se lhe provoque e o terceiro provocador do aborto incorreriam no mesmo tipo penal. Todavia, por orientação de Política Criminal, a gestante incorre na figura do art. 124, segunda parte, com pena de um a três anos de detenção; enquanto que o provocador do aborto com o consentimento da gestante incorre no art. 126, cuja pena é de reclusão de um a quatro anos, bem superior em quantidade e diferente na qualidade.

A segunda exceção surge no crime de corrupção. O legislador poderia defini-lo em uma única figura delituosa, no entanto, procurando punir de modo independente o corruptor do corrompido, previu a conduta do funcionário que solicitar, receber ou aceitar

promessa de vantagem indevida no art. 317 e do *extraneus*, que oferecer ou prometer vantagem indevida ao funcionário público no art. 333. Desta forma é viável a punição do funcionário público corrupto, ainda que não o seja do corruptor. Não há vinculação entre os crimes.

A terceira exceção ocorre no crime denominado de falso testemunho ou falsa perícia definido no art. 342. A testemunha, perito, tradutor ou intérprete que fizer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral, incorre nas penas de reclusão de 1 a 3 anos de reclusão e multa, porém se o fato ocorrer mediante suborno, as penas são aumentadas de 1/6 até 1/3, de acordo com o parágrafo primeiro. Para aquele que subornar testemunha, perito, tradutor ou intérprete, o Código Penal previu o crime autônomo do art. 343, sem *nomen iuris*, e que a doutrina denominou de corrupção de testemunha. Assim, quem der, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculo, tradução ou interpretação incide nas penas de 3 a 4 anos de reclusão e multa, sem prejuízo do aumento de pena de 1/6 a 1/3 do parágrafo único.

3. REQUISITOS PARA O CONCURSO DE PESSOAS

Para que haja o reconhecimento de concurso de pessoas é indispensável o preenchimento de requisitos. O primeiro requisito é o da *pluralidade de pessoas*, de haver contribuição de no mínimo duas pessoas para a realização do crime, pois, “é necessário que mais de uma pessoa ofereça contribuição para a violação da norma jurídica. Cada pessoa integrante do concurso deve contribuir para a violação da norma jurídica”.⁹

O segundo requisito é a *pluralidade de condutas relevantes*, conduta relevante é aquela que “empresta contribuição objetiva ao empreendimento criminoso”.¹⁰ A teoria

⁷ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2009, p. 332.

⁸ O desvio subjetivo (cooperação dolosamente distinta) será examinado mais adiante.

⁹ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 413.

¹⁰ Idem, p. 414.

unitária é corolário da teoria da equivalência dos antecedentes,¹¹ todo aquele que concorre para o crime é o seu causador. Pela teoria da equivalência dos antecedentes (art. 13) são puníveis as condutas que integram a linha de desdobramento causal determinantes do resultado. Da expressão *de qualquer modo* presente no art. 29 infere-se que cada concorrente contribui, de um modo particular, para a realização do crime. *Concorrer* designa contribuir, participar. São formas de participação a autoria, a coautoria e a participação propriamente dita (partícipe). Estamos a falar em causalidade material, que é a contribuição que cada agente dá para a realização do crime. Essa contribuição somada a de outro agente colima no aperfeiçoamento do crime.

O terceiro requisito é o *liame subjetivo entre os agentes* (causalidade psíquica), o nexó psicológico que cria o vínculo entre eles. Para a perfeita caracterização da participação não basta que o participante tenha contribuído objetivamente com o resultado, é preciso que concorra também subjetivamente. Como bem anota Aníbal Bruno o elemento subjetivo é “representado pela consciência e vontade de cada partícipe de cooperar na obra comum”.¹² Na autoria e na participação é indispensável a consciência individual de colaboração para um resultado delituoso. O liame se estabelece de duas formas: por *acordo prévio*, que é a combinação entre os agentes para a realização do fato criminoso (*pactum sceleris*) ou por *aderência de vontade*, em que não há ajuste prévio, mas os participantes têm consciência que cooperam na ação comum. Exemplo clássico dado pela doutrina é o da empregada doméstica, que para vingar-se da patroa, deixa a porta aberta da casa sabedora de que, com sua atitude, irá contribuir para que o ladrão entre no imóvel e cometa furto. Muito embora o ladrão desconheça essa contribuição da empregada ambos têm participação no crime.

A *homogeneidade do elemento subjetivo* é imprescindível para se estabelecer a unidade

de desígnio. Deve existir dolo comum entre os agentes (dolo de matar, de furtar ou de estuprar) para se atribuir o mesmo crime a todos. A homogeneidade do elemento subjetivo implica não haver concurso de pessoas entre o crime doloso e o crime culposo: 1) *Não há participação dolosa em crime culposo*. “A” quer matar “C”, então “A” entrega a arma de fogo carregada para “B”, a quem faz supor estar descarregada e o induz a apontá-la na direção de “C”, e a título de brincadeira acionar o gatilho para experimentar a qualidade do mecanismo de disparo da arma. “B”, de forma imprudente, sem observar o dever de cuidado, acolhe a sugestão, aciona o gatilho e acaba culposamente matando “C” com o disparo. Não há concurso de pessoas, “A” responde pelo fato a título de dolo e “B” a título de culpa. 2) *Não há participação culposa em crime doloso*. O médico, inadvertidamente (culpa em sentido estrito), receita ao paciente remédio que lhe causa gravíssima reação alérgica. A auxiliar de enfermagem percebendo isso e desejando a morte do paciente ministra-lhe o remédio e causa-lhe dolosamente a morte. O médico não participa do homicídio doloso da enfermeira.

Da necessidade do liame subjetivo resultam três situações: autoria colateral, o desvio subjetivo (cooperação dolosamente distinta) e o excesso de mandado.

Nas exatas palavras de Heleno C. Fragoso se faltar a “consciência de cooperar na ação comum”¹³, por inexistir entre os agentes o liame subjetivo (vínculo psicológico) há *autoria colateral*.¹⁴ Na *autoria colateral* há convergência de ações (contribuição material), todavia, os agentes desconhecem as ações que cada um desenvolve. Ex.: “A” e “B”, um desconhecendo a intenção do outro, postaram-se e aguardaram a passagem de “C”. Quando “C” passa ambos atiram, simultaneamente, matando-o. Se ficar provado pela perícia de qual arma partiu o projétil que causou a morte

¹¹ Informa BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2004, p. 275, que na Idade Média desenvolveu-se a teoria *concursum ad delictum alterius* resultante da aplicação dos princípios da causalidade.

¹² BRUNO, Aníbal, op. cit., t. II, p. 262.

¹³ FRAGOSO, Heleno C., op. cit., p. 315.

¹⁴ Como acentua Nélson Hungria, op. cit., t. II, v. I, p. 392-393, com a ausência do vínculo psicológico que une as atividades em concurso – a vontade consciente de cada copartícipe – se dá a autoria colateral, na qual as atividades convergentes são desconhecidas entre os agentes.

da vítima é possível imputar a um dos atiradores o resultado morte, e ao outro a tentativa de homicídio. Se não ficar provada a autoria da morte, quem efetivamente causou o resultado (autoria incerta), ambos responderão por tentativa de homicídio.

Desvio subjetivo ou cooperação dolosamente distinta sucede se um dos participantes praticar crime mais grave do que aquele inicialmente desejado. Neste caso o art. 29, § 2º, CP, prevê: “*Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave*”. A regra é dividida em duas partes, na primeira manda punir o concorrente com a pena do crime menos grave, isto é, afasta o concurso de pessoas, porque um dos concorrentes é punido com a pena do crime menos grave e o outro ou os demais com a pena do crime mais grave. Tício e Caio decidem furtar a casa de Mévio, que supunham deserta; nela penetra Tício para subtrair valores, enquanto Caio fica à porta, vigiando. No entanto, Tício subtrai valores e aproveita a circunstância de a mulher estar sozinha e a estupra. Tício responde por furto e estupro. Imputável ao Caio apenas pelo furto, porque o estupro não lhe era previsível.¹⁵

A expressão *quis participar de crime menos grave* abrange o partícipe, conforme Heleno C. Fragoso a disposição se aplica ao partícipe que “pretendia concorrer para um crime menos grave do que aquele que efetivamente realizado pelo autor”,¹⁶ jamais ao coautor porque o dispositivo legal refere-se exclusivamente ao concorrente que quis *participar* de crime,¹⁷ na mesma esteira de pensamento, afirma Julio F. Mirabete¹⁸ que o aumento se aplica ao *partícipe* e não ao autor, porque este quer ou assume o risco de produzir o resultado mais grave.

Na segunda parte é previsto o aumento até da metade pena se o resultado mais grave era previsível pelo partícipe. O fundamento é a previsibilidade da ocorrência do resultado.¹⁹ No exemplo de Julio F. Mirabete²⁰ em que “A” fornece a “B” uma gazua para que este pratique um furto em casa cujos moradores saíram em viagem. “B” penetra mediante o emprego da gazua na residência e depara com um imprevisto vigia e pratica violência contra este para subtrair o bem (roubo). “B” é responsável pelo roubo e “A” pelo furto (aplicação da primeira parte); se a presença do vigia era previsível para “A”, a ele é imputado o furto com a pena aumentada até da metade.

No entanto, se o partícipe aceitar a produção do resultado ele responderá pelo crime mais grave a título de colaboração dolosa, vale dizer, não houve colaboração dolosa distinta (desvio subjetivo). Há jurisprudência (STJ, JSTJ 15/233, TJSP, JTJ 161/276) de que em se tratando de *roubo à mão armada*, aqueles que consciente assumiram o risco do resultado mais grave (morte) respondem por latrocínio.

No *excesso de mandado* o executante vai além do que lhe foi determinado pelo mandante. A divergência do elemento subjetivo descaracteriza o concurso de pessoas, não se responsabiliza os concorrentes pelo mesmo crime, cada participante responde por crime distinto.²¹ “A” mandou “B” espancar “C”, entretanto, “B” foi além dos limites e acabou matando “C”. “A” queria apenas que “B” causasse lesão corporal em “C”, não a morte. No *excesso de mandado* “A” responde por lesão corporal e “B” por homicídio consumado. Todavia, se o resultado mais grave for previsível este tem a sua pena aumentada até a metade, por ex., “A” sabe que “B” é violento e anda armado, com isso pode matar “C”. A doutrina pondera que se o partícipe agisse com dolo eventual, se ele previu e consentiu na produção do resultado mais grave, por este resultado mais grave responderá.

¹⁵ FRAGOSO, Heleno C., op. cit., p. 322.

¹⁶ Idem.

¹⁷ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 467.

¹⁸ MIRABETE, Julio F. *Manual de direito penal*. 21. ed., São Paulo: Atlas, v. I, 2004, p. 237. No mesmo sentido: FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1990, p. 475.

¹⁹ Neste sentido: MIRABETE, Julio F., op. cit., v. I, p. 237; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 468.

²⁰ MIRABETE, Julio F., op. cit., v. I, p. 236.

²¹ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 469.

4. TEORIAS SOBRE A AUTORIA

Se a coautoria é a reunião entre autores, indispensável conhecer a definição de autor. Quem é considerado autor de crime? A identificação no caso concreto de quem é autor e partícipe no concurso de pessoas ficou a cargo da doutrina, que desenvolveu três teorias a respeito.

4.1. Teoria extensiva (subjeto-causal)

O Código Penal de 1940 ao adotar inicialmente a teoria extensiva²² abolia a distinção entre autores e cúmplices, todos que tomam parte no crime são autores. Não havia diferença entre participação principal e acessória, entre auxílio necessário e secundário, o resultado era indivisível e todas as condições que cooperam para sua produção se equivalem.²³ A teoria extensiva, de orientação causalista, não distingue autor de partícipe, porque são autores todos os que cooperam na realização do crime.²⁴ Como diz Aníbal Bruno: “Todo o colaborador é autor”,²⁵ afinal o código diz quem de *qualquer modo* concorrer para o crime incide nas penas a ele cominadas. A teoria extensiva tem por corolário a teoria da equivalência dos antecedentes.²⁶

Explica Damásio E. de Jesus²⁷ que o concurso de pessoas esteve sujeito ao requisito

²² O CP de 1940 adotou a teoria extensiva (subjeto-causal) conforme o item 22 da Exposição de Motivos: “Quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele, no pressuposto de que também as outras forças concorrentes entraram no âmbito de sua consciência e vontade”.

²³ COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., v.1, p. 285.

²⁴ HUNGRIA, Nelson, op. cit., t. II, v. I, p. 393-395.

²⁵ BRUNO, Aníbal, op. cit., t. II, p. 258.

²⁶ Partindo da teoria da equivalência das condições, HUNGRIA, Nelson, op. cit., t. II, v. I, p. 399-401, sustentava que não se deveria fazer diferenciação entre autor e partícipe, pois, a participação, em qualquer caso, é a “concausação do resultado antijurídico”, de maneira que não há distinção entre causa e concausa, entre causa e condição. O resultado é uno e indivisível. É irrelevante indagar se o executor é ou não punível: o partícipe é sempre um coautor e responde integralmente pelo resultado.

²⁷ JESUS, Damásio E. de. *Teoria do domínio do fato*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 6-8. Sobre a influência

da causalidade na Parte Geral do CP até a Reforma de 1984, de modo que a orientação da doutrina nacional, seguindo especialmente a italiana, era para aplicar a teoria extensiva e observar a relevância causal. Frederico Marques, com apoio em Maggiore, afirma a causalidade, base principal da construção dogmática da codelinquência, é o “vínculo que estreita todas as condutas e as engloba na estruturação de um único delito”.²⁸

A dificuldade trazida pela adoção da teoria extensiva é que aquele “que presta uma colaboração pouco ou nada significativa, que pode ser até atípica, é abrangido pela concepção extensiva”.²⁹ A doutrina³⁰ adverte ser óbvio, nesse caso, que a colaboração, por menos significativa que fosse, e até mesmo atípica, seria abarcada pelo conceito, de forma que autores são todos os que, de algum modo, contribuem na produção do resultado. Tal entendimento, além de alargar ao infinito o conceito de autor, empobrece o de partícipe. Se há plena equivalência de todas as condições causadoras do resultado, não é possível determinar um critério objetivo para distinguir a relevância das diversas contribuições para execução do delito. Do ponto de vista objetivo, as atividades de autor e do partícipe são condições do resultado. Se Caio entrega o revólver para Tício matar outra pessoa, a atividade de Caio e a de Tício (autor direto) são condições do resultado deste modo não há diferenças objetivas.³¹ Como ensina José H. Pierangeli,³² a teoria subjeto-causal, na realidade, é criação do legislador, que rompe com o conceito ôntico da relação de autor e partícipe, para transportá-lo para o campo exclusivamente normativo. Para tanto, faz o

da doutrina italiana em nosso CP de 1940 conferir em BRUNO, Aníbal, op. cit., t. II, p. 263, nota 6, as referências a Bettiol, Antolisei, Manzini e Ranieri.

²⁸ MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1954, v. 2, p. 313-314.

²⁹ PIERANGELI, José Henrique. *Escritos juridico-penais*. São Paulo: Ed. RT, 1992, p. 45. No mesmo sentido observam a insuficiência do nexo de causalidade para justificar o concurso de pessoas: REALE JÚNIOR, Miguel, *Instituições de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I, p. 314-315, JESUS, Damásio E. de, op. cit., p. 11.

³⁰ FRANCO, Alberto Silva et al, op. cit., p. 164.

³¹ COSTA, Álvaro Mayrink da. op. cit., p. 347-348.

³² PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 46.

conceito de autor e de partícipe, fugindo da realidade, depender exclusivamente de um componente subjetivo.

O componente subjetivo que estabelece a diferença entre autor e partícipe nem sempre é de fácil identificação. Autor seria aquele que tivesse interesse no resultado, enquanto partícipe seria o que viesse atuar no interesse alheio, o autor quer o fato “no seu próprio interesse”,³³ enquanto o cúmplice o quer “no interesse alheio”,³⁴ não faltaram críticas a esta construção doutrinária pela dificuldade “de precisar em que consiste essa vontade de autor e partícipe”,³⁵ o que gera insegurança incompatível no direito penal de garantia.

4.2. Teoria restritiva (formal-objetiva).

A teoria restritiva, construída para se contrapor à teoria extensiva, distingue autoria de participação, aquele que executa o crime é o autor. *Autor* é quem realiza, no todo ou em parte, a conduta típica, aquele que induz, instiga ou auxilia outrem é o *partícipe*; em princípio, a conduta do partícipe não se amolda à figura penal. A “solução deve ser encontrada dentro da tipicidade. Assim, consoante Beling, autor é aquele que realiza uma parte qualquer do tipo”.³⁶ O conceito restritivo de autor “parte da idéia de que os tipos da Parte Especial apenas descrevem o comportamento do autor”.³⁷ Os partícipes praticam ações “que seriam impunes, caso não houvesse uma norma de extensão que os atingisse, ampliando, dessa forma, o raio da punibilidade. Sob a ótica da teoria formal-objetiva, não há zonas cinzentas entre autoria e

participação: os conceitos mostram-se radicalmente distintos”.³⁸

Reconheço a figura de autor examinando o tipo penal. Ainda, assim, haveria dúvida sobre autoria de certos crimes. Autor é o agente que executa um elemento do tipo (ex. no roubo é autor aquele que intimida, a grave ameaça é elemento do tipo) ou autor é quem realizar toda a conduta típica (ex. o autor do roubo é aquele que intimida e subtrai)? No delito de estupro, o sujeito que aponta arma é o autor uma vez que o verbo típico é *constranger*, enquanto que aquele que mantém conjunção carnal com a vítima é partícipe, a conjunção carnal isoladamente considerada é atípica? Álvaro Mayrink da Costa³⁹ assinala, todavia, que no sentido objetivo-formal autor é todo aquele que realiza ato executivo, não unicamente quem realiza todo o tipo ou que realiza um elemento do tipo.

A teoria restritiva (formal-objetiva) não conduz a resultados satisfatórios em relação ao *chefe de quadrilha* e ao *autor mediato* “porque prescinde por completo de elementos subjetivos”.⁴⁰ O conceito restritivo, por ex., acaba por considerar mero partícipe o *chefe da quadrilha* de assaltantes, porque não participa diretamente dos roubos, quando, inegavelmente, o *chefe da quadrilha* tem o controle das ações de seus componentes e pela teoria restritiva é partícipe.⁴¹

Na realização da ação típica, o *autor mediato* se serve do autor imediato, que atua sem culpabilidade. O executor material do fato não é culpável. Álvaro Mayrink da Costa define o autor mediato como sendo aquele que realiza um fato punível doloso, empregando para tanto um homem que se denomina de *instrumento*.⁴² Como exemplo deste resultado

³³ HUNGRIA, Nelson, op. cit., v. I, t. 2, p. 396.

³⁴ Idem. Crítica COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., p. 348, a fórmula “*autor é quem quer o ato como próprio; cúmplice é que o quer como alheio*”, porque a jurisprudência alemã mostra que o juiz penal não parte desta fórmula, o juiz penal decide intuitivamente quem é autor e quem é cúmplice. Informa Álvaro Mayrink da Costa que Roxin fala em “*fórmula vazia*”; “*mera etiqueta que não corresponde a nada em realidade*”; Jescheck diz ser “*fórmula cômoda*”, enquanto Welzel a qualifica de “*artifício*”.

³⁵ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 48.

³⁶ Idem.

³⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 445.

³⁸ FRANCO, Alberto Silva et al, op. cit., p. 164.

³⁹ COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., p. 346.

⁴⁰ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 49. No mesmo sentido: FRANCO, Alberto Silva et al, op. cit., p. 164.

⁴¹ Assinala COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., p. 338, que a teoria formal-objetiva ao advogar que o autor é aquele que realiza uma parte do tipo, peca porque em várias oportunidades um único indivíduo dirige e controle toda a operação criminosa, embora não execute qualquer parte da ação típica.

⁴² COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., p. 380. A doutrina no Brasil aceita o emprego do vocábulo *instrumento* sem oposição. Neste sentido ver ainda

insatisfatório, José Henrique Pierangeli⁴³ supõe a situação em que o diretor da peça de teatro se vale de ator sem dolo, e ao invés de colocar bala de festim, coloca munição real no tambor da arma a ser utilizada na representação teatral para eliminar o desafeto, que é outro ator. Pela teoria restritiva o referido diretor é partícipe, quando existe autoria.

Há autoria mediata nas seguintes hipóteses: a) o autor mediato induz, instiga ou auxilia o menor inimputável a cometer crime; b) o autor mediato emprega na execução do crime o inimputável por doença mental; c) o autor mediato é o coator na coação moral irresistível, pois, o “coator domina a vontade do coato por meio da coação que sobre ele exerce, transformando-o em mero instrumento para a realização de seus objetivos”,⁴⁴ coage moralmente, de forma irresistível, o terceiro (executor) obrigando-o a praticar o crime, que por atuar sem vontade própria é isento de pena; é autor mediato aquele que emitiu a ordem no caso de obediência hierárquica, o executor (subordinado) não percebe a ilegalidade da ordem e a cumpre, responde o mandante como autor mediato pelo fato praticado pelo inferior hierárquico; o subordinado é o *instrumento*; d) a quarta hipótese de autoria mediata surge quando houver erro de tipo escusável determinado por terceiro (art. 20, § 2º, CP), “o autor mediato conduz o instrumento humano a incidir em erro de tipo invencível”,⁴⁵ por exemplo, mediante comunicação falsa de crime, provoca erro da autoridade policial, que efetua a prisão de um inocente; o médico, com a intenção de matar o paciente, induz a erro a atendente a lhe

aplicar uma injeção com dose letal; a atendente incorre em erro que exclui o dolo, a enfermeira não tem culpa *stricto sensu*, porque seu erro era invencível;⁴⁶ a enfermeira foi mero instrumento da vontade do autor mediato (o médico).

Há diferença entre autoria mediata e autoria intelectual. Na autoria intelectual o autor é partícipe e o executor é imputável; na autoria mediata o autor mediato se serve de terceiro (autor imediato), que não é culpável.⁴⁷ A autoria mediata não é admissível em crimes de mão própria, v. g., falso testemunho, porque é indispensável que o sujeito ativo pratique a conduta proibida pessoalmente.⁴⁸ A teoria formal-objetiva, que provém da dogmática alemã e teve numerosos desde o século XIX, foi dominante na Alemanha entre 1915 e 1933, mas abandonada nos dias de hoje, contudo, ainda presente na Espanha.⁴⁹

4.3. Teoria do domínio do fato (objetivo-subjetiva ou final-objetiva)

A teoria foi empreendida, em primeiro lugar, por Roxin, de acordo com sua formulação, o domínio do fato manifesta-se no domínio da própria conduta típica.⁵⁰ Para Hans Welzel, que desenvolveu a teoria do domínio do fato⁵¹, autor é quem, consciente do fim, tem o *domínio sobre o fato*, tem o poder sobre a realização do fato. Hans Welzel⁵² leciona que

⁴⁶ Conforme a lição de ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 436, a “impossibilidade de vencer o erro significa a inexistência de cuidado que possa evitar a lesão ao bem jurídico”.

⁴⁷ BRUNO, Anibal, op. cit., t. II, p. 272, também anota que na instigação o executor atua com vontade e consciência.

⁴⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, v. I, p. 493.

⁴⁹ BACIGALUPO, Enrique, op. cit., p. 446.

⁵⁰ Idem, op. cit., p. 451.

⁵¹ Anibal Bruno quando publicou a 3ª edição da sua obra em 1967 já assinala, op. cit., t. II, p. 266, que, “Welzel, dentro da sua teoria finalista da ação, considerou autor quem, consciente do fim, tem o domínio sobre o fato, negando quem seja o autor quem simplesmente deu causa ao resultado”. No mesmo sentido de Welzel, segundo Anibal Bruno, pensavam Sauer e Maurach.

⁵² *Apud* COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., p. 353. Define Welzel que o autor do injusto doloso é aquele que tem o atuar consciente do fim, do acontecer causal na direção ao resultado tipo, enquanto que um autor do

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 432. No entanto, critica Néelson Hungria, p. 397-398, o emprego da expressão *instrumento passivo*, que não passa de uma ficção ou metáfora, nem sempre tolerável, porque se é aceitável a qualificação de *instrumento passivo* para o penalmente incapaz, o irresistivelmente coagido, o induzido a erro essencial ou o que obedece à ordem do superior hierárquico, todavia, já não é possível reconhecer-se a passividade do executor nos casos de isenção de pena do executor por mera conveniência política ou de não-punibilidade (eximentes, escusas absolutórias), como o furto doméstico.

⁴³ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 49.

⁴⁴ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 437.

⁴⁵ JESUS, Damásio E, op. cit., p. 17-19.

a autoria de um injusto doloso pertence, em geral, àquele que tem o domínio final sobre o fato, de maneira que o domínio da ação só pode existir com a consciência e vontade do autor do fato punível, não existe domínio do fato sem a presença do atuar doloso. Ensina Álvaro Mayrink da Costa que é a teoria do domínio do fato identifica-se com o finalismo, pois, autor é “quem obra com vontade e possui o domínio final da ação. É imperioso que o autor tenha o domínio subjetivo do fato e obre como tal”.⁵³ O conceito de autor não é um critério causal ou formal, porque o “autor do crime é o participante que, possuindo o controle de todo o processo causal, do começo ao fim, determina a sua ocorrência, bem como o modo pelo qual o tipo se concretizará,” enquanto o partícipe “desenvolve um papel coadjuvante, é figura lateral”.⁵⁴ O partícipe não tem o domínio do fato. Em outras palavras, o partícipe é aquele que não tem o controle final dos acontecimentos.

A teoria do domínio do fato tem relevância na criminalidade organizada. O autor é aquele que tem o domínio do fato, de cuja vontade depende a efetiva verificação do delito, enquanto os demais que participam do crime, sem que tenham o domínio do fato, são partícipes.

4.3.1. Espécies de autoria na teoria de domínio do fato.

1) *Autoria propriamente dita* ou autoria direta, imediata, também denominada de individual, é aquela em que o autor (executor) realiza materialmente a conduta típica, sem a participação de outros. 2) *Autoria intelectual* é aquela em que o sujeito planeja a ação delituosa. O “autor não se confunde obrigatoriamente com o executor material. Assim, o chefe de uma quadrilha de roubos a estabelecimentos bancários, que planeja a ação

injusto negligente é aquele que, mediante uma ação, lesiona o grau de cuidado requerido no âmbito da relação, produz de modo não-doloso um resultado tipo.

⁵³ COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., p. 353. Álvaro Mayrink da Costa, idem, dá como exemplo, o chefe da quadrilha de estelionatários, que tem o domínio final da ação na medida em que planeja, dá a ordem de execução e conta com o atuar de seus comandados.

⁵⁴ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 429-430.

delituosa, escolhe as pessoas que devem realizá-las, distribuindo as respectivas tarefas, e ordena a concretização do crime, contando com a fidelidade de seus comandados, não é um mero participante, mas, sim autor porque possui o ‘domínio final da ação’, ainda que não tome parte na execução material do fato criminoso”.⁵⁵ O art. 62 do CP agrava a pena daquele que “promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes”. 3) *Autoria mediata*, sob a ótica da teoria do domínio do fato, existe se “o agente domina os acontecimentos, impondo sua vontade sobre a vontade e conduta do instrumento, mantendo a distância do imediatismo da execução da conduta proibida”.⁵⁶

Resume Álvaro Mayrink da Costa⁵⁷ que pelo conceito unitário é autor todo aquele que contribui de causalmente para realização do fato típico, que não atende à função de garantia da lei penal; já pelo conceito restritivo, autor é quem realiza a ação típica; o que não explica autoria mediata, bem como nos casos de coautoria em que o coautor não chega a praticar os atos de execução em sentido objetivo-formal, em razão disso, a melhor das teorias é a do domínio do fato.

Para Fernando Galvão a teoria do domínio do fato é “a opção teórica que melhor identifica a contribuição penalmente relevante e, por consequência, aquela que justifica a qualidade do autor. Não está adstrita às formalidades da descrição típica, mas observa a potencialidade lesiva ao bem jurídico. Embora estabeleça um critério restritivo de autor, na medida em que não reconhece a qualidade naquele participante que não domina o fato, não é mero complemento às teorias formal-objetiva e material-objetiva, mas sim verdadeira alternativa a estas”.⁵⁸ Enquanto Damásio E. de Jesus⁵⁹ ensina ser a teoria do domínio do fato a que complementa a teoria restritiva formal-objetiva.

⁵⁵ JESUS, Damásio E. de, op. cit., p. 12-14.

⁵⁶ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 433-434. No mesmo sentido: JESUS, Damásio E., op. cit., p. 17-19.

⁵⁷ COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., p. 371-372 e 339.

⁵⁸ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 430.

⁵⁹ JESUS, Damásio E. de, op. cit., p. 17.

Pondera, no entanto, Enrique Bacigalupo que nos “últimos decênios comprovou-se que nem todos os tipos penais têm estrutura que permite explicar as questões sobre a autoria por meio da teoria do domínio do fato. Em 1963, Roxin propôs, nesse sentido, distinguir os delitos de domínio do fato dos delitos de infração de dever. Em sua versão original, os crimes de infração de dever se caracterizam pelo fato de que a autoria da realização do tipo penal não depende do domínio do fato, mas da infração de um dever que incumbe o ao agente”.⁶⁰

Entre os crimes de infração de dever encontram-se os crimes próprios, os delitos societários e os crimes omissivos. O dever que constitui a matéria da lesão jurídica nesses tipos penais não é o dever genérico que surge de toda norma e alcança também os partícipes. Trata-se de um dever extrapenal, que não alcança os partícipes, mas somente aquele que têm uma determinada posição a respeito da inviabilidade do bem jurídico, como funcionários, administradores e os garantes nos crimes omissivos. Nesses crimes o critério dominante é a infração do dever especial que incumbe ao agente, independentemente se teve ou não o domínio do fato. Na coautoria há violação conjunta do dever especial, sem levar conta a contribuição que cada um dos agentes deu ao fato delituoso.⁶¹

O Código Penal com a reforma de 1984 adotou a teoria do domínio do fato?

José Henrique Pierangeli⁶² sustenta que a nova Parte Geral inclinou-se, decisivamente pela teoria do domínio do fato, de concepção finalista. De igual sentir Manuel Pedro Pimentel⁶³ pontifica que recebendo o Código Penal inspiração da teoria finalista não poderia fugir da consequência de adotar a teoria do domínio do fato. Enfatiza também Alberto Silva Franco que, muito embora o legislador de 1984 não se definiu explicitamente por nenhuma das posições dogmáticas, “abandonou o rigorismo da teoria monística em relação ao concurso de pessoas, reconhecendo que o agente responde pelo

concurso na medida de sua culpabilidade, deixou entrever sua acolhida às mais relevantes teses finalistas, o que leva à conclusão de que abraçou também a teoria do domínio do fato”.⁶⁴

Advoga-se que a teoria do domínio do fato foi adotada pela Reforma de 1984 ao permitir formas diferentes de punição de acordo com a culpabilidade de cada autor o juiz procede “à individualização da pena diante da situação típica, observará aquele que ao obrar tinha o domínio do fato em suas múltiplas variantes diferenciado dos demais atores no planejamento e execução delitiva (autoria e participação)”.⁶⁵

5. COAUTORIA E PARTICIPAÇÃO NA TEORIA RESTRITIVA

Na teoria restritiva os coautores realizam atos típicos de execução, há divisão de tarefas e os agentes cooperam, conscientemente, na produção do resultado, com idêntico nexos subjetivo. O coautor é aquele que contribui para o evento final realizando parte do delito, mediante atuação consciente e resultado desejado. Nesta divisão de tarefas entre os coautores, por exemplo no crime de roubo, um dos agentes mantém a vítima sob ameaça de arma de fogo, enquanto o outro a despoja dos bens.

Na *coautoria sucessiva* a ação iniciada sofre a intervenção posterior de outra ou de outras pessoas.⁶⁶ A dúvida que permeia é até que momento do *inter criminis* o terceiro pode cooperar na realização da conduta proibida? Fernando Galvão⁶⁷ informa que Maurach aceita o ingresso do terceiro na ação criminosa até a consumação, assinala que a responsabilidade penal no concurso de pessoas pressupõe a tipicidade de cada participante e afirma que na coautoria sucessiva cada interveniente só responde pelos atos praticados após o seu ingresso na empreitada delitiva. Outra situação enfrentada é a responsabilidade

⁶⁴ FRANCO, Alberto Silva et al, op. cit., p. 164-165.

⁶⁵ COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., p. 342.

⁶⁶ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 443-444, que se apoia nos ensinamentos de Reinhart Maurach.

⁶⁷ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 443-445.

⁶⁰ BACIGALUPO, Enrique, op. cit., p. 452-453.

⁶¹ Idem.

⁶² PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 53-54.

⁶³ PIMENTEL, Manuel Pedro. *A teoria do crime na reforma penal*. RT 591/294.

do interveniente em relação aos fatos praticados antes de seu ingresso pelos demais autores. Por ex., o interveniente ingressa na dinâmica do roubo, quando uma das vítimas já tinha sido morta pelos demais. O ingresso na fase do exaurimento, depois de consumado o delito, configura crime autônomo.

5. 1. Participação na teoria restritiva

A participação é uma atividade acessória. O partícipe não pratica atos típicos de execução, realiza conscientemente atividade secundária ou não e sabe que com ela contribui para o resultado final e ilícito. A participação exige o autor imediato, aquele que executa a ação típica, pois, o partícipe colabora, mas não realiza atos típicos de execução. A expressão de *qualquer modo* da cabeça do art. 29 do CP implica dizer ser partícipe aquele que de qualquer maneira, não praticando atos típicos de execução, contribui para o resultado final. A determinação, a instigação ou o auxílio devem ser *causalmente eficazes*. Não há participação punível se a pessoa a quem é dirigida a determinação ou a instigação já está decidida à prática do crime.⁶⁸

5.2. Natureza jurídica da participação.

Sobre a natureza jurídica da participação dependente da ação principal temos as seguintes teorias: a) Para a *teoria da acessoriedade mínima* basta que o autor principal pratique o fato típico, pouco importando que seja ilícito, para que exista a responsabilidade do partícipe. Não é aceita essa teoria porque se há licitude no comportamento do autor, há também na conduta daquele que colabora. O exemplo que segue mostra a inconsistência desta doutrina. Se “A” induzir “B” a agir em legítima defesa, e se “B” matar o agressor em legítima defesa será absolvido, enquanto que “A” (partícipe) responde pelo crime de homicídio.⁶⁹ b) Na *teoria da acessoriedade extremada* (ou máxima) o partícipe somente será punido se o fato principal for típico, antijurídico e culpável.

⁶⁸ HUNGRIA, Néelson, op. cit., t. II, v. I, p. 406.

⁶⁹ HUNGRIA, Néelson, op. cit., t. II, v. I, p. 398. No mesmo sentido: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 456.

Desta forma, o partícipe não responderá por crime se o autor for inimputável, por exemplo, daí a advertência oportuna de José Henrique Pierangeli⁷⁰ que não deve a falta de culpabilidade do inimputável beneficiar o partícipe; no mesmo sentido assinala Fernando Galvão⁷¹ que a culpabilidade do autor é desvinculada da culpabilidade do partícipe, não se pune o partícipe se o autor for inculpável; a teoria não é compatível com o Código Penal, que no art. 62, III, permite a punição do partícipe quando o autor for inculpável; c) na *teoria da acessoriedade limitada* o partícipe só responde se o fato for típico e ilícito, não se exigindo que o autor seja culpável. Aquela “que auxilia materialmente o autor a praticar um injusto típico, mesmo que não culpável, responderá, de acordo com a teoria limitada, pelo resultado advindo da conduta do autor”;⁷² é a teoria mais aceita; d) na *teoria da hiperacessoriedade* a punição do partícipe ocorrerá se o autor tiver praticando um fato típico, ilícito, culpável e punível; se a punibilidade do autor principal for extinta, o partícipe não poderá ser punido; por ex., no decorrer do processo o autor falece e a sua punibilidade é declarada extinta, neste caso, o partícipe não é punido.

5. 3. Formas de participação na teoria restritiva.

A participação pode ser material ou moral. Na *participação material* o partícipe auxilia o autor fornecendo-lhe os meios adequados à realização do crime, por ex., entrega ao executante do homicídio a arma de fogo; ao ladrão a chave do cofre ou leva o agente de carro até o local do crime.⁷³ Na *participação moral*, o agente induz ou instiga o autor a cometer o crime. A ação de induzir significa que o partícipe cria a idéia criminosa na mente do autor. Na ação de instigar o partícipe reforça a idéia criminosa existente na

⁷⁰ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 62.

⁷¹ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 458.

⁷² GRECO, Rogério, op. cit., p. 485.

⁷³ Auxílio, segundo HUNGRIA, Néelson, op. cit., t. II, v. I, p. 406, é “a prestação de serviço, ministração de instruções ou fornecimento de meios para a execução do crime, mas sem participação direta ou imediata nesta”.

mente do autor.⁷⁴ Instigar é estimular, animar, há influência no processo de formação de vontade, entretanto, para Aníbal Bruno⁷⁵ instigar designa determinar e não influir, o instigador determina a outrem praticar o crime. Acrescenta José Henrique Pierangeli⁷⁶ que “só é admissível a instigação dolosa”, e segue que “o dolo do instigador necessariamente está jungido ao dolo do autor”. A instigação deve sempre ser efetuada sobre pessoa determinada ou pessoas determinadas, porque, do contrário, pode configurar o delito de incitação ao crime (art. 286, CP).⁷⁷

Surgem duas questões. Se a instigação é sempre dolosa, qual é a responsabilidade do instigador se o instigado for além do resultado desejado pelo instigador? Álvaro Mayrink da Costa afirma que: “O instigador só responde na proporção em que o autor do fato principal concorda com o seu dolo, porém se o autor principal, pelo contrário, extrapola o que é querido pelo *instigador*, responderá o autor direto pelo excesso, e o instigador até o limite de seu dolo de instigação”.⁷⁸

A segunda questão recai em que a instigação “só pode assumir relevância penal quando leva o autor a realizar o ato, ou seja, a participação exige do autor pelo menos o início da execução do crime, exatamente uma tentativa punível”.⁷⁹ O ajuste, a determinação, a instigação e o auxílio não são puníveis *se o*

crime não chega pelo menos a ser tentado, é a regra do art. 31 do CP. A participação é impunível se o autor não iniciou a execução do crime. Há tentativa de crime com o *início da execução* (art. 14, II, CP), é indispensável, pois, que o agente tenha ultrapassado as fases da cogitação e da preparação do *inter criminis* e ingressado na fase de execução para que o fato seja punível. Consumado o crime não há falar em participação, mas sim em crimes autônomos como receptação (art. 180, CP), favorecimento pessoal (art. 348, CP) ou favorecimento real (art. 349, CP).

A expressão *salvo disposição em contrário* (art. 31, CP) autoriza, em certos casos, a punição do ajuste, da determinação, da instigação ou do auxílio, ainda que não iniciada a execução do crime. O crime de bando ou quadrilha (art. 288) configura-se com a simples associação (ajuste) para o fim de cometer crimes, vale dizer, permite a punição daqueles que se associaram para cometer os delitos ajustados. O crime de petrechos para falsificação de moeda (art. 291) ocorre, por ex., na ação de guardar aparelho destinado à falsificação de moeda. Não se espera que haja a falsificação da moeda (art. 289) para punir.

Pode acontecer, ainda, de o partícipe se arrepender e o executor continuar na empresa criminosa. Leciona Néelson Hungria⁸⁰ que não há conduta punível se o arrependido não iniciar a execução do crime ou sendo o partícipe que impede o executor de iniciar a execução; se o arrependido for o executor que voluntariamente desiste da execução ou impede que o resultado se produza, ou se o partícipe evitar que o executor atinja a sua meta, operam-se a desistência voluntária e o arrependimento eficaz, comunicáveis entre os agentes; por fim, se o arrependido for o partícipe e resultar inútil o seu esforço para impedir a execução ou consumação.

De outro lado, Fernando Galvão⁸¹ exemplifica que se “A” contratar “B” para matar “C”, porém, “B”, livre e conscientemente, decide apenas lesionar “C”, há *desistência do executor*. Neste caso, se a desistência do executor for *anterior ao início*

⁷⁴ HUNGRIA, Néelson, op. cit., t. II, v. I, p. 406.

⁷⁵ BRUNO, Aníbal, op. cit., p. 272-274. Aníbal Bruno classifica os vários modos de instigação: a) no *mandato*: o instigador encomenda o crime no seu próprio interesse, incumbe outrem da execução; b) por *comando*: há entre o instigador e o instigado relação de superior e inferior, o instigador abusa do poder; c) mediante *conselho*, o executor pratica o crime no seu próprio interesse e o instigador apenas o convence da conveniência de praticá-lo; d) por *ameaça*, o motivo determinante é o temor que o instigador provoca no ameaçado, ameaça séria suficiente para instigá-lo a cometer o crime, mas que não chega a configurar a autoria mediata.

⁷⁶ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 66. No dizer de COSTA, Álvaro Mayrink, op. cit., p. 368, o dolo da instigação é o querer que outrem realize dolosamente o tipo.

⁷⁷ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 68. No mesmo sentido: FRAGOSO, Heleno C., op. cit., p. 318.

⁷⁸ COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., p. 365-366. Nesta afirmação o autor se apoia na doutrina alemã formulada por Baumann, Maurach e Schönke-Schröder.

⁷⁹ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 65.

⁸⁰ HUNGRIA, Néelson, op. cit., t. II, v. I, p. 427-428.

⁸¹ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 470.

da execução do homicídio, o homicídio sequer chegou a ser tentado, ambos, executante e mandante, não respondem. Por outro lado, se a desistência for *posterior ao início da execução* do homicídio, o impedimento da consumação decorreu pela desistência do executante – circunstância alheia à vontade do agente (mandante) – então o mandante responde por tentativa de homicídio e o executor por lesão corporal consumada.

A doutrina nacional, com exceções,⁸² admite a *participação mediante omissão*⁸³: “Na participação mediante omissão, basta, sob o prisma causal, que se não tenha impedido o crime faltando a um dever jurídico”,⁸⁴ assim o dever jurídico de impedir o resultado é indispensável, pois, se “inexiste o dever jurídico de atuar não há cumplicidade, mas simples *conivência*, impunível”.⁸⁵ O sujeito que toma conhecimento de que será praticado um furto e não comunica à autoridade não é partícipe do furto, porque não tinha o dever de agir para impedir o resultado, mas sua omissão constitui a infração autônoma de contravenção penal (art. 66, LCP). Além do dever jurídico de impedir o resultado, o omitente deve aderir à prática do crime (vínculo psicológico).⁸⁶ O policial, que faltando ao seu dever de agir

⁸² FRAGOSO Heleno C., op. cit., p. 318-319, faz importante ressalva de ser inconcebível a instigação por omissão, porque a instigação requer um comportamento ativo.

⁸³ BRUNO, Aníbal, op. cit., t. II, p. 278-279, ressalta “é necessário que a omissão funcione como elemento causal da realização do fato”; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 464, nota de rodapé n. 85, dá como exemplo de participação por omissão em crime comissivo o caso em que o pai percebe que o filho vem praticando furtos na vizinhança e não impede. Apesar de o pai violar o dever especial de agir, quem possui o domínio do fato é o filho que realiza as subtrações. HUNGRIA, Nélson, op. cit., p. 407, diz que o silêncio pode importar aprovação de quem tinha o dever jurídico de falar para dissuadir ou de quem exerce grande ascendência moral sobre o executor.

⁸⁴ HUNGRIA, Nélson, op. cit., t. II, v. I, p. 415-416.

⁸⁵ FRAGOSO, Heleno C., op. cit., p. 319. A *conivência*, segundo DOTTI, René A. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 354, “se caracteriza pela presença física de alguém no ato de execução de um crime ou a omissão em denunciar a à autoridade pública de um fato delituoso de que tenha conhecimento”.

⁸⁶ No mesmo sentido FRAGOSO, Heleno C., op. cit., p. 319, assinala que deve haver dolo do partícipe em relação cometido pelo autor.

assiste inerte, por mera covardia, à prática de um assalto à mão armada, incorre em falta disciplinar, mas não lhe pode ser imputada a participação no crime de roubo, pela falta do vínculo subjetivo. Mas, neste mesmo exemplo, haverá participação por omissão se o policial aderir à vontade do ladrão.

6. COAUTORIA E PARTICIPAÇÃO NA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Pela teoria domínio funcional do fato tem o coautor “capacidade para interferir sobre o *se* e o *como* do delito”.⁸⁷ O elemento essencial é o codomínio do fato, segundo Roxin.⁸⁸ O codomínio do fato exige uma decisão conjunta de modo que cada conduta está conectada à outra mediante a divisão de tarefas acordada na decisão conjunta ou comum.⁸⁹

O coautor “é aquele que intervém na execução do delito como co-titular da decisão comum, porque só assim pode participar do domínio do fato”.⁹⁰ O “co-autor realiza o verbo típico ou concretiza parte da descrição do crime, ainda que, no último caso não seja típica a conduta perante o verbo”.⁹¹ Segundo Maurach: “Autor e co-autor, numa análise objetiva possuem no sentido de dirigir o curso determinante da realização do fato”.⁹² No aspecto subjetivo, o coautor “deve ser um co-portador da decisão comum acerca do fato”⁹³ e no aspecto objetivo o coautor será “aquele que executa a parcela que lhe cabe, de acordo com o plano em comum”.⁹⁴ Na teoria do domínio funcional do fato para a caracterização da coautoria, diz Jescheck que a atuação do coautor é “uma parte necessária à execução do plano global”.⁹⁵

Na coautoria *direta* “todos os sujeitos realizam a conduta típica”, ex., agridem a vítima produzindo lesões corporais. Na coautoria *parcial* ou *funcional* temos domínio

⁸⁷ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 50.

⁸⁸ BACIGALUPO, Enrique, op. cit., p. 456

⁸⁹ Idem, p. 457.

⁹⁰ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 54.

⁹¹ JESUS, Damásio E. de, op. cit., p. 21-24.

⁹² Apud, PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 55.

⁹³ Idem.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Apud, PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 56.

funcional do fato⁹⁶ e há “repartição de atividades (funções) entre os sujeitos”.⁹⁷ São distribuídos entre os diversos autores atos executórios, de modo que cada um é responsável por parte do fato, desde a execução até o momento consumativo, por isso “cada um mantém o domínio funcional do fato”.⁹⁸ Na coautoria *parcial* ou *funcional* a conduta de cada um dos autores é necessária de modo que sem ela o crime não teria cometido. Damásio E. de Jesus dá como exemplo o crime de roubo no qual as ações são divididas entre o apoderamento de dinheiro, constrangimento das vítimas mediante ameaça, vigilância e direção do veículo.

O partícipe no domínio final da ação “é quem contribui para um delito alheio, sem realizar conduta que se ajuste ao tipo e sem ter condições de decidir sobre a consumação do fato típico”.⁹⁹ O partícipe não tem poder de decisão sobre a execução ou a consumação do crime, o partícipe não tem o domínio finalista do crime, o delito não lhe pertence, ele colabora no crime alheio, enquanto o autor detém o domínio do fato e o coautor o domínio funcional do fato.¹⁰⁰

7. Concurso de pessoas em crime culposo

Pela Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 ficava solucionada “a questão sobre o concurso em crime culposo, pois neste tanto é possível a cooperação material, quanto a cooperação psicológica, isto é, no caso de pluralidade de agentes, cada um destes, embora não querendo o evento final, tem consciência de cooperar na ação”. Dissertava, neste diapasão, Nélon Hungria¹⁰¹ ser possível tanto a coautoria como a participação no crime

culposo, porque no crime culposo pode haver cooperação de atividades simultâneas ou sucessivas, desde que se apresentem subjetivamente coligadas ou coordenadas, ou desde que um dos agentes saiba que contribui para o outro: o passageiro do automóvel que induz o motorista a empregar velocidade excessiva, de forma imprudente, e com isso vem ocorrer um atropelamento; dois operários da construção civil que lançam a tábua no leito da rua e atinge um passante; o agente amontoa lenha para fazer a fogueira e o outro deita-lhe fogo, sem atentarem para a proximidade de uma casa, que vem a incendiar-se. No clássico exemplo utilizado pelos causalistas (Hungria, Aníbal Bruno e Noronha) para explicar a coautoria em crime culposo, os operários compartilhavam o mesmo dever objetivo de cuidado (conduzir a tábua com segurança ao local de depósito) e em cooperação praticaram condutas descuidadas. É minoritária a doutrina causalista quanto à impossibilidade de coautoria e a participação em crime culposo.¹⁰² Com o finalismo as linhas de pensamento sobre o concurso de pessoas no crime culposo tornaram-se divergentes.

Sustenta Álvaro Mayrink da Costa¹⁰³ que nos injustos negligentes não há participação e nem coautoria, pontifica a “participação é impossível nos injustos negligentes. O autor de um injusto negligente atua inconscientemente e com limitada e insuficiente capacidade de direção”¹⁰⁴; nos “injustos negligentes o autor é único, devendo ser valorado diante da realização do resultado típico, ainda que se possa imaginar qualquer indução”,¹⁰⁵ enfatiza, por fim, a impossibilidade participação em crime culposo quando assevera que a participação moral, nas modalidades de instigação e indução, é sempre dolosa.¹⁰⁶ No exemplo em que há instigação do motorista para exceder a velocidade permitida e perigosa, vindo assim colidir e

⁹⁶ JESUS, Damásio E. de, op. cit., p. 21-24.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Idem, p. 23.

⁹⁹ FRANCO, Alberto Silva et al, op. cit., p. 164.

¹⁰⁰ JESUS, Damásio E., op. cit., p. 25.

¹⁰¹ HUNGRIA, Nélon, op. cit, t. II, v. I, p. 413-414. De igual sentir, BRUNO, Aníbal, op. cit., t. II, p. 277, assinala que na culpa os agentes são cooperadores conscientes na imprudência ou negligência uns dos outros; NORONHA, Magalhães. *Curso de direito penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 216, que aduz há “cooperação no crime culposo, visto existir neste vontade na ação causal e previsibilidade do evento”.

¹⁰² COSTA E SILVA, Antônio José da. *Comentários ao código penal brasileiro: parte geral*, 2. ed., rev. e atualizada por Luiz Fernando da Costa e Silva, São Paulo: Contasa, 1967, v. 1, p. 97-98, diz que se o crime culposo for resultante da cooperação de duas ou mais pessoas cada uma delas responde como autora.

¹⁰³ COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., p. 354.

¹⁰⁴ Idem, p. 340-341.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Idem, p. 365.

causar a morte de terceiro, ambos, motorista e o instigador, são autores de homicídio culposo.

A majoritária doutrina divide-se entre os que defendem a possibilidade de participação e aqueles que admitem apenas coautoria no crime culposo. Com argumentos diferentes parcela da doutrina aceita a participação em crime culposo. Luiz Regis Prado¹⁰⁷ sustenta ser admissível a participação em crime culposo na modalidade de instigação, afirma que se a coautoria exige o ajuste prévio para realização do resultado, inviável a coautoria, pois, não há liame subjetivo. Ex.: “A” incita “B” dirigir em alta velocidade sem observar cuidado objetivo. “A” é partícipe do crime culposo causado por “B”. Ainda no exemplo do passageiro instigador do motorista, ressalta Rogério Greco¹⁰⁸ que o motorista detinha o controle do automóvel, que não foram as condutas conjugadas simultaneamente que levaram à eclosão do acidente, tal como no exemplo dos operários que arremessam a tábua, e por fim arremata que o autor é aquele que pratica a conduta contrária ao dever de cuidado; partícipe é aquele que induz ou estimula alguém a realizar a conduta contrária ao dever de cuidado.

Fernando Galvão remete a questão à teoria objetivo-final (teoria do domínio do fato) pela qual “é possível reconhecer que nem todos os concorrentes de um crime culposo têm o domínio do fato, o que viabiliza a distinção entre autores e partícipes”,¹⁰⁹ assim no caso do passageiro (carona) que instiga o motorista a empreender velocidade, quem domina o fato é o motorista, o passageiro (carona) que o instiga é o partícipe. O dever objetivo de cuidado é do motorista, nos “termos da teoria objetivo-final, todos os autores devem dominar finalisticamente a realização da conduta descuidada”.¹¹⁰ No mesmo sentido, Miguel Reale Júnior sustenta a

¹⁰⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed., São Paulo: RT, v. 1, 2002, p. 398

¹⁰⁸ GRECO, Rogério, op. cit., v. I, p. 517,

¹⁰⁹ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 463-464.

¹¹⁰ Idem, p. 447-448. No segundo exemplo (do motorista induzido pelo passageiro a exceder a velocidade) o fundamento legal da comunicabilidade da circunstância de caráter pessoal (ser o motorista) é o art. 30 do CP.

possibilidade de participação no crime culposo porque “há um autor principal que tem o domínio do fato, e pode não cumprir a ação para a qual instigou ou prestou auxílio, exatamente por exercer um poder sobre o fato”.¹¹¹

Outra vertente jurisprudencial¹¹² e doutrinária.¹¹³ admite coautoria em crime culposo. Explica Cezar R. Bitencourt¹¹⁴ que o vínculo subjetivo entre os agentes se estabelece na realização da conduta voluntária. Os que cooperam na causa, na falta do dever objetivo de cuidado objetivo, agindo sem a atenção devida, são coautores. Guilherme de Souza Nucci¹¹⁵ justifica ser admissível somente a coautoria e não a participação, por ser o crime culposo de tipo aberto, quem instiga outro a ter atitude imprudente é igualmente imprudente. Heleno C. Fragoso¹¹⁶ também admite a coautoria pela contribuição causal dos autores a partir da tipicidade do crime culposo ser a violação do dever objetivo de cuidado, de modo que são coautores aqueles que desatendem aquele dever.

8. CONCURSO DE PESSOAS EM CRIME OMISSIVO.

Tormentosa é a divergência doutrinária no tocante ao concurso de pessoas no crime omissivo. Defende-se a impossibilidade de coautoria nos crimes omissivos, porque o dever de agir é pessoal e intransferível. Conhecido o exemplo de A. Kaufmann em que se cinquenta nadadores assistem impassíveis o afogamento de uma criança, cada um será autor direto da omissão de socorro.

¹¹¹ REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit., v. I, p. 324,

¹¹² JUTACRIM 88/283; 91/412; 86/124; 84/372; 92/293 e 89/465; 30/383; RTJ 120/1136; RT 496/289; 444/370; 454/439; 447/472 e 500/325.

¹¹³ MIRABETE, Julio F., op. cit., v. I, p. 234-236; DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 114, admite excepcionalmente a coautoria em crime culposo” desde que demonstrada a existência do vínculo subjetivo voltado à realização da conduta imprudente comum”.

¹¹⁴ BITENCOURT, Cezar R., op. cit., v. 1, p. 450.

¹¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 297.

¹¹⁶ FRAGOSO, Heleno C., op. cit., p. 313.

8. 1. Concurso de pessoas em crime omissivo próprio

Rogério Greco e Miguel Reale Jr.¹¹⁷ advogam as duas formas de participação. A coautoria, segundo Miguel Reale Jr., por um acordo de vontades entre os agentes para deixar de cumprir com a ação esperada, por ex., duas pessoas decidem não prestar socorro a pessoa ferida em acidente de carro. Rogério Greco¹¹⁸ reconhece participação se o “partícipe dirige a sua conduta no sentido de fazer com que o autor não pratique a conduta a que estava obrigado”, e dá como exemplo o crime de omissão de socorro (art. 135, CP) em que “A”, paraplégico, induz “B”, surfista profissional, a não socorrer “C”, que está se afogando. “A” não pode ser autor do delito de omissão de socorro pelo fato de ser paraplégico, uma vez que se entrasse no mar correria risco pessoal. B, entretanto, por ser surfista profissional, poderia ter socorrido “C” sem qualquer risco pessoal. Neste caso, “A” só pode ser partícipe o crime de omissão de socorro praticado por “B”.

Admite a coautoria no crime omissivo próprio Cezar R. Bitencourt,¹¹⁹ desde que os agentes tenham obrigação de agir e anuem à omissão de outrem, vale dizer, consciência e vontade conjuntas de não realizar a conduta esperada. Fernando Galvão igualmente assinala: “Presentes os requisitos do concurso de pessoas, em especial o domínio compartilhado do fato, e havendo para ambos os concorrentes o dever de agir em conjunto, será possível a co-autoria em crime omissivo”,¹²⁰ e Guilherme de Souza Nucci acentua que deve ser verificado se os agentes estão “vinculados psicologicamente ao mesmo

resultado, a este prestaram sua contribuição, ingressando no tipo penal e perfazendo o necessário à configuração da co-autoria”.¹²¹

Damásio E. de Jesus sustenta não ser admissível coautoria em crime omissivo próprio, porque a coautoria se baseia na divisão de tarefas e no delitos omissivos próprios “não se pode dizer que a omissão de um sujeito constitui parte do todo, que a conduta omissiva de um completa a do outro”,¹²² de maneira que todos os omitentes são autores diretos, mas é viável a participação por ação (não por omissão), se o agente induz o autor a se omitir, a não socorrer a vítima.

8. 2. Concurso de pessoas em crime omissivo impróprio

Miguel Reale Júnior aceita as duas formas de participação, a coautoria porque “o dever de agir pode incumbir a ambos os co-autores, como na hipótese de pai e mãe deixarem de alimentar o filho para lhe causar a morte por inanição”,¹²³ e a participação propriamente dita ainda que incumba a um dos agentes o dever de agir, esta circunstância (dever de agir para impedir o resultado), por ser elementar do crime comissivo por omissão, comunica-se ao outro concorrente (art. 30 do CP). De outro vértice, Damásio E. de Jesus¹²⁴ assevera não existir coautoria, assim o pai e mãe, que de comum acordo, venham matar a criança por falta de aleitamento, são autores de homicídio doloso, entretanto, é admissível a participação mediante ação, por ex., terceiro induz a mãe a matar o própria filho mediante inanição.

Se aplicada a teoria do domínio do fato há solução? Há divergência quanto à aplicação da teoria do domínio do fato aos crimes

¹¹⁷ REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit., v. I, p. 325. GRECO, Rogério, op. cit., v. 1, p. 511, filia-se ao pensamento de que nada impede o reconhecimento da coautoria em crime omissivo “quando todos os agentes, unidos pelo vínculo psicológico, resolvem deixar de agir em determinado caso concreto, quando a lei lhes impunha, individualmente, que agissem ou conforme o comando abstrato, sendo o caso de delitos omissivos próprios, ou com a finalidade de evitar o resultado, na hipótese de crimes omissivos impróprios”.

¹¹⁸ GRECO, Rogério, op. cit., v. 1, p. 512.

¹¹⁹ BITENCOURT, Cezar R., op. cit., v. 1, p. 451,

¹²⁰ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 448-449.

¹²¹ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 300,

¹²² JESUS, Damásio E., op. cit., v. 1, p. 434-438. Damásio E. de Jesus dá o exemplo de dois médicos, que combinam silenciar a respeito de doença de notificação compulsória, assim cada um deles será autor direto do crime previsto no art. 269, CP. No exemplo dos nadadores que se omitem em socorrer o afogado haverá tantos crimes de omissão de socorro quantos sejam os omitentes.

¹²³ REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit., v. I, p. 325.

¹²⁴ JESUS, Damásio E., op. cit., v. 1, p. 434-438.

omissivos.¹²⁵ Entretanto, Cezar R. Bitencourt¹²⁶ defende a participação no crime omissivo impróprio, porque se o partícipe não tem o dever jurídico de agir, sua atividade é acessória, o autor tem domínio da ação final. Nesta mesma linha de pensamento Fernando Galvão argumenta ser possível a participação em crime omissivo impróprio se o outro interveniente do fato não possuir dever especial de agir e não possuir o domínio do fato, e ressalta que a “participação em crime omissivo impróprio ocorre por conduta comissiva, na qual o partícipe *instiga* ou *determina* aquele que possui o dever de agir a não cumprir sua obrigação”.¹²⁷

9. CONCURSO DE PESSOAS EM CRIME DE MÃO PRÓPRIA

Crime de mão própria é aquele que só pode ser cometido pelo autor, daí ser denominado crime de atuação pessoal, cujo exemplo é o delito de falso testemunho (art. 342, CP). Informa Celso Delmanto¹²⁸ que a doutrina é pacífica que não cabe coautoria em crime de mão própria, porém é possível a participação moral (instigação) ou a material. Esse é o entendimento de Rogério Greco, que justifica não haver possibilidade de divisão de tarefas no crime de mão própria, mas os “partícipes, mesmo não possuindo o domínio sobre o fato, podem, de alguma forma,

concorrer para infração penal, induzindo, instigando o auxiliado materialmente o autor”.¹²⁹

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria do domínio do fato é aplicável no direito penal brasileiro e soluciona os problemas atinentes à autoria nos crimes de autoria mediata e no crime organizado, também resolve, satisfatoriamente, as questões do concurso de pessoas no crime culposos. Porém, a nosso aviso, a teoria do domínio do fato é complementar à teoria formal-objetiva, pois, encontra certa dificuldade de aplicação diante de certas estruturas típicas de crime omissivo, de mão própria ou de infração de dever.

¹²⁵ A teoria do domínio do fato não teria aplicação aos delitos omissivos próprios e impróprios, devendo ser substituída pelo critério da infringência do dever de agir. Neste sentido: JESUS, Damásio E., op. cit., v. 1, p. 434.

¹²⁶ BITENCOURT, Cezar R., op. cit., v. 1, p. 451.

¹²⁷ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 448-449.

¹²⁸ DELMANTO, Celso et al, op. cit., p. 115. Majoritária é a doutrina no sentido de ser impossível coautoria em crime de mão própria. Neste diapasão tem relevo a conduta do advogado que orienta ou aconselha a testemunha a prestar depoimento em favor de seu constituinte. Vários julgados firmando que não falar em co-autoria no crime de *falso testemunho*: RT 484/292; 508/324; RJTJSP 89/356; 90/541, há julgados em sentido contrário dos Tribunais Superiores negando ordem de habeas corpus, porque, que pelo menos em tese, há possibilidade de co-autoria do *advogado* no crime de falso testemunho: STJ, 6ª T., rel. Min. Adhemar Maciel, j. 9.04.1996, DJ 3.02.1997, p. 783; STF, 2ª T., rel. Min. Maurício Corrêa, j. 10.12.1996, DJ 7.03.1997, p. 5.421.

¹²⁹ GRECO, Rogério, op. cit., v. 1, p. 473-474. No mesmo sentido: DOTTI, René A., op. cit., p. 362-363; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 462, que salienta que o tema não oferece dificuldade porque, sobretudo na participação oral, não há dúvida de que o partícipe pode instigar, por conselhos, a testemunha a prestar informações falsas. Colhem-se de nossos tribunais decisões que perfilham este entendimento doutrinário: RT 635/365, TJSP, que decidiu que no crime de falso testemunho é punível a participação daquele que convence outrem a fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade, como testemunha. Outras decisões do TJSP reconhecendo o advogado como partícipe no crime de falso testemunho: RT 492/271; 453/338.

REFERÊNCIAS

- BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal – parte geral**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2004
- BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, t. I e II.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2009
- COSTA e SILVA, Antônio José da. **Comentários ao código penal brasileiro**: parte geral, 2. ed., rev. e atualizada por Luiz Fernando da Costa e Silva, São Paulo: Contasa, 1967, v. 1.
- DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FRANCO, Alberto Silva et al. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1990.
- FREDERICO MARQUES, José. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1954, v. 1 e 2.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, v. I.
- HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1958, v. I.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Teoria do domínio do fato**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000
- LOPES, Jair Leonardo. **Curso de direito penal**: parte geral. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 21. ed., São Paulo: Atlas, v. I, 2004
- NORONHA, Edgard de Magalhães. **Curso de direito penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídico-penais**. São Paulo: Ed. RT, 1992.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed., São Paulo: Ed. RT, v. 1, 2002
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I.
- ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal**: parte geral. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.