

INTRODUÇÃO.

O conceito de autoria em Direito Penal é entendido a partir de três teorias: a subjetiva causal ou extensiva, a formal objetiva ou restritiva e a objetiva subjetiva ou do domínio do fato. Para a primeira, todos os agentes que dão causa ao evento são considerados autores, independentemente de terem ou não praticado a ação descrita no tipo penal. Na segunda, são autores os que praticam atos de execução previstos no tipo penal, enquanto os partícipes concorrem para o resultado do crime sem praticar, no todo ou em parte, a ação tipificada. A terceira, a teoria do domínio do fato, considera autor o agente que detém o controle da ação, embora possa não praticar atos executórios previstos no tipo penal.

Era antigo o debate entre os doutrinadores a respeito de qual a teoria adotada na legislação penal brasileira, quando entrou em vigor a nova Parte Geral do Código Penal, em 1984, cujos dispositivos relativos à matéria acirraram a discussão. Os doutrinadores preocupam-se também em verificar qual a teoria capaz de atingir os objetivos constitucionais da individualização da pena, em consonância com a culpabilidade de cada concorrente, em face da realidade fática das infrações penais.

Apesar dos diversos trabalhos sobre o tema, ainda resta a seguinte indagação: *Qual ou quais as teorias de autoria do crime adotadas na legislação penal brasileira em vigor?* O presente estudo, partindo do exame de cada teoria, tentará demonstrar qual a acolhida, além de apresentar algumas conclusões decorrentes dessa acolhida, sem a pretensão de apresentar respostas definitivas, mas de despertar um salutar debate e a reflexão das idéias expostas.

1 – A teoria extensiva.

A teoria extensiva da autoria, arrimada na teoria da *conditio sine qua non*, considera como autores todos os que concorrem para a produção de um resultado, praticando ou não atos típicos de execução. A distinção entre autores e partícipes fica relegada ao plano doutrinário. Foi a teoria adotada na antiga Parte Geral do Código Penal de 1940, cujo artigo 25 possuía a seguinte redação: "Quem, de

qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominada". A opção por essa teoria foi assim justificada na Exposição de Motivos do Código de 1940: "O projeto aboliu a distinção entre *autores* e *cúmplices*: todos os que tomam parte no crime são *autores*. Já não haverá mais diferença entre participação *principal* e participação *accessória*, entre auxílio *necessário* e auxílio *secundário*, entre a *societas criminis* e a *societas in crimine*. 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 da sua consciência e vontade. Não há nesse critério de decisão do projeto senão um corolário da *teoria da equivalência das causas*, adotada no art. 11. O evento, por sua natureza, é indivisível, e todas as condições que cooperam para sua produção se equivalem. Tudo quanto foi praticado para que o evento se produzisse é causa indivisível dele. 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 atribuída, solidariamente, a responsabilidade pelo todo."

Consoante ANÍBAL BRUNO, "admitida pelo Código, na explicação do nexos causal, a equivalência das condições, cada condição é uma causa, e todo indivíduo, só por haver posto uma condição para o resultado, assume a posição de autor. Todo colaborador é autor. Pouco importa que um tenha consumado a ação típica de matar alguém e outro apenas fornecido a arma ou ficado de tocaia para garantir a segurança do matador. 'Quem de qualquer modo concorre para o crime', diz o Código, 'incide nas penas a este cominadas.'" (1)

No mesmo sentido, NELSON HUNGRIA explica que "sob o duplo prisma psicológico e causal (dadas a consciente confluência de vontades e a relação de necessidade *in concreto* entre o resultado e a conexão de atividades), impõe-se o raciocínio de que o crime pertence, por inteiro, a todos e a cada um dos concorrentes. Embora pactuando com o ilogismo, que o direito penal contemporâneo vai repelindo, de uma apriorística e irrestrita diferença de punição dos co-delinquentes, não é outro o fundamento da tradicional concepção *unitária* do '*concursum plurium ad idem delictum*': ainda mesmo os concorrentes que, além dos que cooperam diretamente na consumação do crime (chamado, restritamente, *co-autores*), se tenham limitado a determiná-lo ou a instigá-lo (*autores morais ou intelectuais*) ou a facilitar sua execução (*cúmplices 'stricto sensu'*), isto é, a praticar atos que não realizam qualquer elemento do conteúdo típico do crime, devem responder por este, porque não só o quiseram, como não deixaram de contribuir para sua realização, conscientes da própria atividade em comunhão com a atividade dos outros." (2)

A teoria extensiva de autoria, contudo, não foi poupada de críticas, destacando-se, entre elas, a de JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, que sustenta ser o conceito extensivo de autor uma criação normativa, em descompasso com a

(1) ANÍBAL BRUNO. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo 2º, p. 258.

(2) NELSON HUNGRIA. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Tomo 2º, p. 384.

realidade, fazendo que o conceito de autor e de partícipe dependa, com exclusividade, de um componente subjetivo. Conclui que essa teoria considera autor o que tem interesse no resultado do crime, enquanto o partícipe atua no interesse alheio. ⁽³⁾ Observação semelhante a apresentada por CÉSAR ROBERTO BITENCOURT: “A teoria ‘extensiva de autor’ vem unida à *teoria subjetiva de participação*, que seria um complemento necessário daquela. Segundo essa teoria, é autor quem realiza uma contribuição causal do fato, seja qual for seu conteúdo, ‘com vontade de autor’, enquanto é partícipe quem, ao fazê-lo, possui unicamente ‘vontade de partícipe’. O autor quer o fato como ‘próprio’, age com *animus auctoris*; o partícipe quer o fato como ‘alheio’, age com *animus socii*”. ⁽⁴⁾

Entretanto, não obstante essas observações, os dispositivos do Código Penal de 1940 não faziam qualquer distinção entre a autoria e participação, segundo o ânimo do agente, de praticar o fato como próprio ou contribuir para o evento de outrem. Ao contrário, equiparava, para todos os efeitos legais, qualquer forma de concurso, com base na teoria da *conditio sine qua non*. O mérito da teoria extensiva reside justamente na ausência de distinção entre autoria e participação para efeito de responsabilidade penal, deixando a questão da individualização da pena, com base na culpabilidade e em outras circunstâncias, para momento posterior.

Além da ausência da distinção entre autoria e participação, no plano normativo, para a teoria extensiva, tornar-se-ia muito difícil, no plano concreto, investigar quem teria vontade de autor e quem teria desejo de contribuir em fato alheio. O critério de considerar autor quem tivesse o interesse no resultado do crime certamente poderia conduzir a injustiças, como ocorreu na sentença do Tribunal do *Reich*, no famoso “caso da banheira”, lembrado por GÜNTHER JAKOBS: “*La hermana de una parturienta que acaba de dar a luz a un niño ahoga al recién nacido <<em interes>> de la madre y tras ponerse de acuerdo con ella, a la hermana se la considero por ello solo cómplice, a pesar de que ejecutó el hecho de propia mano, y a la madre autora*”. ⁽⁵⁾ Na espécie, ao contrário da conclusão da sentença, a irmã não poderia ser considerada mera partícipe, porquanto realizou pessoalmente a conduta delituosa. Almejou, por esse motivo, o fato como próprio e não como de outrem. Como JAKOBS, ela “*ejecutó la acción y perseguía el resultado, desde todos los puntos de vista tenía interés, y además propio: Si no, ¿cómo iba a haber actuado con intención de concretar el resultado?*”. ⁽⁶⁾ Sobre o assunto, assim se expressou EDMUND MEZGER: “*No es suficiente el ‘deseo del autor’ o su declaración de querer el hecho solamente como de otro. Aquí no es él el que juzga, sino el ordenamiento jurídico. Lo que interesa es el ‘sentido objetivo’ del autor, lo que éste realiza voluntariamente*”. ⁽⁷⁾ E conclui mais adiante: “*De acuerdo con el punto de partida subjetivo de la teoría de la participación,*

⁽³⁾ JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI. “O Concurso de Pessoas e o Novo Código Penal”. In *Revista dos Tribunais*, Vol. 680, p. 294.

⁽⁴⁾ CÉSAR ROBERTO BITENCOURT. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*, pp. 380 e 381.

⁽⁵⁾ GÜNTHER JACOBS. *Derecho Penal. Parte General*, p. 737.

⁽⁶⁾ *Ibid.*, p. 738.

⁽⁷⁾ EDMUND MEZGER. *Derecho Penal. Parte General*, p. 307.

lo que decide es lo querido por el autor, pero lo querido en su significación objetiva".⁽⁸⁾

Portanto, para a teoria subjetiva ou extensiva basta o desejo de cada agente de concorrer para a produção do resultado, previsto objetivamente como crime, sendo prescindível a investigação de ter querido o delito como próprio ou alheio. Nada impede, porém, a existência, no plano doutrinário, da distinção entre autoria e participação em sentido estrito, que constitui a base da teoria objetiva formal ou restritiva de autoria, como será visto em seguida.

2 – A teoria restritiva.

A teoria restritiva, como o próprio nome indica, propõe um conceito restritivo, para considerar como autor somente aquele que realiza diretamente ou indiretamente (autoria mediata) a conduta típica ou uma parte dela. Para essa teoria, o partícipe concorre para a prática do crime, com qualquer outra contribuição causal, distinta da ação contida no núcleo do tipo. Ao comentar essa distinção, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO diz que: "*Autor é quem realiza diretamente a ação típica ou quem realiza através de outrem, nos casos da chamada autoria mediata (...). Partícipe, em sentido amplo, é todo aquele que, de qualquer forma, concorre para a ação delituosa; em sentido estrito, é todo aquele que, sem realizar a conduta típica, contribui para a ação típica de outrem*".⁽⁹⁾ ANÍBAL BRUNO, por sua vez, assinala: "*Autor diz-se, em princípio, aquele que realiza a ação típica – aquele do qual se pode dizer que matou alguém, que subtraiu para si ou para outrem coisa alheia móvel etc. É o agente do fato principal, em volta do qual se podem desenvolver todas as formas de concurso. A sua posição subsiste, com as suas conseqüências jurídico-penais, mesmo se com ele colabora ou cessa de colaborar a atividade de outrem. Essa é uma compreensão restritiva e bem definida no conceito de autor, que se afasta do ponto de vista em que se colocou o Código*".⁽¹⁰⁾

Os partidários dessa teoria sustentam que a participação, porquanto distinta da prática de condutas típicas, ficaria fora do âmbito penal, caso não houvesse uma norma expressa de extensão atribuindo-lhe a responsabilidade. No Código Penal em vigor, tal norma se encontraria prevista em seu artigo 31, com a seguinte redação: "*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*". A ressalva a disposição em sentido contrário refere-se a crimes nos quais essas condutas já são consideradas típicas por disposições contidas na Parte Especial, como ocorre, por exemplo, nos crimes previstos nos artigos 122 e 288, do Código Penal. Pelo fato de tais condutas já serem típicas, não se poderia cogitar tecnicamente da figura da participação. Além disso, em face do artigo 14, inciso II, e seu parágrafo único, da nova Parte Geral do Código, não há possibilidade

⁽⁸⁾ *Ibid.*, p. 307.

⁽⁹⁾ HELENO CLÁUDIO FRAGOSO. *Lições de Direito Penal. A Nova Parte Geral*, p. 252.

⁽¹⁰⁾ ANÍBAL BRUNO. *Op. cit.*, p. 265.

nem previsão de responsabilizar o agente pela prática do crime antes de iniciada a sua execução. Por esse motivo, não parece que a citada norma de extensão se afigure imprescindível ao reconhecimento da teoria restritiva de autoria. É importante ainda lembrar que na antiga Parte Geral do Código, alicerçado na teoria extensiva, já havia dispositivo idêntico ao do artigo 31, da legislação vigente.

Assim como o conceito extensivo de autor, o conceito restritivo não foi poupado de críticas pela doutrina. Segundo ALBERTO SILVA FRANCO, “a teoria não dá resposta satisfatória a certas situações concretas que não se acomodam ao rigor e formalismo do esquema conceitual. Por acaso, seria admissível considerar meros participantes, porque não realizaram nenhuma fração de condutas típicas, o chefe de uma quadrilha de traficantes de tóxicos que tem o comando e o controle de todos os que atuam na operação criminosa, ou o líder de uma organização mafiosa que atribui a seus comandados a tarefa de eliminar o dirigente de uma gangue rival?”⁽¹¹⁾ Entretanto, ainda que o Código em vigor tivesse adotado a teoria restritiva, o que não ocorreu, não haveria nenhum óbice em punir mais gravemente o partícipe do que o executor do crime. O fato de ser considerado como partícipe o chefe de uma organização criminosa, que não atua diretamente na execução do crime, não significa um menor grau de responsabilidade ou de reprovação. Ao contrário, o Código vigente, em seu artigo 62, inciso I, prevê o agravamento da pena em relação ao agente que “promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais”. Isso sem contar com a aferição da maior ou menor culpabilidade de cada concorrente, segundo os critérios de individualização da pena. Não é outro o magistério de ANÍBAL BRUNO: “Não é só do nexa 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-la 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, e, por fim, é na culpabilidade, sobretudo, que se fundamenta a força da punição”⁽¹²⁾. No mesmo sentido, o entendimento de BEATRIZ VARGAS RAMOS: “O fato de o organizador não ser considerado co-autor, não leva, necessariamente, à menor punição em relação aos co-autores. A ausência de prática de ato executivo por parte deste é compensada pela elevada reprovabilidade na tarefa de planejamento ou preparação do delito. Sua responsabilidade é grande pela influência intelectual ou inteligente, decisiva em relação à execução”.⁽¹³⁾

(11) ALBERTO SILVA FRANCO. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, p. 445.

(12) ANÍBAL BRUNO. *Op. cit.*, p. 260.

(13) BEATRIZ VARGAS RAMOS. *Do Concurso de Pessoas*, p. 34.

3 – A teoria do domínio do fato.

A teoria do domínio do fato procura complementar a teoria restritiva por considerar também autor o que detém o controle da ação, embora possa não praticar atos executórios previstos no tipo penal. Por via de consequência, a teoria do domínio do fato considera partícipes todos os que não praticam atos típicos de execução, desde que não possuam o controle final da ação dirigida ao resultado típico. De acordo com HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, essa teoria “iniciou-se com WELZEL e a teoria finalista da ação. Autoria final seria forma compreensiva de domínio finalístico do fato. A tipicidade da ação não seria, assim, decisiva para caracterizar o autor. Necessário seria ter o agente o controle subjetivo do fato e atuar no sentido desse controle. Assim, seria autor não apenas quem diretamente realiza a figura típica (objetiva e subjetivamente) e o autor mediato, mas também, por exemplo, o chefe de uma quadrilha que, sem realizar a ação típica, planeja e decide a atividade dos demais, pois é ele que tem, eventualmente em conjunto com os outros, o domínio final da ação”.⁽¹⁴⁾

Alguns doutrinadores, como JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI e ALBERTO SILVA FRANCO, sustentam que a nova Parte Geral do Código Penal (1984) acolheu a teoria do domínio do fato. Conforme PIERANGELI, “esta teoria, formulada por WELZEL e exposta, posteriormente, com maestria por MAURACH, é de concepção finalística e ‘com o finalismo se identifica’, não se ligando, em momento algum à culpabilidade, mas sim à ação...”⁽¹⁵⁾. De acordo com SILVA FRANCO, o legislador de 1984, “na medida em que introduziu o dolo na ação típica final, como se pode depreender da conceituação de erro sobre o tipo, na medida em que aceitou o erro de proibição e, finalmente, na medida em que 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 também abraçou a teoria do domínio do fato”.⁽¹⁶⁾

Todavia, embora o controle final da ação, inserido na teoria do domínio do fato, possa se identificar com o finalismo, não parece que o organizador ou o chefe de uma quadrilha, caso não participe diretamente dos atos executórios típicos, detenha o controle final ou funcional acerca da consumação do crime, sob o ponto de vista objetivo e realístico. Daí a conclusão acertada de BEATRIZ VARGAS RAMOS: “Não vemos necessidade de diferenciar, como faz a concepção finalista, entre dois tipos de organizador; um que apenas projeta o plano delituoso e outro, que, além de projetá-lo, detém a liderança ou a chefia sobre os demais. Se de ambos se pode dizer que promovem, organizam ou dirigem a atividade criminosa, a ambos se pode chamar de partícipes. Não vemos o porquê desta dupla definição de organizador. A simples qualidade de organizador já revela

⁽¹⁴⁾ HELENO CLÁUDIO FRAGOSO. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Tomo II, pp. 627 e 628.

⁽¹⁵⁾ JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI. *Op. cit.*, p. 294.

⁽¹⁶⁾ ALBERTO SILVA FRANCO. *Op. cit.*, p. 446.

uma superioridade mental ou liderança intelectual de um agente sobre os demais. É evidente que se o organizador, não se limitando a organizar a execução, nela intervier direta ou pessoalmente, passará a ser co-autor".⁽¹⁷⁾

Como se verifica nessas observações, só há domínio efetivo do fato por parte de quem atua diretamente na prática dos atos executórios previstos no tipo penal. Somente nesse caso, terá o autor ou co-autor a possibilidade de alterar o transcurso dos fatos, desistir da sua realização ou prosseguir na sua execução. Pensamento contrário não teria o condão de explicar o descumprimento da ordem do chefe, as situações de traição, o arrependimento eficaz ou a desistência voluntária por parte dos executores *etc.* Isso sem contar com as situações imprevisíveis surgidas durante a preparação ou execução do crime, não previstas pelo organizador. De qualquer forma, mesmo se considerada a teoria restritiva, nada impediria o agravamento da pena em relação ao partícipe, enquanto organizador ou chefe de uma quadrilha, como previsto no mencionado artigo 61, inciso I, do Código Penal.

4 – A teoria adotada pela legislação vigente.

Pelo presente estudo, pode-se verificar que ocorre a adoção da teoria extensiva de autoria pela legislação penal vigente, tal como adotado na antiga Parte Geral do Código de 1940. De fato, a nova Parte Geral, em seu artigo 29, estabelece: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade". O acréscimo da expressão "na medida de sua culpabilidade" não seria necessário e não alteraria o conceito, pois a medida da culpabilidade constitui critério básico da individualização da pena, prevista entre os Direitos Fundamentais, consagrados na Constituição Federal (art. 5º, XLVI). Além disso, a aferição individualizada da culpabilidade é critério obrigatório a ser utilizado na fixação da pena, previsto entre as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal. Por esses motivos, não parece que a "medida da culpabilidade" prevista tenha por objetivo temperar a equiparação dos partícipes aos executores do crime, feita pela teoria restritiva, mas sim reforçar o princípio constitucional da individualização da pena para cada concorrente.

Não se pode, também, dizer que a legislação em vigor adotou o critério restritivo de autoria ao incluir, nos §§ 1º e 2º, do artigo 29, os institutos da *participação de menor importância*, da *cooperação dolosamente distinta* e do *desvio de finalidade* entre os concorrentes do crime. É importante ressaltar que a *participação de menor importância*, causa de redução da pena na legislação vigente, já estava prevista como atenuante genérica no antigo artigo 48, inciso II, do Código Penal de 1940, enquanto a *cooperação dolosamente distinta* já era considerada causa de redução da pena, tal como na legislação vigente. Não obstante tais previsões, a exposição de motivos do Código de 1940 não deixava dúvidas acerca da adoção

⁽¹⁷⁾ BEATRIZ VARGAS RAMOS. *Op. cit.*, pp. 34 e 35.

da teoria extensiva, amparada na teoria da *conditio sine qua non*, como já mencionado.

Ademais, a legislação penal em vigor, no *caput* do artigo 29, não estabeleceu nenhuma diferença expressa entre autor e partícipe. Por esse motivo, as referências à participação, contidas nos §§ 1º e 2º, do artigo 29, do Código, devem ser interpretadas em sentido amplo, incluindo a autores e partícipes, segundo distinção doutrinária. A interpretação sistemática dos dispositivos do Código também não conduz a outra conclusão. De fato, ao cuidar do delito previsto de rixa, por exemplo, o legislador fez menção à participação como ato típico de execução, nos seguintes termos: “Participar de rixa, salvo para separar os contendores” (art. 137). Nesse caso, como se trata de conduta típica, a expressão participar não poderia referir-se tecnicamente ao partícipe.

Portanto, a inclusão dos referidos §§ 1º e 2º, no artigo 29, do Código Penal, não afasta nem mitiga a teoria extensiva de autoria. Esta, sem dúvida, pode ser considerada como a mais condizente com a realidade fática e com os princípios da individualização da pena, baseado na culpabilidade de cada concorrente do crime, sem qualquer distinção entre autor em sentido estrito e partícipe.

CONCLUSÕES.

Do exposto, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

- 1 – A nova Parte Geral do Código Penal manteve a teoria extensiva ou subjetiva de autoria, não afastada nem mitigada pelos institutos previstos nos §§ 1º e 2º, de seu artigo 29;
- 2 – O acréscimo da expressão “na medida de sua culpabilidade”, no *caput* do artigo 29, da nova Parte Geral, era prescindível, pois apenas reforça o princípio constitucional da individualização da pena, também previsto no artigo 59, da legislação penal vigente;
- 3 – Para a teoria subjetiva ou extensiva pura, torna-se suficiente o desejo de cada agente de concorrer para a produção do resultado típico, afigurando-se desnecessária a investigação de ter cada agente querido o delito como próprio ou alheio;
- 4 – Só se pode cogitar do domínio real do fato por parte de quem nele atua diretamente. Somente nesse caso, terá o co-autor ou organizador a efetiva possibilidade de prosseguir ou desistir da execução do crime. Por esse motivo, o chefe de uma organização criminosa, caso não atue diretamente na execução do delito, não possui o domínio do fato. Nada impede, contudo, sua maior responsabilidade diante dos executores, seja pela agravante prevista no artigo 62, inciso I, do Código Penal, seja em face do juízo de culpabilidade na individualização da pena.

