



Cezar Bitencourt: Não cabe lamento judicial ao receber a denúncia

A “lava jato” brinda-nos com mais uma “pérola jurídica”, quando o magistrado ao receber a denúncia contra Lula e dona Marisa, destacou:

“*Lamenta o Juízo em especial a imputação realizada contra Marisa Letícia Lula da Silva, esposa do ex-presidente. Muito embora haja dúvidas relevantes quanto ao seu envolvimento doloso, especificamente se sabia que os benefícios decorriam de acertos de propina no esquema criminoso da Petrobras, a sua participação específica nos fatos e a sua contribuição para a aparente ocultação do real proprietário do apartamento é suficiente por ora para justificar o recebimento da denúncia também contra ela e sem prejuízo de melhor reflexão no decorrer do processo*”.

Erra-se duas vezes, pois não cabe o *falacioso lamento judicial* ao receber a denúncia, pois o *sentimento pessoal* do magistrado não deve vir para os autos, mesmo quando verdadeiro; por outro lado, *deveria ter rejeitado a inicial* acusatória por inépcia e *absoluta atipicidade* da imputação contra dona Marisa. Deixaria de ser falácia se viesse acompanhada de sua rejeição, o que não ocorreu. O magistrado é soberano no ato processual de receber ou rejeitar a denúncia, claro, desde que fundamentada. Devia tê-la rejeitado de plano por total inadequação típica. O simples “saber” ou ter conhecimento da existência de algum fato criminoso praticado por outrem não transforma ninguém em coautor desse crime, como demonstraremos adiante.

Trata-se, a rigor, em um *error in judicando* do magistrado, e não apenas de um simples *error in procedendo*, o que torna a situação muito mais grave ao olhar atento dos especialistas em matéria processual penal, da qual, aliás, o magistrado é um dos maiores *experts* do país, pois é doutor em processo penal. Só aos acusados não é dado *errar*, pois a punição impõe-se com todo rigor da lei, mas o magistrado pode apenas pedir “desculpas ao STF” por eventuais erros cometidos, como já ocorreu nessa operação, como se fora uma novel espécie de *excusa absoluta*.

A doutrina, nacional e estrangeira, destaca os seguintes requisitos para a configuração do chamado “concurso de pessoas” na prática de crimes, ou seja, a concorrência de mais de um indivíduo na realização de uma conduta delituosa. Esse concurso de pessoas divide-se em coautoria e participação estrito sensu. Vejamos, a seguir, sucintamente, quais são esses requisitos

Requisitos do concurso de pessoas

Para o aperfeiçoamento do *concurso eventual de pessoas* é indispensável a presença de elementos de natureza objetiva e subjetiva, além de alguns outros.

a) Pluralidade de participantes e de condutas

Esse é o requisito básico do *concurso eventual de pessoas*: a concorrência de mais de uma pessoa na execução de uma infração penal. Embora todos os participantes desejem contribuir com sua ação na realização de uma conduta punível, não o fazem, necessariamente, da mesma forma e nas mesmas condições. Enquanto alguns praticam o fato material típico, representado pelo verbo núcleo do tipo, outros limitam-se a *instigar, induzir, auxiliar moral ou materialmente* o executor ou executores praticando atos que, em si mesmos, seriam atípicos.

b) Relevância causal de cada conduta

A conduta típica ou atípica de cada participante deve integrar-se à corrente causal determinante do resultado. *Nem todo comportamento constitui “participação”* punível, pois precisa ter “eficácia causal”, provocando, facilitando ou ao menos estimulando a realização da conduta principal. Assim, no exemplo daquele que, querendo *participar* de um homicídio, empresta uma arma de fogo ao executor, que não a utiliza e tampouco se sente estimulado ou encorajado com tal empréstimo a executar o delito. Aquele não pode ser tido como partícipe pela simples e singela razão de que o seu comportamento foi irrelevante, isto é, sem qualquer eficácia causal.

c) Vínculo subjetivo entre os participantes

Deve existir também, repetindo, um *liame psicológico* entre os vários participantes, ou seja, consciência de que participam de uma obra comum. A *ausência desse elemento psicológico* desnatura o concurso eventual de pessoas, transformando-o em condutas isoladas e autônomas. Somente a adesão voluntária, objetiva (nexo causal) e subjetiva (nexo psicológico), à atividade criminosa de outrem, visando à realização do fim comum, cria o vínculo do concurso de pessoas e sujeita os agentes à responsabilidade pelas consequências da ação.

d) Identidade de infração penal

Para que o resultado da ação de vários participantes possa ser atribuído a todos, *tem que consistir em algo juridicamente unitário*. Não é propriamente um requisito, mas *consequência jurídica* diante das outras condições. Alguém planeja a realização da conduta típica, ao executá-la, enquanto um desvia a atenção da vítima, outro lhe subtrai os pertences e ainda um terceiro encarrega-se de evadir-se do local com um produto do furto. Respondem todos por um único tipo penal ou não se reconhece a participação ou o próprio concurso na empresa criminosa.

Autoria de crime

O conceito de *autoria* pode abranger todos os intervenientes no crime, quando partimos de um sistema unitário de autor, ou pode estar limitado à conduta dos agentes principais, se partimos de um sistema diferenciador de autor. Neste tópico trataremos, especificamente, da *autoria* como conceito restrito, nos termos do sistema diferenciador, adotado pela Reforma Penal de 1984.

Um sistema verdadeiramente diferenciador de autor caracteriza-se, fundamentalmente, pela adoção do princípio de acessoriedade da participação, pois é através deste princípio que podemos entender a participação como uma intervenção secundária, cuja punibilidade se estabelece em função de determinados atributos da conduta do autor. Além disso, a adoção desse princípio conduz à necessidade de estabelecer critérios de distinção entre as condutas de autoria e as condutas de participação, tema que será analisado nos tópicos seguintes. A autoria dentro de um sistema diferenciador não pode circunscrever-se a quem pratica pessoal e diretamente a figura delituosa, mas deve compreender também quem se serve de outrem como “instrumento” (autoria mediata).

Teoria do domínio do fato

Trata-se, a rigor, de uma elaboração superior às teorias até então conhecidas, que distingue com clareza autor e partícipe, admitindo com facilidade a figura do autor mediato, além de possibilitar melhor compreensão da coautoria. Essa teoria surgiu em 1939 com o finalismo de Welzel[1] e sua tese de que nos crimes dolosos é autor quem tem o controle final do fato. Mas foi através da obra de Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft* inicialmente publicada em 1963, que a teoria do domínio do fato foi desenvolvida, adquirindo uma importante projeção internacional, tanto na Europa como na América Latina. Depois de muito tempo, Claus Roxin reconheceu que o que lhe preocupava eram os crimes cometidos pelo nacional-socialismo. Na ótica do então jovem professor alemão, quem ocupasse uma posição dentro do chamado aparato organizado de poder e desse o comando para que se executasse um crime, teria de responder como autor e não só como partícipe, ao contrário do que entendia a doutrina dominante na época. No entanto, a teoria do domínio do fato ganhou ao longo dos anos uma dimensão muito maior do que a simples referência aos crimes cometidos à época do nacional-socialismo, alcançando sofisticado desenvolvimento com os trabalhos levados a efeito pelo aclamado professor Claus Roxin.

Nem uma teoria puramente objetiva nem outra puramente subjetiva são adequadas para fundamentar a essência da autoria e fazer, ao mesmo tempo, a delimitação correta entre autoria e participação. A teoria do domínio do fato, partindo do conceito restritivo de autor, tem a pretensão de sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, impondo-se como uma teoria objetivo-subjetiva. Embora o domínio do fato suponha um controle final, “aspecto subjetivo”, não requer somente a finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato. Autor, segundo essa teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. Mas é indispensável que resulte demonstrado que quem detém posição de comando determina a prática da ação, sendo irrelevante, portanto, a simples “posição hierárquica superior”, sob pena de caracterizar autêntica responsabilidade objetiva. Autor, enfim, é não só o que executa a ação típica (autoria imediata), como também aquele que se utiliza de outrem, como instrumento, para a execução da infração penal (autoria mediata). Como ensina Welzel, “a conformação do fato mediante a vontade de realização que dirige de forma planejada é o que transforma o autor em senhor do fato”[2]. No entanto, não só a vontade de realização resulta decisiva para a autoria, mas também a importância material da parte que cada interveniente assume no fato. Em outros termos, para que se configure o domínio do fato é necessário que o autor tenha controle sobre o executor do fato, e não apenas ostente uma posição de superioridade ou de representatividade institucional, como se chegou a interpretar na jurisprudência brasileira. Ou seja, é insuficiente que haja indícios de sua ocorrência, aliás, como é próprio do Direito Penal do fato, que exige um juízo de certeza consubstanciado em prova incontestável.

A teoria do domínio do fato reconhece a figura do autor mediato, desde que a realização da figura típica apresente-se como obra de sua vontade reitora, sendo reconhecido como o “homem de trás”, e controlador do executor. Essa teoria tem as seguintes consequências: 1ª) a realização pessoal e plenamente responsável de todos os elementos do tipo fundamentam sempre a autoria; 2ª) é autor quem executa o fato utilizando outrem como instrumento (autoria mediata); 3ª) é autor o coautor que realiza uma parte necessária do plano global (“domínio funcional do fato”)[3], embora não seja um ato típico, desde que integre a resolução delitiva comum. Ou, dito de outros termos, numa linguagem roxiniana[4], o domínio do fato

pode ser exercido das seguintes formas: (i) pelo domínio da ação, que ocorre quando o agente realiza pessoalmente o fato típico, agindo, por conseguinte, como autor e não como simples partícipe (instigador ou cúmplice); (ii) pelo domínio da vontade, que ocorre quando o executor, isto é, o autor imediato, age mediante coação ou incorrendo em erro, não tendo domínio de sua vontade, que é controlada ou dominada pelo “homem de trás”, que é o autor mediato, como veremos adiante. Assim, o “homem de trás” tem o domínio da vontade e o controle da ação, sendo o verdadeiro autor, ainda que mediato; (iii) pelo domínio funcional do fato, que ocorre na hipótese de coautoria, em que há, na dicção de Jescheck, uma exemplar divisão de trabalho, quando o agente realiza uma contribuição importante, ainda que não seja um ato típico, mas se revele necessária no plano global.

Coautoria

Coautoria é a realização conjunta, por mais de uma pessoa, de uma mesma infração penal. Coautoria é em última análise a própria autoria. É, portanto, a atuação consciente de estar contribuindo na realização comum de uma infração penal. Essa consciência constitui o liame psicológico que une a ação de todos, dando o caráter de crime único. A resolução comum de executar o fato é o vínculo que converte as diferentes partes em um todo único. Todos participam da realização do comportamento típico, sendo desnecessário que todos pratiquem o mesmo ato executivo.

Participação em sentido estrito

A participação em sentido estrito, como espécie do gênero concurso de pessoas, é a intervenção em um fato alheio, o que pressupõe a existência de um autor principal. O partícipe não pratica a conduta descrita pelo preceito primário da norma penal, mas realiza uma atividade secundária que contribui, estimula ou favorece a execução da conduta proibida. Não realiza atividade propriamente executiva. A norma que determina a punição do partícipe implica uma ampliação da punibilidade de comportamentos que, de outro modo, seriam impunes, pois as prescrições da Parte Especial do Código não abrangem o comportamento do partícipe.

Nosso CP consagra duas espécies de *participação*, a saber:

a) Instigação: ocorre a instigação quando o partícipe atua sobre a vontade do autor, no caso, do instigado. Instigar significa criar na mente de outra pessoa a ideia de cometer um crime, bem como animar, estimular, ou reforçar uma ideia existente. O instigador limita-se a provocar ou reforçar a resolução criminosa do autor, não tomando parte nem na execução nem no domínio do fato. Induzir significa suscitar uma ideia. Tomar a iniciativa intelectual, fazer surgir no pensamento do autor uma ideia até então inexistente; b) Cumplicidade: essa é a participação material, em que o partícipe exterioriza a sua contribuição através de um comportamento, de um auxílio. Pode efetivar-se, por exemplo, através do empréstimo da arma do crime, de um veículo para deslocar-se com mais facilidade, de uma propriedade etc. Essa contribuição pode ocorrer desde a fase da preparação até a fase executória do crime.

Por fim, qualquer que seja a forma ou *espécie de participação*, é indispensável a presença de dois requisitos: eficácia causal e consciência de participar na ação de outrem. É insuficiente a exteriorização da vontade de participar. Não basta realizar a atividade de partícipe se esta não influir na atividade final do autor. Não tem relevância a participação se o crime não for, pelo menos, tentado.

Para concluir, a simples *ciência* da realização de uma infração penal caracteriza, no máximo, “convivência”, que não é punível, a título de participação, pelo direito penal, se não constituir, pelo menos, alguma *forma de contribuição causal*, ou, então, constituir, por si mesma, uma infração típica. Tampouco será responsabilizado como partícipe quem, tendo ciência da realização de um delito, não o denuncia às autoridades, salvo se tiver o *dever jurídico* de fazê-lo, como é o caso da autoridade pública.

O cidadão comum não é obrigado a denunciar ou denunciar ninguém pela prática de qualquer crime às autoridades, e o fato de saber que alguém praticou ou está praticando algum crime e não denunciar não transforma ninguém em autor ou partícipe desse crime. As autoridades públicas tem o dever de denunciar eventual conhecimento de crimes, o cidadão comum não têm esse dever. Isso é elementar, meu caro Watson, em todos os países democráticos de direito. Somente concorre para o crime *quem tem o dever jurídico de informar* (artigo 13, § 2º do CP) a autoridade competente, que não é o caso de dona Marisa, e muito menos trair o marido para denunciá-lo de qualquer coisa.

[1]. Jescheck, Tratado, cit., p. 897, especialmente a nota n. 28.

[2]. Welzel, Hans, Derecho Penal alemán, Santiago, Ed. Jurídica, 1970, p. 145.



[3]. Esse conceito é de Roxin, *apud* Mir Puig, Santiago, Derecho Penal, Barcelona, Ed. PPU, 1985, p. 313.

[4]. Roxin, Claus. Aitoria y domínio del hecho en Derecho Penal, Madri, Marcial Pons, 2000, p. 147.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2016-set-27/cezar-bitencourt-nao-cabe-lamento-judicial-receber-denuncia/>