

3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.4.1 Conceito de autoria em direito penal

Luiz Flávio Gomes

Doutor em Direito penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito penal pela USP, Secretário-Geral do IPAN (Instituto Panamericano de Política Criminal), Consultor e Parecerista, Fundador e Presidente da Rede LFG – Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes – www.lfg.com.br

Lendo-se a descrição típica dos crimes, constata-se que eles podem ser cometidos por uma só pessoa ou por várias pessoas. Há crimes que exigem obrigatoriamente a participação de várias pessoas. São os chamados crimes plurissubjetivos. São de condutas paralelas (exemplo: quadrilha ou bando, CP, art. 288) ou contrapostas (exemplo: rixa, art. 137) ou convergentes (exemplo: bigamia, art. 235).

Crimes monossubjetivos, ao contrário, são os que podem ser cometidos por uma só pessoa. Exemplos: roubo, furto, homicídio, falsificação documental, evasão de divisas etc.

Os crimes plurissubjetivos configuram crimes de concurso necessário (de pessoas). O crime de quadrilha ou bando, como vimos, é um crime plurissubjetivo. É um exemplo de concurso necessário de pessoas (exige no mínimo quatro).

Mas quando estudamos em Direito penal o assunto concurso de pessoas, o que importa é considerar não o concurso necessário, sim, o eventual. O concurso eventual de pessoas, em Direito penal, exterioriza-se ou pela co-autoria ou pela participação.

Duas são, portanto, as formas de concurso eventual de pessoas: (a) co-autoria e (b) participação. Mas antes de se entender a co-autoria ou a participação, temos que saber o que se compreende por autoria.

Autor e partícipe: o autor é diferente do partícipe? Sobre o assunto existem várias teorias, que podem ser divididas em dois grupos (COBO DEL ROSAL e VIVES ANTÓN, *Derecho pena-PG*, 4. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1996, p. 663 e ss.): (a) teorias negativas (que não distinguem o autor do partícipe) e teorias positivas ou restritivas (que distinguem o autor do partícipe).

Entre as teorias negativas destacam-se:

a) a teoria extensiva, que tem fundamento na teoria da equivalência dos antecedentes causais (*conditio sine qua non*). Todos que concorrem para o delito são autores. Ela, portanto, não distingue o autor do partícipe. Quem é condição do resultado é autor (von Liszt).

b) a teoria unitária (ou da associação criminal): todos os que concorrem para o delito (todos os *socius sceleris*) são autores, mesmo porque o delito é um fenômeno unitário.

c) a teoria do acordo prévio: o prévio acordo entre todos os participantes é o suficiente para concebê-los como autores, sem se distinguir a contribuição de cada um.

Todas as teorias negativas devem ser refutadas porque nosso Código penal, no art. 29 e seus parágrafos, distinguiu com clareza a autoria da participação. Tais teorias conflitam com o Direito penal pátrio. Desconsideram, ademais, que cada um dos participantes deve ser punido na medida da sua culpabilidade. Permitem, de outro lado, um uso autoritário do Direito penal. Não foi por acaso que o nazismo adotou a teoria unitária. As teorias positivas (ou restritivas), por conseguinte, são as preferidas.

Entre as teorias positivas (também chamadas restritivas) acham-se:

a) as teorias subjetivas: quem atua com *animus auctoris* é autor; diferentemente, quem age com *animus socii* é partícipe. Importa para a distinção o aspecto subjetivo do agente. O problema dessa teoria é que para a distinção entre autor e partícipe temos que levar em conta obrigatoriamente também requisitos objetivos (efetiva contribuição) e valorativos.

b) as teorias mistas (subjetivas e objetivas): admitem a distinção entre autor e partícipe conforme cada caso, ora preponderando o critério objetivo (realização do injusto penal), ora o subjetivo (conforme a reprovabilidade do agente). Essa combinação de critérios não pode ser aceita porque conduz a uma aplicação insegura do Direito penal.

c) as teorias objetivas formais: dizem que autor é quem realiza o verbo núcleo do tipo; partícipe é quem contribui de outra maneira para o delito.

d) as teorias objetivas materiais: levam em conta a efetiva contribuição do agente para o resultado final. O que importa é a magnitude e importância da conduta de cada participação.

O problema das teorias objetivas é que não explicam, por exemplo, a autoria mediata (na qual o autor mediato não realiza o

verbo núcleo do tipo nem concretiza materialmente a realização do fato, porque se serve de terceira pessoa para isso).

Esse problema viria a encontrar solução com a denominada **teoria do domínio do fato**, que foi formulada em primeiro lugar por Welzel (é autor quem tem o domínio final do fato). Essa doutrina se corresponde com a concepção subjetiva ou pessoal do injusto, que acabou sendo refutada por grande parte da doutrina. A antijuridicidade, como se sabe, é objetiva.

Quem aprimorou e delimitou de maneira vantajosa o conteúdo da teoria do domínio do fato foi Roxin (*Sobre la autoría y participación en Derecho penal, em Problemas actuales de las ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, 1970, p. 60 e ss). A partir da sua doutrina admite-se como autor: (a) quem tem o domínio da própria ação típica; (b) quem domina a vontade de outra pessoa; (c) quem tem o domínio funcional do fato (casos de co-autoria).

Hoje é bastante aceita a doutrina do domínio do fato, que é

restritiva porque distingue com clareza o autor do partícipe. Autor é quem domina a realização do fato, quem tem poder sobre ele (de controlar, de fazer cessar, etc.) bem como quem tem poder sobre a vontade alheia; partícipe é quem não domina a realização do fato, mas contribui de qualquer modo para ele.

Nossa posição: a teoria do domínio do fato é a mais adequada. Ela é compatível, ademais, com o nosso CP (art. 29, que distingue claramente a autoria da participação).

Autor, dessa forma, em Direito penal, é quem (1) realiza o verbo núcleo do tipo; (2) quem tem o domínio organizacional da ação típica (quem organiza, quem planeja etc.); (3) quem participa funcionalmente da execução do crime mesmo sem realizar o verbo núcleo do tipo (por exemplo: quem segura a vítima para que o executor venha a matá-la, ou, ainda, (4) quem tem o domínio da vontade de outras pessoas (isso é o que ocorre na autoria mediata). O conceito de autor, agora, depois da teoria do domínio do fato, resultou bastante ampliado.