

## CO-AUTORIA E INÉPCIA DA DENÚNCIA

Silvio Artur Dias da Silva

Alguns julgados dos tribunais paulistas ( Justiça e Alçada Criminal ), bem como do Supremo Tribunal Federal, têm decretado a nulidade de processos por inépcia da denúncia quando esta peça não descreve as condutas de todos os autores em hipóteses de crimes praticados mediante concurso de agentes. O tema ganha maior significação quando se tem em vista que a nova Parte Geral do Código Penal ( Lei 7.209/84 ), embora continuando a não distinguir entre autores e cúmplices, deu novo tratamento penal à co-delinquência, procurando adequar a punição ao grau de intervenção do sujeito no delito.

Durante mais de um século, desde o Código Criminal do Império (1830) até a entrada em vigor do Código Penal de 1940, houve uma divisão entre autores e cúmplices, recebendo estes uma pena diversa da punição daqueles, que era a mesma pena do crime tentado, ou seja, a pena cominada ao delito consumado diminuída de um terço. O Código Penal de 1940, rompendo essa tradição, nivelou todas as condutas ocorrentes na co-delinquência, adotando a teoria unitária ou monística e formulando que quem de qualquer modo concorresse para o delito incidia nas penas a ele cominadas. Esse estatuto foi além, proclamando na exposição de motivos assinada pelo Min. Francisco Campos ( item 22 ) que ficava abolida a partir daí a distinção entre autores e cúmplices e que todos os que tomassem parte no crime seriam considerados autores. Como na realidade dos fatos — e parece que a isso a revogada parte geral fechara os olhos — a intervenção no delito pode conhecer graus, de maneira implícita podia haver uma individualização da punição de acordo com o nível de participação no crime. Ao aplicar a pena, podia o magistrado, partindo do artigo 42 da antiga parte geral ( intensidade do dolo ), passando pelo artigo 45 ( que mandava agravar a pena em relação ao agente que promovesse ou organizasse a cooperação no crime ou dirigisse a atividade dos demais ) e aportando no artigo 48, no inciso que determinava a atenuação genérica da pena quando fosse de somenos importância a participação do agente no crime, adequar a punição ao grau de intervenção. Havia, ainda, uma “atenuação especial da pena”, diminuindo-a de um terço até a metade, quando tives-

se o agente querido participar de crime menos grave, não podendo contudo ser a pena inferior ao mínimo do delito praticado ( artigo 48, parágrafo único, da parte geral revogada ). Isso na prática gerava grandes injustiças, já que a punição era imposta a título de responsabilidade objetiva no mais das vezes.

O artigo 41 do Código de Processo Penal estabelece os requisitos da denúncia ou da queixa e dentre eles avulta o que diz que ela deve conter "a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias", o que vale dizer, a denúncia ( ou a queixa ) deverá narrar o fato que ela pretende ver reconhecido como criminoso bem como as suas circunstâncias ( dizia Asúa que circunstância é tudo aquilo que altera um fato em seu conceito, sem lhe alterar a essência ). O oferecimento da denúncia dá início à ação penal e se recebida obriga o réu a defender-se, seguindo-se daí que ele deve saber do que deve defender-se. Se a denúncia não contiver a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, não poderá o acusado exercer o princípio constitucional da ampla defesa. A mesma exigência tem lugar e aplicação, com tanto mais razão, quando se tratar de crime praticado em concurso, em que as condutas dos vários agentes conjugam-se em busca do resultado comum. Inobstante, como já ressaltado, não fizesse a parte geral revogada distinção entre autores e cúmplices, a exigência de que a denúncia contivesse a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, delimitando as condutas dos vários sujeitos, era não só uma consequência do princípio constitucional referido, como também um atendimento à individualização das penas dos vários agentes. Descrevendo as condutas, a denúncia oferecia aos acusados o exercício dessa garantia constitucional e proporcionava ao magistrado que individualizasse a pena de conformidade com a conduta. A individualização da pena, não se pode esquecer, é também garantia constitucional, aplicada porém ao Direito Penal.

A nova Parte Geral do Código Penal já não fala assim e simplesmente em co-autoria, como fazia a anterior, mas sim em concurso de pessoas, estabelecendo que "quem, de qualquer modo concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade", nos termos do artigo 29. Já não se trata, como no código anterior, de adequação da pena conforme a conduta que surgia somente quando da aplicação da pena, mas sim de preceito explícito que reconhece que a intervenção na prática da infração penal conhece graus. Além disso, esse novo estatuto criou uma causa especial de diminuição de pena ( de um sexto a um terço ) na hipótese de participação de menor importância ( artigo 29, § 1º ). Embora o texto legal utilize o verbo "poder" ( a pena "pode" ser diminuída... ), sempre se entendeu em doutrina e em jurisprudência que se preen-

chidos os requisitos legais, esse "pode" não representa mera faculdade outorgada ao magistrado, mas sim direito do acusado. Essa era a posição verificada nos comentários e interpretações aos artigos 57 ( suspensão condicional da execução da pena ) e 60 ( livramento condicional ) da antiga parte geral e 121, § 1º, ( homicídio privilegiado ) da parte especial do Código Penal, que também utilizam o verbo "poder". Afastando esse resquício de responsabilidade objetiva que sobrevivia no artigo 48, parágrafo único, da revogada parte geral ( dispositivo que na prática se mostrava de impossível aplicação ), a nova parte geral manda que se aplique a pena do crime menos grave de que quis o concorrente participar, aumentada até a metade na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave ( artigo 29, § 2º ). Esse dispositivo pode efetivamente ser aplicado na prática e bem demonstra que o novo estatuto não transigiu com a denominada responsabilidade sem culpa. Se o agente quis participar de um roubo qualificado ( pena mínima de cinco anos e quatro meses ), mas adveio um resultado mais grave, um roubo com morte ( pena mínima de quinze anos ), ele responderá pelo roubo qualificado e somente terá a pena aumentada até a metade se o resultado morte fosse previsível. A algumas consciências poderá parecer estranho esse tratamento penal, principalmente aquelas que já haviam se acostumado a verdadeiros malabarismos mentais para justificar uma punição por resultado que não fora nem previsto nem querido pelo agente em casos de concurso de pessoas com resultado produzido mais grave do que o inicialmente pretendido, imputando-o não se sabe a que título. Mas quando se sabe que o Direito Penal da atualidade é o da culpabilidade esse tratamento trazido pela nova parte geral ao concurso de pessoas é facilmente entendido. Colhe-se da exposição demotivos, assinada pelo Min. Ibrahim Abi-Ackel ( item 25 ) o seguinte: "sem completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos críticos dessa teoria, ao optar, na parte final do artigo 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a **autoria** da **participação**. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas". Os doutrinadores penais brasileiros, aliás, nunca abandonaram a distinção entre autores e partícipes.

Com essas inovações trazidas pelo Código Penal, em sua nova parte geral, fica evidente que a exigência de que a denúncia ( ou a queixa ) descreva as condutas de todos os envolvidos na prática de uma infração penal em concurso ganha maior significado e com muito mais razão a inicial que a isso não atender deverá ser declarada inepta, com a conseqüente anulação do processo penal.