

O CONTEÚDO E A IMPORTANCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO NA CO-AUTORIA

Vasco Della Giustina

Promotor Público em Porto Alegre

Sumário: Colocação do problema. Posições históricas em torno do núcleo do elemento subjetivo na co-autoria. O pensamento de S. Ranieri, F. Antolisei e C. Pedrazzi. A teoria monística e pluralista. O posicionamento dos doutrinadores nacionais e estrangeiros. Enfoques jurisprudenciais e pareceres do Ministério Público. Os atuais códigos penais brasileiro e italiano e os projetos. Conclusões, críticas e sugestões.

I — COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

O que caracteriza a co-autoria é a “existência de um só crime e de vários agentes que cooperam em convergência de esforços para o resultado comum.” (A. Bruno, “Direito penal”, t. 2, p. 260).

Para os fins do nosso trabalho, não vamos aqui distinguir entre co-autoria e participação criminal. Segundo os autores, na co-autoria não há fato principal realizado por um dos agentes, ao qual adeririam os outros, eis que cada um dos agentes contribui na realização do fato punível na sua inteira configuração legal, e na participação criminal existe apenas atuação e cooperação em delito alheio.

O que importa, é a presença de dois ou mais agentes em um único crime, quer a isto se atribua o nomen juris de “concurso de pessoas”, “co-autoria” ou “participação criminal”.

Pois bem, o delito em co-autoria, por ser justamente um ilícito penal, deve ter as notas características do delito monossubjetivo: **“Ser uma ação, ação típica, antijurídica e culpável”**. (Magaalhães Noronha, “Direito penal”, v. 1, p. 125).

Visa o presente trabalho o estudo da nota da culpabilidade ou do elemento subjetivo na co-autoria, com destaque para o dolo.

F. Antolisei, o mestre mais seguido nas *Scuole di Giurisprudenza da Itália*, proclama que a “doutrina e a jurisprudência estão concordes em afirmar que para poder se falar em co-participação criminosa, além dos requisitos indicados, ocorre um fator psicológico, mas sobre a determinação deste, reina notável incerteza”. (*Manuale di diritto penale*, 5. ed., p. 419).

Diferirá a culpabilidade nos delitos em co-autoria dos delitos monossubjetivos?

Em que consiste o *animus* no concurso de pessoas?

“A procura, portanto, no sentido de determinar em que se concretiza o elemento subjetivo no concurso criminoso de pessoas, **não pode prescindir, como de resto, é evidente, tanto do fator consciência como do fator vontade**. E isto em conformidade com as disposições do nosso direito positivo que, seja à consciência, seja à vontade, fazem referência, sempre que advertem o que ocorre para que a conduta possa ter relevo para o direito penal, e, particularmente como se comporta o elemento psicológico nos crimes monossubjetivos, através do qual é possível distinguir-se o diverso aspecto que pode assumir.

Além desta advertência, há de ter-se presente que não podendo tal determinação ser efetuada senão por caracteres específicos, porque de outra forma não teria sentido, **esta não pode repetir as notas comuns do elemento psicológico dos crimes com um único sujeito, mas deve se limitar a mostrar unicamente aquelas que fazem, sob o reflexo subjetivo de mais condutas, mais condutas criminosamente concorrentes e que, por isto, são exclusivamente próprias daquela particular figura criminosa que é o concurso para delinquir.**” (Silvio Ránieri, “II concorso di persone nel reato”, p. 101).

II — POSIÇÕES HISTÓRICAS EM TORNO DO NÚCLEO DO ELEMENTO SUBJETIVO NA CO-AUTORIA

“As condutas, ainda que casualmente relevantes, faltaria sentido para o concurso criminoso de pessoas, se não fossem coligadas, ou mais do que coligadas, reunidas sob o reflexo psicológico.

Surge assim o problema voltado a examinar como se comporta a vontade quando o crime é constituído pela colaboração de mais

peessoas, não necessária pela noção abstrata do próprio crime.” (Silvio Ranieri, “Il concorso di più persone in un reato”, 2. ed., p. 65).

Não há dúvida de que a presença do elemento subjetivo na co-autoria é essencial. “**Decisivo, em relação ao conceito unitário da participação criminosa, sob o aspecto jurídico-penal, é o vínculo psicológico que une as atividades em concurso, ou seja, a vontade consciente de cada co-partícipe referida a ação coletiva. Se inexistir tal vínculo, o que se dá é a denominada autoria colateral, na qual, se qualquer das atividades convergentes (mas desconhecidas umas das outras) realiza, sozinha, o resultado final, por este não responderão as demais.**” (N. Hungria, “Comentários ao código penal”, ed. 1958, v. 2, p. 399).

1. O elemento psicológico, segundo a doutrina tradicional, caracteriza-se por um proponimento comum, por uma **voluntas sceleris** dos indivíduos cooperadores, entendida como **dolus** e vontade, mas também ciência do evento criminoso para o qual estavam dirigidas as vontades individuais. É indispensável um concerto entre os delinquentes tendo em vista o fim comum. É o “prévio concerto”.

Todavia muitas foram as críticas a esta doutrina, desde os povos bárbaros, direito canônico e legislações estatutárias italianas.

Ora, o acordo de vontades pode realmente ser precedido de uma resolução de ação, porém pode também verificar-se no desenrolar de um fato imprevisto, determinado por um irromper de paixões. por ex., sendo insciente seu autor, ou até mesmo contra sua vontade.

2. Em 1921 no C.P. italiano, compilado sob a direção de E. Ferri, se buscou descobrir em que consiste o elemento subjetivo no concurso criminoso de pessoas. O projeto continha no art. 17, uma disposição genérica pela qual deveria sujeitar-se à sanção, estabelecida para o delito, quem, como autor, co-autor, ou cúmplice, material ou moralmente, tivesse concorrido, com diminuição de pena, para quem houvesse participado com uma conduta que demonstrasse menor periculosidade. Não especificando, portanto, em que devesse consistir o liame psicológico da união dos vários partícipes, dever-se-ia fazer referência à primeira parte do art. 12, para extraí-lo.

Dada a redação deste, o intérprete era advertido que para os delitos dolosos, o elemento psicológico era individualizado pela intenção com a qual o fato era cometido, sendo então legítimo, pois, concluir que na hipótese do concurso doloso de pessoas, fosse con-

siderado suficiente a convergência das vontades individuais sobre o fato criminoso, e portanto, a intenção comum a todos os co-participantes.

3. As doutrinas mais modernas, excluído como elemento constitutivo do concurso o **“prévio concerto”**, tenderam a tornar indispensável o **“acordo de vontades”** ainda que ao improviso e limitado à conduta. (Manzini).

Em que consiste este “acordo de vontades”?

Carnelutti entende como **“vontade de co-participação”** ou **“concordia das vontades individuais”** que se distingue do **“prévio concerto”** enquanto se concretiza na vontade, comum a todos os co-participantes, dirigida não somente para cometer um determinado crime, mas para cometê-lo junto, com o concurso de um e de todos, definido como **“um dano punível ocasionado mediante acordo entre mais pessoas.”**

Observa-se que a **“vontade de participar”**, tem como pressuposto incidível o conhecimento da co-participação.

Ora, então não se explicam todas as hipóteses, como a do auxílio que vem prestado sem que o autor o saiba...

4. Pouco procedente é a teoria de Carrara que entende que para o concurso, a **“vontade do partícipe deva ser manifestada ao autor principal”**, que deve ter tido conhecimento desta.

Igualmente, pela razão supra do item 3, esta não procede.

5. Schutze, explicou a **“teoria do acordo de vontades”**, no sentido de que para tanto era indispensável um **“mútuo influxo espiritual criminoso”**

Ora, tal teoria repete os defeitos das antecedentes.

6. A doutrina ainda buscou outra fórmula: **“a vontade comum”**. Para entendê-la, dever-se-ia referi-la ao conteúdo das vontades individuais, buscando unificar, por esta via, as diversas condutas criminosas, enquanto dominadas por uma vontade idêntica, nos sujeitos individuais.

Igualmente, tal doutrina não resiste à crítica. Pode haver diversos graus de vontade em um mesmo delito. P. ex., A quis instigar, B consumir, C participar dos atos de execução, etc.

Como, de fato, o concurso criminoso não implica em identidade de atos que no seu conjunto compõem a operação criminoso, assim pela mesma razão não pode implicar em identidade de conteúdo de vontades individuais.

7. Hefter, Berner Zachareas, Hälschner e Janka, entendem ser possível distinguir entre autor e cúmplice, não pelo diverso modo de sua cooperação, mas sim pelo seu diverso propósito, que nos co-autores é voltado para a realização do delito como o fato próprio, enquanto nos cúmplices, que não realizam o crime, mas favorecem a perpetração, é voltado a favorecer um delito de outrem.

Ora, se a atividade colaboradora na produção de um certo resultado é causal por si mesma, tanto o cúmplice quanto o autor devem conhecer o valor de sua conduta e devem querer causar o evento.

Todos os partícipes devem ter querido cometer o delito, e esta vontade que em cada um destes se encontra, anula a distinção entre vontade dirigida para um fato como próprio e vontade dirigida para um fato como de outrem.

8. Von Buri descarta a possibilidade de se operar qualquer distinção, do ponto de vista subjetivo, entre os partícipes de um crime em razão do mesmo ser querido como próprio ou de outrem. Porém afirma que não se pode negar que exista entre os partícipes de um mesmo crime, uma subordinação de vontade, sobre a qual seja possível fundar a distinção subjetiva, que em vão foi buscada por outros tratadistas. Ou seja, a vontade do autor é incondicionada e autônoma enquanto a vontade do cúmplice é subordinada e condicionada àquela e se resolve, para o cúmplice, em dolo eventual, que basta não somente para distinguir os vários partícipes entre si como as penas.

Todavia não é a regra geral. Há casos de subordinação do autor ao cúmplice, e casos em que o próprio cúmplice quer a ação mais do que o próprio autor.

9. Com a crítica às opiniões aventadas pelos sequazes da teoria subjetiva, o problema da determinação do elemento subjetivo, volta ao seu ponto de partida.

Contudo, Manzini e outros entendem suficiente para o concurso, que no aspecto subjetivo se tenha uma simples "adesão à vontade de outrem."

A crítica é procedente. Nem todos os que concorrem para um mesmo delito aderem à vontade de outrem. Para se persuadir mais ainda, basta considerar que aderir à vontade de outrem, não pode ter outro significado, que fazê-la própria. Em poucas palavras, querer o que o outro quer.

10. A doutrina mais recente busca resolver o problema acentuando a responsabilidade do elemento cognoscitivo, que junto com a vontade, compõe o processo psicológico.

Admite que a consciência deve iluminar, seja o ato interno de querer seja o ato externo de agir e, por isso, o ato de querer é operativo de conseqüências jurídicas quando acompanhado ou precedido daquele grau de consciência com base na análise do qual se pode dizer que o sujeito se determinou à sua conduta por motivos conhecidos. Em outras palavras: a conduta foi desejada, conscientemente por um sujeito que, malgrado isto, se determinou a comportar-se daquele modo ou foi desejada por um sujeito que, por suas condições psíquicas, teria devido e podido abster-se de agir, ao invés de ficar inerte. Destas premissas, nas quais o fator cognoscitivo, tem particular valorização, deriva que o "acordo" surgiria, entre os indivíduos, na dependência dos conhecimentos que tiverem.

11. Uma outra teoria divisa o fator subjetivo na *scientia maleficij* do partícipe, que cimenta as diversas condutas entre si, e que tem conteúdo específico, em relação aos crimes singulares.

Esta doutrina teve repercussão no encaminhamento do Projeto do Código Penal Italiano. Arturo Rocco, na Comissão Ministerial declarou que "quando se trata de um crime singular, basta a consciência e a vontade da própria ação e do evento daí derivado, quando ao invés se trata de mais pessoas que concorrem em um mesmo crime, para os quais todas as ações constituem uma espécie de acervo causal, da qual resulta a produção do evento, não basta a representação do evento e a relação de causalidade, entre a ação e o evento, mas necessita também a consciência da ação de outrem e da relação da causalidade que existe entre a ação de outrem e o evento delituoso "

Disto se conclui que o núcleo do elemento subjetivo, próprio do concurso criminoso de pessoas, seria o conhecimento da ação de outrem e da relação de causalidade entre esta e o evento criminoso, uma vez que os outros elementos enunciados se encontram também no elemento psicológico dos crimes com um único sujeito.

Rocco acentua o valor do elemento cognoscitivo, talvez no pressuposto de que onde há consciência e ação, há também vontade.

12. Outra questão a ser colocada é com relação ao conteúdo das vontades individuais que concorrem. Não é idêntico. Parece absurdo pretender que o conteúdo das representações individuais e das vontades deva ser, em todos os co-partícipes, idêntico. A conduta é a vontade objetivada e a sua diversidade traduz uma diversidade do conteúdo do elemento subjetivo que lhe é próprio.

Não é demais ter presente que tal diversidade de conteúdo do elemento psicológico nos concorrentes individuais é uma exigência do concurso criminoso de pessoas.

Exemplo: O autor que realiza, o instigador que faz surgir a resolução criminosa e o cúmplice que facilita... os três estão em dolo.

Esta individualização do dolo não é exata. Não se pode esquecer que também os partícipes se devem representar e querer o fato concreto para cuja realização dão a sua contribuição própria, e, mesmo aquele fato concreto representado e querido pelo Autor, assim que o elemento subjetivo, se apresenta algumas diversidades, quando examinado sob o ângulo estritamente individual, é todavia idêntico se examinado sob uma perspectiva visual, comum a todos os sujeitos, apresentando igual convergência de representação e vontade, e, esta identidade seria suficiente para criar o concurso criminoso.

13. Há tratadistas, finalmente, que buscam o elemento unificador, valorizando o fator cognoscitivo. Para estes não se deveria observar tanto a extensão e direção da vontade para decidir-se sobre a existência, na espécie de concurso criminoso de pessoas, quanto o conhecimento que o sujeito teve no momento de agir em vista do que agiu.

Todavia para estes tratadistas, nem mesmo o fator cognoscitivo se apresentará idêntico nos vários delitos, dependendo do comportamento diverso na maneira de agir no crime.

III — O PENSAMENTO DE S. RANIERI, F. ANTOLISEI E C. PEDRAZZI

1. A teoria de S. Ranieri

A procura, portanto, sobre o que seja o elemento subjetivo na co-autoria, não pode prescindir, é evidente, tanto do fator consciência como do fator vontade. Além disto não pode repetir as notas comuns do elemento psicológico, dos crimes de um único sujeito, mas deve aclarar as notas do delito com mais de uma pessoa.

Devem ter caráter genérico e portanto comum a todo delito desta espécie, independente do número de pessoas.

Os fatos humanos, em relação às normas penais que ofendem, se podem distinguir entre fatos que se concretizam:

I — na violação de uma norma que contém uma proibição de

ação, especificando nesta categoria aqueles que violam um comando de ação imposto com o fim de impedir um determinado evento; e

II — aqueles que violam um comando de ação, imposto com o fim de produzir o evento esperado pela norma.

I — Violação de norma que contém proibição de ação

Nos delitos dolosos que se concretizam na violação de uma norma que contém uma proibição de ação, o elemento psicológico se apresenta caracterizado não somente pela representação e vontade da própria conduta, mas também pela representação das conseqüências que pode produzir e que são previstas pelo sujeito, ao menos como possíveis e pela vontade de produzi-las.

Em outras palavras, o sujeito não se representa e quer puramente a própria conduta, mas, conhecendo a eficácia, se representa e quer também as conseqüências que se colocam como evento da própria conduta.

Já que a conduta representada e querida e o próprio evento representado e querido, são partes de um conteúdo do modelo legislativo criminoso, se pode dizer que o sujeito se representa e quer o fato previsto no modelo legal, sem porém que seja indispensável que ela tenha também a consciência da antijuridicidade e punibilidade.

Tais notas são comuns aos co-partícipes. Também o partícipe se representa e quer a própria conduta e, conhecendo a eficácia, se representa e quer suas conseqüências. Como para o autor, a sua representação e vontade se estendem da conduta ao evento.

Mas tais notas são comuns e genéricas e inidôneas a individualizar em que se concretiza o elemento psicológico. Estas são dadas:

1. por um acordo preexistente entre partícipe e autor ou entre mais co-autores;

2. ou — ainda que não pela vontade de participar de um fato de outrem, ou ainda que nem mesmo pela cooperação voluntária e consciente em um determinado fato criminoso, mesmo genérica e imprecisa — ao menos pela vontade de determinar com a própria conduta, um fator para a verificação de um evento preconhecido, e querido, que ao lado de outros fatores que outrem colocará em ação, é necessário para a sua realização e que, como produto de mais antecedentes referíveis a mais sujeitos, é evento próprio do autor como de todos os partícipes.

Esta vontade se distingue do elemento psicológico dos delitos com um único sujeito, porque exige:

a) que seja conhecida e desejada a conduta própria, conhecida e desejada a conduta do autor e do outro co-autor;

b) que desta se conheça, ainda mais, a eficácia para a produção do evento, de todos como de cada um, pré-conhecido e querido.

O que, todavia, não importa que no concurso criminoso:

a) o partícipe ou o co-autor deva agir na dependência do mesmo motivo pelo qual age o autor ou co-autor. O autor, por ex., pode agir para tirar proveito da res furtiva e o partícipe para satisfazer a vontade de vê-lo ir à prisão;

b) deva o partícipe agir com a mesma intensidade de dolo do co-autor. Ex.: Um pode agir com premeditação e outro não.

Nos delitos dolosos que se concretizam na violação de uma norma que contém uma proibição de ação, no tocante à **instigação**, além das notas comuns, há notas específicas. Estas são dadas, não só pela consciência que pela própria conduta surgirá no instigado a resolução de cometer um determinado fato criminoso, nem só pela vontade dirigida a um determinado fato concreto, ou a mais fatos concretos, **mas pela vontade** de colocar, com a própria conduta, uma condição para o nascimento (determinação) ou reforço (instigação, em sentido próprio) em outros, de uma determinada resolução criminoso.

E a vontade se distingue porque exige:

a) que pelo instigador seja pré-conhecida e querida, além da própria conduta, também a resolução criminoso do autor, como resultado imediato de sua conduta instigadora;

b) além desta, que pelo instigador seja conhecida e desejada também a conduta do instigado, dirigida a produzir o evento proibido.

II — Violação de norma que contém comando de ação

Nestes delitos dolosos o elemento psicológico se apresenta caracterizado não unicamente pela representação e vontade, tanto da conduta tida, quanto do evento verificado, mas também da representação da conduta comandada, que se recusa de atuar, tendo a consciência que a sua atuação poderia impedir o evento vetado.

Tal ocorre nos delitos em co-autoria. As notas são estas:

a) ou de um concurso preexistente entre os partícipes;

b) ou ao menos, pela vontade do partícipe em ter uma conduta diversa da comandada, que como as outras, postas em prática

pelos outros sujeitos, não impedirá a verificação do evento proibido, também este pré-conhecido e querido e que por isto é referível a todos os partícipes.

E esta vontade se distingue dos delitos de um só sujeito, porque:

a) exige que seja conhecida e querida a própria conduta, efetivamente tida, conhecida e desejada aquela, diversa da comandada, tida pelos outros partícipes;

b) exige que desta se conheça, também, a eficácia em não produzir o evento comandado de todos conhecido e recusado.

Nos delitos dolosos que se concretizam na violação de uma norma que impõe um comando de ação para impedir a produção de um determinado evento, o concurso pode assumir a forma de instigação.

As notas comuns são dadas pela vontade de colocar, com a própria conduta, uma condição para o nascimento (determinação) ou pelo reforço (instigação) em outros de uma resolução criminosa.

Esta vontade se distingue por suas notas características:

a) exige que pelo instigador seja pré-conhecida e querida, além da conduta própria, também a resolução criminosa de outrem, como resultado imediato da conduta instigadora;

b) exige, além desta, que pelo instigador seja conhecida e desejada, também a conduta do instigado, dirigida a não produzir o evento comandado.

2. A teoria de F. Antolisei

Doutrina e jurisprudência estão concordes em afirmar que para poder se falar de co-participação criminosa, além dos requisitos indicados, ocorre um fator psicológico, mas sobre a determinação deste, reina uma notável incerteza.

Um ponto está fora de discussão: para a existência do *concursum delinquentium* no direito vigente não é necessário que os sujeitos estejam previamente acordados para cometer o crime. Aquilo que os nossos clássicos denominavam “prévio concerto” não é elemento essencial da co-participação delituosa, a qual subsiste também em caso de acordo de improviso, que se manifeste durante a execução do crime.

Muitos escritores entendem que para constituir o requisito subjetivo, seja suficiente a consciência de concorrer à ação de outrem: em outras palavras, a consciência de cooperar com outros. Esta opinião ainda que tenha um notável apoio na Exposição Ministerial ao

Projeto definitivo, não pode ter-se como satisfatória porque despreza o fator volitivo, de que como veremos, não é possível prescindir-se.

Vanini fala de "adesão de vontade" isto é, de adesão à vontade de outro, mas a fórmula é muito vaga e pode gerar equívocos e aplicações errôneas.

A nosso ver, o requisito psíquico do concurso delituoso consiste "nella volontà de cooperare al fatto que costituisce il reato". Isto implica em dois elementos: 1. em primeiro lugar, o conhecimento ou a representação das ações que outras pessoas tenham explicado, explicam ou explicarão para a realização do fato que se tem em mira; 2. em segundo lugar, a vontade com o próprio operado ao verificar-se o fato mesmo.

O conhecimento do concurso de outrem é indispensável, porque os efeitos das ações humanas são inumeráveis e muitas vezes entrosam entre eles, concorrendo a determinar os mesmos resultados. Se os vários sujeitos operam, um ignorando o outro, as respectivas ações não mantêm liames: são de todo independentes, e por isto não podem dar vida àquele complexo unitário que está na essência do instituto do qual nos estamos ocupando. Não se tem, pois co-participação criminal, mas sim dois fatos distintos que importam em separadas responsabilidades, por ex. no caso da mulher e de seu amante, os quais, cada um de iniciativa própria e sem que o outro saiba, ministram uma substância venenosa ao marido.

Uma dúvida surge na hipótese, rara na prática, que um dos co-participes tenha conhecimento da obra do outro e o outro não. A doutrina italiana na sua maioria admite também aqui o concurso, mas, segundo nós, erroneamente. Lógica e justiça querem que se considere concorrente, no verdadeiro sentido da palavra e para todos os efeitos de lei, só quem é consciente da obra do outro.

Além do elemento cognoscitivo ora indicado, ocorre a vontade de contribuir com o próprio operado à realização do fato. Tal vontade é indispensável, porque de outra forma faltaria aquela convergência para um único resultado, que consente de considerar comum a todos os co-participes e própria de cada um destes, a atividade que deu origem ao crime.

A vontade, deve ocorrer em toda a forma de co-participação criminosa: naquele que se concretiza em uma ação (em sentido estrito) e naquela que se manifesta mediante uma omissão; no concurso físico, como no concurso psíquico. No primeiro caso o sujeito deve ter querido colocar com o seu agir um elemento necessário para tornar possível ou ao menos facilitar o resultado. No segundo deve ter querido com seu comportamento negativo eliminar um obstáculo. Na participação física deve ter querido cumprir uma das

ações que no seu complexo constituam a atividade executiva do crime; na participação psíquica deve ter querido fazer surgir ou consolidar em outros a determinação de cometer o crime. A propósito desta última forma, tenha-se presente que não basta simplesmente excitar as inclinações criminosas; importa que se enderece a um determinado delito. O instigador, de outra forma, deve endereçar-se a um determinado sujeito, ou pelo menos a um número circunscrito de pessoas. Em caso diverso pode verificar-se o crime previsto no art. 414 do Código (instigação para delinquir) mas não a co-participação. ("Manuale di diritto penale", p. 419 e segs.)

3. A teoria de C. Pedrazzi

O coligamento causal não basta, porém, à doutrina, que entende necessário, para completar o quadro da participação, um requisito psíquico: não se daria concurso sem consciência e vontade de cooperar no fato de outrem.

Trata-se, a nosso ver, de um erro de perspectiva, que um conhecimento do sentido e das finalidades dos institutos basta para corrigir.

"O problema do concurso em quanto norma integrativa dos tipos criminosos, é concernente à qualificação do fato e sob tal plano se desenvolve a relação de acessoriedade. Ser partícipe, escreve Battaglini, não é a mesma coisa que ser responsável pelo concurso.

Distingo: certo, sem um elemento subjetivo adequado, o partícipe não pode ser chamado a responder: não são porém as normas sobre o concurso a dispor em tal sentido, mas as normas gerais contidas no livro I que requerem um relacionamento psicológico entre o agente e o fato." ("Il concorso di persone nel reato").

A doutrina conclui diversamente porque estuda a participação não como um instituto, mas como fenômeno subjacente a uma determinada regulamentação, sem enuclear os vários institutos que a tal regulamentação concorrem.

Esta crítica arrisca-se a ficar no vazio. Porque o requisito psíquico do concurso é entendido não tanto como o elemento subjetivo costumeiro, presente no crime do partícipe, como naquele do agente isolado, quanto como um requisito adicional: no crime do partícipe, ao lado do dolo comum, consciência e vontade do fato, teremos a consciência de cooperar com os outros concorrentes. Nem a participação ficaria definida, sem um aceno a este seu patrimônio característico.

O requisito psíquico do concurso, primeiramente figurado como prévio concerto, frente a um exame crítico, se reduziu a dimensões mais razoáveis. Isto que ficou, uma modesta "ciência do malefício", **consciência de cooperar no fato de outrem, tem uma conotação de não ser um elemento ulterior, mas parte integrante do elemento subjetivo comum.**

É verdade que no crime do partícipe acessório, o elemento subjetivo apresenta uma abundância inusitada de conteúdo: mas isto se verifica porque o fato, que o elemento subjetivo deve visualizar, se comporta diversamente do comum, definindo subjetivo como concurso em uma atividade de outrem e constringe a consciência e a vontade a referir-se também a esta atividade.

Não há relação psicológica com o evento e uma relação distinta com o fato principal: **se trata de um único conteúdo de consciência — a atividade do executor tem significado para o partícipe enquanto conduz ao evento.**

O dolo do partícipe obedece à sua lógica.

Se a doutrina não corresponde à real estrutura do instituto, obscurece uma verdade inegável. O seu verdadeiro sentido é no fundo este: uma conexão causal parece pouca coisa defronte à comunidade do regime jurídico que a norma integrativa instaura, entre o principal e o acessório.

Termos como concurso, participação, instigação, etc., são termos finalísticos, diz Welzel.

O pensamento da adequação é também aqui resolutivo: concorrer não é provocar, por pura combinação, um fato criminoso de outrem, mas operar idoneamente em tal sentido. O acessório não deve ser adequado só nos confrontos do evento final, que poderia não existir. **O essencial é que seja idôneo a suscitar a conduta executiva que do fato se verifica.** Nos crimes materiais deve ser idônea a causar o evento no caminho da conduta do executor.

Dizer que o elemento subjetivo é estranho ao concurso pessoal, significa proclamar que a sua lógica interna não deve ser alterada, qualquer que seja o comportar-se do fato.

O concurso está na dependência do regime jurídico entre condutas diversas: o elemento subjetivo é, ao invés, incomunicável e foge a toda acessoriedade. Os requisitos constitutivos não devem ser tratados diversamente: o crime do concorrente deve ser doloso, culposo ou preterintencional, em razão da consciência e vontade do sujeito, e não em razão daquilo que outrem quer ou prevê.

Mesmo sendo o elemento subjetivo estranho ao concurso, não se pode negar que na ocasião do concurso, os problemas do elemento subjetivo se tornam agudos. Particularmente frequentes são os fenômenos de distanciamento entre a previsão e a vontade do agen-

te singular e a realidade dos fatos; a atividade dos sócios, difícil de controlar, resulta muitas vezes diversa daquela prevista e até acordada; defronte a circunstâncias inopinadas que **obstaculizam** a obra comum, diversa é a reação dos indivíduos, sem que o vínculo da co-responsabilidade se possa considerar, sem dúvida, interrompido.

IV — A TEORIA MONÍSTICA E PLURALISTA

Angelo Latagliata, em seu magnífico "Principi del concorso di persone nel reato", aborda magistralmente o problema e o enfoque dado ao presente trabalho:

"A confluência das vontades individuais em uma vontade coletiva, permite aclarar, na ordem dos conceitos dogmáticos, o verdadeiro sentido de uma problemática emersa da polêmica entre a conceituação monística e a pluralista do concurso. **Trata-se de dois momentos distintos de um mesmo fenômeno: a convergência de vontades em direção de uma conduta unitária impõe estabelecer-se o ponto de unificação das atividades dos sujeitos em um tipo de fato coletivo. A verificação das responsabilidades dos indivíduos rebate, ao invés, o princípio da individualidade da culpa que se determina em relação à personalidade do concorrente singular. Todas as duas orientações contêm um fundo de verdade: a concepção monística colhe com efeito a estrutura unitária do concurso como fato coletivo incriminado pela Lei; a concepção pluralista reivindica por seu turno a insuprimível exigência de referir ao indivíduo a própria responsabilidade penal**".

O que caracteriza a co-autoria, como já foi dito é **"a existência de um só crime e de vários agentes que cooperam em convergência de esforços para o resultado comum."**

A teoria unitária ou monística, parte do primeiro pressuposto — um só crime — e a concepção pluralista se fixa no segundo pressuposto — **vários agentes**.

Segundo a teoria pluralista (Getz, Massari, Granata e Bataglini) no concurso criminoso não se dá somente a pluralidade de agentes, mas a cada um destes corresponde uma ação própria, **um elemento subjetivo próprio**, devendo-se pois concluir que **quot personae agentes tot crimina**.

Cada agente conserva sua independência e autonomia, com relação aos demais concorrentes do crime. Para os adeptos da teoria pluralista, a estrutura do crime — aspecto subjetivo, — objeto e nexos de causalidade mesmo nos delitos de concurso, não foge aos cânones normais: cada partícipe carrega seu próprio crime, e, por essa figura delituosa, segundo sua atividade pessoal, deve responder.

Já para a teoria monística “o crime é sempre único e indivisível, tanto no caso de unidade de autoria, quanto no de co-participação”. Os vários atos convergem para uma operação única. Se o crime é indivisível do ponto de vista material ou técnico, também o é do ponto de vista jurídico.

Igualmente para a teoria monística, “não há dúvida, do ponto de vista lógico-jurídico que o crime seja, na sua unidade, atribuível a cada uma das pessoas que intervêm, ainda que qualquer das atividades individuais, consideradas em si mesmas, não fosse bastante para produzir o effectus sceleris.

O nosso Código no art. 25, assim como o Projeto em andamento do futuro Código, art. 35, se filiam à teoria unitária. Mesmo assim força é reconhecer que, se o elemento externo em princípio não se modifica, o elemento interno e, porque não dizer, o próprio nexos de causalidade, tem conotações próprias.

Como bem observa Antonio J. Fabricio Leiria, a teoria pluralista quebra a “unidade ontológica do crime e pulveriza o instituto da participação criminal que, frente a esta concepção plúrima, perde sua razão de ser.” (“Autoria e participação criminal”, p. 105).

Todavia a teoria monística, ou da equivalência das condições também não satisfaz de todo, embora adotada pelos nossos legisladores.

E a maior crítica é feita já pelo trabalho antes citado:

“A teoria da equivalência das condições visualiza a participação criminal por um aspecto eminentemente objetivo, enfocando de modo fragmentário o Instituto.” (Idem, ibidem, p. 94).

Ademais tal “procedimento não se ajusta a um direito penal que assenta suas bases no princípio da culpabilidade”. (Idem, ibidem).

V — O POSICIONAMENTO DOS DOUTRINADORES

I — Nacionais

1 — NELSON HUNGRIA

“Sob o ponto de vista objetivo para que se conheça a participação no crime, basta a cooperação na atividade coletiva, de que promana o resultado, antijurídico. Mas, para que o participe responda penalmente, é também necessário um elemento psicológico: a vontade consciente e livre de concorrer, com a própria ação, na ação de outrem.

Suficiente é a voluntária adesão de uma atividade a outra, pouco importando que seja ignorada ou até mesmo recusada por quem a recebe. Por isso mesmo a vontade de contribuir é o vínculo psicológico que, na espécie, sob o prisma jurídico, decide da unidade do título do crime, é indispensável que seja conformada, em relação a cada concorrente, ao elemento subjetivo próprio do crime de que se trata..." (Apud "Comentários ao código penal", v. 1, t. 2, p. 414).

2 — MAGALHAES NORONHA

"Na co-autoria é mister um vínculo psicológico unindo as várias condutas, o que importa em que ela tenha um objetivo comum, havendo ciência de pelo menos um autor aderir a ação do outro: é necessário que ele tenha a vontade livre e consciente de concorrer à ação de outrem... Na co-autoria é indispensável a homogeneidade do elemento subjetivo." (Apud "Direito penal", ed. 1959, v. 1, p. 265.)

3 — ANIBAL BRUNO

"Mesmo conceitualmente, não se pode deixar de distinguir formas diversas de participação. Será reconhecer que, além da causalidade, é necessário tomar em consideração, para fixar a responsabilidade penal, os outros aspectos do fato punível, como o ato típico, antijurídico e culpável. Não é só do nexu causal que deriva a responsabilidade penal do agente pelo fato punível, mas ainda da culpabilidade, e se a força causal da atividade do agente, no rigor da teoria da equivalência das condições, não pode variar, pode fazê-lo a culpabilidade, apresentando-se com intensidade maior ou menor nesta ou naquela forma de participação, o que, aliás, pode ser sistematicamente estabelecido para certas categorias de partícipes, que se fundamenta a força da punição.

A posição de Códigos como o nosso corresponde, como diz Manzini, a razões de política criminal, servirá para dirimir as dificuldades que a antiga doutrina com a sua meticulosa especificação fazia nascer e responde à tendência atual de atribuir ao juiz, maior arbítrio na distribuição da Justiça penal." (Apud "Direito penal", 3 ed., t. 2, p. 259).

4 — DAMÁSIO E DE JESUS

"As várias ações dos partícipes ligados ao fato material pelo nexu da causalidade física não são suficientes para a existência da

participação. **Imprescindível é o elemento subjetivo, através do qual cada concorrente tem consciência de contribuir para a realização da obra comum.** Como dizia Carrara, concorre ao delito com vontade e com ação todo aquele que, além de desejar a violação do direito que o delito ameaça, intervém pessoalmente em algum dos atos que constituem o seu elemento material. Assim, paralelo ao nexu objetivo (relação de causalidade), exige-se o vínculo subjetivo (vontade de contribuir para o crime).

Daí afirmar-se que somente em relação ao partícipe é necessário o elemento subjetivo da participação. Este pode faltar no autor. Exemplo: A, sabendo que B vai matar C e desejando a morte deste, furta-lhe o revólver, com o qual poderia se defender. A é partícipe do homicídio. Não obstante B desconhecia a sua cooperação. Além disso, a participação pode ser até recusada pelo autor do delito. Suponha-se que, no exemplo anteriormente citado, A dissesse a B que iria tirar a arma de C, facilitando-lhe o homicídio, e B recusasse o auxílio? Haveria participação se A furtasse a arma de C? Sim, pois houve adesão da vontade de A à de B.

Exige-se homogeneidade de elemento subjetivo. Significa que autor e partícipe devem agir com o mesmo elemento subjetivo, dolo ou culpa, isso quando a questão se projeta na culpabilidade. Se houver heterogeneidade, não ocorrerá o concurso de agentes na modalidade participação." (Apud "Direito penal", p.256).

5 — ANTONIO JOSÉ FABRÍCIO LEIRIA

Em sua "Autoria e participação criminal" o ilustre professor que honra nossa Faculdade de Direito com seu magistério e que escreveu uma obra praticamente inédita no mundo jurídico pátrio, fixou o núcleo do elemento subjetivo em várias passagens de sua festejada tese de livre-docência.

Sua posição com relação ao aspecto subjetivo está contida quando aborda as "Noções gerais sobre participação criminal", no cap. I, item 6 — nexu psicológico.

"Com efeito, pode-se dizer que reside no nexu volicional o fulcro jurídico do instituto da co-delinquência. Sem a presença deste elemento moral não há participação delitiva. E este dado subjetivo consiste na vontade consciente de um sujeito em colaborar na ação de outrem, interligando atividades para dar causa a um delito que aparecerá como obra comum.

Desta forma o nexu psicológico aparece como um querer consciente que liga um partícipe à ação de outrem. Esta vinculação independe da vontade daquele que recebe a adesão.

Portanto, como se vê, é pacífico que radica no fator consciência de estar cooperando com outrem, o fulcro em que se funde o complexo unitário psicológico que dá substância jurídica ao elemento pluralidade de agente.” (Apud “Autoria e participação criminal”, ed. 1974, p. 54 e segs.).

II — Estrangeiros

6 — G. BETTIOL

“Não basta, porém, para que haja participação, que tenha sido executado um ato eficiente sob o prisma causal, mas é necessário que na raiz do próprio ato exista um ulterior elemento de natureza subjetiva ou psicológica. Em outras palavras, o partícipe não deve apenas ter objetivamente cooperado com o autor na produção do evento lesivo, mas se exige que tenha tido consciência de cooperar para tal produção.

O conteúdo do elemento subjetivo do concurso varia assim, segundo se refira a uma hipótese de participação dolosa ou culposa.

No primeiro caso, deve ser imanente ao dolo do partícipe, a voluntariedade da ação ou da omissão, a consciência de aderir à ação do autor, facilitando-a ou suscitando-a, a representação e a voluntariedade do evento final. Destarte, quem emprestar dolosamente uma arma a um indivíduo ou manifestar intenção de matar seu odiado inimigo, deve, para ser punido como partícipe, estar consciente de ter facilitado a morte de um homem, ter previsto e querido esta última.” (Apud “Direito penal”, ed. 1971, v. 2, p. 253 e segs.).

7 — F. FLORIAN

“Em 1.º lugar é necessário em cada partícipe o conhecimento do crime que se comete, do fim criminoso específico. É necessário que cada partícipe saiba de concorrer na execução de um determinado crime e o queira... Disto se segue não ser suficiente para integrar o elemento moral do crime frente ao partícipe a afirmação do conhecimento do dolo do autor, mas também deve se encontrar o dolo individual dele.” (Apud “Diritto penale”, 3.ed., v.2, p. 47).

8 — V. CAVALLO

“O elemento subjetivo ou psicológico no concurso de pessoas no crime é constituído pela convergência de vontades dos particula-

res co-partícipes na produção de um único evento. Não é necessário que ele constitua um momento determinado de encontro de vontades no desenvolvimento do processo produtivo do crime, mas basta que, não obstante, se realize a convergência destas, antes do momento consumativo do crime, de modo que todo partícipe tenha a consciência e a vontade de colaborar com outros na produção do evento, mesmo não sendo necessário que a colaboração de cada um seja conhecida a todos.

O elemento subjetivo se coloca sob um dúplice aspecto:

1. Na direção do evento e na direção de outras pessoas ou outras condutas cooperantes para o verificar-se do ato. Com direção ao evento, pode assumir os comportamentos que dão lugar às três formas de culpa no crime: dolo, culpa, preterintenção.

2. Em direção dos outros concorrentes pode igualmente assumir três comportamentos: pode consistir num acordo antecedente com estes num encontro de consciência e vontade concomitante a execução do crime ou simples consciência e vontade de cooperar no evento, sem preventivo acordo ou concomitante entendimento.

O comportamento da consciência e vontade em direção dos outros co-réus, coliga a atividade do sujeito a aquela dos outros e a torna cooperante ao verificar-se do único evento." (Apud "Diritto penale", ed. 1955, v. 2, p. 773).

9 — C. BALESTRA

"Assim pois o que a participação exige é a concorrência de vontades, ao menos contemporânea ao fato e não o acordo prévio

De tal modo, a consciência do que ajuda ao que está intervindo no fato comum, o constitui em partícipe, enquanto o fato não esteja consumado.

De modo que o ato do partícipe deve ser analisado em si mesmo, subjetiva e objetivamente." (Apud "Tratado de direito penal", 2. ed., t. 2, p. 475).

10 — E. MEZGER

"La culpabilidad abarca la consciencia de la cooperación, esto es, la consciencia de todos los aspectos de la 'obra conjunta', y por consiguiente, la consciencia del acuerdo recíproco; una coautoría 'unilateral' no es posible, como ya se deduce del texto, correctamente interpretado, del parágrafo 47 del Código (J. 23, 196). Claro es que en tal caso, si el sujeto posea el correspondiente conocimien-

to, puede ser responsable como único autor. El acuerdo entre los varios coautores puede surgir antes de dar comienzo a la ejecución (el denominado complot), durante la misma (la llamada coautoría casual) o después que el hecho se haya realizado parcialmente por uno de los coautores (la denominada coautoría sucesiva). En este último caso no puede admitirse que el coautor que ahora interviene cargue también sobre sí la corresponsabilidad por los acontecimientos ya terminados en el instante en que comienza su intervención, pues sabemos que no existe una culpabilidad subsequens. Si, por ejemplo, a partir de su intervención no tiene lugar ya ninguna aplicación de fuerza para lograr la sustracción, sólo será responsable de hurto (parágrafo 242 del Código), mientras que el actuó desde el principio e hizo uso de la fuerza será responsable por robo (parágrafo 249 del Código). En este sentido decidió acertadamente la Sentencia J. 59, en un caso de falsificación de moneda." (Apud "Tratado de derecho penal", t. 1, p. 306).

11 — G. SAUER

"Naturalmente la voluntad tiene también significación para la acción principal y para el auxilio por medio de actos, pero donde decide, de acuerdo con la naturaleza de las cosas, es en la instigación y en el auxilio mediante consejo. Estas formas de participación sólo pueden darse cuando a las acciones de participación corresponde una voluntad de participación, pero nunca pueden convertirse en acción principal por el mero hecho de existir una voluntad de autor, cuando objetivamente sólo se han cometido acciones de participación sin ejecución. Esto constituye el mayor extravío de nuestra Jurisprudencia y desgraciadamente, ante todo, la del Tribunal Supremo del Reich, pues al aplicar aquí la teoría subjetiva y la de la equivalencia de las condiciones, se sigue que la más pequeña actividad de auxilio (inducción o consejo) se convierte sin más ni más, por arte de magia en acción principal." (Apud "Derecho penal", ed. 1956, p.314).

VI — ENFOQUES JURISPRUDENCIAIS E PARECERES DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Se os doutrinadores dão sua visualização à co-autoria, vejamos como encaram nossos tribunais este instituto,

Repassamos os 50 e poucos volumes da Revista de Jurisprudência do nosso Tribunal de Justiça e do Tribunal de São Paulo

(Rev. dos Tribunais), assim como alguns pareceres do Ministério Público, e destacamos aquelas decisões e pareceres que dizem de perto com a co-atuoria.

I — Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do RGS

“Lesões corporais graves, oriundas de co-participação criminosa. Divisibilidade de ação de cada réu, em desacordo com os princípios fundamentais do Direito Penal pátrio que adotou a teoria monística, segundo a qual, quem empregou 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”. (RJ/TJRGS, 51/93, 2a. Câm. Crim., Rel. Des. Manoel Brustoloni Martins).

“A co-autoria não depende da prática de atos de execução pelo co-autor, sendo suficiente para caracterizá-la a simples presença física do partícipe, em atitude de solidariedade ou de possibilidade de eventual auxílio, ao agente.” (RJ/TJRGS, 23/30, 2a. Câm. Crim. Rel. Des. Mário Boa Nova Rosa).

“Posição de vigia de um dos réus não desvirtua a co-autoria que se lhe atribui, demonstrada a intenção de participar do crime e por tomar parte direta na divisão de seu produto.” (RJ/TJRGS, 35/62, 3a. Câm. Crim., Rel. Des. José Silva).

“Os acusados agredindo a vítima, porque ela embriagada, os importunava, manifestaram razão íntima comum, de que resultou acordo tácito de vontades, para a prática do delito. Espancando a vítima, cada réu a seu modo, e um após outro, mas com o mesmo objetivo, agiram eles em co-autoria sucessiva.” (RJ/TJRGS, 19/14, Câm. Crim. Reun., Rel. Des. Paulo Beck Machado).

“Ora não é necessário o prévio ajuste, para que se caracterize a qualificadora; e os agentes podem agir em tempos e lugares diferentes, bastando que haja acordo de vontades para a consecução do fim comum. É essa a lição de Magalhães Noronha (contra Hungria) sufragada pela Jurisprudência.” (RJ/TJRGS, 11/79; 2a. Câm. Crim., Rel. Des. Rubens Magalhães).

“Para a participação punível, em tema de co-autoria, exige-se a cooperação voluntária e consciente, e um nexó subjetivo psicológico, entre essa cooperação e a ação típica do agente principal.” (RT/TJRGS, 10/56, Câm. Crim. Esp., Rel. Des. Rubens Magalhães).

“Não há, pois, como identificar, no caso, o elemento subjetivo da co-delinquência, que se traduz pela vontade e consciência de cooperar para a prática delituosa de outrem” (RJ/TJRGS, 9/136, 2a. Câm. Crim., Rel. Des. Manoel Brustoloni Martins).

“A co-autoria está provada quando assentado que o co-réu estava presente no local dos fatos, armado e colaborando com a ação do outro réu, numa perfeita comunhão de propósitos. (RJ/TJRGS, 50/72, 1a. Câ. Crim., Rel. Des. Rubens Rebelo Magalhães).

“Para configurar-se a co-autoria, nos termos do art. 25 combinado com o art. 11 do CP, deve o elemento subjetivo, estender-se ao resultado visado pelo autor. (A. Br., “Dir. penal”, II, 640). É preciso que a conduta individual se insira na corrente causal, com nexo psicológico, ligando, por regra jurídica de adequação, a conduta diretamente típica com a conduta atípica, ou participação não específica.” (Hungria, “Coment.”). (RJ/TJRGS, 50/98, 1a. Câ. Crim., Rel. Des. Rubens Magalhães).

“Não há co-autoria sem o concurso consciente de vontades no sentido da ação comum... O primeiro apelante não teve a intenção de matar, e nem se pode dizer que, com ela se desavindo, assumiu o risco de produzir a morte. Não há co-autoria quando diversa é a intenção do agente. O art. 25 que define a co-autoria, não pode ser interpretado isoladamente e sim e sempre, em conjunto com os arts. 11 e 15, parágrafo único do CP.” (RJ/TJRGS, 47/28, 1a. Câ. Crim., Rel. Des. Charles E. Tweedie.)

“Co-autoria e concurso de agentes não são conceitos inteiramente co-extensivos. No crime continuado, se a prova não individualiza as participações, é impossível diagnosticar a co-execução, o que exclui o concurso de agentes e não exclui a co-autoria, se esta resultou delineada sob outra perspectiva, como a da implícita vontade de contribuir, ainda que por atuação a latere dos principais momentos executivos. O comportamento é, por definição, individual. O conceito sociológico de comportamento de grupo tem como referente uma abstração, o que não afasta o valor teórico-prático do conceito, mas coloca a evidência de que ele está referido aos conteúdos homogêneos de um conjunto de comportamentos individuais. Por isso a co-autoria, em crime continuado não carece da prova das participações de cada um, bastando a prova de homogeneidade grupal estabelecida pelo acordo de vontades na elaboração intelectual dos objetivos e pela cobertura individual, embora desnecessária para a configuração do delito, de cada momento executivo.” (RJ/TJRGS, 43/97, Câ. Crim. Esp., Rel. Des. José Paulo Bisol).

“Para haver a co-autoria basta o auxílio moral, devendo haver vínculo psicológico que une as atividades em concurso.” (RJ/TJRGS, 51/39, Câ. Crim. Esp., Rel. Des. Tulio Medina Martins).

II — Revista dos Tribunais (São Paulo)

“A co-autoria na construção doutrinária somente existe quan-

do haja na prática do delito uma participação consciente e voluntária ” (RT, 430/322).

“Sempre que a ação constitua um fator causal de resultado delituoso, tanto no sentido físico, como no sentido moral, tem-se que o agente viola com seu comportamento isolado ou concorrente, a norma penal.” (RT, 432/319).

“Importa em cooperação positiva até mesmo a participação, que embora consistente em uma atitude corporalmente inerte, redunde em força moral cooperativa, como a **daquele que com a só presença ao lado do executor, acoroça e encoraja, pela certeza de sua solidariedade a esperança de sua eventual ajuda, ao mesmo tempo que entibia, por intimidação, o espírito de resistência da vítima.**” (RT, 441/461).

“Basta à configuração da co-autoria a simples presença do agente no local do crime, seu apoio moral à conduta delituosa do co-réu, a quem estava unido pelo mesmo interesse.” (RT 402/270).

“É preciso considerar-se ainda que não basta que as múltiplas atividades convirjam objetivamente no sentido do resultado comum. Não é só. **Necessário se faz para que se dê o fenômeno da participação criminosa, que se apresentem os agentes ligados por um núcleo de ordem subjetiva.**

Daí a exigirem certos autores, principalmente os franceses, o prévio concerto ou o **pactum sceleris**. Daí referir-se Manzini ao ‘Acordo de vontades’, Florian à ‘consciente e voluntária cooperação’, Ranieri ‘vontade de participar’, Cernelutti ‘vontade de co-participar’, Vanini ‘à adesão a vontade de outrem’, Soler ao ‘conhecimento da própria ação como parte de um todo’ e à ‘concorrência de vontades’.

Tem-se pois que no concurso de agentes deve ocorrer a **consciente e voluntária participação de várias pessoas num mesmo delito e de tal modo que cada um dos partícipes tenha consciência de que não está sozinho, de que outro ou outras pessoas também fazem, fizerem ou farão alguma coisa em benefício da empresa criminosa, evidenciando realmente a intenção de contribuir, com a sua conduta para o fato criminoso.**” (Acádio Rebouças - RT 404/119).

“**Requisito essencial do concurso de diversas pessoas é que a vontade, e a atividade de todos tenham por objeto crime idêntico. E o crime é idêntico quando cada um dos concorrentes quer o fato que o constitui, vale dizer, tem consciência de participar da ação imputável.**” (RT, 406/243).

“**O elemento característico do delito concursal é o consentimento do agente à prática da ação criminosa, pelos co-réus, apoiando-os, estimulando-os moralmente com sua presença.**” (RT, 372/156)

“O conceito de co-autoria ou co-delinquência tem como pressuposto lógico e imanente o vínculo subjetivo ou psicológico, vale dizer, a consciência, de cooperar na prática do crime.”

III — Outras

“Há na participação criminosa, uma associação de causas conscientes, uma convergência de atividades que são, no seu incidível conjunto, a causa única do evento e portanto a cada uma das forças concorrentes deve ser atribuído solidariamente a responsabilidade do todo.” (Justitia, 19/319).

“A consciência da prática de determinado ato delituoso é indispensável para a responsabilidade criminal em termos de concurso, na forma do art. 25 do CP. Pressuposto deste é que o concurso tenha por objeto o mesmo crime.” (Justitia, 25/234).

“Todos tinham, naquelas circunstâncias, igual motivo para agir contra o jovem bêbado. Dessa comum razão íntima deveria nascer, como nasceu de fato, um acordo implícito de atitudes de resposta. Isto é tão certo que os próprios embargantes admitem que sua intervenção no caso teria sido ‘puramente disciplinar’ (fls.), como se tivessem poder jurídico de correção sobre terceiros.

Aí está por conseguinte a constatação de que houve sem dúvida um vínculo unindo as vontades e estruturando as condutas numa só entidade criminal. Esse vínculo não é outro senão o confessado impulso volitivo de corrigir importunações da vítima mediante castigos físicos capazes de forçá-la a ir-se embora.

Quando um após outro, cada um a sua maneira, batia na vítima, tinha consciência de que sua atividade se estava unindo à precedente, para formar uma ação repressiva mais forte e pertinaz, com maior poder de intimidação.

Essa consciência simples de que sua conduta se insere numa outra é o quanto basta para caracterizar a co-autoria. E ela existiu em todos os acusados, eis que um não ignorava o que outro fazia contra a pessoa da vítima.” (Parecer do então Procurador da Justiça Ladislau F. Röhnelt, em processo, inserto na Rev. MP/RGS, 2/157).

VII — OS ATUAIS CÓDIGOS PENAIS BRASILEIRO E ITALIANO E OS PROJETOS

I — Código brasileiro

1. A co-autoria, no atual Código, vem regulada expressamente nos arts. 25 a 27, do título IV, sob o nomen juris “da co-autoria”.

DA CO-AUTORIA

Pena de co-autoria Art. 25 — Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.

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

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

2. O Decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, também no título IV, sob o nomen juris “do concurso de agentes” regula a matéria, já de forma um pouco diversa.

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

Condições ou circunstâncias pessoais § 1.º — A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade. Não se comunicam, outrossim, as condições ou circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

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

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

II — coage outrem à execução material do crime;

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

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

Atenuação da pena § 3.º — A pena é atenuada em relação ao agente cuja participação no crime é de somenos importância.

II — Código italiano

O atual Código Penal italiano, em seu art. 110, assim se refere à co-autoria: “Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti.”

Ou seja, “quando mais pessoas concorrem no mesmo crime, cada uma delas fica sujeita à pena estabelecida para este, salvo as disposições dos artigos seguintes:”

Entre as circunstâncias agravantes da pena menciona quatro casos:

Art. 112 —

- 1.º) se o número de pessoas que concorrem no crime é de 5 ou mais, salvo que a lei disponha de outra forma;
- 2.º) para quem, promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;
- 3.º) para quem, no exercício de sua autoridade, direção ou vigência, determinou ao cometimento do crime, pessoas que lhe estão sujeitas;
- 4.º) a quem, fora dos casos precedentes, determinou para cometer um crime um menor de 18 anos, ou uma pessoa em estado de enfermidade ou de deficiência psíquica.

Os parágrafos 1.º e 4.º não encontram similar em nossa legislação, ao passo que o inciso 4.º do Projeto de Código Penal não encontra similar no Código italiano: “executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.”

III — Projetos

O art. 48, parágrafo único do Código Penal brasileiro — “Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido”, que encontra reprodução no art. 116 do Código Penal italiano — tem sido alvo de permanentes críticas, por “representar brutal aceitação da responsabilidade sem culpa” (n. 18 da Exposição de Motivos do novo Código Penal) e, por isto, o Código Penal de 1969 não possui semelhante dispositivo.

Como bem observa Damásio de Jesus “a revogação tomou por base a doutrina alemã, segundo a qual os participantes colaboram com consciência e vontade no mesmo fato, a culpabilidade de cada um deve referir-se ao acontecer punível em seu conjunto, concluindo que, pelo excesso ou pela prática de crime mais grave, so-

mente responde o executor, solução coerente com os princípios de um Direito Penal fundamentado na culpabilidade.” (Opus cit., p. 270).

A exposição de motivos do Decreto-lei n. 1.004, abraçando a teoria anterior enfoca que “a aplicação da fórmula unitária do Código vigente não pode ser censurada. Ela tem a seu favor a grande simplicidade no estabelecimento de critérios. Afinal, a distinção entre autor e cúmplice, em termos práticos, significa apenas garantir a mais leve punição deste, resultado que o sistema de nossa lei assegura.”

Todavia reconhece que “é possível que a unificação de todas as formas de participação e autoria, seja, a rigor, incompatível com um direito penal da culpa. São poucas as legislações que não distinguem entre os diversos graus de participação e as distintas situações de autoria. Todavia o sistema unitário, que se inspira em razões de política criminal, nunca é adotado em sua inteireza. Estão previstos temperamentos à equiparação dos diversos partícipes de forma a assegurar a justa punição de cada um.”

E arremata, “a concepção unitária da participação não representa necessariamente uma renúncia do legislador ao tratamento individualizado da personalidade do agente.” (Luis Antonio da Gama e Silva — M. Justiça.)

Proclamou o projeto como regra fundamental em tema de concurso de agentes, que “a punibilidade de cada um dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade.” Isso deve servir como princípio reitor geral para os juízes, na aplicação da pena em caso de concurso.

VIII — CONCLUSÕES, CRÍTICAS E SUGESTÕES

1. O problema do concurso de pessoas, fundamentalmente, consiste em estabelecer, porque razão devam estar sujeitas à pena prevista para o crime, pessoas que tenham tido comportamento diverso do que o consumou e por isto pessoas que não quiseram de modo idêntico o que quis o autor.

2. O núcleo subjetivo nos delitos plurissubjetivos é diverso do núcleo dos delitos monossubjetivos, tendo em vista a particular figura que é a co-autoria.

3. O conteúdo do elemento subjetivo na co-autoria teve historicamente várias caracterizações: prévio concerto — convergência de vontades individuais sobre o fato criminoso — acordo de vontades — vontade de co-participação — vontade do partícipe

manifestada ao autor principal — mútuo influxo espiritual criminoso — vontade comum — vontade dirigida para um fato de outrem — subordinação de vontades — adesão à vontade de outrem — responsabilidade do elemento cognoscitivo junto com a vontade — scientia maleficij do partícipe — conhecimento da ação de outrem...

4. Para Silvio Ranieri o elemento psicológico se situa no conhecimento e vontade da conduta própria, da conduta do autor e co-autor ou partícipe. Ainda importa que da conduta se conheça e se queira a eficácia para a produção do evento e que este evento seja igualmente conhecido e querido por todos e por cada um.

Antolisei acentua o elemento cognoscitivo, ou seja a consciência de concorrer na ação de outrem e o elemento volitivo — querer o fato — “volontà, di cooperare al fatto che costituisce il reato.”

Já Pedrazzi não distingue um núcleo subjetivo próprio na co-autoria, diverso dos delitos monosubjetivos.

5. — Em síntese, para os atuais doutrinadores, quer italianos, germânicos ou brasileiros, o núcleo da culpabilidade nos delitos em co-autoria reside na ciência e vontade de concorrer na ação de outrem, com a própria ação, enquanto não consumado o fato que será obra comum.

São pois seus elementos:

- a) ciência da ação de outrem — aspecto cognoscitivo;
- b) vontade de concorrer na ação — aspecto volitivo;
- c) fato não consumado;
- d) visão da obra comum e de seu fim com aceitação deste.

6. Para a jurisprudência, o núcleo da culpabilidade está: no acordo de vontades para a consecução do fim comum — cooperação voluntária e consciente — vontade e consciência de cooperar para a prática delituosa de outrem — comunhão de propósitos — concurso consciente de vontades no sentido da ação comum — homogeneidade grupal estabelecida pelo acordo de vontades na elaboração intelectual dos objetivos e pela cobertura individual — consciência e voluntária participação de várias pessoas em um mesmo delito e de tal modo que cada um dos partícipes tenha consciência de que não está sozinho, de que outro ou outras pessoas também fazem, fizeram ou farão alguma coisa em benefício da empresa criminosa, evidenciando realmente a intenção de contribuir com a sua conduta para o fato criminoso — a vontade e a atividade

de todos tenham por objeto crime idêntico. O crime é idêntico quando cada um dos concorrentes quer o fato que o constitui, vale dizer tem consciência de participar na ação imputável, etc. . .

7. O projeto do novo Código Penal continua se filiando à teoria monística, porém lhe deu feição mais humana.

Assim, em boa hora foi eliminado o art. 48, parágrafo único, do Código Penal, por consagrar responsabilidade penal sem culpa.

Seu grande mérito está em fixar como princípio guia na co-autoria, a "culpabilidade pessoal" na punição dos concorrentes. Como observa Anibal Bruno, no rigor da teoria da equivalência das condições a força causal da atividade do agente não pode variar. O que pode variar é o grau da culpabilidade, conforme for mais intensa ou menos intensa sua participação.

A pena, pois, deve corresponder não só à participação objetiva no crime, mas ser reflexo direto, também, do maior ou menor grau de culpa e maior ou menor intensidade do dolo. Cada partícipe é punido de acordo com seu elemento subjetivo.

A realidade jurídica atual, infelizmente, pretere o aspecto subjetivo em função do aspecto causal objetivo, no estudo, debate e aplicação ao caso concreto das normas que regulam a co-autoria.

Em tempo oportuno o Projeto do Código Penal abraça a orientação do moderno direito penal da culpa, fixando o princípio reitor da própria punibilidade na culpabilidade, afastando a responsabilidade objetiva e procurando temperar a teoria monística. Relacionando o delito ao indivíduo — "a punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade" (art. 33, § 1.º, do Projeto) abre grande perspectiva a uma Justiça realmente humana. E nada impede que o legislador dê maior importância ao aspecto subjetivo do comportamento do co-partícipe que à eficiência causal ou resultado já que a própria teoria da participação, é criação da Lei.

8. O princípio inserto no art. 35, § 1.º, do Projeto deveria sofrer uma meditação bem mais profunda por parte de nossos tratadistas. Há uma mudança de orientação. Encerra uma dimensão e fixa uma baliza até então relegada. Parece mesmo que dos nossos tratadistas, o único a ressaltar este aspecto tenha sido Anibal Bruno.

Com efeito, o aspecto subjetivo nos tratados sobre a co-autoria ou no estudo desta, ocupa via de regra poucas linhas, enquanto os demais aspectos, nexos, etc. são largamente abordados. Isto, por certo, é sintomático, e deverá variar de ora em diante.

O exame, estudo e análise da participação criminal, deverá ser

feito não só à luz da condição posta na corrente causal pelo partícipe, senão que, principalmente, à luz do elemento subjetivo que será maior ou menor, nesta ou naquela forma de participação. "A concepção unitária da participação, não representa necessariamente uma renúncia do legislador ao tratamento individualizado da personalidade do agente." (Exp. Mot. n. 18).

9. Como corolário do item 7.º se sugere que ao parágrafo 3.º do art. 35 do Projeto do Código Penal, que trata da atenuante em caso de participação de somenos importância do agente no crime, se acresça uma permissibilidade ao Juiz de substituir a pena de reclusão pela de detenção.

10. Os Tribunais e Juizes singulares, face à co-autoria, devem desde já nos casos *sub judice* ter presente a nova orientação penal do Projeto do Código no tocante à culpabilidade, como aliás de forma expressa recomenda a própria Exposição de Motivos: "Isso deve servir como princípio reitor geral para os juizes, na aplicação da pena em caso de concurso."

Assim a culpabilidade assume relevância especial no tocante à punibilidade. Há um chamamento direto para o Judiciário.

11. Faz-se mister um estudo mais apurado, *data venia*, das decisões jurisprudenciais com relação ao problema da "solidariedade", da "presença física do co-autor no local do crime sem qualquer outro ato" e o aspecto subjetivo com vistas à culpabilidade na co-autoria.

12. De todo o exposto resta a constatação que muito transcrevemos e pouco escrevemos. Todavia, é válido nestas horas o velho brocardo latino: **ex libris libri fiunt**...

O assunto é árido, complexo, mas fascinante. Pessoalmente foi um desafio. Uma descoberta e um desbravamento.

O trabalho profícuo será o realizado de ora em diante.

A motivação é bem maior. O início está lançado. Tudo faremos para percorrer o restante da via.

BIBLIOGRAFIA

- ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**. 5. ed. Milano, Ed. A. Giuffré.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. Ed. Rev. Tribunais, 1971. v.2.
- BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 3. ed. Ed. Forense.
- CAVALLO, Vincenzo. **Diritto penale**. 1955. v.2.
- FARIA, Bento de. **Código penal brasileiro**. 1961.
- FLORIAN, Eugenio. **Diritto penale**. 3.ed.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 4. ed. Ed. Forense.
- JESUS, Damásio E. **Direito penal**.
- LATAGLIATA, Angelo Raffaele. **I principi del concorso di persone nel reato**. 2. ed. Morano Ed.
- LEIRIA, Antonio José Fabrício. **Autoria e participação criminal**. Davidip Ed. 1954.
- LYRA FILHO, Roberto & CERNICHIARO, Luiz Vicente. **Apostilas de direito penal**. Brasília. 1969.
- MARTINS, José Salgado. **Sistema do direito penal brasileiro**. Konfino.
- MEZGER, E. **Tratado de derecho penal**. t.1.
- NORONHA, Magalhães. **Direito penal**. Saraiva, 1959
- PEDRAZZI, Cesare. **II concorso di persone nel reato**. Ed. Palermo, 1952.
- RANIERI, Silvio. **Il concorso di più persone in un reato**. 2. ed. Milano, Ed. A. Giuffré.
- SAUER, D. **Derecho penal**. 1956.
- CODICE penale italiano.
- PROJETOS do novo código penal, periódicos e artigos.
- Justitia (Órgão do Ministério Público de São Paulo).
- Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do RGS. (Diversas).
- Revista do Ministério Público do RGS, n.2, 1974.
- Revista dos Tribunais (Diversas).