
JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

COMENTÁRIO A ACÓRDÃO

Gilciane Allen Baretta

SUMÁRIO: 1. Os fatos; 2. Fundamentos e controvérsias do Acórdão; 3. Falso testemunho - delito próprio e de mão própria; 4. Autoria e participação - instigação e cumplicidade; 5. Conclusão.

CO-AUTORIA - Falso testemunho - Admissibilidade - Advogado - Orientação dada para testemunhas falsearem com a verdade - Hipótese de justa causa para instauração da ação penal - Voto vencido.

Ementa da Redação: O advogado que orienta testemunhas a falsearem a verdade é co-autor do crime de falso testemunho, pois sem a orientação do causídico, as testemunhas não iriam mentir em juízo; desse modo, não há que se falar em falta de justa causa para instauração da ação penal.

Ementa do voto vencido, pela Redação: O advogado que sugere à testemunha favorecer seu cliente não pratica o crime de falso testemunho ou falsa perícia, visto a atipicidade da conduta.

HC 3.046-1 m /SP - 6ª. T. - j. 05.04.1994 - rel. Min. Anselmo Santiago - DJU 14.04.1997.(RT 742/558-594, ago.1997).

Em favor do advogado FCI, processado no Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Carlos, como incurso nas penas do art. 342, *caput*, c/c art. 29, ambos do CP, a OAB/SP, através de advogado, impetrou *habeas corpus*, visando o trancamento da referida ação penal, por falta de justa causa, sob o fundamento de que, tratando-se de crime de falso testemunho, delito de mão própria, seria impossível a co-autoria, principalmente cuidando-se de advogado.

A 2ª Câ. Crim. de Férias de Julho/93 do TJSP, por v.u., denegou a ordem.

Mestranda em Direito Penal, Universidade Estadual de Maringá.

Irresignada, interpôs a impetrante o presente recurso, em cujas razões repete os termos da inicial e acrescenta, agora, que o mencionado paciente "nega qualquer influência no depoimento havido como falso".

Nesta instância, o Subprocurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada, emitiu parecer no sentido de ser confirmado o acórdão recorrido.

É o relatório.

1. Os fatos

O paciente era advogado de AAD nos autos da ação cível de reparação de danos a que este respondia perante o Juízo da 2ª Vara, por ter dado causa a acidente de trânsito ao avançar sinal vermelho do semáforo existente no cruzamento de uma das artérias da cidade de São Carlos.

Não pretendendo sair vencido desta demanda, procurou JGM e JRS, seus conhecidos, para servirem de testemunhas, e, antes da audiência, as levou ao escritório do paciente, o qual à vista de um mapa, explicou o que havia ocorrido e as orientou no sentido de dizer que o semáforo estava verde para AAD, por ocasião da passagem deste no cruzamento.

Tal como fora acertado, as referidas testemunhas compareceram e depuseram em juízo, asseverando um fato que não correspondia à realidade, em prejuízo do autor da ação. Contraditadas, afirmaram ter sido instruídas pelo paciente e por AAD a falsear a verdade dos fatos.

2. Fundamentos e controvérsia do Acórdão

O fundamento do acórdão está em que, em princípio, o delito de falso testemunho pode ser conceituado como efetivamente de mão própria porque somente pode mentir a testemunha e nunca estranho que não foi arrolado para depor em juízo. Assim, pode inexistir possibilidade jurídica de denúncia por concurso de agentes. Entretanto, ainda que eventualmente excluído o concurso de agentes, não pode ser afastada a participação de terceiros, face ao artigo 29 do CP. Além do que, se não fosse a orientação do causídico, as testemunhas não iriam mentir em juízo. Assim, no falso testemunho a participação se mostra perfeitamente possível, seja sob a forma de instigação, auxílio, incitação ou qualquer outra, o que caracteriza a hipótese de concurso de delinquentes.

O fundamento do voto vencido é de que apesar da regra do art. 29 aplicar-se às infrações em geral, inclusive no crime de mão própria, o delito do art. 342 oferece uma particularidade referente ao conflito aparente de

normas penais, visto que o art. 343 estaria em conexão direta com o art. 342 e constituiria uma exceção à regra do concurso de agentes, por ser norma especial, que distingue entre executor do art. 342, e o autor intelectual do art. 343. Em face disto, no caso concreto, o advogado que sugere à testemunha favorecer o seu constituinte, se crime tivesse praticado, não seria o de falso testemunho ou falsa perícia, pois não basta ser o autor intelectual; é imprescindível, a teor do art. 343, dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem. Desta forma, o simples sugerir estaria fora, a conduta seria atípica, não haveria a prévia definição legal. Para ele, não existe a co-autoria ou participação subjetiva no art. 342, sendo necessário fazer a distinção entre o agente do art. 342 e do art. 343. Não havendo a denúncia mencionado a particularidade que tornaria típica a conduta do advogado, deu provimento a fim de trancar a ação por falta de justa causa.

3. Falso testemunho - delito próprio e de mão própria

O falso testemunho, segundo grande parte da doutrina, é um delito próprio e de mão própria. No primeiro exige-se do agente uma particular condição ou qualidade pessoal (física ou jurídica) que pertence à estrutura essencial do delito, ou seja, faz parte do núcleo do tipo. Por sua vez, o delito de mão própria é aquele que só pode ser cometido pelo autor, que pessoalmente realiza a sua conduta. Neste delito só pode ser agente - em razão do injusto (*Unrechtgehalt*) - quem esteja em situação de executar imediata e corporalmente a ação proibida¹. Difere do delito próprio, porque este exige, como já dito, uma qualidade ou condição pessoal, enquanto que no delito de mão própria, embora possa ser praticado por qualquer pessoa, ninguém o comete por intermédio de outrem. Sendo este um delito de atividade, importa o desvalor da ação. É um delito em que o tipo penal só admite comissão pessoal e direta pelo autor².

Desta forma, o falso testemunho é um delito próprio, em que só pode ser sujeito ativo quem tenha qualidade de testemunha, perito, tradutor ou intérprete e também, um delito de mão própria, visto que a tipicidade exige um ato corporal deste sujeito ativo. Somente estes podem ser autores ou co-autores.

¹ Maurach & Zipf, *apud* Prado, L.R. *Falso Testemunho e Falsa Perícia*, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 122.

² Prado, L.R. *ibidem*, p.123.

4. Autoria e participação - instigação e cumplicidade

Assevera Welzel³ que “a co-autoria é autoria; sua particularidade consiste em que o domínio do fato é comum a várias pessoas”. Por isso, cada co-autor há de ser autor, isto é, possuir as qualidades pessoais (objetivas e subjetivas) de autor. A co-autoria funda-se no princípio da divisão do trabalho.

A participação *stricto sensu* (instigação e cumplicidade) é acessória e só terá relevância quando relacionada ao fato principal. O dolo do instigador necessariamente está jungido ao dolo do autor, ainda que se possa estabelecer uma distinção, vez que o dolo de instigação é o querer que outra pessoa, o autor, realize dolosamente o tipo. O partícipe colabora - como instigador ou cúmplice - num fato alheio, sem o domínio dele, que é próprio do autor.

Instigar é determinar intencionalmente outro a prática de um injusto. Assim, no delito de falso testemunho, é instigador quem, de maneira direta, forma em outra pessoa a resolução de executar dolosamente uma conduta típica ou antijurídica. O que caracteriza a instigação é o fato de o instigado não estar ainda predisposto, por ocasião da instigação, a cometer o delito.⁴

Caso haja uma determinação anteriormente tomada, há que se falar em cumplicidade, que pode ser física ou psíquica. O cúmplice presta auxílio (material ou moral) ao autor, ou seja, ele coopera dolosamente na execução de um injusto doloso de outro, mediante atos anteriores ou simultâneos. A cooperação do cúmplice, que não possui o domínio funcional do fato, limita-se a trazer a sua colaboração para a realização do fato principal⁵. Na cumplicidade física, o agente coopera materialmente na execução por meio de atos não essenciais (v.g., fornecendo meios). Na cumplicidade intelectual, o agente dá ao autor conselhos ou instruções sobre o modo de realização do delito, ou o apóia espiritualmente em sua resolução (já tomada) de praticar o crime⁶. Nesta modalidade, há um fortalecimento da vontade de atuar do autor principal.

Tanto na forma de instigação como de cumplicidade é necessário que os meios utilizados tenham sido aptos a influir poderosamente na formação da opinião do autor, de forma que este tenha realizado o ato, ou ao menos, iniciado a execução do crime, pois caso contrário, será uma conduta absolutamente não punível, dado o caráter de acessoriedade que cerca a

³ Welzel, *apud Idem, ibidem*, p.123.

⁴ Prado, L.R. *ibidem*, p.125.

⁵ Pierangelli, J.H. *O Concurso de Pessoas e o Novo Código Penal in RT 680/304-305.*

⁶ Prado, L.R. *op.cit.*, p. 126.

participação. Como dispõe o art. 31 do CP, “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”.

Nessa linha de raciocínio, o crime narrado no art. 342 do Código Penal não admite co-autoria, pois a execução do ato é personalíssimo. Todavia, a participação secundária (instigação e cumplicidade) é perfeitamente possível. Assim, ninguém substituiria a testemunha no depoimento, porém, poderá orientá-la para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade. Os estranhos só podem intervir como partícipes, jamais como autores (co-autor ou autor mediato)⁷.

5. Conclusão

Existe uma grande discussão, acerca do fato de ser possível ou não a participação no delito de falso testemunho e isto se deve ao fato de que a lei, neste caso, seccionou a unidade fática e previu tipos distintos para o autor intelectual (partícipe) e o autor material (autor). Cada qual comete um crime. Deste modo, a regra do art. 29 do Código Penal foi rompida e registra-se a pluralidade de crimes.

No art. 342 do CP, temos o delito da testemunha: “fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, (...)”. No art. 343, temos o delito do partícipe: “dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem econômica a testemunha (...)”. Assim, em princípio, seria uma conduta atípica, a solicitação e instrução do advogado à testemunha se desacompanhada da influência compensatória.

Além disso, as penas cominadas em ambos os artigos são as mesmas, o que afasta a possibilidade de participação no delito do art. 342 do CP, quando não houver a influência compensatória, pois como já existe um tipo especial para determinado agente, não há como se imputar a ele outro crime, caso sua conduta esteja desacompanhada da particularidade. É o princípio da *lex specialis derogat generali*.

Esta é a opinião do penalista Damásio de Jesus⁸, para quem o falso testemunho não admite participação, ou seja, não há crime no fato de alguém induzir ou instigar testemunha a cometer o falso. Só a testemunha responde pelo delito do art. 342 do CP, o terceiro fica impune, pois o legislador criou exceção pluralística ao princípio unitário do concurso de agentes.

⁷ Prado, L.R. *op. cit.*, p. 123.

⁸ Jesus, D.E. de. *Direito Penal - Parte Especial*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1988, p. 243-245.

Por outro lado, temos a posição do Prof. Dr. Luiz Regis Prado⁹, segundo o qual, o fato do art. 343 do CP ser uma forma especial de participação, elevada à categoria de crime autônomo (sem *nomen iuris*), não constitui obstáculo lógico-jurídico para que se aplique ao delito de falso testemunho (art. 342, CP) o disposto na Parte Geral sobre a participação *stricto sensu* (art. 29, CP). Assim, não há que se falar em princípio da especialidade, quando a regra especial não abrange hipótese diversa da prevista. Frise-se também que as disposições da Parte Geral do Código Penal encontram aplicação em todas as figuras da Parte Especial, salvo motivo especialíssimo, de fundo, que tenha o condão de excluí-la, o que não é o caso. O fato de o próprio Código Penal romper a unidade jurídica, própria do conceito unitário de autor, demonstra apenas uma impropriedade.

Vinculamo-nos à segunda posição, de modo que o não provimento do recurso no sentido de trancar a ação penal foi correto, visto que a participação neste crime é perfeitamente possível pelas razões acima expostas. Além disso, caracterizada estava a intervenção do advogado em fato alheio, com anterioridade, sob a forma de instigação. A relevância penal de tal conduta se verificou, pois o autor realizou o ato e a atuação do instigador foi decisiva no sentido de orientá-lo e de determinar a execução do injusto penal. É inquestionável que sua atitude representou um antecedente causal decisivo na produção da conduta típica do falso testemunho. Em outras palavras, a punição da instigação, *in casu*, decorre justamente do fato de ter levado o autor a decidir pela prática do crime.

⁹ Prado, L.R. *op. cit.*, p. 135.