

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

Victor Souza Marçal

**DA PARTICIPAÇÃO CULPOSA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Belo Horizonte - MG

2020

Victor Souza Marçal

## **DA PARTICIPAÇÃO CULPOSA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta

Linha de Pesquisa: Poder, cidadania e desenvolvimento no Estado democrático de direito

Área de estudo: Direito Penal Contemporâneo

Belo Horizonte

2020

---

M313d Marçal, Victor Souza  
Da participação culposa no direito penal brasileiro / Victor Souza Marçal –  
2020.

Orientador: Frederico Gomes de Almeida Horta.  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,  
Faculdade de Direito.

1. Direito penal – Teses 2. Culpa (Direito) – Teses 3. Crime – Teses  
I. Título

CDU 343.222(81)

---

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz CRB 6/2233.



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA  
BEL. VICTOR SOUZA MARÇAL

Aos dezessete dias do mês de fevereiro de 2020, às 09h30m, na Sala 605 da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta (orientador do candidato/UFMG); Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales (UFMG) e Prof. Dr. Alaor Leite (Humboldt Universitt zu Berlin), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Dissertação de Mestrado do **Bel. VICTOR SOUZA MARÇAL**, matrícula nº **2018653789**, intitulada: "**DA PARTICIPAÇÃO CULPOSA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**". Os trabalhos foram iniciados pelo Presidente da mesa e orientador do candidato, Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta, que, após breve saudação, concedeu ao candidato o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra à Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup> Sheila Jorge Selim de Sales, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pela Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup> Sheila Jorge Selim de Sales, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Alaor Leite e Frederico Gomes de Almeida Horta. Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito ao candidato, em cartão individual, depositando-o em envelope próprio. Recolhidos os envelopes, procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado:

Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta (orientador do candidato/UFMG)

Conceito: 100 (cem) pontos

Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales (UFMG)

Conceito: 100 (cem) pontos

Prof. Dr. Alaor Leite (Humboldt Universitt zu Berlin)

Conceito: 100 (cem) pontos

O Prof. Dr. Alaor participou por videoconferência.

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Av. João Pinheiro, 100 - 11º andar - Centro - Belo Horizonte - MG - Brasil - 30130-180  
Fone: (31) 3409.8635 - E-mail: info.pos@direito.ufmg.br - https://pos.direito.ufmg.br



A Banca Examinadora considerou o candidato... *aprovado* com nota *100 (cem) pontos*. Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Frederico Gomes de Almeida Horta, Presidente da Mesa e Orientador do candidato, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Saul Bernardo Aragão Santana, Servidor Público Federal lotado no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente Ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato.

**BANCA EXAMINADORA:**

Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta (orientador do candidato/UFMG)

Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales (UFMG)

Prof. Dr. Alaor Leite (Humboldt Universitt zu Berlin)

- **CIENTE:** Victor Souza Marçal (Mestrando)

Aos meus pais, Carlos e Cleonice, por sempre apoiarem seus filhos e acreditarem na educação para transformar o mundo em um local mais justo.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço aos meus pais, Carlos e Cleonice, por toda confiança e pelo apoio dado sempre. Sem o incentivo deles, nada seria possível. Amo vocês!

Ao professor Frederico Horta por toda receptividade desde o primeiro contato, pela confiança no desenvolvimento do trabalho, pela orientação cuidadosa, pela interlocução e aprendizado inestimáveis dos dois semestres de estágio de docência até orientações finais e, acima de tudo, pelo estímulo por ir além. Mais do que uma experiência, foi uma honra enorme!

Aos meus irmãos, Vivianne e Carlos Vinícius, por também terem apoiado e vibrado ao longo do processo seletivo. À Jade, por ter suportado conversas homéricas sobre dogmática sem ter cursado Direito e mesmo assim ter viajado junto. À Min, primeira sobrinha! Valeu, cabeças!

Ao restante da família que apoia sempre, fundamentalmente meus tios e tias. Expressarei minha gratidão nos nomes das minhas tias Lêda, Eliana e Solange, que sempre me apoiaram e meu tio Cláudio, parceiro que em São Paulo me foi absolutamente prestativo durante a semana de consultas na biblioteca do IBCCrim. Obrigado!

À Faculdade de Direito de Minas Gerais, por ter me rendido amigos, grandes professores e tantas lições preciosas que ficarão para a vida. Sentirei saudades.

Aos demais professores dos quais fui aluno ao longo do Mestrado, pelas aulas profícuas que influenciaram indiretamente no modo de elaboração e no conteúdo da dissertação.

Aos amigos do Programa de Pós-Graduação, por terem tornado o processo mais leve e permeado por apoio mútuo. Fábio, Gabriel, Natália, João, Regina, Mariane, Gustavo, Camila, Paula, Léo, Régis e Maurício são alguns dos nomes cujo registro de cumplicidade foi feito esses anos.

Aos amigos-irmãos penalistas Gabriel Rezende, Gustavo Soares e Paulo Brito, que no compartilhamento das vivências na defesa da liberdade fortalecem e inspiram a refutação das falhas dogmáticas e do sistema de justiça criminal.

Aos amigos de Xique-Xique e Salvador, que acreditam e apoiam.

Aos alunos da graduação, com os quais pude interagir nas salas de aula ao longo do estágio de docência sob o monitoramento do professor Frederico Horta, e que só me fizeram nutrir maior vontade de lecionar e seguir no estudo contínuo e aprofundado das ciências criminais.

## RESUMO

A presente dissertação analisa a possibilidade de diferenciar autoria e participação nos crimes culposos no Direito Penal Brasileiro. Inicia-se a investigação sob a apresentação das razões dadas pela doutrina brasileira para negar a possibilidade da participação culposa no concurso de agentes. Percebe-se que a negação da viabilidade pela doutrina majoritária é fundamentada em conceitos que carecem de revisão diante da evolução dogmática da Ciência Penal nas últimas décadas. Refuta-se a teoria dos tipos penais abertos e a exigência de homogeneidade de elementos subjetivos como forma de constatação de acordo entre os envolvidos na realização do delito. Defende-se diferenciação entre autoria e participação culposas a partir de uma análise quantitativa do risco da ação em face do bem jurídico, nas hipóteses em que se verifica indicadores objetivos de menor risco, caracterizadores da culpa. Na análise proposta, a adoção de um sistema diferenciador entre os agentes apresenta-se como medida mais compatível com o princípio da legalidade, por não equiparar todo tipo de risco proibido ao conceito de autoria. A diferenciação defendida evita um tratamento das contribuições acessórias menos gravoso nos delitos dolosos que nos culposos, o que seria um contrassenso.

**Palavras-chave:** participação; autoria; concurso de agentes; crime culposos; participação culposa; imputação subjetiva

## ABSTRACT

This dissertation analyzes the possibility of distinguish forms of participation in crimes which are not characterized by the interpretation of '*dolo*' (*intent or propose*). The investigation begins by presenting the reasons given by the Brazilian doctrine to deny the possibility of accessory before the fact in crimes characterized by *recklessness*. It can be noted that the denial of viability affirmed by majority doctrine is based on concepts that need revision due to the dogmatic evolution of Criminal Science in the last decades. Among the doctrinal anachronistic concepts identified in this work are the theory of '*tipos penais abertos*' (*a theory that argues for actus reus undescribed sufficiently in criminal law*) and the requirement of homogeneity of subjective elements (*mens rea equally identified in agents involved in crime*) as a way of finding agreement among those involved in the commission of the offense. In the proposed analysis, the adoption of a differentiating system between the agents involved in the offense is presented as a measure more compatible with the principle of legality, since it does not equate all types of conducts that cause damages with the concept of *main perpetrator and principal in the second degree*. A dogmatic different treatment between principals (in first and second degree) and accessory after the fact is advocated from a quantitative analysis of the risk of action in relation to the object protected by law in the hypotheses where a person has less knowledge of the risk of action. The dogmatic system proposed avoids a legal treatment more severe in *recklessness* in relation to the crimes which the *mens rea* is identified as *intent or propose*.

**Keywords:** accessory before the fact; recklessness; agents involved in crime; mens rea; mens reus

## SIGLAS E ABREVIATURAS

AC – Apelação Criminal

AP – Ação Penal

*Apud* – Citado por

*Autostop* – Carona, pedir carona (trad. do espanhol).

Art. - Artigo

AgRg – Agravo Regimental

*BGH* – *Bundesgerichtshof* (Tribunal Superior Federal da Alemanha)

CPB – Código Penal Brasileiro

CPE – Código Penal Espanhol

Des. - Desembargador

Dje – Diário de justiça eletrônico

HC – Habeas Corpus

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

*Ibidem* – Citação da mesma obra referida em nota imediatamente anterior

j. – Julgado em

Min. - Ministro

*Op. Cit.* – Obra já citada no corpo do texto, do mesmo autor, edição, ano e volume. A citação é seguida do ano de publicação quando o autor citado escreveu mais de uma obra citada na dissertação.

p. - Página

Rel. – Relator/relatoria

REsp. – Recurso Especial

RHC – Recurso em Habeas Corpus

*RG* – *Reichsgericht* (Tribunal Alemão do Reich)

STF – Supremo Tribunal Federal

*StGB* – *Strafgesetzbuch* (Código Penal Alemão)

STJ – Superior Tribunal de Justiça

*STS* – Sentença do Tribunal Supremo da Espanha

TACRIM – Tribunal de Alçada Criminal

TJ – Tribunal de Justiça

TS – Tribunal Supremo da Espanha

## SUMÁRIO

|           |                                                                                                                           |     |
|-----------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>1.</b> | <b>INTRODUÇÃO</b> .....                                                                                                   | 11  |
| 1.1.      | Casos para resolução.....                                                                                                 | 19  |
| <b>2.</b> | <b>CONCURSO DE PESSOAS EM CRIMES CULPOSOS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO E RELEVÂNCIA DO SISTEMA DIFERENCIADOR</b> .....     | 21  |
| 2.1       | Percurso histórico do problema.....                                                                                       | 21  |
| 2.2.      | Compreensão contemporânea da matéria no Direito Penal Brasileiro.....                                                     | 36  |
| 2.3.      | Conceitos extensivo, restritivo, sistemas unitário e diferenciador: noções conceituais.....                               | 45  |
| 2.4.      | Relevância sistemática da diferenciação entre autoria e participação nos crimes culposos no Direito Penal Brasileiro..... | 51  |
| 2.4.1.    | A pequena margem valorativa da gradação da culpa entre contribuições principais e acessórias na dosimetria da pena.....   | 58  |
| 2.4.2.    | A participação de menor importância no sistema unitário culposo.....                                                      | 60  |
| 2.5.      | Conclusões parciais.....                                                                                                  | 64  |
| <b>3.</b> | <b>PREMISSAS DOGMÁTICAS DO TIPO DE INJUSTO CULPOSO</b> .....                                                              | 66  |
| 3.1.      | Fundamentos gerais do crime culposo e a continuidade das razões causais.....                                              | 67  |
| 3.1.1.    | Bases causalistas do conceito extensivo de autor.....                                                                     | 68  |
| 3.1.2.    | O injusto culposo e a teoria dos tipos penais abertos.....                                                                | 73  |
| 3.1.3.    | O dogma da homogeneidade de elementos subjetivos no concurso de agentes... ..                                             | 77  |
| 3.1.4.    | Síntese sobre os fundamentos gerais que demandam revisão dogmática para o injusto e o concurso culposo.....               | 80  |
| 3.2.      | A imputação objetiva no tipo culposo e os conceitos de autoria e participação.....                                        | 81  |
| 3.2.1.    | O risco proibido.....                                                                                                     | 83  |
| 3.2.2.    | A realização do risco no resultado.....                                                                                   | 89  |
| 3.2.3.    | O fim de proteção ou alcance da norma.....                                                                                | 94  |
| 3.2.4.    | A proibição de regresso.....                                                                                              | 96  |
| 3.3.      | A diferença entre dolo e culpa: o parâmetro de imputação subjetiva.....                                                   | 102 |
| 3.4.      | Conclusões parciais.....                                                                                                  | 108 |
| <b>4.</b> | <b>EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE AUTOR E FORMULAÇÕES NÃO RESTRITIVAS DA AUTORIA CULPOSA</b> .....                               | 111 |
| 4.1.      | Teoria objetiva-formal.....                                                                                               | 111 |

|           |                                                                                                                                       |            |
|-----------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4.1.1.    | Considerações críticas.....                                                                                                           | 114        |
| 4.2.      | Teoria objetiva-material.....                                                                                                         | 116        |
| 4.2.1.    | Considerações críticas.....                                                                                                           | 119        |
| 4.3.      | Teorias subjetivas de autor.....                                                                                                      | 120        |
| 4.3.1.    | Considerações críticas.....                                                                                                           | 122        |
| 4.4.      | Antecedentes da teoria do domínio do fato.....                                                                                        | 124        |
| 4.4.1.    | Considerações críticas.....                                                                                                           | 129        |
| 4.5.      | A teoria do domínio do fato e a formulação do delito culposo como delito de dever por Claus Roxin.....                                | 131        |
| 4.5.1.    | Considerações críticas.....                                                                                                           | 138        |
| 4.6.      | Autoria e participação como violações de competências por Günther Jakobs.....                                                         | 141        |
| 4.6.1.    | Considerações críticas.....                                                                                                           | 145        |
| 4.7.      | A imputação a partir de comunidades organizativas e comunidades exclusivamente normativas por Heiko Lesch.....                        | 149        |
| 4.7.1.    | Considerações críticas.....                                                                                                           | 153        |
| 4.8.      | Conclusões parciais.....                                                                                                              | 161        |
| <b>5.</b> | <b>TEORIAS DIFERENCIADORAS SOBRE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NO CRIME CULPOSO.....</b>                                                     | <b>162</b> |
| 5.1.      | A delimitação formal de um conceito de autor no Código Penal Espanhol de 1944/73 por Gonzalo Rodríguez Mourullo.....                  | 164        |
| 5.1.2.    | Considerações críticas.....                                                                                                           | 167        |
| 5.2.      | A teoria da determinação objetiva-positiva do fato por Diego-Manuel Luzón Peña.....                                                   | 169        |
| 5.2.1.    | Considerações críticas.....                                                                                                           | 177        |
| 5.3.      | A teoria da determinação objetiva-positiva do fato sob maior funcionalização político-criminal por Miguel Díaz y García Conlledo..... | 191        |
| 5.3.1.    | Considerações críticas.....                                                                                                           | 195        |
| 5.4.      | Autoria culposa no domínio normativo do fato e autoria como violação de competência preferente por Bernardo Feijóo Sánchez.....       | 198        |
| 5.4.1.    | Considerações críticas.....                                                                                                           | 205        |
| 5.5.      | Autoria como determinação objetivo-positiva do fato arriscado <i>ex ante</i> por Raquel Roso Cañadillas.....                          | 209        |
| 5.5.1.    | Considerações críticas.....                                                                                                           | 215        |
| 5.6.      | A participação no fato imprudente e as delegações de tarefas em estruturas verticalizadas por Ricardo Robles Planas.....              | 218        |
| 5.6.1.    | Considerações críticas.....                                                                                                           | 226        |

|           |                                                                                                                                                                     |            |
|-----------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 5.7.      | Autoria como competência sobre a fonte de perigo por Fernando Guanárteme Sánchez Lázaro.....                                                                        | 231        |
| 5.7.1.    | Considerações críticas.....                                                                                                                                         | 239        |
| 5.8.      | O conceito restritivo de fato para Joachim Renzikowski.....                                                                                                         | 241        |
| 5.8.1.    | Considerações críticas.....                                                                                                                                         | 245        |
| 5.9.      | Conclusões parciais.....                                                                                                                                            | 246        |
| <b>6.</b> | <b>PARTICIPAÇÃO COMO MENOR INGERÊNCIA LESIVA TÍPICA SOBRE O FATO.....</b>                                                                                           | <b>249</b> |
| 6.1.      | Tomada de posição: Critério quantitativo da ingerência lesiva típica.....                                                                                           | 249        |
| 6.2.      | Efeitos da distinção aplicável a agentes nos crimes culposos no Direito Penal brasileiro.....                                                                       | 263        |
| 6.3.      | Resolução dos casos.....                                                                                                                                            | 265        |
|           | 1) Caso de atropelamento imprudente no trânsito cujas lesões se realizam em face de terceiro e em face de quem contribui para o injusto.....                        | 265        |
|           | 2) Caso de realização de lesão culposa configurada omissivamente, em contexto de nocividade intrínseca, sob participação de terceiro não competente pelo risco..... | 267        |
|           | 3) Caso de participação culposa configurada omissivamente em face de autoria culposa também omissivamente configurada.....                                          | 268        |
|           | 4) A participação dolosa no fato culposos.....                                                                                                                      | 270        |
| <b>7.</b> | <b>CONCLUSÕES.....</b>                                                                                                                                              | <b>272</b> |

## 1. INTRODUÇÃO

A realização do crime por várias pessoas provoca múltiplas questões complexas para as soluções jurídico-penais relacionadas a responsabilidade de cada agente.

O concurso de pessoas no crime, embora seja tema muito explorado ao longo da história do Direito Penal, costuma ser trabalhado a partir de “fórmulas argumentativas antigas”<sup>1</sup>, muitas vezes atadas à influência do dogma causal, conforme salienta Beatriz Corrêa Camargo. No contexto dogmático contemporâneo, em que abordagens argumentativas pré-jurídicas ou ontológicas perdem cada vez mais espaço diante de elaborações de critérios de imputação, observa-se na doutrina e nos tribunais vários pontos de divergência sobre esse relevantíssimo capítulo da teoria do delito.

O fortalecimento da teoria do domínio do fato, principalmente a partir do estudo desenvolvido por Claus Roxin em sua tese de habilitação elaborada em 1963 (*Autoria e Domínio do Fato no Direito Penal*), desencadeia no Direito Penal uma substancial redução de desencontros teóricos sobre a autoria nos crimes comissivos dolosos. Apesar de não se ter alcançado e nem seja desejável um consenso petrificado sobre o critério definidor da autoria e da participação<sup>2</sup>, a grande aceitação das formulações teóricas de Roxin promoveu o estabelecimento de bases mais sólidas para a superação do uso de teorias subjetivas sobre os comportamentos de autores e partícipes.<sup>3</sup>

O desenvolvimento e a sistematização da ideia de que autor é quem tem o domínio do fato situa a definição da autoria sob o âmbito de uma premissa maior de que o autor é a “figura central do acontecer típico”.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> CAMARGO, Beatriz Correa. *A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação*. 2018. p. 29.

<sup>2</sup> A teoria do domínio do fato desenvolvida por Roxin, entre outros, é criticada, por exemplo, por Renzikowski, que entende haver incoerência na adoção de um princípio da autorresponsabilidade para fundamento do domínio da vontade por coação, cuja base é normativa, e a adoção de pressupostos basicamente fáticos para a fundamentação do domínio da organização, mediante o afastamento do princípio da autorresponsabilidade. Afirma Renzikowski que “o problema metodológico não consiste em que um conceito possa ter elementos graduáveis, e sim em que se possa combinar entre si inúmeros elementos de diferentes formas para se construir um conceito”. (RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito Penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 96-97).

<sup>3</sup> Entre outros, os emblemáticos casos que ficaram conhecidos como a “sentença da banheira” e o “caso Staschinsky”, em que autores diretos do fato típico foram julgados como partícipes, tornaram nítida a necessidade de superação de critérios subjetivos para definição de autoria. Roxin aponta, no entanto, que, na Alemanha, o BGH tem conservado da teoria subjetiva a vontade do autor e o interesse próprio de realização do fato como critérios importantes de delimitação da autoria. Apesar disso, inclui-se o domínio do fato e conceitos como “magnitude na intervenção do fato” como critério de juízo ou valoração, resultando no que denomina por “teoria normativa da combinação”, como um rudimento ainda existente das teorias subjetivas. (ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general; tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. 2014. p. 74. § 25, 24).

<sup>4</sup> Roxin afirma que essa noção da expressão “figura central do acontecer em forma de ação” deve ser compreendida sob um plano de fundo. O conceito designaria tanto uma perspectiva do ponto de vista legal determinante para a

A teoria do domínio do fato se desenvolve com o escopo de solucionar a diferenciação entre autores e partícipes na Alemanha, cujo ordenamento adota um sistema diferenciador entre autoria e participação. A proposta adquire ampla aceitação na doutrina penal continental de modo geral. Engloba-se, neste contexto, ordenamentos como o brasileiro, em que há pouca clareza na definição de uma lógica predominante unitária ou diferenciadora.<sup>5</sup>

No âmbito dos delitos dolosos há um debate sob bases mais conhecidas no concurso de pessoas. Os crimes culposos, entretanto, permanecem permeados por lacunas de fundamentação, incoerências dogmáticas e consensos sob falsas premissas, sem que tenha ainda havido a instauração de um debate plural.

A teoria do domínio do fato não se desenvolveu com a pretensão de contemplar os mais diversos tipos de crime, assim não considerou como problema central a autoria no âmbito dos delitos culposos.<sup>6</sup> Ao desenvolver sua tese, Roxin entendeu que a culpa não seria abarcada na ideia de domínio e estaria dentro da categoria dos chamados “delitos de dever” (*Plifchtdelikte*), os quais seriam realizados por quem viola o dever extraído da norma de cuidado. O entendimento inicial, todavia, foi revisto pelo próprio autor em razão da dimensão excessivamente ampla se atribuiria ao conceito dos delitos de dever.

O critério dos delitos de dever, caso abrangesse a violação do dever de cuidado do delito culposo, assentaria-se sobre uma infração imposta genericamente a qualquer destinatário. Roxin passou a entender que a invocação do mencionado critério então apenas se realizaria para delimitar a distinção entre autoria e participação em delitos caracterizados por deveres especiais.<sup>7</sup>

---

delimitação, mas também um barema de determinação pré-jurídica claramente apreensível. (ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. 7ª ed. Barcelona: Marcial Pons, 2000. p. 44-45). O agrupamento dos conceitos de autor, sob tal perspectiva, é elucidado na doutrina brasileira por GRECO, Luís; LEITE, Alaor; *In: Autoria como domínio do fato – Estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 25.

<sup>5</sup> Para Busato, “o Código Penal brasileiro adota uma mescla entre a teoria unitária e a dualista. O princípio é unitário, porém, e expressamente se reconhece a necessidade de matizações e bipartições que obrigam a considerar a hipótese de necessária diferenciação entre autores e partícipes” (BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 703-704). Alaor Leite, diferentemente, entende não ser visualizável um sistema de autoria próprio no CPB. Segundo Leite, o termo ‘concorrente’ (art. 29, CP) não parece significar autor em sentido técnico e o conceito de participação, tal como indicado na participação de menor, também não parece conter sentido técnico de delimitação da participação em sentido estrito. (LEITE, Alaor. *Domínio do Fato, Domínio da Organização e Responsabilidade Penal por Fatos de Terceiros: os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal*. *In: Op. Cit.*, p. 136).

<sup>6</sup> GRECO, Luís; LEITE, Alaor. *op. cit.* 2014. p. 31.

<sup>7</sup> Mariana Tranchesi Ortiz adverte que a categoria dos “delitos de dever” é empregada muito comumente de modo errôneo para designar se não todos, muitos dos delitos especiais. Explica a autora que a nomenclatura alude, em verdade, “não apenas a uma classificação típica concernente à sujeição ativa, mas também ao fundamento material em que se baseia a limitação da autoria e o próprio critério de imputação desta. Segundo a teoria dos delitos de infração de dever, o fundamento da restrição da autoria aos *intranei* deve-se a que apenas eles estariam vinculados a um dever especial, cuja violação seria pressuposto da norma penal. Essa posição de dever diferenciada é que

Desde a terceira edição do seu trabalho monográfico, Roxin optou por retirar da sua obra o capítulo em que propunha a sistematização de critérios definidores da autoria em crimes culposos a partir da base teórica dos delitos de dever.<sup>8</sup> Atualmente, o mencionado autor e grande parte da doutrina adepta à teoria do domínio do fato posiciona-se favoravelmente a um sistema unitário da autoria culposa.

A exposição de considerações iniciais a respeito da teoria do domínio do fato importa para situar o contexto do problema que envolve a presente pesquisa.

A inadequação ou menor coesão da teoria do domínio do fato com os crimes culposos, conforme se verá ao longo do trabalho, por vezes resulta em equivocadas conclusões pela inviabilidade de diferenciação típica entre autoria e participação nesse tipo de delito, o que Roxin não propôs originalmente. A partir disso, o conceito de participação em sentido estrito deixaria de ter relevância própria como forma de manifestação típica em sentido mediato.

Num cenário em que se pretere a relevância da participação em sentido estrito na diferenciação da adequação típica direta (autoria) e mediata (participação), surge a necessidade de analisar se a proposição unitária é coerente com as estruturas do tipo objetivo e se é a mais adequada para um sistema razoável de imputações comuns do fato típico.

Desde o princípio do estudo analítico do Direito Penal sob a base da categoria dogmática do tipo, que remete a Beling<sup>9</sup>, é possível notar que a matéria se desenvolveu sob pretensões de soluções práticas de crimes realizados sobretudo por um único sujeito ativo.

As violações dolosas de bens jurídicos individuais, identificadas por conceitos descritivos, provocadas por um agente e incidentes sobre direitos normalmente de primeira geração formam o arquétipo mais tradicional e rudimentar da noção comum de crime. Esse modelo, com efeito, também direcionou aprioristicamente a concentração dos esforços teóricos para problemas penais com tais características. O foco sobre esse modelo tradicional de delito se reflete na menor ou mais recente evolução de tópicos dogmáticos que ganham destaque na realidade contemporânea de maior complexidade das questões penais.

A normatização de regras relacionadas à pluralidade de pessoas no delito, embora date de tempos longínquos<sup>10</sup>, não fez com que o estudo da dogmática do concurso nos crimes

---

explicaria a possibilidade de apenas os indivíduos qualificados assumirem a condição de autores dessa constelação delitiva". (ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Concurso de Agentes nos Delitos Especiais*. 1ª edição. São Paulo: IBCCrim, 2011, p. 103).

<sup>8</sup> CAÑADILLAS, Raquel. *Autoria y participación imprudente*. 1ª ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 99; GRECO e LEITE, In: *Op. Cit.* 2014. p. 34. Nota de rodapé 78.

<sup>9</sup> BELING, Ernst v. *Esquema de Derecho Penal – La doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: Libreria El Foro, [1930]. 2002.

<sup>10</sup> Na história da produção legislativa brasileira, é interessante observar que, no Código Criminal do Império, as normas sobre concurso de pessoas (Arts. 4º a 8º), ainda que em realidade muito distante de qualquer parâmetro

culposos ocupasse maior espaço de investigação científica. Apesar disso, cada vez mais se fez notar a relevância prática e teórica da matéria.

Na atual quadra, é injustificável que mesmo diante dos avanços da vida moderna e das notórias mudanças pelas quais passa o Direito Penal, inflado com a demanda de tutelar bens jurídicos em face de riscos de diferentes graus e espécies, pouca atenção seja dirigida ao tratamento dogmático dos injustos culposos produzidos por diversas condutas, com diferentes graus de contribuição ou criação de riscos. Pouco ainda tem sido produzido no País acerca dos problemas dogmáticos resultantes da soma dos fatores pluralidade de comportamentos e culpa.

No Brasil, é possível destacar duas obras na análise da conjugação desses dois temas inter-relacionáveis da dogmática de modo mais minucioso. Juarez Tavares, em “Teoria do Crime Culposo” aprofunda o estudo desse tipo de injusto e sustenta um posicionamento avesso ao concurso de pessoas em delitos culposos.<sup>11</sup> Outro trabalho a examinar com percuciência, por outra ótica, a temática do concurso de agentes, relacionando-a às categorias dogmáticas do tipo de injusto culposo é a obra de Humberto de Souza Santos, “Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva”.<sup>12</sup> Esta última obra, entretanto, é focada, como revela o título, na coautoria culposa. A participação *stricto sensu* culposa, embora referida frequentemente na obra de Santos, constitui questão secundária para conclusões sobre dilemas relativos a outra forma de manifestação do concurso de pessoas, a coautoria.

A doutrina nacional, ao tratar do concurso de pessoas no delito culposo, ainda é inclinada a cingir a questão basicamente à possibilidade de seu reconhecimento no âmbito da categoria jurídica da coautoria.<sup>13</sup> É comum na ciência penal brasileira que sequer se sinalize a existência

---

científico de estudo do Direito Penal, apontavam para soluções a princípio diferenciadoras entre condutas de autores e partícipes, atreladas a um casuísmo que, em termos definitivos, expurga-se com os ares de cientificidade obtidos com o paradigma causal. Camargo destaca, neste sentido, que a reivindicação de Tobias Barreto pela adoção de um parâmetro causal no concurso de pessoas hoje constitui também um dilema da ciência penal, todavia, em sentido contrário, na busca de restrições dessa amplitude como fundamento da responsabilidade penal. (CAMARGO, Beatriz Correa. *Op. Cit.* 2018. p. 26)

<sup>11</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*. 5ª ed. – Florianópolis [SC]: Tirant lo Blanch, 2018. p. 501.

<sup>12</sup> SANTOS, Humberto de Souza. *Co-autoria em Crime Culposo e Imputação Objetiva* – Barueri, SP: Manole, 2004.

<sup>13</sup> A doutrina contemporânea basicamente não avança muito no debate e mantém-se vinculada a afirmações como a de Hungria, segundo o qual, nos delitos culposos, “todos os participantes são autores, pois todos cooperam na realização do crime com igual eficiência causal (isto é, suas cotas de cooperação são igualmente necessárias e decisivas *in concreto* ou segundo um juízo *ex post*)” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, t. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 326). Quanto a coautoria, todavia, a influência da doutrina italiana é clara na doutrina brasileira clássica, bem representada pela posição de Noronha, para quem “desde que na pluralidade de pessoas haja consciência e vontade de uma delas vincular sua ação à atividade de outra, apresentase a co-autoria. Essa consciência e vontade não implicam o dolo” (NORONHA, Magalhães. *Do Crime Culposo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 105). A admissibilidade da coautoria culposa atualmente também é reconhecida pela jurisprudência brasileira. Neste sentido é o julgado do HC nº 40474/PR, julgado pela 5ª Turma, do STJ.

do debate quanto a diferenciação entre autoria e participação nesse tipo de crime.<sup>14</sup> Poucos autores excepcionalmente o fazem.<sup>15</sup>

Comparado ao desenvolvimento teórico de conceitos estruturais do delito, como o tipo, a evolução científica da temática do concurso de agentes data de tempos recentes. Apenas em 1963 foi desenvolvida de modo mais sistematizado, por exemplo, a teoria do domínio do fato. Conforme acentuam Luís Greco e Alaor Leite a doutrina segue em contínua evolução na temática do concurso de agentes, tendo inegavelmente como marco a substancial construção dogmática de Roxin.<sup>16</sup> O avanço teórico no País acerca da autoria e do concurso de pessoas, entretanto, está envolto aos delitos dolosos.

A culpa sempre ocupou segundo plano na teoria do delito em face do dolo.<sup>17</sup> A colocação de Tavares, feita ainda em 1985, de que, há algum tempo, os crimes dolosos abrangiam praticamente a totalidade do Direito Penal ainda elucida uma das razões para a menor produção teórica sobre a participação culposa (nota de rodapé nº 17). Entretanto, os avanços dos riscos da vida moderna naturalmente devem sobrelevar a importância de temas relacionados à imputação culposa.

Os inúmeros riscos oriundos do tráfego viário, do consumo maciço de bens e serviços, do desempenho de atividades técnicas altamente normatizadas, e de vários outros âmbitos da

---

<sup>14</sup> Busato chega a afirmar que “sequer se pode cogitar, no plano lógico, a existência de um induzimento imprudente. Aquele que faz nascer no outro a ideia da prática criminosa deve, antes de tudo, ter consciência e vontade a respeito do delito. O instigador deve pretender obter do autor a realização do crime e obter o próprio resultado criminoso, de modo que chega-se a afirmar que sua conduta é orientada por um duplo dolo” (BUSATO, Paulo César. *Op. Cit.* p. 729). Martinelli e Schmitt de Bem, também sem referirem-se à vasta doutrina oposta, defendem que “não há motivos, nem fundamentos suficientes, para a distinção entre autor e partícipe nos crimes culposos”. (MARTINELLI, João Paulo Orsini; SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Lições fundamentais de Direito Penal: parte geral* – 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 705).

<sup>15</sup> Reale Júnior, seguindo a doutrina de Spasari, diverge do entendimento majoritário e afirma a possibilidade de diferenciação entre autores e partícipes no crime culposo a partir da ideia de um domínio objetivo do fato. (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal* - Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 324). Galvão, por sua vez, não nega a viabilidade diferenciadora e a possibilidade de que haja um âmbito exclusivo de dever de cuidado imposto ao autor. No caso em que um passageiro estimula o motorista a dirigir de modo imprudente cujo resultado lesivo culposo sobrevém à ação, afirma, entretanto, que a regra do art. 30, do CP, promoverá a extensão da realização do tipo ao partícipe, já que a condição de motorista seria elementar implícita dos delitos relacionados ao tráfego viário. O art. 30, do CP, traria, para Galvão, uma espécie de equiparação da participação culposa à coautoria, portanto. (GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral* – 12ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 594).

<sup>16</sup> GRECO, Luís; LEITE, Alaor. *O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. In: Autoria como Domínio do Fato.* São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 24.

<sup>17</sup> Conforme expõe Tavares, “O estudo do conteúdo do injusto penal era, há algum tempo, por sua vez, indagação exclusiva dos delitos dolosos que, por serem mais importantes e numerosos, abarcavam praticamente todo o Direito Penal. A prevalência do delito doloso e do seu estudo não se manteve, contudo, eternamente. Com a industrialização e a motorização da vida moderna, em escala mundialmente crescente, a partir do século passado e a conseqüente introdução de serviços e atividades especialmente técnicos, daí decorrentes, tornou-se inevitável que se estendesse também aos fatos negligentes a análise do conteúdo do injusto e se lhe ampliasse o estudo”. (TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 2). Assis Toledo alertava já em 1986 sobre mudanças provocativas da impossibilidade de retorno ao estado no qual o Direito Penal se construiu a serviço do dolo, tal como o disse Quintano Ripollés. (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 277).

vida aclaram como o cenário contemporâneo demanda maior atenção a lesões ou perigos aos quais estão sujeitos bens jurídicos alheios.<sup>18</sup> Ademais, há tempo bastante, cresce frequentemente o número de tipos de crime que visam proteger bens jurídicos diante dessa realidade moderna, tipos penais frequentemente previstos na forma culposa.<sup>19</sup>

Diante desta realidade, as ocorrências de injustos penais por conta da inobservância de deveres de cuidado ou criações de riscos proibidos não configuram mera excepcionalidade, são acontecimentos cotidianos. O rompimento de uma represa, a queda de uma ponte, colisões no trânsito e infindáveis situações de riscos que se convertem em resultados danosos derivam de comportamentos humanos, individuais ou coletivos. O mundo fenomênico torna praticamente sintomática essa percepção.

A norma penal, neste contexto, tem o papel de trazer a base atributiva da relevância lesiva por injustos culposos. Incumbe também ao sistema jurídico conferir às condutas o tratamento jurídico adequado no que diz respeito à manifestação típica, seja na condição de comportamento caracterizador de autoria ou de participação.

A concorrência de diversas pessoas nos tipos imprudentes, inegavelmente, pode se materializar de diversas maneiras, com diferentes graus de relevância, percepções subjetivas e consequências.

O presente trabalho tem, no contexto posto, como principal problema investigativo avaliar se a negação da participação em crimes culposos promove ou não uma ruptura na lógica interpretativa do tipo de injusto culposos. Além disso, analisa-se a adequação ou não do posicionamento unitário na dogmática brasileira a partir das bases legais brasileiras e da doutrina comparada sobre o atual estado evolutivo da teoria do delito no tópico em exame.

A dissertação analisa a doutrina contemporânea a respeito do tema para alcançar conclusões viáveis à interpretação do sistema de concurso de pessoas nos crimes culposos,

---

<sup>18</sup> Conforme Silva Sánchez, “as consequências lesivas da “falha técnica”, que aparecem como um problema central nesse modelo (das sociedades pós-industriais), no qual se parte de que certo porcentual de acidentes graves resulta inevitável à vista da complexidade dos desenhos técnicos. Assim, trata-se de decidir, entre outras coisas, a questão crucial dos critérios de localização das “falhas técnicas”, ou no âmbito do risco penalmente relevante, ou no âmbito próprio do risco permitido.” (SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 36-37).

<sup>19</sup> Silva Sánchez, ao descrever o processo de expansão do Direito Penal, acrescenta que além da criação de novos tipos penais, revela-se ainda uma tendência global de aceitação de figuras mais flexíveis na imputação subjetiva, tornando-se possível maior dissolução entre as categorias da culpa consciente e do dolo eventual para tratamentos mais gravosos a figuras semelhantes à imprudência, como a *recklessness*. Nas palavras do autor: “Existe a possibilidade certa de que – no marco de um Direito Penal global – se acabe assimilando as figuras, muito mais flexíveis da *vicarious liability* anglo saxã ou a *responsabilité du fait d'autrui* francesa. Algo parecido pode suceder na imputação subjetiva, em que a trabalhosa distinção entre dolo eventual e culpa consciente pode dissolver-se na ampla figura da *recklessness*.” (*Ibidem*. p. 117-118).

dando-se enfoque à relevância típica da participação em sentido estrito no Direito Penal Brasileiro, o que resultará na tomada de posição em prol de um sistema diferenciador entre os agentes culposos.

O posicionamento apresentado na dissertação encontra seus referenciais teóricos entre as teorias da determinação objetiva-positiva do resultado e teorias normativas diferenciadoras entre autoria e participação aplicáveis aos crimes culposos.

Dentre as contribuições teóricas que compõem o marco teórico para a afirmação de princípios fundamentais sustentadores das conclusões deste trabalho, estão a teoria diferenciadora proposta por Luzón Peña e desenvolvida ulteriormente por seus discípulos Diaz e García Conlledo e Raquel Roso Cañadillas. Para a tomada de posição, são também influentes argumentos articulados em obras sobre teorias diferenciadoras entre agentes sob distintos pressupostos teóricos dos juristas acima referidos. Neste contexto, serão analisados os argumentos delineados para o conceito restritivo de fato de Renzikowski e as teorias normativas diferenciadoras entre autoria e participação que admitem como elemento substancial da distinção entre os agentes a relevância da competência (principal ou acessória) pela violação normativa, a exemplo do que defendem Fernando Guanárteme Sánchez Lázaro e Bernardo Feijóo Sánchez.

No primeiro capítulo, faz-se uma exposição histórica do concurso de pessoas no Brasil sob o enfoque dos delitos culposos. Neste capítulo, avalia-se razões externadas por doutrina e jurisprudência nacional que influíram e ainda influem para a negação da viabilidade da participação em crimes culposos. Destaca-se, neste contexto, a continuidade de argumentos doutrinários cuja necessidade de revisão decorre da evolução da Dogmática Penal nas últimas décadas. Apresenta-se, ainda no primeiro capítulo, as noções elementares sobre conceitos de autor e os sistemas doutrinários de tratamento da matéria (unitário e diferenciador). As razões da importância da diferenciação entre autoria e participação nos crimes culposos para o Direito Penal Brasileiro são também tratadas no primeiro capítulo, sob uma análise das consequências das normas sobre concurso de pessoas na base de aferição típica e na dosimetria da pena.

No segundo capítulo, são expostos os fundamentos gerais, os pressupostos da imputação objetiva no tipo culposo e o parâmetro para definição da culpa enquanto forma de imputação subjetiva. Antes de analisar a viabilidade ou não da participação em crimes culposos, foi tarefa indispensável situar os fundamentos gerais e pressupostos do tipo culposo que fundamentaram posteriormente as conclusões relacionadas ao concurso de pessoas. Tendo em vista que o concurso de agentes é um tema relacionado à forma de manifestação do tipo, a elucidação das bases sobre as quais se compreende o tipo era indispensável para a desenvoltura desta

dissertação.

O terceiro capítulo inicia a apresentação das doutrinas que historicamente movimentaram a dogmática do concurso de pessoas. A apresentação das teorias é feita sob o enfoque da resolução de problemas relacionados ao crime culposos. Neste contexto, avalia-se posicionamentos inclinados à maior ou menor aceitação da diferenciação entre autoria e participação culposas. Realizado o esboço histórico, no terceiro capítulo passa-se ainda a examinar algumas das principais formulações doutrinárias contemporâneas que defendem formulações não restritivas do conceito de autor no crime culposos sob o plano típico. À apresentação de cada marco evolutivo da matéria e de cada posicionamento doutrinário, sucedem-se considerações críticas.

O quarto capítulo apresenta posicionamentos de autores que defendem a diferenciação entre autoria e participação para crimes dolosos e culposos. Nele, a divisão dos subtópicos baseia-se na diferença dos critérios diferenciadores elaborados por cada jurista. No capítulo 4, também são realizadas considerações críticas a respeito dos argumentos apresentados para fundamentação de cada critério.

No quinto capítulo, apresenta-se a tomada de posição por um critério diferenciador entre autoria e participação aplicável aos crimes culposos. A partir do posicionamento firmado, são solucionados ao final da dissertação os casos apresentados no subtópico seguinte a esta introdução.

Por fim, são elencadas as conclusões sobre o tema pesquisado.

O tema investigado é permeado por relevância teórica e prática ante a pouca produção acadêmica sobre o assunto no Brasil e a inegável repercussão forense das soluções oferecidas.

Conforme se verá no desenvolvimento, a adequação do Direito Penal brasileiro a um sistema unitário ou diferenciador em relação aos crimes culposos implica em diferentes consequências práticas no plano do injusto penal e no plano das penas passíveis de serem aplicadas a cada contribuição dada neste tipo de crime.

A investigação elaborada terá fundamentalmente o objetivo geral de demonstrar a viabilidade e relevância de um sistema diferenciador culposos no Direito Penal Brasileiro. A proposição e fundamentação de um critério diferenciador aplicável aos crimes culposos e a justificação da exclusiva adequação da causa de diminuição de pena relativa à participação de menor importância às participações culposas em sentido estrito constituem objetivos específicos.

A metodologia empregada no trabalho perpassa pelo exame bibliográfico da matéria, ocupando maior espaço a análise das doutrinas nacional, espanhola e alemã. Parte-se de

premissas normativas sobre o tipo de injusto culposos, para então apresentar-se as divergências teóricas sobre a distinção entre autoria e participação no tipo culposos, examinando-as e extraindo as conclusões que se interpreta como mais adequadas ao Direito Penal brasileiro.

### 1.1. Casos para resoluções

Apresenta-se, os seguintes casos representativos de situações hipotéticas nas quais se tem a relevância da discussão sobre a participação culposa ou participação no fato culposos. Duas perguntas são pertinentes para todos os casos apresentados a seguir, quais sejam: (i) há responsabilidade penal dos envolvidos?; (ii) Em caso positivo, qual seria a responsabilidade de cada indivíduo?

As soluções dos problemas relacionados aos casos são apresentadas no último capítulo:

1) ‘A’, ciente das habilidades automobilísticas de ‘B’, insiste para que o mesmo faça ultrapassagem perigosa em uma rodovia, alegando tratar-se de via pouco movimentada. Em trecho sinuoso, ‘B’ realiza o pedido de ‘A’ e perde o controle do automóvel, lançando-o em outro veículo, provocando a morte de ‘A’ e de ‘C’, motorista do segundo veículo.

2) ‘A’ trabalha na manutenção de brinquedos perigosos em um parque de diversões. Depois de passar a tarde trabalhando na revisão de uma montanha russa, restava como tarefa para ‘A’ avaliar o estado de uma das rodas gigantes do parque, a única delas que não havia passado por revisão recente, segundo informação que lhe foi transmitida por seu supervisor, ‘B’, sem mais ressalvas ou detalhamentos.

‘C’, funcionário do setor financeiro, tesoureiro, afirmou para ‘A’, em momento posterior à informação transmitida por ‘B’, que as duas rodas gigantes do parque haviam passado por revisões naquela semana, realizadas por funcionário demitido dias antes. A afirmação de ‘C’ faz ‘A’ concluir pela ausência de necessidade de manutenção naquele momento.

‘A’ decide postergar a revisão, acreditando que a informação transmitida sobre a ocorrência de uma manutenção anterior no brinquedo era correta, quando, em verdade, não era. ‘C’ acreditava que estava transmitindo a informação correta a ‘A’ porque outros funcionários do parque haviam comentado que o funcionário demitido que realizava a manutenção dos brinquedos perigosos teria feito revisões gerais antes de ser despedido.

Um dia depois da decisão de ‘A’ por postergar a revisão da roda gigante, uma criança caiu de uma das cadeiras da roda gigante não revisada por ‘A’ e morreu. O rompimento da

cadeira se deu pelo fato de que nela havia parafusos oxidados.

3) 'A' é diretor de empresa mineradora especificamente responsável pela gestão de barragem próxima de uma reserva ambiental, localizada em zona distante de lugares povoados e também razoavelmente distante do rio que abastece as cidades vizinhas.

As condições de contenção dos resíduos da barragem são avaliadas semanalmente e apresentadas em relatórios minuciosos feitos por 'B', engenheiro responsável pelas notificações de segurança. Em determinado mês, 'B' notifica 'A' do estado de risco da barragem, cuja contenção não deve ser suportada por mais de um ano. Segundo a estimativa feita pelo engenheiro, seria possível estimar com segurança que nos meses seguintes ainda seria praticamente inexistente o risco de rompimento da represa. Como fundamento da aferição de pouco risco nos meses mais próximos, apontava-se cálculo indicativo do não transbordamento dos limites das comportas nos meses seguintes. Entretanto, o potencial corrosivo de substâncias e o peso do material acrescido à força da corrente demonstravam necessidade de revisões gerais de segurança pelo menos antes do período de 1 ano.

'A' não toma cautelas durante mais de dois meses após a apresentação dos relatórios, tempo em que 'B', a pedido de 'A', deixa de fazer notificações sucessivas aos codiretores, previsão estabelecida como dever inerente à função de 'B' em caso de descumprimento de medidas de cautela posteriores à notificação. O pedido de 'A' foi feito a fim de evitar constrangimentos ao diretor perante outros profissionais da empresa.

A barragem rompe no quinto mês após a apresentação dos relatórios, justamente como consequência da corrosão de barreiras de segurança e pela força da corrente. Uma parte substancialmente menor dos resíduos lançados atinge maior distância e chega a contaminar a margem de um rio. 'D' bebe a água do rio que abastece a cidade e é o único a falecer em razão da contaminação.

4) 'A' e 'B' têm relacionamento extraconjugal e tramam há um ano a morte de 'C', marido de 'A'. Nos últimos meses, 'A' revela a 'B' que passou a amar seu marido e demonstra estar inclinada a abdicar do plano de dar cabo à vida do mesmo. Apesar disso, os encontros luxuosos com 'B' continuam, o que o faz não levar a sério a desistência do plano por 'A'. Certo dia 'A' pede a 'B' um xarope para a tosse crônica que 'C' tem apresentado. 'B' pensa haver chegado o dia de pôr em prática o plano homicida. 'B' entrega um comprimido envenenado a 'A', que o repassa sem saber da qualidade da substância ao seu marido. 'C' falece pela ingestão do veneno.

## **2. CONCURSO DE PESSOAS EM CRIMES CULPOSOS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO E RELEVÂNCIA DO SISTEMA DIFERENCIADOR**

O cometimento de delitos por uma multiplicidade de agentes e a complexidade das implicações decorrentes da interação entre as condutas nos processos delitivos não constituem questão nova. Na história do Direito Penal brasileiro, nota-se um campo de numerosos debates acerca de quais critérios adotar para regulamentar o concurso de pessoas e sobre quais seriam as implicações das tomadas de posição.

Pode-se notar como uma constante no concurso de pessoas nos delitos culposos a ocupação de papel secundário nas discussões doutrinárias sobre codelinquência e nas decisões político-legislativas em momentos de reforma. Quando o tema passou a chamar mais atenção na dogmática brasileira, basicamente a doutrina se concentrou sobre a coautoria nos crimes culposos. Esse debate, conforme destaca Humberto de Souza Santos, ficou praticamente restrito ao que sustentavam as doutrinas majoritárias italiana e alemã.<sup>20</sup>

Outras formas de manifestação do concurso de pessoas culposo que não a coautoria sempre restaram praticamente descartadas antes mesmo de se discutir de forma mais ampla suas possibilidades de ocorrência. Na doutrina nacional, são, por exemplo, excessivamente discretas e pouco fundamentadas as discussões, quando existem, sobre participação culposa e também sobre autoria mediata culposa.

Nesse capítulo, examina-se a trajetória do Direito Penal brasileiro na regulamentação do concurso de pessoas, sem a pretensão de tratar exhaustivamente a matéria em cada cenário histórico-legislativo. Busca-se elucidar inicialmente razões históricas pelas quais a participação culposa permanece pouco discutida na ciência penal brasileira, apesar da sua relevância para solução de complexos problemas penais já ser reconhecida por diversas correntes da doutrina internacional.<sup>21</sup>

### **2.1. Percurso histórico do problema: elementos da negação da participação culposa**

---

<sup>20</sup> SANTOS, Humberto Souza. *Op. Cit.* p. 23.

<sup>21</sup> Conforme se verá na análise realizada nos capítulos 4 e 5, autores que partem de diferentes pontos de partida, mesmo defensores de um sistema de autoria que parta da lógica do conceito extensivo de autor como Jakobs e Lesch, e extenso número de autores adeptos de uma diferenciação entre autoria e participação que partem de um sistema intrinsecamente diferenciador, e não só de uma teoria da imputação restritiva, como Luzón Peña, Renzikowski, Rodríguez Mourullo, Roso Cañadillas demonstram a relevância do tema no cenário internacional.

No período que precede a vigência do Código Penal de 1940, o ordenamento brasileiro mantinha uma tradição legislativa diferenciadora entre autoria e participação ou, no termo mais usado nos vetustos códigos, cumplicidade.

As regras que dispunham sobre concurso de pessoas costumavam adotar fórmulas descritivas, reveladoras de uma preocupação do legislador em expor todas as variáveis do concurso com precisão redacional. Sob uma influência classificatória típica da forma positivista de se fazer ciência, transpunha-se à ciência jurídica e às leis uma pretensão de exatidão máxima nos termos reveladores do delito enquanto fenômeno natural, apreciável pelos sentidos e estritamente correspondente a uma identidade real, objetificada.

No Código Criminal de 1830, dispunha-se sobre concurso de pessoas em termos enxutos, definindo-se como autores aqueles que cometem, mandam ou constringem outros à realização de delitos. Restava à participação, nesse contexto, um amplo conceito negativo. A consequência, naquele contexto, era a definição como partícipe de quem concorria de outro modo para a prática do crime, mas também de quem realizasse atos de favorecimento ao autor do crime depois da sua prática.<sup>22</sup>

As disposições do Código de 1890<sup>23</sup> mantiveram a diferenciação entre autores e cúmplices. Consubstanciava-se neste diploma legal descrições mais longas, mas sem diferenças substanciais no trato da questão em relação ao código antecessor. Prevalencia no Código de 1890

---

<sup>22</sup> Código Criminal de 1830 - “Art. 4º São criminosos, como autores, os que commetterem, constringerem, ou mandarem alguém commetter crimes.

Art. 5º São criminosos, como complices, todos os mais, que directamente concorrerem para se commetter crimes.

Art. 6º Serão tambem considerados complices:

1º Os que receberem, occultarem ou comprarem cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo saber-o em razão da qualidade, ou condição das pessoas, de quem as receberam, ou compraram.

2º Os que derem asylo, ou prestarem sua casa para reunião de assassinos, ou roubadores, tendo conhecimento de que commetterem, ou pretendem commetter taes crimes.”

<sup>23</sup> Código Criminal de 1890 – “Art. 18. São autores:

§ 1º Os que directamente resolverem e executarem o crime;

§ 2º Os que, tendo resolvido a execução do crime, provocarem e determinarem outros a executá-lo por meio de dadas, promessas, mandato, ameaças, constringimento, abuso ou influencia de superioridade hierarchica;

§ 3º Os que, antes e durante a execução, prestarem auxilio, sem o qual o crime não seria commettido;

§ 4º Os que directamente executarem o crime por outrem resolvido.

Art. 19. Aquelle que manar, ou provocar alguém a commetter crime, é responsavel como autor:

§ 1º Por qualquer outro crime que o executor commetter para executar o de que se encarregou;

§ 2º Por qualquer outro crime que daquelle resultar.

Art. 20. Cessará a responsabilidade do mandante si retirar a tempo a sua cooperação no crime.

Art. 21. Serão cúmplices:

§ 1º Os que, não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, fornecerem instrucções para commettel-o, e prestarem auxilio á sua execução;

§ 2º Os que, antes ou durante a execução, prometterem ao criminoso auxilio para evadir-se, occultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar os seus vestigios;

§ 3º Os que receberem, occultarem, ou comprarem, cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo saber-o, pela qualidade ou condição das pessoas de quem as houverem;

§ 4º Os que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como taes e o fim para que se reúnem.”

ainda o tratamento de atos de favorecimento posteriores ao delito como condutas de participação. A compreensão que se atribuía aos atualmente compreendidos como delitos de favorecimento<sup>24</sup> é sintomática de um período no qual a análise do Direito Penal não tinha ainda contornos científicos.<sup>25</sup> Não se tinha, à época, a construção de um conceito analítico de delito tal como hoje pensado. Ademais, no trato do concurso de pessoas ficava clara a ausência de um entendimento no qual a relevância causal figurasse como premissa da cooperação no comportamento de outrem.<sup>26</sup>

Em sua obra de comentários sobre o Código Criminal do Império, Antônio Tinôco afirmava, apesar da diferenciação legal que se fazia entre as descrições de autoria e participação, que “o caráter essencial da complicitade é a unidade do delicto e a pluralidade de agentes”. Tinôco lecionava que “a complicitade pôde dar-se antes, durante ou depois da execução do crime”.<sup>27</sup>

Tobias Barreto propunha uma revisão do conceito que se dava ao mandato criminal no concurso de pessoas porque, em sua compreensão, a forma mais clara de se definir o mandante seria não diferenciar autoria e participação, partindo-se da noção de que será autor quem dá causa ao crime. Com sarcasmo, ao comentar o art. 4º do Código Criminal do Império, Tobias Barreto via designações “excellentes para ser, por ventura, gravados nos cópos de uma espada, ou até na pedra de um anel, mas não para abraçar todas variações phenomicas do crime, nem para satisfazer de prompto as exigencias crescentes do espirito scientifico”<sup>28</sup>. O jurista sergipano figura como um dos grandes autores brasileiros que influíram para a aceitação da

<sup>24</sup> Atualmente previstos nos arts. 348 e 349, do Código Penal Brasileiro.

<sup>25</sup> Neste sentido, para elucidação geral de uma compreensão já consolidada, vale citar Ferraz, para quem “a formulação dada às normas pertinentes à co-delinquência no sistema da legislação de 1890 apresentava, inegavelmente, sérios defeitos dos quais o mais grave, do ponto-de-vista técnico jurídico, era sem dúvida, a inclusão do “enconbrimento”, do chamado auxílio *post-delictum*, entre as formas de concurso secundário ou cumplicitade”. (FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A Co-Delinquência no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Buthasky, 1976. p. 64-65).

<sup>26</sup> Bitencourt ressalta na doutrina contemporânea a causalidade física e psíquica como componentes essenciais do concurso de pessoas. Em suas palavras, “o concurso de pessoas compreende não só a contribuição causal, puramente objetiva, mas também a contribuição subjetiva, pois, como diz Soler, “participar não quer dizer só produzir, mas produzir típica, antijurídica e culpavelmente” um resultado proibido. É indispensável a consciência e vontade de participar, elemento que não necessita revestir-se da qualidade de “acordo prévio”, que, se existir, representará apenas a forma mais comum, ordinária, de adesão de vontades na realização de uma figura típica”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. Saraiva: 2011. p. 483). Nilo Batista, por sua vez, embora reconheça a exigência de causalidade em crimes materiais afirma que ela “não pode ser a base referencial do concurso de agentes nos crimes de mera conduta pela razão intransponível de que em tais figuras não existe o modelo físico ao qual tem aplicabilidade aquele princípio. (BATISTA, Nilo. *Concurso de Agentes*. 4ª ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2008. p. 46-47). As repercussões mais detalhadas sobre a causalidade para as implicações da matéria trabalhada serão examinadas nos capítulos seguintes.

<sup>27</sup> TINÓCO, Antônio Luiz Ferreira. *Código Criminal do Império do Brazil Anotado*. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial, [1886] 2003. p. 21.

<sup>28</sup> BARRETO, Tobias. *Mandato Criminal*. In Estudos de Direito. Lammert & C – Editores proletários. Rio de Janeiro, 1892. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. p. 224.

equiparação entre autores e partícipes sob o barema da causalidade, o que influirá negativamente para a evolução de uma doutrina diferenciadora culposa.

Oscar de Macedo Soares, em seus comentários ao Código Penal da República, apresenta outra premissa histórica relevante para situar-se quão longínquo e duradouro é um dos conceitos impeditivos da compreensão do concurso de pessoas em crimes culposos: o chamado *pactum ou voluntas sceleris*. Ao fazer referência à doutrina de Tuozzi, Soares demonstrava a doutrina dominante à época em que basicamente seriam três os elementos jurídicos da participação, especificamente:

“1º A *voluntas sceleris* dos participantes, isto é, que estes concorram para o crime sciente e voluntariamente; 2º A cooperação de cada um dos participantes no acto ou facto que combinaram. 3º É necessário que este acto ou facto seja qualificado crime pela lei. Estabelecidos estes princípios da participação *in genere*, a dificuldade consiste em distinguir-se o caracter diferencial que há entre os co-autores ou co-réus e os cúmplices.” (SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, [1910] 2004. p. 43).

No princípio do século XX, Soares já se referia à doutrina de Liszt, para quem a instigação se limitaria ao que é dolosamente determinado. Soares trabalhava a instigação como mando, situando o problema como uma questão de autoria intelectual. O autor brasileiro entendia ser coerente a limitação da instigação ao dolo conforme propunha Liszt em sede doutrinária, mas afirmava não ser aquele um posicionamento passível de acolhimento diante do Código de 1890. A refutação do posicionamento de Liszt, na realidade brasileira, para Soares, não se motivava pela admissibilidade da instigação culposa, mas pelo teor dos §§ 1º e 2º, do artigo 19, do Código de 1890. Estes dispositivos enunciavam a responsabilidade do mandante ou provocador diante de qualquer outro crime que viesse a ser cometido pelo mandatário.<sup>29</sup> A preocupação, portanto, era não tornar isento de responsabilidade o mandante nos casos de excesso sobre o mandato pelo executor ou mandatário. Aceitava-se, desse modo, até a responsabilidade objetiva no excesso sobre o mando ou provocação, mas não se concebia participação culposa.

No mesmo sentido quanto às premissas da participação, Costa e Silva, ao comentar o Código de 1890, afirmava “entender-se por concorrência criminosa a sciente e voluntária cooperação de duas ou mais pessoas em um mesmo crime, compartilhando a respectiva responsabilidade”.<sup>30</sup> Ao partir desta premissa, Costa e Silva concluía ser impossível o concurso

<sup>29</sup> SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, [1910] 2004. p. 48.

<sup>30</sup> COSTA E SILVA, Antônio José da. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. 1. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial: Superior Tribunal de Justiça, Companhia Editora Nacional. [1930] 2004. p. 81.

de pessoas não só no delito culposo, como também nos casos em que a concorrência se desse com pessoa incapaz de imputação ou que atuasse em legítima defesa ou estado de necessidade.<sup>31</sup>

A doutrina influente de Costa e Silva inspira votos de Ministros do STF relacionados ao concurso em crimes culposos já sob a vigência do Código de 40.<sup>32</sup> Este autor partia de um fundamento não mais utilizado para negar o concurso em crimes culposos. Segundo Costa e Silva, exigia-se compartilhar os agentes uma mesma responsabilidade. Esta perspectiva fundamentadora somente seria imaginável sob uma lógica de acessoriedade extrema, em que só pudesse haver concurso de intervenientes penalmente responsáveis. Hoje não mais é defendido esse posicionamento por qualquer doutrina reconhecida no País.

O recorte sobre a análise legislativa e doutrinária dos dois primeiros códigos penais brasileiros permite tecer algumas considerações. Primeiramente, as normas de ambos (expressas nas notas de rodapé 22 e 23) quando se referiam à auxílio ou cumplicidade remetiam-se à ideia de cooperação no “crime”, não no “fato”. Assim, era natural que as considerações da doutrina ficassem voltadas apenas às hipóteses de concurso em crimes dolosos porque a participação referida nos textos legais já indiciava a idealização do cometimento consciente de um delito.

Em segundo lugar, a noção atribuída ao conceito de *pactum ou voluntas sceleris*, na doutrina, confundia-se com a própria finalidade de realização do delito<sup>33</sup>, delimitando-se o universo do concurso de pessoas inteiramente aos delitos intencionais.

Sob a base dos dois primeiros códigos penais, ademais, não se idealizava que o tal *pactum ou voluntas sceleris* pudesse ser delimitado à ação que realiza o delito e não ao resultado delituoso já juridicamente valorado. Influía para esta falta de racionalização fragmentadora do âmbito ao qual se dirigiria a intenção a falta de uma concepção analítica de delito sistematizada. Embora até houvesse na doutrina nacional uma formulação rudimentar compreensiva de diferentes elementos material (manifestação externa) e moral (dolo ou culpa) como componentes do delito, no concurso de pessoas esses conceitos influíam apenas para se afirmar

---

<sup>31</sup> COSTA E SILVA, Antônio José da. *Op. Cit.*. p. 82.

<sup>32</sup> No julgamento do HC nº 43.794, do STF, o Ministro Evandro Lins e Silva refere-se também ao posicionamento de Costa e Silva *en passant* para negar o concurso em crimes culposos, sem cotejar, entretanto, sob os parâmetros já bem mais elevados da ciência penal da época, o argumento de Costa e Silva. As razões principais do voto do Ministro são referidos, a seguir, na nota de rodapé de nº 45.

<sup>33</sup> Neste sentido, por exemplo, Soares empregava o conceito de *voluntas sceleris* como um sinônimo de finalidade. Quando o citado autor abordava as diferenças entre o delito tentado e consumado, textualmente, dizia que “da realização do delicto, conforme foi resolvido pela *voluntas sceleris*, depende a consumação do crime”. Ou seja, o elemento intencional da tentativa se trasladava ao concurso de pessoas. (SOARES, Oscar de Macedo. *Op. Cit.* p. 30).

a existência da cumplicidade de modo moral ou material. À época, já na doutrina se afirmava expressamente que cumplicidade não poderia ser meramente culposa.<sup>34</sup>

Com o advento do Código Penal de 1940, consolidou-se, no país, a maturação do discurso que centralizava o parâmetro causal como elemento determinante da equivalência dos intervenientes no delito e da unidade do crime. A tendência podia ser observada não só pela adoção do critério em outros ordenamentos, destacadamente o italiano, mas também por projetos de codificações anteriores, como o projeto Galdino Siqueira de 1913. A fundamentação da exposição de motivos do diploma legislativo de 40 elucida algumas das razões e influências para adoção do sistema unitário de tratamento aos intervenientes no delito, que se materializava na dicção do art. 25, do Código Penal.<sup>35</sup>

Na fundamentação do Ministro Francisco Campos, constava como razão da adoção da teoria monística, a compreensão de que o crime “é sempre único e indivisível, tanto no caso da unidade da autoria, quanto no de co-participação”, além disso, explicitava-se a inspiração clara no “sistema do Código italiano”. O título IV, da Parte Geral, que compreendia os artigos 25, 26 e 27 desse diploma legal, chamava-se “Da Co-autoria”. Apesar do título ter explicitado a adoção de “censurável denominação” porque reducionista do concurso de pessoas, conforme salienta Nilo Batista<sup>36</sup>, por outro lado, não se mostrava incoerente com o conceito extensivo proposto no estatuto legislativo.

Santos afirma que a fundamentação da exposição de motivos do Código de 1940 pelo Ministro Francisco Campos praticamente inaugura o debate sobre a coautoria em delitos culposos no ordenamento brasileiro, tornando-o fonte de inspiração de importantes juristas defensores da viabilidade da coautoria culposa.<sup>37</sup> A alta repercussão doutrinária da mencionada fundamentação é absolutamente justificada, na medida em que nela se afirmava que:

“[...] fica solucionada, no sentido afirmativo, a questão sobre o concurso culposo, pois neste tanto é possível a cooperação material quanto a cooperação psicológica, isto é, no caso de pluralidade de agentes, cada um destes, embora não querendo o evento final, tem consciência de cooperar na ação. As diferenças subjetivas ou objetivas das ações convergentes, na co-delinquência, podem ser levadas em conta, não para atribuir a qualquer delas uma diversa importância causal, mas apenas para um diagnóstico de maior ou menor periculosidade.” (Exposição de Motivos originária do CP de 1940).

A intenção de pacificar a questão do concurso em crimes culposos (como coautoria), todavia, não se concretizou nos foros brasileiros sob a vigência do Código de 1940. A

<sup>34</sup> SOARES, Oscar de Macedo. *Op. Cit.* p. 50.

<sup>35</sup> “Art. 25 – Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.”

<sup>36</sup> BATISTA, Nilo. *Op. Cit.* p. 15.

<sup>37</sup> SANTOS, Humberto Souza. *Op. Cit.* p. 4-5.

permanência de decisões contrárias do STF nas primeiras décadas que sucederam o termo inicial de vigência do Código de 40 elucidam que o desiderato explicitado pelo Ministro Francisco Campos, em verdade, não foi, inicialmente exitoso. Paradigmático caso do julgamento do HC 43.794, de relatoria do Ministro Victor Nunes, e os precedentes que lhe serviram de subsídio, quais sejam os julgamentos no mesmo sentido nos casos dos HC's nº 39.593 (1963) e 42.427 (1965) são reveladores sobre como ainda foram insuficientes os termos legais do Código de 1940 para harmonizarem a questão do concurso em delitos culposos no Brasil, ainda que a discussão se limitasse, sob o parâmetro unitário, ao âmbito da coautoria.

No caso do HC 43.794, do STF, foi deferida a ordem, em favor de Aloisio Alcides Friedrich, para afirmar a ausência de justa causa de processo e cassar acórdão condenatório cujo dispositivo afirmava pena de 4 meses de detenção ao paciente, por delito de lesões corporais culposas. De acordo com a denúncia, o paciente teria atuado em suposto concurso culposo com seu filho de dezessete anos, por ter lhe autorizado dirigir automóvel sem habilitação, dando causa a um choque com outro veículo e a escoriações na vítima.

A respeito do caso supracitado, importa salientar os destaques feitos à questão do concurso em delitos culposos pelo STF, sob a égide do Código de 40, para clarificar o estado do debate à época, circunscrevendo-o aos contornos históricos além da mera pretensão dos termos originários do Código.

No referido julgamento, o voto do Ministro Evandro Lins e Silva, no sentido da inviabilidade do concurso culposo, gera divergências em face de outros ministros e é demonstrativo de como permaneciam pulsantes embates jurisprudenciais e doutrinários sobre a coautoria culposa.<sup>38</sup> Notava-se que a exposição de motivos do código de 40, neste tópico, foi

---

<sup>38</sup> Entre os argumentos referidos no voto do Ministro Evandro Lins e Silva, em julgado representativo de posição contrária do STF ao que dispunha a exposição de motivos do Código Penal de 1940, é dito que: “O Código não contém qualquer disposição que defina o concurso de agentes em crime culposo, de modo a suprimir a antiga controvérsia doutrinária a respeito do tema. É o que observa Basileu Garcia, mostrando que a Exposição de Motivos foi mais explícita que o próprio Código, pois este “não apresenta disposição alguma dedicada direta e expressamente a eliminar, no direito positivo, o velho debate doutrinário” (GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, vol. 1, tomo I, p. 357)”. Além da influência do posicionamento doutrinário de Basileu Garcia, o voto do Ministro apresentava ainda a referência teórica de posicionamento inicialmente adotado por Esther de Figueiredo Ferraz, quando afirmava a ausência de interesse prático no concurso culposo, pelo argumento pragmático de que o concurso, em termos objetivos, serviria para análise da aplicação da agravante da instigação, à época prevista no art. 45, III do CP, a qual não poderia se referir a delitos culposos, pois em sua descrição constava que se trataria de instigação ou determinação ao “cometimento do crime”, o que não se poderia interpretar como mera instigação a uma ação imprudente. Em trecho referido no voto, o Ministro salientava, nos termos da autora que “tanto faz que seja o agente acusado como autor de um crime individual ou como autor de delito em concurso, pela sua conduta culposa, uma vez que o concurso não é agravante genérica, nem há forma culposa nos delitos em que a pluralidade de agente é prevista como causa de aumento de pena. (FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A Co-Delinquência no Moderno Direito Penal Brasileiro*, p. 107-108)”. A influência de doutrina italiana divergente a admissibilidade do concurso em crimes culposos se nota no voto do Ministro Evandro Lins e Silva, quando se refere a doutrina de Florian, para quem é impossível que no crime culposo haja a “interpenetração de vontades”. Noutro trecho relevante para análise do estado de discussão do concurso em crime culposo à época, o

concebida por muitos, incluído o Ministro Evandro Lins e Silva, como uma opinião relevante, mas não como definição de uma opção legislativa. Dentre outras razões, descredenciava-se a exposição de motivos porque nenhum dispositivo legal se referia à admissibilidade do concurso culposo. Apesar da inspiração no código italiano, o Ministro ressaltava que o diploma brasileiro, diferentemente do Código Rocco, não continha nem contém norma expressa sobre o concurso culposo. O Código Rocco no art. 113 expressamente enuncia a admissibilidade dessa categoria dogmática.

No mencionado voto, consta como um impeditivo do concurso culposo a “ausência da interpenetração de vontades”<sup>39</sup> entre o pai que permitiu a saída com o veículo e o filho menor que o dirigiu sem habilitação e provocou lesões em terceiro. As razões, que contaram com a adesão da maioria da Corte, expunham ainda que, mesmo admitindo-se a conduta do paciente, de permitir que o filho dirigisse o carro, essa permissão não teria importado em adesão ou concordância com a ação culposa do filho. Nas palavras que lavram a fundamentação, “a imprudência do filho, de que resultou o acidente – jamais esteve na vontade ou consciência do pai. O paciente não se solidarizou com a ação imprudente do filho, que foi a causa única do evento”.<sup>40</sup>

Embora julgamentos do STF permitam a inferência de uma não consolidação das razões explicitadas na exposição de motivos quanto ao concurso de pessoas em delitos culposos, a doutrina brasileira revelava à época crescente influência do posicionamento majoritário italiano, no sentido da viabilidade, estritamente, da coautoria culposa. Os julgamentos pelos tribunais estaduais também revelavam natural maior aceitação da tese do concurso sobre esse tipo de delito, enquadrando-se sempre a codelinquência nesses casos como coautoria culposa.

---

Ministro afirma que “A exposição de motivos afirma ter o nosso estatuto penal adotado o sistema do Código Italiano. Mas este, para eliminar dúvidas, fez a opção em disposição expressa: o art. 113 da lei italiana prevê a cooperação de várias pessoas em delito culposo, sujeitando cada uma delas à pena estabelecida para o delito mesmo. O nosso Código, entretanto, não reproduziu essa norma de sua principal fonte inspiradora, não fazendo desaparecer a disputa teórica em torno do problema. Além da fundamentação avessa a admissibilidade do crime culposo, o Ministro ainda analisa a imprudência sob uma perspectiva de solidariedade moral para desqualificar a contribuição do paciente em questão enquanto evento causal, afastando a própria culpa do mesmo. Nas suas palavras, “A conduta do paciente, permitindo que o filho dirigisse o carro, não importou em adesão ou concordância com a ação culposa do filho. Esta – a imprudência do filho, de que resultou o acidente – jamais esteve na vontade ou consciência do pai. O paciente não se solidarizou com a ação imprudente do filho, que foi a causa única do evento.” (STF, *Revista Trimestral de Jurisprudência*. Vol. 44. (p. 287-562), Maio, 1968. p. 311 e s.). Agrega-se à mesma lógica de fundamentação de tal precedente os termos do HC. 39.539, do STF em que se afirmava, em 1963, posicionamento do Ministro Pedro Chaves para quem, com a adesão da maioria da corte, “a conceituação de co-autoria nos crimes culposos é difícilima. O simples fato do paciente ter entregue o carro de sua propriedade à direção de uma pessoa não habilitada, não importa em culpa *in re ipsa*”. (HC 39.539, D.J. 22.8.1963, p. 747, Relatoria do Ministro Pedro Chaves). (STF, *Revista Trimestral de Jurisprudência*. Vol. 44. (p. 287-562), Maio, 1968. p. 311 e s.).

<sup>39</sup> STF, *Revista Trimestral de Jurisprudência*. Vol. 44. (p. 287-562), Maio, 1968. p. 311.

<sup>40</sup> STF, *Revista Trimestral de Jurisprudência*. Vol. 44. (p. 287-562), Maio, 1968. p. 311.

Nesse sentido, cita-se decisões colacionadas em obra da autoria de Wilson Bussada. Os julgados, em regra, tratavam de situações derivadas de colisões automobilísticas, nas quais havia empréstimo de veículo a pessoa inabilitada ou em condições inadequadas para dirigir.<sup>41</sup> Decisões de casos semelhantes aos citados por Bussada seguem sendo prolatadas nos foros brasileiros, rechaçando-se a viabilidade da participação em crimes culposos em um discurso jurisprudencial vetusto, autorreferencial e que não cogita aplicação da participação de menor importância no sistema unitário.<sup>42</sup>

Além da não consolidação do posicionamento favorável à admissão da coautoria em crimes culposos, sob a vigência do Código de 40, grande parte da doutrina nacional criticava a ausência de diferenciação entre autoria e participação nas regras legais.

Helena Fragoso afirmava que, embora o código não distinguisse os conceitos, autoria e participação se delimitavam pela “natureza das coisas”.<sup>43</sup> Nota-se que esse argumento, todavia, nenhum efeito tinha, nem se pretendia que tivesse, sob o âmbito dos delitos culposos. O sentido ontológico limitava o âmbito de incidência do argumento aos conceitos do concurso em delitos dolosos. Fragoso reconhecia a culpa como um conceito de existência restrita ao plano normativo, portanto não natural. O dolo, por outro lado, Fragoso avaliava como fenômeno psicológico.<sup>44</sup> Tendo em vista que a culpa já era compreendida como juízo de atribuição

---

<sup>41</sup> Na citada obra de Bussada, tem-se a reprodução de decisões no sentido da admissibilidade da coautoria culposa após o advento do CP de 1940, entre as quais se afirma que “A jurisprudência recente tem admitido co-autoria do pai em relação ao filho que dirige veículo, menor de dezoito anos: RT 527/366: “Permitindo que o filho menor dirija veículo na via pública e execute manobra perigosa, como é a marcha-à-ré, ou omitindo-se na proibição, é o pai co-autor na prática contravençional prevista no art. 32 da respectiva lei”. (TACrimSP). Noutra decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, fundamenta-se que “RT 533/338: “Sempre se decidiu que, se o pai de um menor, sem idade para ser motorista, por ação ou omissão, vem a permitir que o filho se aventure a dirigir veículo motorizado, responderá criminalmente nos termos do art. 25 do CP (atual art. 29), por evento culposo causado pelo irresponsável. Em julgado do Estado do Rio Grande do Sul, por sua vez, constava que “embora em situação diversa, esta Câmara já analisou a co-autoria em crime culposo, como se vê em JTARGS 61/47. Naquele caso, o marido emprestava reiteradamente o carro para a mulher inabilitada. Aderia e sabia que a esposa não tinha carteira de habilitação e, mesmo assim, permitia que dirigisse. Ora, naquele caso, o marido foi condenado como co-autor”. (BUSSADA, Wilson. *Direito Criminal nos Tribunais* – A.C – Brasiliense Coleções. São Paulo: Brasiliense, 1991. p. 286 e 287).

<sup>42</sup> Nenhuma alteração da Reforma de 84 sobre as normas de concurso de pessoas impede que decisões como as citadas na nota de rodapé antecedente sigam a ser prolatadas, de modo a ser cogente um debate doutrinário atento às intervenções culposas principais e secundárias no Brasil. Neste sentido, pode ser citada decisão do TJ-PI em que não se analisa a superação dos requisitos da imputação objetiva e se afirma a coautoria do pai que permitiu o acesso de filho menor à veículo com o primo do menor, pessoa habilitada que teria deixado chave na ignição para permitir acesso do menor ao veículo. (TJ-PI - Apelação Criminal nº 2011.0001.007117-0. Relator Desembargador Sebastião Ribeiro Martins. Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/attachments/Acord%C3%A3o.TJPI.Participa%C3%A7%C3%A3o%20no%20homic%C3%ADdio%20culposo.Ant%C3%B4nio%20Almeida.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2019).

<sup>43</sup> FRAGOSO, Helena Cláudio. *Lições de Direito Penal*: parte geral, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 257.

<sup>44</sup> FRAGOSO, Helena Cláudio. *Op. Cit.*, p. 224.

normativa, fundada na violação de um dever de cuidado, ficaria, portanto, automaticamente fora da fundamentação diferenciadora ontológica articulada por Fragoso a imprudência.<sup>45</sup>

Outros autores se opunham à parificação jurídica de todas as contribuições nos delitos como se se tratasse de consectário lógico da teoria da equivalência dos antecedentes. Nesse contexto, também com discurso ontológico, Basileu Garcia lecionava que “embora a lei não previsse, a diferença entre autoria e participação, verdadeiramente, existe”<sup>46</sup>. Referindo-se às lições de Costa e Silva, Basileu Garcia afirmava que a “unificação dos compartípes do delito em uma só categoria lembrava certo cardeal português que, ao tempo do rei D. João V, pensou evitar as tempestades cancelando-as do calendário do ano”.<sup>47</sup> Acrescentava ainda Basileu Garcia que, mesmo autores adeptos da adoção da teoria da equivalência dos antecedentes, diferenciavam as contribuições para a realização do delito. Entre estes, o jurista paulista destacava o nome de Von Buri, a quem se atribui a condição de precursor do critério da equivalência de causas e condições para apuração dos processos delitivos e que não deixava de diferenciar autoria e participação do ponto de vista subjetivo.<sup>48</sup>

Razões de cunho ontológico permearam fortemente a doutrina italiana, sob um código de balizas semelhantes e inspirador do diploma legal brasileiro, para que se apresentassem razões relevantes para diferenciar autores e partícipes. Esse modelo argumentativo foi reproduzido fortemente no Brasil. O modelo argumentativo ontológico é também verificado na obra de Esther de Figueiredo Ferraz quando ressaltava citações de Manzini, Bettiol, Maggiore e Ranieri. Estes autores italianos preconizavam a subsistência da necessidade de diferenciar autoria e participação, sob o manto de um código adepto do conceito extensivo de autor, porque, para os mesmos, seriam, decorrências de “formas naturais pelas quais se pode manifestar a conduta”, uma “morfologia fundamental da vida cotidiana” ou “uma exigência lógica”.<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> Com objetividade, Lesch afirma que a culpa, para o Direito Penal constitui “conceito normativista, que não se encontra na natureza”. (LESCH, Heiko H. *Intervención Delictiva e Imprudencia*. 1995. p. 949). Conforme explica Tavares, “A culpa no sentido de negligência, ou crime culposos, constitui uma criação da ordem jurídica. Não há crime culposos em sentido natural. O crime culposos decorre de um processo de imputação que tem por fundamento a realização de uma conduta que exceda os limites do risco autorizado e se veja assinalada como penalmente relevante em um tipo de delito. Diz-se que o crime culposos é inferido de um processo de imputação porque, ao identificar como penalmente relevante uma determinada conduta e criar sua configuração típica como fato culposos, a ordem jurídica deve encarregar-se de definir também seus pressupostos, como forma de delimitar a atribuição de responsabilidade pela realização daquela conduta e dos seus efeitos.” (TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos*. 5ª edição. Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 29).

<sup>46</sup> GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*: volume I, tomo I. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010 [1951]. p. 666.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 666.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 665.

<sup>49</sup> FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A Co-Delinquência no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Buthasky, 1976. p. 6-7.

Sob o influxo de argumento de cunho normativo, defendido por Manzini, Basileu Garcia sustentava que “não é tarefa do Direito Penal avaliar, abstrata e unitariamente, o processo produtor do delito”, mas “analisar esse processo em relação com a ação e a responsabilidade individuais”.<sup>50</sup>

Em direção também contrária à parificação realizada entre as contribuições delitivas pelo Código de 40, Magalhães Noronha afirmava a necessidade de uma teoria restritiva na distinção entre autor e partícipe, sob a fundamentação de que “participar de um crime não significa somente produzir o resultado (contribuição objetiva), mas também a vontade consciente de produzir o mesmo resultado (contribuição subjetiva)”<sup>51</sup>, o que indicava não bastar para o concurso de pessoas a noção de contribuições como meras cocausações do delito. Quando posteriormente alterado o cenário legislativo da parte geral do Código, em 1984, incorporando-se normas que explicitavam o conceito de participação, entendia o mencionado autor que se implementavam mudanças para melhor, no sentido da adoção de uma teoria restritiva, seguindo-se uma tendência que já se demonstrara no Código natimorto de 1969.<sup>52</sup>

Magalhães Noronha preconizava a viabilidade do concurso de pessoas nos delitos culposos, na medida em que nesses podia-se perceber vontade na ação causal e previsibilidade no evento.<sup>53</sup> Assim, contrapunha-se Noronha ao posicionamento de Esther de Figueiredo Ferraz, na primeira fase da doutrina da autora, quando defendia que o concurso pressupunha não somente “a *consciência* de estar concorrendo na ação de outrem, mas também a vontade de contribuir com sua própria conduta para que se realize o evento criminoso”.<sup>54</sup> Noronha diferenciava, contudo, situações nas quais se tinha ações culposas sucessivas ou simultâneas independentes. Nesses casos, Noronha aderiu ao que sustentava inicialmente Ferraz. Para explicar as duas hipóteses, Noronha utilizava os seguintes casos hipotéticos:

No primeiro caso está o exemplo, formulado por Nélson Hungria e outros autores, da dona-de-casa que imprudentemente deixa certa porção de arsênico na cozinha e a cozinheira ministra-o como se fora sal. Ambas respondem distintamente, podendo, aliás (tais sejam as circunstâncias), uma delas não ter agido com culpa. O segundo caso ocorre quando, v. g., dois automóveis colidem, resultando a morte de uma pessoa: não haver co-autoria ou participação criminosa, mas imputação distinta. Ranieri fala, nessa hipótese, em *concurso de causas culposas*. (NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*: volume 1. 38ª edição, rev. e atual. por Adalberto Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 216-217).

<sup>50</sup> GARCIA, Basileu. *Op. Cit.* p. 666.

<sup>51</sup> NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*: volume 1. 38ª edição, rev. e atual. por Adalberto Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 214.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 214.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 216.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 216-217.

Em sentido oposto aos autores que contrariavam a adoção de um barema extensivo para a autoria, Hungria, jurista cuja influência da sua doutrina se faz notar de modo peculiar nas obras de Direito Penal brasileiro, revelava-se entusiasta da tendência equalizadora. Retratava Hungria os conceitos de autoria e participação como sinônimos e textualmente afirmava que “o partícipe é sempre um co-autor e responde integralmente pelo resultado”, desde que, consciente e voluntariamente, tenha contribuído para ele (participação em crime culposo)”<sup>55</sup>

Na fundamentação do jurista mineiro, em sua defesa de um sistema unitário, argumentava-se que a qualificação idêntica às intervenções no delito possuía uma relação direta com a própria unidade do fato criminoso. Em sua perspectiva, a conjugação de vontades caracterizadora do concurso de pessoas, a um só tempo, era reveladora da unidade da figura delitiva e da igualdade de eficiência causal das condutas. Sob influência da doutrina italiana, ilustrada por autores como Manzini, Feroci, Natali, Rendi e Riccio, Hungria destacava que o decisivo para o reconhecimento do concurso de pessoas em torno ao delito seria a “vontade consciente de cada co-partícipe referida à ação coletiva”<sup>56</sup>, daí a possibilidade de sua configuração em torno da ação imprudente.

Dentre as preocupações de Hungria, que o levavam a sustentar a necessidade de um conceito unitário de autor, destacava-se a busca pela fundamentação de um sistema no qual a impossibilidade de responsabilidade penal de um interveniente não afetasse a viabilidade da punição de outro por meio da acessoriedade entre um fato principal e uma contribuição acessória dependente da realização daquele.<sup>57</sup> Nas palavras de Hungria, a adoção da teoria monística ou unitária teria como repercussão o desaparecimento de qualquer noção de acessoriedade:

“Desaparece, com ela, o cunho de acessoriedade ou de *qualitas adjecticia* que tradicionalmente se procura imprimir à participação criminosa: todos os partícipes são autores, pois todos cooperam na realização do crime com igual eficiência causal (isto é, suas cotas de cooperação são igualmente necessárias e decisivas *in concreto* ou segundo um juízo *ex post*)” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*: vol. I, tomo II: arts. 11 ao 27. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 405-406).

Em meio às suas razões, Hungria descartava ainda a necessidade do conceito doutrinário novo, à época, da autoria mediata, que serviria para fundamentar a responsabilidade de um agente que se utiliza de outro como um instrumento mecânico para a realização do crime. Para ele, não havia sentido algum em afirmar que a utilização de alguém que atua sem culpabilidade

<sup>55</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*: vol. I, tomo II: arts. 11 ao 27. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 405.

<sup>56</sup> *Ibidem*. p. 398.

<sup>57</sup> *Ibidem*. p. 405-406.

ou dolo implica uma realização mediata do fato.<sup>58</sup> Essas situações, em sua interpretação, seriam comparáveis a delitos nos quais uma pessoa, por exemplo, utiliza-se de um animal para causar dano a outro, o que, embora refletisse o uso de um meio para lesar, não deixava de ser ainda a realização direta do crime por quem comanda o instrumento lesivo.<sup>59</sup>

Lecionava ainda Hungria que a afirmação do concurso de agentes não poderia ocorrer sem que houvesse homogeneidade de elementos subjetivos, ou seja, não poderia haver participação culposa em crime doloso, assim como não poderia haver participação dolosa em crime culposo. Nessas hipóteses, afirmava o citado autor que ficaria claro um “dissídio de vontades”, descaracterizador do crime em concurso, podendo fundamentar, todavia, responsabilidades autônomas.<sup>60</sup>

Ao tratar da participação em sentido estrito, Hungria defendia um indispensável “cunho de dolosidade” para dar os contornos dessa espécie de contribuição como instigação ou auxílio. Em exemplos que apresentava como situações imagináveis de participação culposa em sentido estrito, Hungria as afirmava como situações não penalmente relevantes. As hipóteses seriam reveladoras, no máximo, de um mero desejo vão de lesar alguém, mas sem implicar a realização de um comportamento proibido. Em trecho elucidativo do seu posicionamento, Hungria expunha da seguinte maneira:

“as manifestações de simples desejo de que ocorra um crime contra tal ou qual pessoa, revelando apenas imprudência, inconsideração ou leviandade, e não a intenção positiva de determinar ou instigar alguém à sua execução, ou, pelo menos, sem a consciência de que se está assumindo o risco de provocar ou excitar em outrem a resolução para o crime, não são penalmente relevantes, isto é, não constituem participação, se o crime vem realmente a ser cometido (ainda que por influência de tais manifestações). Do mesmo modo, tratando-se de auxílio, é indispensável a *scientia sceleris*, a consciência de contribuir para o crime. Por mais imprudente que tenha sido, por exemplo, o emprestar uma arma a um indivíduo facinoroso, que vem a utilizar-se dela para a prática de um homicídio, é irreconhecível a participação, se quem confiou a arma ignora o propósito criminoso.” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*: vol. I, tomo II: arts. 11 ao 27. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 412-413).

O passar do tempo, a doutrina e a jurisprudência contemporânea, entretanto, mostram que a evolução do tratamento do concurso de pessoas seguiu direção oposta ao que defendia Hungria. O conceito de autoria mediata é reconhecido por toda doutrina e claramente é diferente a justificação valorativa da instrumentalização de um ser humano, pessoa racional que

<sup>58</sup> HUNGRIA, Nelson. *Op. Cit.* p. 403.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 403.

<sup>60</sup> Nas palavras de Hungria, “nos crimes culposos, é preciso que à vontade de contribuir na ação coletiva se alie inescusável imprevidência no tocante ao subsequente evento lesivo. Dado o indeclinável requisito de homogeneidade do elemento subjetivo (à parte os motivos determinantes, que podem ser diversos), é bem de ver que não se pode falar de participação culposa em crime doloso ou participação dolosa em crime culposo, pois, em tais casos, é radical o dissídio de vontades”. (*Ibidem*, p. 415-416).

compreende o sentido de comportamentos nocivos. Mesmo sob a égide de um código que parte de bases extensivas para o conceito de autor, nunca houve ruptura com a noção de acessoriedade para fundamentar a participação, e, além disso, a conexão que se faz entre unidade de delito e sistema unitário é consideravelmente reducionista. Conforme já se viu neste capítulo, mesmo sob a égide do Código do Império, de tradição diferenciadora, Tinôco afirmava a cumplicidade sem negar a unidade do delito. Basileu Garcia, conforme já demonstrado, expunha também que mesmo defensores de um sistema unitário-causal não faziam a correlação realizada por Hungria. A ideia de ‘homogeneidade de elementos subjetivos’ segue a ser defendida por ampla doutrina, contudo, e por tratar-se de relevante questão de fundo relacionada à participação culposa, é analisada no decorrer do trabalho.

Fragoso se posicionava de modo similar a Hungria acerca da compreensão do concurso em crimes culposos. Para Fragoso, o delito imprudente se afirmava a partir da violação de um dever de cuidado: independentemente de que modo houvesse a contribuição causal imprudente, redundaria-se já na afirmação inafastável da tipicidade, limitando-se a manifestação deste tipo de crime, portanto, à autoria ou coautoria.<sup>61</sup>

A análise retrospectiva da doutrina penal brasileira sobre o concurso de pessoas demonstra que muitas dessas lições apresentadas em obras editadas ainda sob a vigência dos termos originários do Código de 40 permanecem fortes na doutrina nacional, sem passarem por uma necessária revisão de fundamentos diante dos novos conhecimentos dogmáticos naturalmente obtidos com o avanço da Ciência Penal nas últimas décadas.

Com os reclames da doutrina crítica à equiparação entre autoria e participação, nos moldes do texto legal de 40, a Reforma Penal de 1984 foi permeada por mudanças na matéria. Em dicção legal inicialmente idêntica à que anteriormente se explicitava no art. 25 do texto originário do código, acrescentou-se que a punição de cada interveniente no delito deve se dar “na medida de sua culpabilidade”.

A alteração da redação do *caput* basicamente revelou a intenção legislativa de reforçar a necessidade da individualização das penas de cada sujeito que coopera no delito. O intuito seria evitar punições idênticas diante de contribuições delitivas de diferente relevância, o que

---

<sup>61</sup> Neste sentido, Fragoso lecionava que “nos crimes culposos, conduta típica é aquela que viola o dever objetivo de cuidado e é autor todo aquele que, desatendendo a tal dever, causa o resultado antijurídico, qualquer que seja a sua contribuição causal. Nos crimes culposos, como se percebe, há apenas autoria ou co-autoria (execução plural da ação ou omissão típica), e nunca, participação, porque em qualquer caso a conduta será típica. Diversa seria a hipótese se a tipicidade dos crimes culposos se esgotasse na mera causação do resultado, como pretendia a doutrina clássica.” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral* – 5ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 255-256).

se podia perceber “em face de decisões reconhecidamente injustas”, conforme consta na exposição de motivos da reforma.<sup>62</sup>

Nas razões declaradas da Reforma, expostas pelo Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, afirma-se, equivocadamente, que as novas normas se assentariam sobre “regras precisas que distinguem autoria de participação”, o que, em verdade, não acontece. A permanência de um conceito extensivo que passa a ser situado, desde a Reforma, no *caput* do art. 29, faz ainda remanescer um enunciado de termos inadequados ou inconvenientes para a doutrina contemporânea diferenciadora.<sup>63</sup>

No artigo 29 se acrescentou dois parágrafos, nos quais se instituiu, primeiramente, uma causa de diminuição de pena para as participações de menor importância, e, de outra parte, uma regra de responsabilidade e aplicação de pena para a hipótese do interveniente que coopera de modo dolosamente distinto no fato.<sup>64</sup> O *nomen juris* do título IV, do código, também foi editado para consignar-se a rubrica “Do Concurso de Pessoas”, tendo em vista que a coautoria não exaure as configurações do concurso.

---

<sup>62</sup> Item 25, da Exposição de Motivos da Reforma Penal de 1984 (Lei nº 7.209/84) - “Ao reformular o Título IV, adotou-se a denominação “Do Concurso de Pessoas”, decreto mais abrangentes, já que a co-autoria não esgota as hipóteses do *concurso delinquentium*. O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monística do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). Em completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos critérios dessa teoria, ao optar, na parte final do artigo 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria de participação. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas.” (BRASIL. Legislação Informatizada - DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - Exposição de Motivos). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>. Acesso em: 06/07/2019).

<sup>63</sup> Neste sentido, Beatriz Corrêa Camargo afirma que o art. 29, do CP confere ao sistema brasileiro um caráter unitário “que não apresenta nenhum outro critério além da causalidade para que se determine a tipicidade da ação de um agente que não realiza em sua pessoa todos os elementos da descrição típica, sendo toda criação de uma condição para o resultado considerada autoria. Esse modelo de concurso de pessoas caracteriza-se, ainda, por não diferenciar a moldura penal da participação, deixando inteiramente ao arbítrio judicial a determinação final da pena”. (CAMARGO, Beatriz Corrêa. *O concurso de pessoas na reforma do Código Penal*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 20, n. 241, p. 12-14., dez. 2012. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=98398](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=98398). Acesso em: 22 nov. 2019. p. 12). Greco e Leite aduzem que “a leitura mais natural do art. 29, *caput*, do CP, que diz responder pelo crime todo aquele que concorre, é no sentido de um conceito extensivo de autor” e, ao refutarem incompreensões vulgares da teoria do domínio do fato, prosseguem que não é esta que alcançaria todo tipo de intervenção como se autoria fosse, mas “é o art. 29, tal como ele é tradicionalmente entendido, que não deixa ninguém escapar”. (GRECO, Luís; LEITE, ALAOR. *O que é e o que não é a teoria do domínio do fato*. Sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal. In: *Autoria como domínio do fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 38).

<sup>64</sup> Art. 29, do CPB - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

## 2.2. Compreensão contemporânea da matéria no Direito Penal Brasileiro

No cenário dogmático posterior à Reforma de 84, há uma mudança de tendências doutrinárias sobre a viabilidade do concurso de pessoas em crimes culposos, retratada por Santos.<sup>65</sup> A influência da doutrina alemã, do finalismo de Welzel e da busca de coerências discursivas com a teoria do domínio do fato se refletem em um crescimento de posições contrárias à admissão do concurso culposo.

Nilo Batista, em sua referencial obra monográfica sobre concurso de pessoas, afirma como um mérito histórico do finalismo a construção de autoria dos crimes culposos, em que não haveria diferença entre autor direto e partícipe. Segundo Batista, a solução unitária seria justificada “porquanto a concausação culposa (isto é, com violação do dever objetivo de cuidado) importa sempre autoria”.<sup>66</sup> Na fundamentação de Batista, semelhante à oferecida também por Heitor Costa Júnior<sup>67</sup>, expõe-se que em tipos abertos, como são os culposos, a subsunção da conduta é feita a partir de um juízo comparativo entre o procedimento do sujeito que a realiza e da que teria uma “pessoa prudente e conscienciosa”.<sup>68</sup> Desse modo, para Batista, o núcleo da imprudência está na “violação de um dever de cuidado objetivamente aferível”, o que lhe dá conotação extensiva a qualquer causação de resultado derivado de ação contrária ao dever. Nesta linha interpretativa, a definição de autoria nos crimes culposos teria, diante da particular faceta normativa da culpa, a resolução pautada pela mera violação do dever, independentemente de como a infração ocorresse, sob forma semelhante à que se julga adequada para os chamados delitos de dever.<sup>69</sup>

Sob uma base argumental muito semelhante à de Batista, Roxin chegou a realizar, em uma etapa anterior da sua doutrina, diferenciações entre autor e partícipe, levando-se em conta os crimes culposos como delitos de dever. Analisa-se a construção de Roxin no capítulo 4.

Sob as premissas referidas acima, Nilo Batista entende pela impossibilidade de qualquer forma de concurso de pessoas em crimes culposos, porque a violação do dever objetivo de cuidado seria sempre “de forma pessoal e incomunicável”.<sup>70</sup> Ao citar o exemplo comumente dado pela doutrina italiana, no qual uma pessoa reúne lenha para uma fogueira e outra lança sobre a mesma gasolina e fogo, em local inapropriado, causando incêndio, Batista pondera que

---

<sup>65</sup> SANTOS, Humberto. *Op. Cit.* p. 15 s.

<sup>66</sup> BATISTA, Nilo. *Op. Cit.*, p. 81.

<sup>67</sup> COSTA JÚNIOR, Heitor. *Teoria dos Crimes Culposos*. Rio de Janeiro: L. Juris, 1988. p. 111.

<sup>68</sup> BATISTA, Nilo. *Op. Cit.*, p. 81.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 82.

se trataria de caso indicativo de autoria autônoma de cada sujeito e suscita que a solução contrária, afirmativa do concurso em crimes culposos, estaria vinculada a um dado irrelevante, enganoso e fictício para o Direito Penal: a mera proximidade física de condutas desatentas ao cuidado objetivo exigido.<sup>71</sup>

Um caminho argumentativo semelhante ao de Nilo Batista é seguido por Luiz Flávio Gomes, que parte das bases conceituais da teoria do domínio do fato e afirma a impossibilidade de diferenciar autoria e participação nos crimes culposos.<sup>72</sup> Gomes nega também, em termos gerais, a possibilidade de concurso (coautoria) em crimes culposos, pautado no pressuposto de que se trataria de delitos nos quais há violação personalíssima do dever de cuidado, sendo que o vínculo subjetivo entre agentes nunca haveria no crime culposos, segundo o mesmo.<sup>73</sup>

Um posicionamento particular em relação às soluções propostas neste tópico do concurso de pessoas apresenta Luiz Régis Prado, pois, embora parta de parâmetros finalistas, diferentemente de Welzel e da doutrina brasileira finalista, admite Prado a possibilidade de participação culposa, nas modalidades de instigação e cumplicidade psíquica. Prado não detalha, contudo, qual seria o critério diferenciador das intervenções culposas. A particularidade de sua posição diz respeito, sobretudo, ao aspecto incomum situado na circunstância de que, ao mesmo tempo em que admite a participação culposa, nega a possibilidade de coautoria culposa, prescrevendo que a “co-autoria exige um elemento subjetivo, ou seja, o ajuste de vontades”<sup>74</sup>, inadmissível se o resultado não é querido.

Beatriz Vargas Ramos admite o concurso de pessoas no crime culposos, sob a ideia da cooperação consciente dos agentes sobre a ação. Ao falar sobre “participação” no crime culposos a autora emprega a designação de modo impróprio, também de modo a compreender a coautoria. Segundo Ramos, nos casos de ações independentes, sejam elas sucessivas ou simultâneas, seria correto fundamentar pela inviabilidade da participação. Nos exemplos da autora, não seriam partícipes a dona de casa que deixa arsênico em um frasco na cozinha, que é utilizado pela cozinheira, nem o caso de dois veículos que se choquem provocando a morte de alguém.<sup>75</sup>

<sup>71</sup> BATISTA, Nilo. *Op. Cit.* 2008. p. 83.

<sup>72</sup> GOMES, Luiz Flávio. In: PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 501.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 501.

<sup>74</sup> PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 8ª edição. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 449.

<sup>75</sup> RAMOS, Beatriz Vargas. *Do Concurso de Pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do Código Penal Brasileiro*. Belo Horizonte: Edt. DelRey, 1996, p. 140.

Os exemplos trazidos por Beatriz Vargas Ramos e a fundamentação da autora permitem perceber que em 1996, quando editada sua obra, o discurso jurídico-penal se estruturava de modo basicamente causal no Brasil. Desse modo, a jurista tentava diferenciar a causalidade para refutar a participação em comportamento que, *a priori*, podia configurar comportamento não proibido, a exemplo do arsênico da dona-de-casa em sua própria cozinha. De outro lado, articulava-se a refutação da participação em casos de autoria colateral.

Guilherme de Souza Nucci fundamenta a solução unitária, como grande parte da doutrina contrária à diferenciação entre intervenções no crime culposos, no suposto caráter aberto desse tipo de injusto. Nucci discorda de Nilo Batista e de Luiz Flávio Gomes ao sustentar que nas contribuições culposas a delitos de outrem haveria coautoria culposa e não autoria colateral. Para Nucci, a autoria colateral no âmbito da culpa seria uma espécie de culpa concorrente.<sup>76</sup>

De modo semelhante ao que defende Batista, Damásio de Jesus, sem delinear, entretanto, a particularidade da dogmática dos delitos de dever, afirma nos delitos culposos ser “autor todo aquele que, mediante qualquer conduta, produz um resultado típico deixando de observar o cuidado objetivo necessário”. Damásio também nega a possibilidade de participação culposa<sup>77</sup> e repete o dogma da homogeneidade de elemento subjetivo-normativo para o concurso.<sup>78</sup> A diferença que se observa em tal afirmação por Damásio, em relação ao que lecionava Hungria, reside apenas no reconhecimento mais explícito do caráter normativo da culpa. Ao admitir a coautoria culposa, Damásio o faz baseado na noção de cooperação consciente sobre a ação imprudente<sup>79</sup>, tal como a doutrina de autores como Ramos, Noronha, Hungria e como fundamentava a doutrina italiana majoritária sob vigência do Código Rocco.

Ao descrever o concurso em crimes culposos, Damásio ressalta a necessidade de diferenciá-lo em relação à concorrência de fatos culposos, “em que falta em relação a cada agente a consciência de contribuir para a eclosão do evento comum”. Neste contexto, Damásio exemplifica que “se dois motoristas imprudentemente causam uma colisão de seus veículos, há dois crimes culposos (de homicídio ou lesões culposas, conforme a natureza do resultado). No exemplo citado, haveria o que se denomina como “concorrência de culpas”.<sup>80</sup>

<sup>76</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Edit. Revista dos Tribunais, 2012. p. 313.

<sup>77</sup> JESUS, Damásio E. de, *Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas*. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2001, p. 27.

<sup>78</sup> JESUS, Damásio de. *Direito Penal*: vol. I, parte geral. – 32ª ed.- São Paulo: Saraiva, 2011. p. 464-465.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 464-465.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 464-465.

Cezar Roberto Bitencourt figura como um dos poucos doutrinadores brasileiros a expor as diferenças no tratamento do concurso de agentes em crimes culposos entre a doutrina alemã e a doutrina espanhola. Em seu tratado, Bitencourt destaca a ampla aceitação da coautoria culposa pela doutrina brasileira e acentua a ampla refutação da viabilidade da participação culposa. Referindo-se à influência da doutrina alemã, Bitencourt cita lição de Welzel acerca da tipicidade e, conseqüente, autoria concretizada em qualquer contribuição violadora de um dever de cuidado.<sup>81</sup> Bitencourt remete-se a Jescheck como referência da ideia de que quando há cooperação de vários autores, a contribuição de cada um deverá ser avaliada separadamente, pois cada um seria autor acessório.

Bitencourt não deixa muito claro seu posicionamento quanto a viabilidade ou não da participação culposa. Parece que o posicionamento do autor faz coro ao que defende a doutrina brasileira majoritária, limitando-se ao reconhecimento da coautoria culposa, ao pontuar que:

“pode existir na realidade um vínculo subjetivo na realização da conduta, que é voluntária, inexistindo, contudo, tal vínculo em relação ao resultado, que não é desejado. Os que cooperam na causa, isto é, na falta do dever de cuidado objetivo, agindo sem a atenção devida, são coautores. Nesse aspecto, a concepção brasileira assemelha-se, na essência, com a alemã, ao sustentar que toda contribuição causal a um delito não doloso equivale a produzi-lo, na condição de autor, para os alemães, na de coautor, para os brasileiros, pois, como dizia Welzel, “a coautoria é forma independente de autoria... A coautoria é autoria. Por isso, cada coautor há de ser autor, isto é, possuir as qualidades pessoais (objetivas e subjetivas de autor)”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Saraiva: 2011, p. 495).

Bitencourt fundamenta o injusto da participação, sob as bases da chamada teoria do favorecimento ou da causação, a qual indica que o desvalor da participação no fato está em causar ou favorecer a lesão não justificada de um bem jurídico tutelado por parte do autor, sendo indiferente que este aja ou não de modo culpável.<sup>82</sup> Esta fundamentação do injusto da participação tem um caráter objetivo, mas inadequado pois baseado na causalidade, de modo a salientar como bases causais permanecem fortemente imersas na doutrina nacional sobre o injusto culposos.<sup>83</sup>

Fortemente influenciado pela doutrina alemã, referindo-se a iguais posicionamentos de Maurach, Jescheck, Gössel/Zipf, Juarez Cirino dos Santos conceitua instigação e cumplicidade como comportamentos necessariamente dolosos. Segundo Cirino dos Santos, há um duplo dolo na instigação<sup>84</sup> e na cumplicidade.<sup>85</sup> Assim, conforme Cirino dos Santos, seria componente do

<sup>81</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 494-495.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 494.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 494-495.

<sup>84</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*. 4ª edição. ICPC. LumenJuris. 2005, p. 291.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 296-297.

conceito de instigação o dolo imediato acerca da “ação de engendrar a decisão de fato doloso no psiquismo do autor” e, mediatamente, “dolo relativo à realização do fato principal doloso pelo autor”.

Embora a doutrina contemporânea brasileira amiúde se refira aos posicionamentos de autores alemães na formulação dos conceitos de participação em sentido estrito (instigação e auxílio), muitos não salientam que na Alemanha se toma como ponto de partida interpretativo os §§ 26 e 27, do *StGB* (*Strafgesetzbuch*). Estes dispositivos expressamente concebem instigação e auxílio como contribuições dolosas e não encontram previsões correspondentes na realidade legislativa nacional.

A razão *de lege lata*, por si só, é insuficiente para qualquer posicionamento no debate sobre a participação culposa, mas obviamente deve ser levada em conta para evitar-se a formulação de soluções *contra legem* e também evitar a estagnação do debate a partir de fundamentos extraídos de um ordenamento jurídico com previsões substancialmente diferentes.

Juarez Tavares, por sua vez, afirma ainda os crimes culposos como delitos de dever, sob fundamentação que reconhece não mais estar alinhada com a doutrina do próprio Roxin.<sup>86</sup> Ao negar a viabilidade da coautoria culposa, Tavares ressalta o aspecto psicologicamente individual da previsibilidade e cita a doutrina do psicólogo Holzkamp, o qual assinala que a atividade de orientação é fundamentalmente “uma manifestação do indivíduo, o qual não recepiona os dados diretamente do mundo, mas em função de sua postura vital desenvolvida a partir do mundo”.<sup>87</sup> Assim como Batista e Gomes, propõe Tavares que cada um dos intervenientes têm “uma relação própria com a norma de cuidado”.<sup>88</sup>

Juarez Tavares resgata, assim como Damásio de Jesus, a lição segundo a qual não há possibilidade de participação dolosa em crime culposos e vice-versa, para fundamentar seu posicionamento contrário à punição de um comportamento como instigação dolosa em crime culposos. Tavares nega esta possibilidade exemplificando-a com o caso em que um sujeito estimula outro a acelerar de modo imprudente no trânsito. Neste contexto, Tavares fala em um dolo (em sentido natural – ou seja, finalidade) voltado ao desenvolvimento da ação imprudente no trânsito. Aparenta ser inapropriada essa referência como dolo do partícipe porque dolo não se confunde com finalidade em sentido natural.<sup>89</sup>

<sup>86</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos*. 5ª ed. – Florianópolis [SC]: Tirant lo Blanch, 2018. p. 500.

<sup>87</sup> HOLZKAMP, Klaus. *Grundlegung der Psychologie*, 1983, p. 253 *Apud* TAVARES, Juarez. *Op. Cit* – Florianópolis [SC]: Tirant lo Blanch, 2018. p. 501.

<sup>88</sup> TAVARES, Juarez. *Op. Cit.*, 2018. p. 501.

<sup>89</sup> Nesse sentido, Welzel afirmava já em seus últimos trabalhos e conferências que “todo dolo do tipo é uma vontade finalista, mas nem toda finalidade é um dolo do tipo”. Assim, mesmo sob parâmetros finalistas, os quais conforme se verá no tópico 2.3 se entende inapropriados para definição de dolo, dolo não seria mera finalidade natural sobre

Tavares afirma que a assertiva da homogeneidade dos elementos subjetivos, “repetida useiramente, sempre teve sua razão de ser na necessidade de uma unidade de resolução para o fato”<sup>90</sup> e destaca argumento de Welzel, no sentido de que “a admissão de uma instigação a um fato principal não doloso conduziria a uma total inversão das condições de vida e a representações completamente alheias à tradição nacional”.<sup>91</sup> É estranho que Tavares acompanhe a referida argumentação de Welzel, pois é lastreada em argumentos ontológicos (“condições de vida”) e afirmações obscuras (“tradição nacional”). Nada disso serve para delimitar adequadamente o âmbito da culpa, seja em comportamentos típicos de modo direto ou mediato. Ademais, o próprio Tavares reconhece a propriedade necessariamente normativa da culpa, não extraída de um mero sentido empírico ou ôntico.<sup>92</sup> Não pode também ter esse caráter ontológico a negação da participação culposa, portanto.

O posicionamento de Tavares, embora negue a viabilidade da participação culposa, é avesso à mera consagração da contribuição causal contrária ao dever de cuidado como conduta de autor, notabilizando-se como posicionamento mais garantista em relação a parte da doutrina brasileira que não esclarece tal noção ou simplesmente translada condutas secundárias à condição de autoria. Nesse sentido, o mencionado autor ressalta que “nem o instigador nem o cúmplice se encontram submetidos aos deveres de cuidado, que só afetam quem, efetivamente, exerça a atividade perigosa”.<sup>93</sup> Não obstante as razões externadas por Tavares enriqueçam o debate sobre o tema na doutrina brasileira, conforme se observará das considerações dos capítulos seguintes, também carece de revisões. Tavares deixa de reconhecer que é plenamente possível haver instigações ou auxílios violadores da norma de cuidado. Mesmo autores que defendem um sistema unitário na culpa o reconhecem.

A não admissão da diferenciação entre autoria e participação por parte da doutrina penal contemporânea tem relação com o modo como se estrutura o injusto culposos e não com uma inviabilidade de violação da norma de cuidado por intervenções indiretas ou anteriores ao comportamento do autor.

---

uma ação, mas “vontade de ação dirigida à realização típica”. (WELZEL, Hans. *La doctrina de la acción finalista hoy*. 1968, p. 223). O emprego da ideia de dolo como finalidade natural, com efeito, foi um dos grandes dilemas para a incompreensão do finalismo de Welzel em relação aos delitos culposos, o que fez o autor alemão, em suas últimas conferências, conforme bem salienta Batista, dizer que melhor que definir a ação como uma conduta finalística teria sido concebê-la como uma ação cibernética, ou seja, controlável. Isso até fez Batista supor no prefácio da 3ª edição da obra ‘Concurso de Agentes’, uma possível elaboração da ideia de “domínio objetivo do fato” como critério passível de aplicação para diferenciar intervenções em delitos culposos. (BATISTA, Nilo. *Op. Cit.* 2008, prefácio, p. 11).

<sup>90</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos*. 5ª ed. 2018. p. 506.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 507.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>93</sup> TAVARES, Juarez. *Op. Cit.*. 5ª ed. – Florianópolis [SC]: Tirant lo Blanch, 2018. p. 508.

René Dotti, desde longa data, refere-se à participação no crime culposos de modo a conceber apenas a possibilidade de coautoria, porque, em seu entendimento, “a matéria da proibição nos ilícitos culposos, cujos tipos são abertos, não está na produção de um resultado, mas na contrariedade às normas que estatuem os deveres de cuidado”. Autores seriam então “todos quantos transgridam as normas de atenção”.<sup>94</sup> Dotti, em um posicionamento incomum na doutrina brasileira, entende viável, contudo, a autoria mediata culposa.<sup>95</sup>

Em obra cujo objetivo é elucidar noções conceituais sobre a teoria do domínio do fato, Luís Greco e Adriano Teixeira afirmam ser inaplicável a teoria de Roxin para os tipos culposos e aderem a um posicionamento unitário. Destacam esses autores, contudo, que a culpa não se esgota na concausação violadora do dever de cuidado, mas na superação dos limites impostos pela imputação objetiva. Nesse contexto, afirmam:

“Observe-se que o critério do domínio do fato não tem qualquer relevância para os crimes culposos ou negligentes. Segundo a concepção tradicional, os tipos culposos descrevem um comportamento descuidado/criador de um risco, sendo que, a princípio, todos os criadores desse risco são autores. No entanto, para se afirmar a autoria culposa, não basta a criação de um risco ou a violação de um dever objetivo de cuidado. Exigem-se critérios adicionais desenvolvidos pela teoria da imputação objetiva. [...] De qualquer modo, todos que criarem um risco não permitido e causarem o resultado, preenchidos os critérios de imputação objetiva, terão realizado o tipo de delito culposos. Logo, os delitos culposos são dominados por um conceito extensivo de autor, em que não se diferencia autor de partícipe. Nesse âmbito, vige um sistema unitário de autoria.” (GRECO, Luís. TEIXEIRA, Adriano. *Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro*. In: *Autoria como domínio do fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 64).

Além do já explicitado posicionamento de Prado, que inadmite a coautoria culposa, figuram na doutrina brasileira, em âmbito minoritário, autores que defendem tanto coautoria quanto participação culposa, baseando essas formas de manifestação do concurso de pessoas na viabilidade de cooperação consciente sobre a ação comum. Parte desta doutrina, contudo, não apresenta o critério diferenciador entre as intervenções culposas<sup>96</sup> para delimitar a

<sup>94</sup> DOTTI, René Ariel. *O Concurso de Pessoas*. Ciência penal, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, 1981. p. 79-105. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=20989](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=20989). Acesso em: 2 set. 2019. No mesmo sentido em DOTTI, René Ariel. *Reforma Penal Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 87-88. Este é ainda o posicionamento atual do autor, conforme se pode conferir em DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral – 6ª ed.* – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 556).

<sup>95</sup> DOTTI, René Ariel. *Reforma Penal Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 88.

<sup>96</sup> Rogério Greco, aparentemente, leva em consideração o caráter temporal da realização do comportamento para aferir autoria ou participação no delito culposos. Neste sentido, argumenta pela possibilidade de participação, pois no caso em que “alguém estimula outrem a imprimir velocidade excessiva, objetivando, geralmente, alcançar uma finalidade lícita, era-lhe previsível, nas circunstâncias, que, anuindo ao pedido, a conduta do motorista poderia desencadear o acidente. Era previsível, da mesma forma, ao motorista que detinha o controle do automóvel. Não foram as condutas conjugadas simultaneamente que levaram à eclosão do acidente [...]” (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2003. p. 531). Esta fundamentação que vincula os conceitos de autoria ou participação à ideia temporal de simultaneidade ou anterioridade da contribuição é problemática na medida em que coloca em segundo plano o grau de risco da contribuição em prol da análise

participação ou fazem juízo análogo ao da teoria do domínio do fato desconsiderando o resultado da dimensão psicológica-volitiva do partícipe.

Reale Júnior<sup>97</sup> enuncia que “a existência de um dever de cuidado geral não exclui a existência de um domínio do fato, como o poder de fazer ou deixar de fazer a conduta instigada pelo ‘cúmplice’” e, nestes termos, propõe a diferenciação a partir de uma noção de domínio empregada na culpa.<sup>98</sup> Fernando Capez, além da adesão comum ao fato imprudente, interpreta como uma das insuficiências da teoria do domínio do fato a ausência de explicação da participação culposa. Assim, postula pela utilização do sistema formal-objetivo de definição da autoria baseado na literalidade da realização dos verbos-núcleos do tipo para identificar a autoria culposa.<sup>99</sup>

O panorama acerca do concurso de agentes no Brasil, com enfoque no tratamento dos delitos culposos, traz algumas conclusões parciais relevantes para o tema objeto de análise. A primeira diz respeito à permanência no discurso doutrinário brasileiro da base causal como elemento central da equiparação entre autoria e participação no plano típico culposo. Nesse tipo de delito, não se costuma questionar se a definição de autoria culposa como toda concausação culposa violadora do dever de cuidado ou como todo risco proibido culposo é suficiente em face do mandado de determinação das normas penais.

Nota-se, ainda, que, no Brasil, os debates acerca do concurso de pessoas em delitos culposos ficaram, basicamente, restritos, ao longo do tempo, à coautoria culposa.<sup>100</sup> A

---

temporal. Trata-se de um problema inerente às tradicionais concepções objetivo-materiais da autoria, como se pode ver no desenvolvimento do tópico 3.3 deste trabalho. Para uma análise mais profunda da questão *vide* ROXIN, Claus. *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. 7ª ed. Barcelona: Marcial Pons, 2000. p. 62 s.).

<sup>97</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*: parte geral, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 324.

<sup>98</sup> Reale Júnior argumenta ainda que o art. 31, do CP, comprovaria a admissão da participação culposa, pois “ao dispor que o auxílio, o ajuste, a determinação ou instigação são impuníveis se o crime não chega a ser tentado, reconhecendo-se que há um autor principal que tem o domínio do fato, e pode não cumprir a ação para a qual se instigou ou prestou auxílio, exatamente por exercer um poder sobre o fato, orientando-o, dando-lhe vida ou não”. Além disso, Reale Júnior defende também uma noção de simultaneidade, mas não para diferenciar participação de autoria, e sim para averiguar-se a relevância jurídico penal da participação. (*Ibidem*. p. 324-325). Embora uma formulação de domínio supostamente objetivo do fato seja viável e tenha levado autores espanhóis a desenvolverem a doutrina da participação culposa, não traz clareza suficiente e carrega consigo um problema linguístico na suposição de domínio sem consciência do processo lesivo causal. Estes problemas serão perceptíveis na exposição e nas críticas feitas à proposta de Luzón Peña, analisada no capítulo 5.

<sup>99</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: vol. 1. Parte Geral. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 364 e 373.

<sup>100</sup> Além da doutrina já citada ao longo do capítulo, também reduzia o concurso culposo à coautoria Aníbal Bruno. O notável jurista pernambucano acentuava que a questão do concurso em delitos culposos seria mais problemática nas hipóteses nas quais há sucessivos atos de negligência praticados por pessoas diferentes, “sem cooperação de vontade nem de consciência, mesmo em relação ao ato imprudente”. Dizia Aníbal Bruno que, nestes casos, é a “previsibilidade que cria, embora sob forma de mera possibilidade, o elemento psicológico que unifica os fatos sucessivos no sentido da culpabilidade”, originando coautoria culposa. (BRUNO, Aníbal. *Crimes Contra a Pessoa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. p. 117-118).

viabilidade da participação, nesse tipo de delito, apenas é defendida na contemporaneidade e, ainda assim, sem formulações sistematizadas de um critério diferenciador para delitos culposos.

Observa-se ainda continuidades discursivas de “fórmulas antigas”<sup>101</sup>, como a da homogeneidade de elementos subjetivos. Nos próximos capítulos, será analisado que boa parte da doutrina internacional contemporânea descarta tal elemento, o que demanda, no mínimo, análise criteriosa sobre as afirmações de grande parte da doutrina brasileira, que designa esse conceito como premissa elementar.

Acrescenta-se ainda que, entre os argumentos destacados para inviabilidade da participação culposa está um suposto “caráter aberto” dos delitos culposos e o emprego de critérios distintivos da doutrina alemã, entre estes a tentativa de compatibilização com o critério do domínio do fato.

Em trecho relevante para situar outra problemática da investigação em questão, Beatriz Camargo coloca como foco central do problema da participação culposa a definição desse tipo de comportamento como lesão ou não ao dever de cuidado, em face do que dispõe o art. 18, II, do CPB, o qual prescreve a excepcionalidade da punição por delito culposos.

“A pergunta latente na “instigação culposa” consiste em saber quando a “instigação” de uma conduta imprudente alheia pode configurar uma lesão ao dever de cuidado exigido pelo art. 18, II, do CP. A doutrina que defende no Brasil a participação ou coautoria nos crimes culposos enxerga na criação do resultado de perigo decorrente do comportamento culposos uma forma de comportamento análoga à criação do resultado lesivo nos crimes dolosos, partindo-se da ideia de que também nos crimes culposos é possível uma análise do domínio do fato. A peculiaridade da participação nos crimes culposos residiria, segundo essa vertente, no fato de que aqui a unidade de desígnio dos agentes visa não o risco concreto de lesão ao bem jurídico, mas, simplesmente, o comportamento imprudente perigoso (cf., por exemplo, REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 319 e s.). No entanto, como lembra PUPPE, Ingeborg. *Der gemeinsame Tatplan der Mittäter*. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, vol. 6, 2007, p. 237, qualquer punição nos crimes culposos que prescindida da análise da lesão subjetiva de um dever de cuidado objetivo, tenha o nome de coautoria, autoria paralela ou participação em crime culposos, estará em plena desconformidade com o que prescreve a regra que prevê a punição por culpa – correspondente, em nosso caso, ao art. 18, II, do Código Penal. É importante compreender, nesse sentido, que se faz indispensável uma fundamentação normativa que ofereça respaldo a essa forma de responsabilização no atual sistema de regras penais, segundo pontua RENZIKOWSKI, Joachim. *Restriktiver Täterbegrif und Fahrlässige Beteiligung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, p. 6”. (CAMARGO, Beatriz Córrea. *Op. Cit.* 2018. p. 26-27)

O problema referido pela citada autora constitui outro ponto de necessário exame, o que se realiza no bojo do capítulo 5, tendo em vista ser questão amplamente discutida, sob argumentos iguais na doutrina espanhola após a mudança de Código, realizada em 1995, e que implementou um sistema fechado de incriminação da culpa na Espanha.

<sup>101</sup> Emprega-se aqui afortunada expressão de Beatriz Córrea Camargo, já referida na nota de rodapé nº 1.

### 2.3. Conceitos extensivo e restritivo e sistemas unitário e diferenciador: noções conceituais sobre as designações dos sistemas

Até o presente tópico, apresentou-se um panorama da doutrina brasileira sobre o concurso de pessoas em crimes culposos.

A exposição demonstra um cenário doutrinário de negação da participação culposa e de aceitação maior de bases causais na noção de autoria culposa. É possível também notar que a doutrina brasileira emprega, por vezes, de modo indistinto conceitos como sistema unitário e monismo ou “teoria monística”. A reprodução dos termos como sinônimos é vista, por exemplo, na obra de Hungria.<sup>102</sup> A própria argumentação apresentada na motivação das normas de concurso de pessoas no Código de 40 influi para a atribuição de um sentido uno aos conceitos.

Beatriz Corrêa Camargo pondera que é muito comum a doutrina brasileira referir-se a doutrinas “monística”, “dualista” ou “pluralista” como modelos de regulação legal relacionados a admissões ou exceções da possibilidade de imputação comum. Neste sentido, segundo a autora, trata-se de designações de pseudoteorias porque a existência eventual de enunciados típicos próprios aplicáveis a apenas parcela de agentes envolvidos em um mesmo fato não significa propriamente uma cisão das regras do concurso de pessoas.<sup>103</sup>

Luís Greco, Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis criticam preliminarmente em obra coletiva a discussão que se faz entre monismo e pluralismo como termos relativos ao suposto problema de definir a existência ou não de um único crime cometido por vários sujeitos ou de tantos delitos quanto intervenientes. Estes autores ponderam que essa discussão é “do ponto de vista teórico, duvidosa, e de uma perspectiva prática, irrelevante”, além de não ter

<sup>102</sup> HUNGRIA, Nelson. *Op. Cit.* p. 405-406.

<sup>103</sup> Beatriz Corrêa Camargo elucida bem a impropriedade da interpretação doutrinária que interpreta enunciados típicos restritos a uma parcela de intervenientes como exceção das regras do concurso com o exemplo dos tipos penais relativos ao aborto no Direito Penal Brasileiro. Conforme a autora, a descrição em enunciados diversos e a diferença das penas entre abortos cometidos pela própria gestante e pelo terceiro que pratica com seu consentimento, por exemplo, não implica em uma suspensão das regras do concurso de pessoas. Trata-se apenas de uma opção legislativa de política-criminal tomada pelo legislador para regulação que entendeu mais adequada da matéria, sob as finalidades que o orientaram à incriminação. (CAMARGO, Beatriz Corrêa, *Op. Cit.* 2018. p. 89). A ponderação da autora é razoável e demonstra que a argumentação da doutrina brasileira, neste contexto, é apegada a um naturalismo excessivo, que interpreta o crime não pela valoração do fato mas pela descrição do enunciado típico. A gestante que consente com o aborto realizado por outro não deixa de ser punida por imputações fundamentadas cumulativamente nos arts. 124 e 126, do CPB por haver uma exceção ao concurso de pessoas. Não há dupla punição porque não faria qualquer sentido em puni-la duas vezes por um mesmo fato tomando-se um mesmo conteúdo de injusto, sob pena de configurar-se *bis in idem*. A maior reprimenda atribuída pelo preceito secundário do art. 126 em nada altera o sentido da gravidade da contribuição da gestante para o fato e a política-criminal que opta por sancioná-la em menor medida nada tem que ver com a existência ou não do concurso de pessoas.

nada que ver com a discussão sobre sistemas de autoria unitários e diferenciadores.<sup>104</sup> Esta dissertação segue sob tal baliza porque embora ainda seja comum ver-se nas obras jurídicas a designação de monismo e sistema unitário como se fosse uma coisa só, trata-se de um vício arraigado, cuja persistência da confusão conceitual obsta a compreensão do que se designa como sistema unitário.

O conceito extensivo de autor tem tradicionalmente como fundamento a teoria da equivalência dos antecedentes, segundo a qual todas causas são igualmente relevantes para a ocorrência do resultado típico em espécie tal como concretamente ocorreu.

Para Raquel Roso Cañadillas<sup>105</sup> e Luciana Monteiro<sup>106</sup>, uma razão determinante da grande aceitação dos sistemas unitários causais, ao longo do tempo, é a simplicidade. Ao planificar todos que intervêm de modo fisicamente relevante no fato como condições típicas, prescinde-se da busca por critérios de diferenciação entre as condutas empreendidas, o que não é tarefa simples.

A equiparação das condições relevantes para o evento delitivo teria ainda uma função de evitar lacunas de punibilidade, na medida em que são reduzidas fácil e objetivamente as fronteiras do tipo penal à redoma comum da causação.<sup>107</sup> A finalidade evitadora de lacunas de punibilidade fica bem evidente nas críticas formuladas por Tobias Barreto quando o Direito Penal brasileiro se caracterizava por um sistema cujas normas delineavam parâmetros diferenciadores e não se tinha um sistema de autoria baseado na causalidade, pensado para “abraçar todas variações phenomicas do crime”<sup>108</sup>, segundo suas palavras.

<sup>104</sup> GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Op. Cit.* p. 14.

<sup>105</sup> CAÑADILLAS, Raquel Roso. *Los Criterios de Autoría en el Delito Imprudente*. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Número 75, Año 2004, Vol. 25. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5319333>. p. 229.

<sup>106</sup> MONTEIRO, Luciana de Oliveira. *La Autoría Mediata en los Delitos Imprudentes*. Tesis publicada em el Programa de Doctorado y Diploma de Estudios Avanzados de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Sevilla, 2010. p. 584.

<sup>107</sup> A amplitude do alcance típico sob esse pressuposto teórico, levado até as últimas consequências, justificaria até mesmo a incriminação de participações em autocolocações em risco ou autolesões. Feijoo Sanchez, ao contextualizar que são inúmeras as situações da vida nas quais se pode ter induções de autocolocações em risco ou em situações de autolesões [(por exemplo, o empréstimo de veículos de alta velocidade para neófitos do asfalto, as provas de risco existentes em reality shows, etc)] salienta que neste âmbito se mostra com mais força a necessidade de superar a compreensão dos tipos desde uma perspectiva puramente causal e de ter em conta outros critérios no marco de uma interpretação teleológica. (FEIJOO SANCHEZ, Bernardo Jose. *Resultado Lesivo e Imprudencia: estudios sobre los limites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de proteccion de la norma de cuidado*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 2001. p. 345). Raquel Cañadillas, neste contexto, ressalta importante crítica no sentido de que autores que defendem um sistema unitário do concurso de pessoas costumam argumentar pela não punibilidade de intervenções de terceiros em casos de autolesões ou autocolocações em perigo, o que, embora seja um resultado razoável é incoerente com a premissa fundamental de que toda causação é autoria, a qual não comporta exceções. (CAÑADILLAS, Raquel. *Autoría y participación imprudente*. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 81).

<sup>108</sup> BARRETO, Tobias. *Mandato Criminal*. In Estudos de Direito. Rio de Janeiro: Lammert & C – Editores proletários, 1892. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. p. 224.

Convencionalmente, o conceito extensivo é relacionado a equiparação causal. Ao falar-se em sistema unitário, a referência diz respeito a um único título de imputação correspondente à manifestação típica, ou seja, a um sistema que exclusivamente concebe a autoria.

No sentido tradicional, o sistema unitário teria estreita relação com um conceito extensivo-causal, contudo, atualmente, são cada vez menores as defesas de um sistema fundado exclusivamente na causalidade. Com a sedimentação das modernas teorias da imputação objetiva, cada vez mais se estabelece a perspectiva de que toda contribuição típica configura um risco proibido. Assim, a doutrina unitária moderna não mais equipara toda concausação como contribuição típica. Perdura ainda fortemente, no entanto, para os defensores de sistemas unitários modernos, uma equivalência dos riscos proibidos no plano da tipicidade. As teorias unitárias modernas se assentariam, assim, sob uma base genérica da proibição, conforme sustenta Renzikowski.<sup>109</sup>

Há ainda concepções unitárias-funcionais, as quais partem de título de imputação comum às condutas no plano típico – como autoria –, admitindo-se, porém, a possibilidade de diferenciações valorativas sobre as condutas, sob uma rejeição completa da acessoriedade. Nas concepções unitárias funcionais, são incrementadas razões político-criminais de merecimento de pena, mas ainda se atribui resultados dogmáticos idênticos à delitos realizados por autoria direta, mediata e à instigação, por exemplo. Situada neste campo teórico, a teoria de Kienapfel, explicada por Camargo, consubstancia que “um dos modos de dar início à execução do crime residiria em tentar convencer uma pessoa a realizá-lo ou emprestar uma arma para tanto”.<sup>110</sup> Sánchez Lázaro explica que Kienapfel elabora conceitos como “autor direto por determinação (<<*Bestimmungstäter*>>) e autor por contribuição (<<*Beitragstäter*>>)”<sup>111</sup>, os quais permitiriam uma plasticidade na gradação da relevância sobre o injusto, ajustando-se à culpabilidade em uma perspectiva que confere maior liberdade valorativa ao juiz.<sup>112</sup>

O conceito restritivo de autor, por sua vez, é direcionado a limitar a realização do tipo ao autor. Sob essa base conceitual, o tipo não alcança todas contribuições, mas as que

<sup>109</sup> Renzikowski emprega o termo “equiparação de riscos proibidos” em um contexto de crítica à teoria do domínio do fato, que, embora seja diferenciadora, ainda se estrutura sob a base da equivalência dos antecedentes, ou seja, não refuta uma noção de equivalência causal na construção do domínio sobre a causalidade. Vale a referência do termo no contexto em que o empregamos porque se a dimensão causal como base de um sistema diferenciador, resguardaria, segundo Renzikowski, uma incongruência por se tratar de postulado equiparatório, essa equivalência de riscos proibidos é descrita e sustentada como ideal no plano típico de um sistema unitário. (RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito Penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 96 e ss).

<sup>110</sup> CAMARGO, Beatriz Corrêa. *Op. Cit.*. 2018. p. 97.

<sup>111</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Intervención Delictiva e Imprudencia*. Granada: Edt Comares, 2004. p. 10.

<sup>112</sup> CAMARGO, Beatriz Corrêa. *Op. Cit.* 2018. p. 91.

impliquem realização de elementos afirmados no teor proibitivo da norma. Sintetiza Diaz y García Conlledo que o conceito restritivo parte do princípio de que “nem todos os intervenientes em um fato são autores, mas só alguns deles”.<sup>113</sup> A premissa não significa que só seja autor quem realiza um comportamento típico descrito em um enunciado da parte especial do código penal ou de lei penal extravagante de modo consumado. O legislador, ao estabelecer modalidades ampliativas da tipicidade por meio de normas de extensão, constitui tipicidade em normas da parte geral; é o que ocorre, por exemplo, na tentativa. A participação, por outro lado, constitui uma tipicidade mediata, indireta, de menor grau de incidência sobre o injusto realizado pelo autor.

Um conceito restritivo de autor pode ser afirmado tanto por uma lógica de infração autônoma das normas, quanto pode estar atrelado à uma concepção de acessoriedade ou intervenção no fato, conforme prefere Robles Planas.<sup>114</sup> Na primeira hipótese, o injusto de cada indivíduo é autônomo, seja o de quem infringe a norma do injusto em espécie, seja o de quem infringe a norma de extensão típica. Na segunda hipótese, embora seja viável a análise de conteúdos próprios de injusto, há contribuições relacionadas em um sentido de dependência: uma contribuição principal e independente - autoria - e outra acessória – participação.

O conceito restritivo de autor está altamente vinculado com a viabilidade de diferenciação dogmaticamente relevante entre os conceitos de autoria e participação. Na dogmática penal, já se viu, contudo, sistemas diferenciadores antiteticamente projetados sob um ponto de partida extensivo-causal, propostos pelas teorias subjetivas de autor. Nestes sistemas, não se encontrava formas de diferenciar os conceitos de autor e partícipe objetivamente em razão da equivalência dos antecedentes, tomada como referência básica da tipicidade objetiva. Deslocava-se, nesta matriz teórica, a viabilidade de diferenciação apenas ao âmbito subjetivo dos agentes (*vide infra* 4.3).

À medida que o tipo se limita à conduta típica do autor, a diferenciação dele em relação ao partícipe ganha maior importância no plano do injusto, tornando-se necessário critérios de concreção da tipicidade pelo sistema da autoria. Ou seja, a teoria do concurso de agentes traz na conformação da autoria a concreção da tipicidade. A relevância do critério de concreção é maximizada, sobretudo, nos delitos meramente de resultado<sup>115</sup>, nos quais há uma menor

<sup>113</sup> DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La Autoria en Derecho Penal*. 1ª ed. Barcelona: PPU, 1991. p. 407.

<sup>114</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. Cit.* 2003. p. 146.

<sup>115</sup> Não se deve confundir o conceito de “delitos meramente de resultado” com o conceito de crimes materiais, pois não necessariamente estão relacionados. Crimes materiais se caracterizam pela manifestação de um resultado naturalístico, mas a descrição da conduta proibida não necessariamente é pautada de modo predominante pelo resultado. Exemplo disso é o delito de furto, previsto no art. 155, do CP, no qual a conduta proibida é delimitada substancialmente pelo ato de “subtrair”. Os tipos penais de homicídio e lesão corporal, no entanto, além de serem

concretude do dispositivo proibitivo. Também sistemas unitários modernos encontram utilidade para as diferenciações, todavia, conforme se disse, principalmente para o âmbito da valoração da pena.

Ricardo Robles Planas pondera que a explicação do sistema de concurso de pessoas, muitas vezes, é permeada pela confusão terminológica entre a base adotada em um sistema de regulação legal e pelo modelo da compreensão dogmática. Nos modelos de regulação legal, seria identificável diferenças entre códigos que optam por estabelecer distintos marcos penais para todos intervenientes em um fato, e outros estatutos em que se faz graduações em uma mesma pena a partir da importância da contribuição de cada interveniente. Nos modelos de compreensão teórica, ainda segundo Robles Planas, seriam visualizáveis sistemas unitários nos quais se gradua a pena dos distintos autores e, por outro lado, sistemas diferenciadores que cominam penas iguais para distintos intervenientes.<sup>116</sup>

Segundo Robles Planas, é um equívoco a premissa comum da doutrina segundo a qual há rígida contraposição entre o conceito unitário de autor e um sistema diferenciador. Segundo esse autor, também sob um conceito unitário é possível a idealização de um sistema baseado na intervenção no fato cometido por outro. Ainda segundo Robles Planas, seria equivocado limitar a um determinado Código Penal o acolhimento exclusivo de um ou outro modelo. Este autor exemplifica que na Alemanha e na Espanha grande parte da doutrina e da jurisprudência tomam por base um sistema equiparador a partir da violação normativa para delitos culposos, omissivos e especiais, ao mesmo tempo em que optam por um sistema diferenciador baseado na intervenção no fato, para delitos comissivos dolosos.<sup>117</sup>

Grande parte dos delitos culposos são delitos de resultado, cujas descrições típicas são caracterizadas por evidenciar a realização do evento típico, e não a conduta incriminada em si, como por exemplo ocorre no delito de homicídio (“matar alguém”, em uma interpretação básica, seria nada mais do que causar tipicamente a morte de alguém). Nestes tipos penais, a fluidez da definição do comportamento incriminado, a ampla abertura valorativa na análise da violação da norma de cuidado e a dilatada tipicidade do injusto sob incidência da norma extensiva da participação delineiam um infundável horizonte de projeção do tipo penal. Desencadeia-se um marco geral proibitivo para comportamentos absolutamente distintos na afetação do bem jurídico, constituindo-se campo fértil para violações do princípio da legalidade,

---

crimes materiais, são caracterizados propriamente pelos resultados derivados da ação e não das ações lesivas em si mesmas.

<sup>116</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. Cit.* 2003. P. 144.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 146.

enquanto fundamento político. Esse déficit de concreção da legalidade aponta a necessidade de um sistema dogmático no concurso de agentes que dê preponderância à clareza das incriminações das condutas de autor e partícipe.

A grande desvantagem do sistema unitário é a maior insegurança na definição típica, posto que se torna autor culposo nesse âmbito tanto o sujeito que esquece sua espingarda de caça de uso restrito a certos ambientes em local público e é colhida por alguém que a dispara acreditando estar descarregada, como o próprio executor dos disparos.

Os autores dos modernos sistemas unitários irão enxergar no campo de mensuração da pena um terreno de anteparo de eventuais injustiças. Assim, supostamente se poderia fazer as adaptações necessárias para que o sistema se mostre bem fundamentado em um modo não naturalista, já que se teria uma equiparação desvinculada a parâmetros meramente causais, mas baseada em um mesmo âmbito normativo graduável. Para os adeptos dessa lógica, essa viabilidade de graduação dos conceitos, *de per si*, justificaria a abertura do sistema porque a aplicação da pena não é produto da aplicação de fórmulas exatas.<sup>118</sup> Esta forma de imaginar a solução de problemas no concurso de agentes, entretanto, não atribui relevância suficiente ao critério de determinação típica em uma perspectiva *ex ante*.

Na medida em que o Direito Penal estabelece comandos de abstenção ou ação, deve concretamente determinar como pode ou não o cidadão agir para que não sofra uma pena.<sup>119</sup> Para uma maior concreção do princípio da legalidade, também deve ser claro o modo pelo qual se realizará o juízo de imputação. O método unitário de identificar contribuições de diversos níveis como igualmente típicas torna muito mais dificultoso que o cidadão possa compreender a forma como lhe pode ser reprovado ou não um comportamento. A doutrina penal desnatura no crime culposo a ideia de autoria como comportamento principal ao situar todos comportamentos antinormativos em um só plano quando materialmente há contribuições que só podem resultar em um delito mediante intermediações ou desvios alheios.

O problema da delimitação do critério diferenciador está em outra etapa que se analisa no capítulo final do trabalho. Adiantou-se neste item elementos que influem para a defesa de

---

<sup>118</sup> Assim argumenta por exemplo Lesch (LESCH, Heiko H. *Intervención delictiva e Imputación Objetiva*. 1995. p. 947). A fundamentação do autor é apresentada no capítulo 4.

<sup>119</sup> Neste contexto, nos parece que o posicionamento de Luiz Regis Prado, ao admitir a possibilidade de diferenciação entre autoria e participação culposas, guarda fundamental coerência com a noção proposta pelo autor no sentido de que a norma penal é norma de conduta. Segundo Prado, a norma penal “como norma de caráter prescritivo estatui uma diretriz para o comportamento e intercâmbio humanos, sendo sua finalidade influenciar no agir dos indivíduos para modifica-lo, e não simplesmente descrever uma relação de direitos e deveres”. (PRADO, Luiz Regis. *Norma Penal como Norma de Conduta*. Revista Ciências Penais, vol. 12, jan-2010. p. 232. Disponível em: [http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luiz\\_Regis\\_Prado/Norma%20penal%20como%20norma%20de%20conduta.pdf](http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luiz_Regis_Prado/Norma%20penal%20como%20norma%20de%20conduta.pdf). Acesso em 19 de novembro de 2019).

um sistema diferenciador. Pôde-se notar que a diferenciação de conceitos de autoria e participação poderia, em tese, ter pouco sentido prático na aplicação das penas, sobretudo quando autores e partícipes submetem-se, a princípio, a um mesmo marco penal. A partir disso, aparece a necessidade de exame da justificação da utilidade prática da distinção entre agentes culposos no Direito Penal brasileiro.

#### **2.4. Relevância sistemática da diferenciação entre autoria e participação nos crimes culposos no Direito Penal Brasileiro**

O artigo 29 do CPB<sup>120</sup> indicia um sistema de autoria que parte de parâmetros extensivos atados à causalidade para uma base geral de intervenientes típicos e, posteriormente, insere o conceito de partícipe, como uma diferenciação aprioristicamente relevante no âmbito da pena.

A parte final do *caput* do artigo 29, inserido na Reforma Penal de 84, na qual se explicita o comando de que a punição de cada interveniente se dê “na medida de sua culpabilidade” descortina um aspecto relacionado de modo predominante à adequação da pena, sem, contudo, dar contornos que rigidamente permitam a conclusão por um sistema bem delimitado.<sup>121</sup>

A partir da mera interpretação literal dos artigos 29, 30 e 31 não se encontra elementos suficientemente razoáveis que autorizem afirmar a tomada de um definido posicionamento legal quanto a um sistema próprio unitário ou diferenciador, com as características que lhe são inerentes.

A afirmação clara de um sistema unitário deveria ter por consequência ou a autonomia da punição de participações em diversos graus de ataque ao bem jurídico ou, pelo menos, implicar na compreensão de que todos riscos proibidos pela norma configurariam início da execução nos crimes dolosos, cuja base objetiva do injusto é igual à do delito culposos.

Um sistema unitário até pode se estruturar com uma eventual ausência de punição nos casos de ausência de lesão típica direta, meramente por questão de política-criminal. Igualmente é possível em um sistema unitário funcional fazer com que a avaliação da relevância do injusto se faça na dosimetria da pena de modo a levar em conta a inter-relação de uma conduta com a de múltiplos intervenientes. No entanto, um sistema unitário consequente com suas razões,

---

<sup>120</sup> Artigo citado na nota de rodapé nº 64.

<sup>121</sup> Zaffaroni e Pierangeli defendem, por exemplo, que a causa de diminuição de pena da participação de menor importância trará uma concepção sistemática diversa da estabelecida no *caput* do artigo 29, o que suscitaria a distinção entre autoria e participação no plano típico. (ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. v.1. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 678).

deve, ao menos, atribuir um sentido típico não dependente a contribuições secundárias. Em um sistema como o brasileiro, em que o injusto acessório tem sua fundamentação encerrada com a superveniência do injusto principal e, além disso, risco proibidos antecedentes configuram meros atos preparatórios não é o que ocorre.

A abertura conceitual para diferentes interpretações pelo CPB é percebida nos posicionamentos doutrinários conflitantes sobre a adequação do Código a um sistema ou outro.<sup>122</sup>

O dispositivo do artigo 31 do CPB<sup>123</sup> enuncia a não punição do comportamento do partícipe, desde que o injusto não tenha ingressado na fase de execução pelo autor. A norma extraída do artigo delinea a acessoriedade<sup>124</sup> como elemento fundante da participação. Exige-se pelo conteúdo do artigo 31 o início da execução do tipo pelo autor para que se possa fundamentar a imputação ao partícipe. O preceito, embora imerso em um código de fortes bases causais, permite a interpretação majoritária da doutrina brasileira no sentido do acolhimento da

---

<sup>122</sup> Para Busato, o sistema brasileiro pode ser denominado como sistema unitário mitigado (BUSATO, Paulo Cesar. *Op. Cit.* p. 703-704). Mestieri defendia que a parte final do artigo 29 (“na medida da sua culpabilidade”) seria uma “cláusula salvatória” que traria a admissão da possibilidade de diferenciação entre autores e partícipes (MESTIERI, João. *Teoria Elementar do Direito Criminal: parte geral.* Rio de Janeiro: Ed. J. Mestieri, 1990. p. 253). Pablo Rodrigo Alflen defende, na doutrina brasileira contemporânea, que o sistema brasileiro é um sistema unitário funcional. Para Alflen, os doutrinadores que no passado se referiam a um sistema unitário temperado como o fazia Mestieri, não afirmavam um sistema unitário funcional porque não havia no debate teórico brasileiro maior difusão dos sistemas unitários funcionais, desenvolvido sobretudo por Kienapfel, em 1971 (ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do Domínio do Fato.* São Paulo: Saraiva, 2014. p. 167-168). Beatriz Corrêa Camargo, por outro lado, compreende que as normas do CPB permitem ainda a defesa de um sistema diferenciador (CAMARGO, Beatriz Corrêa. *O concurso de pessoas na reforma do Código Penal.* Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 20, n. 241, p. 12-14., dez. 2012. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=98398](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=98398). Acesso em: 22 nov. 2019. p. 14). Alaor Leite, por sua vez, entende que seria otimista enxergar um sistema unitário ou diferenciador claro nas normas do CPB. Segundo Leite, aparentemente o uso do termo “participação” empregado no § 1º, do art. 29, foi feito de modo impróprio, abrangendo outras formas de concorrência. (LEITE, Alaor. *Domínio do Fato, Domínio da Organização e Responsabilidade Penal por Fatos de Terceiros: os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal.* In: *Op. Cit.* p. 136).

<sup>123</sup> Art. 31, do CPB - 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

<sup>124</sup> Segundo Prado, “a dependência da participação com relação à autoria permite a identificação de uma acessoriedade quantitativa e qualitativa. A primeira significa que o início da execução pelo autor marca o limite indispensável para a punibilidade da participação (art. 31, CP). Já a acessoriedade qualitativa diz respeito ao grau de dependência da participação”. (PRADO, Luiz Regis. *Op. Cit.* p. 450). A designação sobre a necessidade de ingresso na execução pelo autor para afirmação da acessoriedade como acessoriedade quantitativa é também assim identificada na obra de Mariana Tranchesi Ortiz (ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Op. Cit.* p. 65), em que a autora se refere à doutrina de Elena Maria Gorriz Royo (GORRIZ ROYO, Elena Maria. *El Concepto de Autor em Derecho Penal.* Apud ORTIZ, Mariana. *Op. Cit.* p. 65, nota de rodapé nº 182). Embora seja comum a designação da exigência de ingresso na execução pelo autor para fundamentação da acessoriedade como “acessoriedade quantitativa”, o termo é problemático. A acessoriedade é fundamentada a partir do momento da execução do tipo pelo autor porque antes disso não há elemento típico, de modo que este suposto *quantum* delitivo exigido não é apenas um dado quantitativo, mas a própria verificação da prática do injusto. Neste sentido, Mezger ponderava acertadamente que a acessoriedade é a essência da participação e se liga ao seu conceito por uma lógica necessidade. (MEZGER, Edmond. *Derecho Penal: parte general.* 6ª ed. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Edt. Bibliografica Argentina, 1955. p. 302).

teoria da acessoriedade limitada.<sup>125</sup>

Segundo a teoria da acessoriedade limitada, o comportamento do partícipe apenas é sancionado na medida em que o autor realiza fato típico e antijurídico. Esse é o modo pelo qual se mitiga em parte a conotação apriorística de um conceito extensivo de autor, admitindo-se um injusto condicionado do partícipe.

Um relevante ponto de partida para a problemática da participação no crime culposo tem relação com o sistema legal a ser analisado. Os termos do CPB se distanciam de ordenamentos que vinculam a participação em sentido estrito ao dolo. O *StGB* – Código Penal Alemão – nos parágrafos 26 e 27, delimita como viáveis normativamente apenas a participação em sentido estrito dolosa ao utilizar expressamente os termos “dolo” e “dolosamente” para respectiva caracterização de instigação e cumplicidade.<sup>126</sup> O Código Penal Português, em termos caracterizadores de um duplo dolo, enuncia a cumplicidade como dolosamente prestar auxílio material ou moral à prática de fato doloso (art. 27º).<sup>127</sup> De modo menos claro, a opção de restrição da participação aos delitos dolosos também é feita no Código Penal Argentino. Apesar do estatuto argentino não empregar expressamente o conceito de dolo nos dispositivos sobre participação, expressa verbos como ‘querer’ e ‘prometer executar’ em normas dirigidas

---

<sup>125</sup> A dependência da fundamentação do injusto do partícipe em relação ao fato cometido pelo autor pode ser graduada, o que promove a existência de diferentes teorias quanto aos elementos dogmáticos de afirmação da acessoriedade, conforme explicam Bacigalupo (BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal: parte general*. Bogotá: Editorial Temis, 1996. p. 201-202) e Bitencourt (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 495-496). Para a teoria da acessoriedade mínima, a imputação do fato ao partícipe depende basicamente da realização do fato típico pelo autor. A teoria da acessoriedade limitada requer que o fato cometido pelo autor seja típico e ilícito para fundamentar-se a participação punível. Segundo a teoria da acessoriedade extrema, a punição da participação dependeria da prática de um fato típico ilícito e culpável pelo autor. Por fim, há ainda a teoria da hiperacessoriedade, segundo a qual as circunstâncias agravantes ou atenuantes relacionadas ao autor seriam extensíveis também ao partícipe.

<sup>126</sup> As referidas definições do Código Penal Alemão estabelecem que:

“§ 26, do StGB. Instigación - Igual que el autor será castigado el instigador. Instigador es quien haya determinado dolosamente a outro para la comisión de um hecho antijurídico.

§ 27. Complicidad – (1). Como cómplice se castigará a quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión de um hecho doloso antijurídico.

(2). La pena para el cómplice se sujeta a la sanción penal para el autor. La pena debe reducirse conforme al § 49, inciso I.” (*Strafgesetzbuch*, 32ª ed, Deutscher Taschenbuch Verlag, C.H. Beck, Munich, 1998. Tradução ao espanhol por Cláudia López Diaz. p. 10. Disponível em: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj\\_20080609\\_13.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf). Acesso em: 10 de março de 2019).

<sup>127</sup> Artigo 27, do Código Penal Português. (1). É punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso. (*Código Penal Português*. p. 7. Disponível em: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\\_20080626\\_10.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080626_10.pdf). Acesso em: 10 de março de 2019).

à cumplicidade (art. 47)<sup>128</sup>, de modo que a interpretação da doutrina dominante vincula o injusto da participação aos delitos dolosos.<sup>129</sup>

No Código Penal Brasileiro nenhuma expressão empregada nas normas sobre concurso de pessoas leva a conclusões pela viabilidade exclusiva de participação dolosa. Pelo contrário, as disposições gerais do CPB mais se aproximam quanto a temática do concurso de pessoas em delitos culposos (em suas diferentes manifestações) de ordenamentos que não excluem a viabilidade da participação em sentido estrito culposa ou no crime culposos. Os Códigos Penais da Espanha, Colômbia e Chile, por exemplo, também não contém qualquer referência ao dolo como base conceitual da participação.<sup>130</sup>

A resposta sobre a viabilidade ou não de diferenciação entre os agentes culposos, diante da ausência de referência clara *de lege lata* deve derivar de investigação dogmática atenta aos princípios penais e ao estado contemporâneo da teoria do delito. Deve-se buscar, assim, a solução mais adequada diante da evolução da matéria, sem olvidar da compatibilidade com o sistema legal nacional e com o possível oferecimento de respostas razoáveis sob o prisma político-criminal.

Para a interpretação legal viabilizadora da participação culposa, um primeiro referencial importante é a norma que inscreve a excepcionalidade do crime culposos. No Código Penal Brasileiro, a regra é prevista no art. 18, II. Conforme é detalhado nos itens do capítulo 5, norma de conteúdo semelhante provoca um extenso debate na doutrina espanhola acerca da possibilidade ou não de punir a participação culposa. A interpretação mais adequada, conforme compreendemos, é de que a regra do art. 18, II, apenas limita a possibilidade de punição da participação culposa aos tipos em que há previsão da autoria culposa (um maior detalhamento acerca do debate e a justificação do posicionamento acerca do tema no item *infra* 5.2.2).

<sup>128</sup> Artículo 47, del Código Penal de la Nación Argentina - Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar.

Si el hecho no se consumase, la pena del cómplice se determinará conforme a los preceptos de este artículo y a los del título de la tentativa. (*Código Penal de la Nación Argentina*. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>. Acesso em: 10 de março de 2019).

<sup>129</sup> Neste sentido, *vide* ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 1ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 620; FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal – Introducción y Parte General*. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 1998, p. 421-430.

<sup>130</sup> Os termos do Código Penal Espanhol não explicitam necessidade de dolo ou termos que o caracterizem como integrante da participação em sentido estrito (arts. 27, 28 e 29). Também não o faz o Código Penal Chileno (Art. 16). O Código Penal Colombiano também não enuncia a participação em sentido estrito como uma forma de comportamento estritamente dolosa (art. 30). O art. 30, do diploma colombiano, descreve a participação como “contribuição” ou “determinação” à realização da conduta antijurídica. Apesar da referência à antijuridicidade, nada obsta a interpretação de que quem avalia a antijuridicidade não é quem contribui para o comportamento, mas sim quem interpreta o Direito para afirmar ou não a tipicidade.

O CPB, na redação de alcance amplíssimo do art. 29, parte de um conceito extensivo-causal para a estruturação do concurso de pessoas. No entanto, a norma da qual se extrai a regra de acessoriedade (art. 31, do CPB) diminui a inicial rigidez extensiva, abrindo-se margem e maior espaço para o debate dogmático sobre os termos da acessoriedade. O dispositivo, ainda que de modo precário, indica formas de concorrência ao fato e uma relação dependência no injusto. Apesar da clara relevância da acessoriedade no sistema de concurso de agentes brasileiro, tem-se ainda um campo excessivamente largo para a participação, cujos nebulosos traços de definição seguem uma metodologia negativa, ficando pouco claros os elementos constitutivos do injusto acessório, conforme defende Camargo.<sup>131</sup>

A circunstância de que os dispositivos elementares do concurso de pessoas estatuídos no título IV do CPB não se refiram expressamente à viabilidade da participação em sentido estrito culposa não impedem seu reconhecimento dogmático.

No Código Penal brasileiro ainda há elementos relevantes para a interpretação dos sistemas de concurso de pessoas a partir das normas relacionadas à pena dos diversos agentes.<sup>132</sup> No art. 62, do CPB<sup>133</sup>, são elencadas agravantes para hipóteses aplicáveis a pessoas realizadores do injusto em certas condições, todas relacionadas ao concurso de pessoas.

Para a jurisprudência brasileira, com exceção da reincidência, as agravantes têm aplicação restrita aos delitos dolosos.<sup>134</sup> Esta interpretação, entretanto, não vincula à eventual conclusão de que o concurso de pessoas, seja como coautoria ou como autoria e participação, está restrito ao âmbito dos delitos dolosos. Primeiramente, é importante observar que todos os enunciados das agravantes do artigo 62 fazem referência à intervenção no “crime” de outrem. A escolha do legislador pelo verbete ‘crime’ e não ‘fato’ enseja uma inclinação natural pela

<sup>131</sup> CAMARGO, Beatriz Córrea. *Op. Cit.* 2012. p. 14 s.

<sup>132</sup> Alflen, na sua lógica propositiva de um sistema unitário funcional, concluirá que as referências feitas pelo legislador brasileiro em diferentes normas das agravantes do CPB e até mesmo as indicações feitas em leis penais extravagantes trarão uma noção sistemática de diferentes gradações das contribuições de autores e partícipes relevantes para a pena. Neste contexto, Alflen interpreta, por exemplo que a agravante do art. 62, I, do CPB é a uma norma de referência da autoria mediata, que abarcaria a figura do mandante. (ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Op. Cit.* p. 168). Divergimos do citado autor tanto quanto à tentativa de encontrar um sistema de autoria mediante as diversas normas expostas no desordenado ordenamento jurídico brasileiro, tanto quanto na identificação de que a agravante citada seria restrita à figura do autor. A mera realização de mando não configura, por si mesma, autoria e, neste contexto, concordamos com a conclusão da teoria do domínio do fato no sentido de que a mera emissão de uma ordem não implica na realização do tipo. (ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 2000. p. 373).

<sup>133</sup> Art. 62, do CPB – A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage ou induz outrem à execução material do crime;

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

<sup>134</sup> Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 120.165/RS, decidiu que “as circunstâncias agravantes genéricas não se aplicam aos crimes culposos, com exceção da reincidência”. (STF. HC 120165/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma. Julgado em 11/2/2014).

interpretação restritiva ao dolo porque que cada comportamento acessório indicado nas normas já implica a realização consciente de intervenção em um injusto.

As normas incorporadas aos incisos do artigo 62 do CPB exigem consciência pelo agente de uma prática já juridicamente desvalorada para incidência do agravamento. No bojo dos incisos deste artigo se faz referência a conceitos como ‘instigar’ e ‘induzir’, os quais poderiam ser interpretados como viáveis nos delitos culposos. Entretanto, ao serem vinculadas tais modalidades de conduta pelo legislador à realização de um “crime” efetivamente passa a transparecer como mais coerente a interpretação restritiva aos crimes dolosos. Com efeito, é a imputação subjetiva pelo dolo que está propensa ao grau de conhecimento próprio da prática da realização de um ‘crime’.<sup>135</sup> Ademais, certas expressões como ‘promover ou organizar a cooperação’, ‘determinar a cometer’, ‘participa mediante paga ou promessa de recompensa’, todas consubstanciadas no artigo 62, trazem referenciais semânticos cujo conteúdo está ligado a uma contribuição prestada por quem tem maior grau de conhecimento (dolo, portanto).

A interpretação pela aplicabilidade restrita das agravantes do concurso de pessoas aos crimes dolosos em nada limita, contudo, a viabilidade de diferenciação ou não nos crimes culposos. As mencionadas agravantes também não esgotam a utilidade de um sistema diferenciador aplicável ao tipo de injusto culposos.

A observação de que as agravantes são aplicáveis basicamente aos crimes dolosos serve, por outro lado, para perceber que haveria estreito espaço de valoração na segunda etapa da dosimetria da pena para o grau de afetação do bem jurídico enquanto realização principal ou secundária no delito culposos.

Configurando-se a reincidência como única agravante relevante para os delitos culposos, o único outro dispositivo que poderia trazer uma adequação de pena relativo a diferenciação das contribuições típicas na segunda fase da dosimetria seria eventualmente a atenuante inominada prevista no artigo 66 do CPB.

A interpretação atribuída na jurisprudência brasileira para a norma do art. 66, do CPB, é de absoluta excepcionalidade na aplicação do instituto. Desse modo, torna-se difícil o emprego de tal atenuante para o propósito de adequação valorativa a partir da importância das contribuições no injusto.<sup>136</sup> Além disso, uma eventual interpretação pelo uso da referida norma na valoração de contribuições principais e acessórias culposas poderia carecer de fortes razões

---

<sup>135</sup> A fundamentação do parâmetro de imputação subjetiva adotado é delineada no tópico 2.3 *infra*.

<sup>136</sup> A atenuante inominada não apresenta requisitos minimamente delimitáveis de configuração e não é aplicável obrigatoriamente, segundo jurisprudência do STJ. (STJ. AgRg no HC 459137 / SC 2018/0173144-5 - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. 5ª Turma. Julgamento em 02/10/2018, dje. 11/10/2018).

de convencimento, já que a norma não estipula parâmetros minimamente seguros de aplicação. Em regra, restaria assim ao magistrado, duas outras etapas da dosimetria para valorar contribuições principais ou acessórias em um delito culposo, tendo em vista o sistema trifásico estabelecido no art. 68, do CPB.<sup>137</sup>

Na terceira etapa da dosimetria, na qual se avalia a presença de causas de aumento e de diminuição de pena, o único instituto que permitiria uma gradação valorativa das contribuições culposas seria, em tese, a minorante da participação de menor importância. A causa de diminuição de pena em questão, entretanto, não traz um elemento geral para valorações das contribuições principais e secundárias. Em verdade, o conteúdo do dispositivo limita o magistrado a valorar de modo menos gravoso apenas um restrito número de contribuições secundárias, concebidas como de menor importância (*vide* tópico *infra* 1.4.2).

Em regra, em um sistema unitário admitido no Brasil, no momento da dosimetria da pena, ficaria o magistrado limitado a valorar a importância de contribuições como principais ou acessórias apenas na etapa de análise das circunstâncias judiciais indicadas pelo art. 59, do CPB.

Na primeira fase da dosimetria da pena, não há valor pré-fixado para a valoração de cada circunstância judicial. O magistrado deve avaliar proporcionalmente um conjunto de circunstâncias de diferentes aspectos, sem exceder o grau de avaliação valorativo das agravantes e atenuantes e das causas de aumento e causas de diminuição da pena. Conforme aduz Salo de Carvalho:

“O modelo trifásico não se caracteriza apenas como regramento das etapas que o juiz deve percorrer para determinar a pena. O sistema do art. 68 estabelece, igualmente, uma hierarquia entre as circunstâncias, de forma que as circunstâncias judiciais da pena-base impactam menos no *quantum* punitivo que as circunstâncias legais da pena provisória, que, por sua vez, pesam menos que aquelas causas especiais da pena definitiva.” (CARVALHO, Salo de. *Critérios para cálculo da pena-base*: ponto de partida, termo médio e regras de quantificação. In: *SENTENÇA criminal e aplicação da pena*: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade. Coordenação de Américo BEDÊ JUNIOR, Gabriel Silveira de Queirós CAMPOS. Salvador: JusPODIVM, 2017. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=152231](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=152231). Acesso em: 18 dez. 2019. p. 491-509. p. 491).

A circunstância judicial da ‘culpabilidade’ basicamente seria a vetorial que permitiria a valoração de uma contribuição típica como principal ou acessória, de modo a permitir a

<sup>137</sup> Art. 68, do CPB - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

calibração da relevância da contribuição típica no delito culposo.<sup>138</sup> Apesar de ser importante elemento de aferição da pena-base, nos parece que relegar a relevância da distinção da autoria e participação a um subtópico tão específico que é a circunstância judicial da culpabilidade (em sentido amplo), geralmente de pouca relevância geral na totalização do *quantum* da pena aplicada, só demonstra a ausência de resultados dogmáticos satisfatórios em um eventual acolhimento do discurso unitário no delito culposo no sistema penal brasileiro.

A aplicação concreta do que se defende no sistema unitário faz com que o exame de categorias conceituais da manifestação típica sejam deslocadas a um âmbito muito restrito de valoração da pena.

Diante da importância da análise do grau de determinação da conduta para um injusto culposo, a lógica do sistema unitário apresentará dois problemas fundamentais: (i) o primeiro problema é conceitual porque equipara autores e partícipes no tipo, tornando-o uma categoria analítica do delito elástica e pouco delimitada; (ii) além disso, a adoção do sistema unitário deslocará o problema para uma consideravelmente estreita margem da dosimetria da pena, ou pior, ao arbítrio judicial.

#### **2.4.1. A estreita margem valorativa das noções de autoria e participação na dosimetria da pena**

O limite da valoração das contribuições típicas na dosimetria da pena precisa ser analisado de modo mais detalhado porque na primeira fase do procedimento de aplicação da pena o magistrado não está vinculado a quantificações pré-fixadas para valoração de cada

---

<sup>138</sup> Segundo a jurisprudência contemporânea do STJ, “a culpabilidade normativa, que engloba a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa e que constitui elemento do tipo penal, não se confunde com a circunstância judicial da culpabilidade (art. 59, do CP), que diz respeito à demonstração do grau de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta praticada”. A referida tese é fundamentalmente acolhida, por exemplo, nos julgamentos seguintes: HC 212775/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 09/10/2014; HC 216776/TO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, 6ª Turma, Julgado em 14/05/2013, DJE, 04/08/2014; REsp 1269173/TO, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, julgado em 21/11/2013, DJE 16/12/2013; REsp 1352043/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgado em 17/10/2013, DJE 28/11/2013; HC 203086/TO, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, julgado em 02/05/2013, DJE 08/05/2013. O conceito atribuído à circunstância judicial da culpabilidade, que não diverge da doutrina, seria eventualmente o mais adequado para dar os contornos de distintas valorações entre contribuições típicas mais ou menos gravosas. Além da circunstância judicial da culpabilidade, o art. 59, do CPB, enuncia que na aplicação da pena o magistrado atenderá também às circunstâncias da personalidade, conduta social, antecedentes, motivos do crime, circunstâncias do crime, consequências do crime e comportamento da vítima. Entre as referências citadas no art. 59 aparentemente é, portanto, apenas a culpabilidade que permitiria uma eventual gradação de diferentes conceitos típicos. Ainda assim, a questão seria problemática porque tanto autoria quanto a participação no sistema unitário já seriam os elementos suficientes de atribuição da tipicidade cuja valoração ulterior seria dificultada na dosimetria diante do princípio do *ne bis in idem*. Tal princípio impede que um elemento indicativo da caracterização típica seja, por si mesmo, valorado também como circunstância de maior gravidade na dosimetria da pena.

circunstância indicada pelo art. 59 do CPB. A margem de discricionariedade envolta à primeira fase da dosimetria é importante para melhor compreender concretamente o alcance da valoração das contribuições típicas em um eventual sistema unitário culposo brasileiro.

Pelo teor do artigo 59, do CPB, todas as circunstâncias judiciais devem ser necessariamente consideradas na pena-base, seja para implicarem em uma valoração negativa, positiva ou neutra. Nas duas últimas hipóteses, a pena não será exasperada, mas as circunstâncias terão sido levadas em conta como parâmetro de aferição da pena.

O desenvolvimento de critérios de quantificação da pena-base suscita divergências. Há jurisprudência no STJ por um ideal não rígido de quantificação da valoração da pena-base, sob um patamar norteador de exasperação em 1/8 do intervalo da pena por cada circunstância judicial negativamente valorada.

O critério de valoração que estima cada circunstância judicial sob um valor estimado em 1/8 da margem penal baseia-se na divisão do *quantum* do intervalo da pena abstratamente estabelecida no preceito secundário de cada tipo incriminador pelo número oito, que é a quantidade de circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do CPB.<sup>139</sup> No STJ, há também outra corrente jurisprudencial por uma valoração indicativa das circunstâncias judiciais em parâmetro não superior a 1/6 da pena mínima cominada.<sup>140</sup>

Salo de Carvalho<sup>141</sup>, Cezar Bitencourt<sup>142</sup> e José Antonio Paganella Boschi<sup>143</sup> defendem que o termo médio do intervalo da pena abstratamente cominada em cada tipo incriminador seria um elemento de referência para evitar excessos na determinação da pena-base. A razão do

---

<sup>139</sup> Neste sentido, a ementa de acórdão recente da Corte explicita o posicionamento: “[...] 3. Diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador. Deveras, tratando-se de patamar meramente norteador, que busca apenas garantir a segurança jurídica e a proporcionalidade do aumento da pena, é facultado ao juiz, no exercício de sua discricionariedade motivada, adotar *quantum* de incremento diverso diante das peculiaridades do caso concreto e do maior desvalor do agir do réu. [...]” (STJ, HC Nº 523.247 – RJ (2019/0216165-1), Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgamento em 17/09/2019).

<sup>140</sup> Segundo ementa lavrada pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, do STJ, “o entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 sobre o mínimo legal, para cada circunstância judicial negativa. O aumento da pena superior a esse *quantum*, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial”. (STJ, HC Nº 511.798 – SP (2019/0147270-2), Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, Julgado em 21/11/2019).

<sup>141</sup> CARVALHO, Salo de. *Critérios para cálculo da pena-base: ponto de partida, termo médio e regras de quantificação*. In: *SENTENÇA criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Coordenação de Américo BEDÊ JUNIOR, Gabriel Silveira de Queirós CAMPOS. Salvador: JusPODIVM, 2017. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=152231](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=152231). Acesso em: 3 jan. 2020. p. 491-509. p. 494 s.

<sup>142</sup> BITENCOURT, Cezar. *Op. Cit.* p. 784.

<sup>143</sup> BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 224 s.

posicionamento desses autores é que se uma eventual desvalorização de todas circunstâncias judiciais pudesse acarretar já em uma pena-base fixada no parâmetro máximo legal, a própria lógica de importância gradativa do critério trifásico seria subvertida. A admissão do valor ideal das circunstâncias judiciais tomando por base toda a margem penal faria com que as circunstâncias judiciais pudessem ter maior preponderância na pena aplicada do que as agravantes, atenuantes, causas de aumento e causas de diminuição da pena.

Os diversos posicionamentos a respeito da quantificação da pena-base permitem perceber que, apesar de haver discricionariedade na valoração das circunstâncias, a margem valorativa não deve conferir ampla liberdade na aplicação da pena pelo magistrado. Ademais, todas as circunstâncias judiciais devem ser relevantes na valoração da pena-base, razão pela qual, em regra, o valor atribuído à cada circunstância judicial não será substancialmente diverso.

Os contornos dos parâmetros de quantificação da pena-base permitem antever, portanto, que uma eventual gradação valorativa entre autoria e participação no sistema de dosimetria brasileiro se reduziria a uma margem estreita, sendo que se trata de questão substancialmente importante para a adequada valoração de um injusto principal ou acessório.

#### **2.4.2. A participação de menor importância no sistema unitário culposo**

À participação de menor importância se aplica, conforme se disse, uma causa de diminuição de pena, prevista no art. 29, § 1º, do CP. Segundo interpretação dominante na doutrina, a aplicação da minorante é obrigatória quando se fizer presente a possibilidade de aplicação.<sup>144</sup>

Na doutrina e na jurisprudência brasileira impera uma ausência de parâmetros estáveis na definição dos critérios de aplicabilidade da participação de menor importância.<sup>145</sup> Damásio afirma que a participação de menor importância é um demonstrativo da viabilidade da

---

<sup>144</sup> Brandão, neste sentido, defende que “a redução da pena é um poder-dever do juiz – não se constituindo uma mera faculdade – sempre que se reconhecer que a participação foi de menor importância. Quando uma norma penal, em que pese nela ser mencionada a expressão *pode*, der os requisitos para sua aplicação (*in casu*, reconhecimento de uma participação de menor importância), o benefício trazido por ela é um direito subjetivo do réu, não podendo o juiz deixar de aplicá-lo”. (BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 4ª ed. Atlas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 186-187).

<sup>145</sup> Neste sentido Beatriz Camargo afirma haver um “amplo uso da discricionariedade” por tribunais superiores “ao seguir uma tendência igualitária na cominação das penas inclusive em hipóteses as quais claramente poderiam configurar uma simples participação de menor importância”. (CAMARGO, Beatriz Corrêa. *Op. Cit.* São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 93).

participação sem relevância causal.<sup>146</sup> Entendimento semelhante já foi proposto por Ferraz.<sup>147</sup> Dotti, por sua vez, analisa o instituto sob o prisma da causalidade e afirma ser de “pequena importância aquela (participação) de leve eficiência causal”.<sup>148</sup> Nos tribunais, é comum que a aferição do instituto se faça sob meros referenciais semânticos<sup>149</sup> e se costuma afirmar uma suposta excepcionalidade de aplicação da minorante.<sup>150</sup>

Leonardo Aguiar, em uma investigação analítica sobre a minorante, afirma que sua existência consolida dois marcos penais relevantes à participação em sentido estrito. Em razão da norma da participação de menor importância, segundo Aguiar, haveria um marco penal da participação igual ao da autoria e um outro marco penal privilegiado diante da redução da pena.<sup>151</sup> A partir dessa premissa, o autor analisa o instituto sob influência das teorias da doutrina espanhola na distinção entre cooperação necessária e auxílio. No entanto, Aguiar faz uma análise restrita a delitos dolosos.

Uma investigação mais profunda sobre o critério de aplicação da participação de menor importância exigiria uma outra incursão e um trabalho voltado a analisar outras teorias que fariam extravasar o âmbito da dissertação proposta. Partiremos da premissa de que a citada causa de diminuição de pena trata de hipótese de participação menos lesiva, o que não se distancia da ideia de “leve eficiência causal”, proposta por Dotti. Sobre essa base, faz-se necessário tecer considerações relativas à participação de menor importância no que diz respeito à viabilidade ou não do seu reconhecimento em eventuais sistemas unitários culposos.

Luís Greco e Adriano Teixeira partem de pressupostos semelhantes aos de Roxin. Os citados autores distinguem as contribuições típicas nos crimes comissivos dolosos a partir da teoria do domínio do fato e negam a diferenciação nos tipos culposos. Greco e Teixeira aduzem que não é incompatível a aplicação da minorante em questão com contribuições definidas como autoria. Segundo estes autores:

---

<sup>146</sup> JESUS, Damásio E. *Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 25 s.

<sup>147</sup> FERRAZ, Esther de Figueiredo. *Op. Cit.* p. 68 s. Ferraz, contudo, refere-se de modo crítico à viabilidade de punição na perspectiva de ausência de relevância causal.

<sup>148</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 443.

<sup>149</sup> Neste sentido, o STJ, no julgamento do HC n. 398.928/SP, sob a relatoria do Ministro Felix Fischer, por exemplo distingue apenas no rótulo conceitual participação de menor importância do que seria participação de somenos importância, aplicando-se a redução no grau mínimo em um caso no qual um sujeito fica sob a guarda de substância entorpecente durante uma noite pela quantia de R\$ 60, 00 (sessenta reais).

<sup>150</sup> Neste sentido, na ementa do HC 208/19 MT, julgado pelo STJ, rel. Min. Félix Fischer se consigna que “A participação de somenos (§1º do art. 29 do CP) não se confunde com a mera participação menos importante (caput do art. 29 do CP). Não se trata, no § 1º, de “menos importante”, decorrente de simples comparação, mas, isto sim, de “menor importância” ou, como dizem, “apoucada relevância”.

<sup>151</sup> AGUIAR, Leonardo Augusto de Almeida. *Participação de Menor Importância*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 247 e ss.

“Conforme uma concepção restritiva, o autor pode, em tese, praticar ações de menor importância, e o partícipe, por sua vez, praticar ações essenciais. Por exemplo: H, grande especialista em sistemas de segurança, a pedido de uma quadrilha, elabora por escrito intrincado plano para o furto de um banco dotado de um robusto e complexo sistema de segurança e entrega-o aos membros da quadrilha que irão executar o plano. Durante execução do furto, H encontra-se em outro país. H nem chega a saber se a quadrilha obteve sucesso na empreitada criminosa. Neste caso, segundo a teoria do domínio do fato em sua forma tradicional, H não seria autor do crime, mas sim partícipe, especificamente, cúmplice. Contudo, não poderia ser dito que a participação de H é de menor importância.” (GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. *Autoria como Realização do Tipo: Uma Introdução à Ideia de Domínio do Fato como o Fundamento Central da Autoria no Direito Penal Brasileiro*. In: *Autoria Como Domínio do Fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 70-71).

A sustentação acima citada não se mostra coerente, segundo se entende, com uma premissa apresentada por Roxin e também por estes autores, qual seja a “figura central do acontecer típico”. Sob um discurso que pretenda coerência semântica, não parece razoável que a figura “central” do tipo possa ao mesmo tempo ser interveniente de menor importância para o fato. O exemplo apresentado pelos autores também só demonstra a dificuldade de exemplificar como seria uma ação de autor de menor importância. No caso suposto pelos autores, apenas se exemplifica a participação mais gravosa, não uma autoria de pouca importância. A participação de quem elabora o plano de um furto a banco à distância, se era apta a possibilitar a consumação mediante a superação de consideráveis obstáculos, aparentemente era mesmo especialmente relevante para a possível configuração do furto, mas isso nada diz sobre uma eventual contribuição de autor que catalise a aplicação do redutor legal.

A admissão da participação de menor importância abrangente da autoria, além de ser de difícil elucubração, nos parece também incompatível com a própria definição do comportamento do autor.

A defesa da compatibilidade da causa de diminuição de pena da participação de menor importância com o conceito de autoria pode até ter razões elogiáveis, como tornar aplicável o redutor em um suposto sistema unitário culposo. Entretanto, a incongruência não deixa de subsistir. Primeiramente, há o problema semântico da viabilidade de uma autoria de menor importância. Em segundo lugar, a admissibilidade da participação de menor importância sob sentido amplo desconsidera que na Reforma de 1984 o legislador pelo menos buscou empregar designações conceituais das diversas hipóteses de manifestação do concurso de pessoas. A partir disso, o *nomen iuris* do título IV foi alterado para “Do Concurso de Pessoas” e, na participação autorizativa da redução, afora razões consequencialistas da defesa unitária, não se concebe elementos relevantes para supor o emprego do termo de modo genérico. Em suma, se a participação é de menor importância não se deve configurar como autoria porque tais conceitos têm como base parâmetros maiores ou menores (e mediatos) de lesividade típica.

Neste contexto, compreende-se que a minorante em questão se relaciona não apenas à pena, mas ao título da contribuição do interveniente (participação em sentido estrito), tal como defendem Zaffaroni e Pierangeli.<sup>152</sup> É até possível que a participação tenha grande importância no fato. O que parece de difícil configuração, contudo, é a autoria configurar-se como contribuição de menor importância.

Conclui-se, portanto, que a participação de menor importância é um instituto sob o qual a viabilidade de reconhecimento, ou, ao menos sua aplicação sob menores obstáculos teóricos, supõem ou melhor se adequam a uma teoria diferenciadora culposa. De outro modo, sob as bases do sistema unitário, ou se torna absolutamente impossível a fundamentação da redução de pena ou extremamente difícil sua justificação. A sustentação de um sistema unitário no plano típico culposo acaba catalisando aos tipos de injusto culposos um sistema dogmático de menores garantias em relação ao delito doloso também porque na excepcionalidade atribuída à minorante da participação de menor importância ofusca-se ou inviabiliza-se seu reconhecimento.

Um argumento de cunho pragmático nos parece ainda relevante diante da interpretação do redutor do art. 29, § 1º, do CPB. No procedimento do tribunal do júri, quem responderá sobre a redução ou não pela participação de menor importância serão juízes leigos.<sup>153</sup> A ausência de coerência semântica em uma sustentação oral que admita que a figura central do crime pode ao mesmo tempo ser partícipe de menor importância poderá comprometer fundamentalmente argumentos de defesa em julgamentos nos quais o réu poderá sofrer penas altíssimas.

Por todas razões expostas, o redutor da participação de menor importância figura então como mais um motivo de reconhecimento da participação culposa, para não só permitir-se adequada imputação de riscos acessórios, mas também para graduá-las sob um sistema dogmático não menos garantista que o sistema aplicado às contribuições dolosas.

---

<sup>152</sup> Zaffaroni e Pierangeli interpretam a participação em sentido estrito como “contribuição dolosa que se faz ao injusto doloso de outro”. Segundo tais autores, nesse contexto, a causa de diminuição da pena estabelece um sistema diferenciador. (ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: parte geral. v.1. 9ª ed. São Paulo: Edt. Revista dos Tribunais, 2011. p. 589). Compreendemos que o raciocínio quanto a exigência diferenciadora a partir da minorante é o mais adequado dogmaticamente e que nada impede sua adoção no crime culposos.

<sup>153</sup> Nos termos do artigo 483, do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008), “os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: I – a materialidade do fato; II – a autoria ou a participação; II – se o acusado deve ser absolvido; IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa [...]” (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 ago. 2019).

## 2.5. Conclusões parciais

1. A negação da viabilidade da participação em crimes culposos é doutrina majoritária desde os períodos de vigência dos primeiros códigos penais brasileiros. À época dos primeiros códigos, sustentava-se argumentos não mais subsistentes na doutrina moderna, como a exigência de que diversos intervenientes compartilhem uma mesma responsabilidade e a referência ao *pactum ou voluntas sceleris* como finalidade de realização abrangente de todas as categorias do crime.

2. Para a doutrina majoritária brasileira contemporânea, no crime culposos, autoria e participação não se diferenciam no plano típico. Dentre as razões citadas para o posicionamento figura uma noção de causação incidente sobre a violação de dever de cuidado, a teoria dos tipos penais abertos aplicada à culpa, a noção de crime culposos como delito de dever, a exigência de homogeneidade de elementos subjetivos como requisito do concurso de pessoas, a norma constitutiva da regra da excepcionalidade do crime culposos e ainda concepções atributivas de incompatibilidade lógica ou ontológica do conceito.

3. Inexiste inviabilidade real, lógica ou ontológica da participação em crime culposos ou participação culposos. Trata-se de problema normativo.

4. O CPB, diferentemente de outros códigos penais, não traz qualquer impedimento normativo de idealização da participação culposos ou participação no fato culposos.

5. O CPB não institui *ex lege* um sistema purista de concurso de pessoas. As regras sobre o concurso partem de um conceito extensivo, mas a importância atribuída à acessoriedade permite que a doutrina defenda a viabilidade de sistema diferenciador, tanto doloso, quanto culposos.

6. O sistema diferenciador dá prevalência a uma noção restrita de tipo culposos, enquanto teorias unitárias entendem por viabilizar gradações sobre contribuições típicas no âmbito aplicação da pena.

7. Uma proposição unitária no crime culposos no Brasil relega a relevância maior ou menor da conduta lesiva entre agentes típicos a uma margem bastante restrita da valoração da

pena, em um sistema de dosimetria que preza pela condução da pena a partir de referências taxadas pelo critério trifásico.

8. A proposição do sistema unitário culposo revela dificuldades de coerência semântica com as próprias denominações doutrinárias atribuídas de modo geral ao conceito de autor.

9. A mais problemática incoerência semântica no sistema unitário culposo brasileiro implicará na excessiva dificuldade ou mesmo inviabilidade de reconhecimento da participação de menor importância nos crimes culposos.

### 3. PREMISSAS DOGMÁTICAS DO TIPO DE INJUSTO CULPOSO

Neste capítulo, passa-se a analisar as premissas gerais do tipo culposo, como metodologia de base para análise da manifestação típica em concurso.

Apresenta-se no primeiro subtópico como a continuidade de discursos causais permanecem por longo tempo no delito culposo impedindo sua valoração adequada e a compreensão da viabilidade da participação culposa. A teoria dos tipos penais abertos e a chamada homogeneidade de elementos subjetivos também serão inseridos de maneira semelhante no discurso dogmático, como rótulos naturalistas inadequados no atual estado da teoria do delito.

As conclusões obtidas sobre o tipo de injusto culposo são necessárias para fundamentações sistematicamente coerentes que apontam pela viabilidade da participação culposa. Considerada a culpa ou imprudência como categoria dogmática integrante da análise do tipo<sup>154</sup>, tem-se a análise desse elemento do delito como base sobre a qual se situa o problema das intervenções culposas no concurso de pessoas.

Neste capítulo, analisa-se ainda os conceitos de cada etapa da imputação objetiva, para, posteriormente, visualizar-se razões estruturais típicas da participação culposa mesmo com a superação dos requisitos de imputação.

Ao fim, é afirmada a tomada de posição por um critério normativo de imputação subjetiva.

---

<sup>154</sup> Na doutrina contemporânea, já há tempo bastante, a culpa figura como elemento típico. Nesse sentido, além das formulações já citadas no texto, lecionam SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. Cit.* 2005. p. 95; TAVARES, Juarez. *Op. Cit.*, 2018. p. 311. PRADO, Luiz Regis. *Op. Cit.*, 2008. p. 332; BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal Brasileiro. Saraiva: São Paulo, 2010. BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal: parte general*. Santa Fe de Bogota: Temis, 1996. p. 213; LUZÓN PEÑA, Diego M. *Lecciones de Derecho Penal: parte general*. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2012. p. 293; ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*, Tomo I. 2ª ed. p. 998. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general*. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 378; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal: parte general*. 1ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 423. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: parte general*. 8ª ed. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2010. p. 281. PUPPE, Ingeborg. *A Distinção entre Dolo e Culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri-SP: Manole, 2004. p. 9; HORMAZABAL MALAREE, Hernan; BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. II. Madrid: Edit. Trotta, 1999. p. 171. Além dos já citados autores no capítulo anterior, adeptos de posicionamentos causalistas que situam a culpa como forma de culpabilidade, entre outros adeptos da mesma doutrina se pode citar, em regra, obras que antecedem pelo menos as três últimas décadas na América do Sul. Assim, JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Principios de Derecho Penal: la ley y el delito*. 3ª ed. Buenos Aires: Edit. Sudoamericana, 1958. p. 371. SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Tipografica Edit, 1992. p. 158; FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal: introducción y parte general*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998. p. 331; NUÑEZ, Ricardo C. *Manual de Derecho Penal: parte general*. 4ª ed. 1999. p. 193. Na Alemanha, ainda BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal: conceptos fundamentales y sistema*. 4ª ed. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1972. p. 265.

### 3.1. Fundamentos gerais do crime culposo e a continuidade das razões causais

Durante muito tempo, no decorrer do desenvolvimento de estudos sobre o crime culposo, a doutrina se debruçou a respeito de fundamentos empíricos ou ontológicos para a punição de comportamentos imprudentes. Costumava-se questionar se o delito culposo era fundado na previsibilidade de um resultado proibido<sup>155</sup>, na evitabilidade do comportamento pelo agente<sup>156</sup>, em um vício da inteligência ou de percepção<sup>157</sup>, em um desvio ou erro sobre a causalidade<sup>158</sup> ou ainda em apreciações equivocadas em face da tutela do bem jurídico.<sup>159</sup>

Esse extenso debate, permeado por muitas variantes, visava encontrar o que seria a essência da culpa, para legitimar, em maior ou menor medida, a intervenção pelo poder penal. Tavares<sup>160</sup> e Noronha<sup>161</sup>, na doutrina brasileira, explicitam tais teorias, cuja análise minuciosa foge aos propósitos e utilidades do presente trabalho.

Na dogmática moderna, compreende-se, em síntese, a importância do crime culposo em face da relevância de bens jurídico-penais e a fundamentação da imprudência perpassa por argumentos trazidos entre as teorias citadas. Deve-se excetuar, todavia, as concepções de cunho biológico ou positivistas, como a teoria do vício da inteligência, sem qualquer chance de compatibilidade com o Direito Penal moderno, posto que afeita ao Direito Penal de autor.

A previsibilidade e a evitabilidade, independentemente de constituírem ou não uma essência ontológica da culpa, objetivamente se inserem como fundamentos relevantes imersos ao tipo. Na medida em que a proibição de fatos humanamente imprevisíveis ou inevitáveis corresponde à responsabilização objetiva, isto é, à ilegítima incriminação baseada na mera contribuição física para um evento lesivo, estes conceitos preservam sentido na dogmática contemporânea como reforços de garantia. O princípio da culpabilidade, enquanto princípio

<sup>155</sup> Nesse sentido, por exemplo, defendia Carrara, em uma proposta que ainda muito se assemelha ao que defende grande parte da doutrina contemporânea adepta do finalismo. Segundo Carrara, citado por Asúa, a culpa se fundamentava na previsibilidade e no vício da vontade na omissão da diligência exigida pela norma. (JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Principios de Derecho Penal: la ley y el delito*. 3ª ed. Buenos Aires: Edit. Sudoamericana, 1958. p. 372).

<sup>156</sup> Nesse sentido era a doutrina de Magalhães Noronha. (NORONHA, E. Magalhães. *Do Crime Culposo*. 3ª ed. Saraiva: São Paulo, 1974. p. 23-24).

<sup>157</sup> Assim pensou Almendingen, conforme Asúa, nos últimos anos do século XVIII e começo do século XIX. O posicionamento é claramente incompatível com o Direito Penal moderno. Baseados na premissa de Almendingen, sustentaram mais tarde a impunidade dos fatos culposos, segundo Asúa, Lampredi y Ferrao, Parisi, Giardina, Puglia e Gabriel Tarde. (JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Op. Cit.*. 3ª ed. Buenos Aires: Edit. Sudoamericana, 1958. p. 372)

<sup>158</sup> Pierangeli denomina como “erro na programação da causalidade” (PIERANGELI, José Enrique. *O Crime Culposo na Dogmática Atual*. Conferência. 1994. p. 47).

<sup>159</sup> EXNER, Franz. *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, Leipzig: Deuticke, 1910, p. 177 e s. *Apud* TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*. 5ª ed. – Florianópolis [SC]: Tirant lo Blanch, 2018. p. 48.

<sup>160</sup> TAVARES, Juarez. *Op. Cit.*, 2018. p. 45 s..

<sup>161</sup> NORONHA, Magalhães. *Do Crime Culposo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 10 s..

constitucional implícito, haurido da dignidade da pessoa humana e inscrito no art. 19, do CPB, constitui garantia histórica da inviabilidade da responsabilização objetiva. É nessa perspectiva que se agregam os conceitos de previsibilidade e evitabilidade, portanto, e não como abstrações extensivas da proibição a quaisquer resultados imagináveis.

O conceito de culpa tem relação direta, assim, com o impedimento da responsabilidade objetiva e a superação de sistemas punitivos rudimentares, nos quais se admitia até formas de responsabilidade solidária entre pessoas inseridas no processo causal de realização do crime.<sup>162</sup>

A culpa constitui a forma menos grave de um tipo de injusto, de modo que figura como fronteira da imputação entre o que é ou não punível. Esse aspecto atribui ao conceito enlace natural com o princípio da culpabilidade.

### 3.1.1. Bases causalistas do conceito extensivo de autor no crime culposo

No chamado sistema clássico ou causalista, ao qual se atribui as origens do estudo científico do Direito Penal, a culpa ou imprudência era interpretada estruturalmente como uma forma de culpabilidade. Sob esse sistema, representado, por exemplo, pelas doutrinas de Liszt, Beling e Radbruch, a imprudência, assim como o dolo, constituía uma forma de vínculo subjetivo entre o agente realizador do crime e o fato praticado.

Beling, como um dos maiores representantes do chamado causalismo, afirmava, neste contexto que:

“o psicologismo define a culpabilidade como autoria moral de um delito que logo pode assumir duas formas: dolo ou culpa, tanto que a imputabilidade se caracteriza como pressuposto da culpabilidade em geral e fundamento pessoal da pena.” (tradução nossa) (BELING, Ernst v. *Esquema de Derecho Penal – La doctrina del Delito-Tipo*. [1930] 2002. P. 149).

Liszt, na mesma linha, definia a culpa em sentido estrito como “não conhecimento, contrário ao dever, da importância da ação ou omissão com a causa”<sup>163</sup>, compreendendo a ação culposa como uma causação ou conduta de não impedimento, por ato voluntário, de um

<sup>162</sup> Mello assinala, nesse contexto, entre as referências históricas do pioneirismo da responsabilidade subjetiva a Lei das XII Tábuas e as construções dos pretores romanos<sup>162</sup>. Em trabalho monográfico sobre fundamento material da culpabilidade, o citado autor pontua a precedência da história da imputação subjetiva em face da noção de culpabilidade como princípio iluminista fundamental limitador do poder punitivo. Conforme acentua o autor, “não obstante o princípio da culpabilidade esteja visceralmente atrelado à responsabilidade penal subjetiva, é certo que a história da imputação subjetiva, e por consequência do elemento individualizador da imputação, é muito mais antiga que o surgimento da categoria da culpabilidade, ou mesmo dos postulados iluministas.” (MELLO, Sebastián Borges Albuquerque de. *O Conceito Material de Culpabilidade*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 100-101).

<sup>163</sup> LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*: tomo I. trad. José Higinio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F Briguiet & C. 1899. p. 290.

resultado que não foi previsto, mas que podia sê-lo.<sup>164</sup> Embora a definição de Liszt não revelasse em si mesma a noção de vinculação subjetiva ao fato, o autor a situava na compreensão esquemática da culpabilidade. Ao conceituar a culpabilidade, Liszt enunciava a necessidade de “que se encontre na culpa a ligação subjetiva”.<sup>165</sup>

A compreensão da culpa sob a fundamentação causalista despertava, de modo destacado, duas críticas mais comuns. Primeiramente, não se conseguia justificar suficientemente a punição em situações de culpa inconsciente, hipóteses nas quais inexistia previsão subjetiva pelo agente e, portanto, não teria como existir relação subjetiva entre o mesmo e o fato. Outro problema para explicação da punição em crimes imprudentes se dava em hipóteses nas quais não houvesse resultado material, pois nestes não haveria porque haver vínculo, no sentido material-causal, fenomênico, em que se baseavam os autores causalistas. Os delitos omissivos também careciam, nesse contexto, de adequada explicação jurídica, na medida em que a suposta vinculação psicológica com o fato não corresponderia à mudança causal exterior. Nesse contexto, Frederico Horta aponta que Max Ernst Mayer, embora tenha sido importante autor no processo de consolidação de concepções valorativas, chegou a descrever que haveria delitos sem ação, o que o fez empregar o termo acontecimento no seu conceito de crime.<sup>166</sup>

A imprudência passa a ter uma análise mais normativa e menos empírica ou descritiva, passando a ser compreendida, de forma mais clara, como a violação de um dever de cuidado a partir do desenvolvimento do conceito de culpabilidade com a teoria da reprovabilidade formulada por Reinhard Frank.

Em sua teoria psicológica-normativa da culpabilidade, Frank sustentava que a culpabilidade não se esgotava em uma comensuração de grandezas, variável entre dolo e imprudência. Na clássica obra “*Über den Aufbau des Schouldbegriffs*” (“Sobre a estrutura do conceito de culpabilidade”), o citado autor deu início, de forma sistematizada, à compreensão de que culpabilidade, dolo e imprudência não se confundiriam, nem fundariam uma relação conceitual de gênero e espécie.<sup>167</sup> Assim, foi fundamental para desenvolver não só a categoria

---

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 291.

<sup>165</sup> LISZT, Franz Von. *Op. Cit.*, p. 249.

<sup>166</sup> MAYER, Max Ernst. *Derecho Penal: parte general Apud HORTA, Frederico. Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 38.

<sup>167</sup> FRANK, Reinhard, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires: Editorial IB de F, [1907] 2002. p. 39.

dogmática da culpabilidade, mas também o estudo do injusto penal e, por consequência, da imprudência.<sup>168</sup>

Com o início do desenvolvimento da teoria da culpabilidade como reprovabilidade, embora dolo e culpa continuassem a figurar formalmente no delito como formas de vinculação do autor ao fato, tornou-se mais claro que a culpabilidade reunia outros elementos de valoração de distinta natureza em face das compreensões de dolo ou culpa, sob bases empíricas. O enriquecimento da culpabilidade foi, portanto, um grande passo para a posterior percepção doutrinária de que culpa e dolo compunham a análise da base típica e, assim, não deveriam estar no mesmo plano valorativo de todo conjunto de elementos relacionados à reprovação do fato a uma pessoa. Em suma, dolo e culpa seriam conceitos que antes de relacionados à reprovação pessoal constituem a base da própria proibição do comportamento pela norma penal.

Antes de tomar o centro da dogmática a teoria da ação final de Hans Welzel, Karl Engisch, em 1930<sup>169</sup>, citado por Roxin, foi também fundamental para o aprimoramento do tipo culposo ao partir da ideia de que os tipos se baseiam em normas de determinação de condutas, e, portanto, não poderiam proibir causações, mas apenas comportamentos contrários ao cuidado devido. Essa referência é o marco da concepção de que tipos culposos se caracterizarão também pela ação desvalorada e não pelo mero desvalor do resultado.<sup>170</sup>

---

<sup>168</sup> Frank observou que além do pressuposto de culpabilidade e da imputabilidade dolosa ou culposa, “circunstâncias concomitantes” poderiam redundar na ausência de reprovabilidade do agente em casos de situações de anormalidade sob as quais atua. Na sua fundamentação de que a culpabilidade não se esgotava em um vínculo entre autor e fato, Frank salientava que, por vezes, situações inalteráveis quanto a compreensão cognitiva do sujeito, fundamentavam uma diferença de tratamento penal, que se imiscuía na lógica de reprovação da culpabilidade. Exemplificava o autor com um caso comparativo entre fraudes praticadas por um caixa de um comércio e um transportador de valores. “O último goza de boa situação financeira e não tem família, mas casos de amor suntuosos. O primeiro, por outro lado, mal ganha a vida, tem uma esposa doente e numerosos filhos pequenos”. Nesse caso, salientava Frank, embora cada um deles soubesse da apropriação ilícita do dinheiro de outra pessoa e não houvesse diferença quanto ao dolo, todos dirão que o caixa tem uma menor culpabilidade do que o portador de valores, uma vez que é “temperado pelas circunstâncias desfavoráveis em que foi encontrado; enquanto a culpa do segundo (portador de valores), pelo contrário, agrava-se graças à sua boa situação financeira e às suas inclinações luxuosas. A essas situações cuja valoração deveria se fazer no conceito de crime como reprovação pessoal, ou que poderiam até repercutir na ausência de reprovação, Frank chamava de “circunstâncias concomitantes”. (*Ibidem*. p. 28).

<sup>169</sup> ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit in Strafrecht*, Berlim, 1930, p. 344. *Apud* ROXIN, Claus. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito. 1997. p. 997.

<sup>170</sup> Hirsch defende, todavia, que é a obra de Niese, ao redirecionar o finalismo, que desenvolverá adequadamente uma teoria do injusto pessoal, isto é, do injusto baseado adequadamente sobre a estrutura da ação. Segundo Hirsch, a obra de Engisch não deixava suficientemente claro se o resultado integra o injusto ou se figuraria como mera condição objetiva de punibilidade. Niese, segundo Hirsch, trará os rumos adequados para o finalismo ao defender que a culpa não é caracterizada apenas por uma ação potencialmente final, mas sim por uma “ação final real objetivamente valorável como contrária ao cuidado devido com a qual se conecta o resultado dela derivado”. (NIESE, *Finalität, Vorsatz und Falrlässigkeit*, 1951, pp. 53-54, 58 y ss, 64 *Apud* HIRSCH, Hans Joachim. *Sobre lo Injusto del Delito Imprudente*. Revista de Derecho Penal y Criminologia, 2ª Época, n. 16. 2005. p. 208).

Em uma perspectiva de continuidade à contribuição de Frank, Welzel, situa o fundamento da culpabilidade, nos crimes culposos, na reprovabilidade da inobservância do cuidado devido prevista ou previsível ao autor.<sup>171</sup> Welzel situa a imprudência no tipo, caracterizando-a também pelo desvalor da ação finalista de inobservância da norma de cuidado. No princípio da sua fundamentação da teoria finalista da ação, Welzel chegou a formular que a ação nos delitos imprudentes seria apenas potencialmente final, todavia, posteriormente, alterou sua perspectiva e passou a sustentar a finalidade como base reitora de toda e qualquer conduta humana em uma perspectiva pré-jurídica.<sup>172</sup> No marco da doutrina finalista, culpa e dolo já seriam constitutivas do próprio tipo penal e a culpabilidade reuniria os elementos autorizativos do juízo de reprovabilidade.

Com o acolhimento de uma proposição normativa da culpabilidade, dolo e culpa seriam, a princípio, objetos de valoração, situados assim no tipo de injusto, enquanto que culpabilidade passaria a consubstanciar a valoração posterior desses objetos, no esquema explicativo de Graf Zu Dohna.<sup>173</sup> Atualmente, é importante acrescentar que não se pode tratar os elementos culpa e dolo como meros objetos de valoração, pois ao mesmo tempo em que sobre eles recai o juízo valorativo posterior da culpabilidade, eles mesmos são formas de imputação subjetiva, de modo que também são conceitualmente elementos fruto de uma valoração.

Na doutrina brasileira, Tavares, demonstrando vicissitudes do discurso dogmático, considera haver, na atualidade, ainda modernos defensores de sistemas causais na negligência. Um recurso que se emprega para dar nova roupagem à lógica causal nos delitos culposos, segundo o mesmo, é a fragmentação da imprudência em inobservância do dever de cuidado no tipo de injusto e previsibilidade ou evitabilidade na culpabilidade. Baumann é citado por

<sup>171</sup> WELZEL, Hans. *La doctrina de la acción finalista, hoy*. 1968. p. 229.

<sup>172</sup> *Ibidem*, p. 229.

<sup>173</sup> DOHNA. *Aufbau*. p. 32. Apud WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Trad. de Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 151. Roxin adverte, todavia, ser um equívoco pensar que com a colocação sistemática do dolo (e culpa) no tipo, a culpabilidade se tornaria “puro juízo de valor”. Para Roxin, “ao fato sob o qual recai a responsabilidade em sentido estrito pertencem todas as circunstâncias que, para além do injusto, são determinantes para a responsabilidade”. Esse conceito de responsabilidade ao qual se refere englobaria a culpabilidade como reprovação pelo fato em relação ao sujeito que o cometeu quando lhe era acessível o conteúdo da norma, além da necessidade preventiva em face da tutela de bem jurídico relevante. (ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. 1997. p. 797). Analiticamente pontua Roxin que os elementos da responsabilidade seriam em parte subjetivos e em parte objetivos, como a constituição psíquica do sujeito, seu conhecimento real ou potencial da antijuridicidade e a ausência de situações exculpatórias. Conclui, neste contexto que “todos os elementos do injusto são, portanto, de maneira mediata, também critérios da culpabilidade e da responsabilidade. Concorde-se com a concepção de Roxin, pois como elemento prévio fundamental não existe culpabilidade sem culpa ou dolo e, na medida em que a valoração desses elementos interessa ao conceito de culpabilidade, os próprios fundamentos desses conceitos são considerados para a formulação das valorações. Portanto, na culpabilidade tem relevância analisar, por exemplo, se a imputação do fato envolve culpa consciente ou inconsciente, sobre qual a razão da representação ou ausência de representação, entre outras questões relacionadas à reprovabilidade.

Tavares como um dos autores que propõem essa formulação, ao tempo em que acrescenta haver na previsibilidade um “componente de fundamento psicológico, mas não necessariamente relacional psíquico”.<sup>174</sup>

No longo percurso da teoria do crime culposos, é possível afirmar que data de tempos relativamente recentes a diminuição da largueza excessiva do tipo penal para alterar a compreensão de que a mera causalidade lesiva constituiria a matéria da proibição no delito imprudente. Welzel, por exemplo, em 1956, quase duas décadas após elaborar a teoria da ação finalista, afirmava ainda que o tipo penal culposos resguardava lesões de bens jurídicos “produzidas de modo puramente causal”.<sup>175</sup> Diferentemente dos crimes dolosos, nos quais se teria uma sobredeterminação finalista real do acontecer externo, o injusto culposos teria, segundo o mesmo, uma direção finalista incorretamente imposta.<sup>176</sup>

Assim, caracterizaria-se o injusto culposos, para Welzel, pela omissão de uma direção finalista melhor.<sup>177</sup> Embora, nessa etapa da sua produção, afirmasse a culpa com base em um desvalor incidente sobre a ação, ainda a diferenciava dos delitos dolosos sob a perspectiva de que tutelaria bens jurídicos em face de resultados ocasionados de modo basicamente causal. Nota-se, portanto, que o desenvolvimento da doutrina da ação finalista por Welzel, embora tenha se caracterizado por fundamentações de proibição tendo como centro gravitacional típico a conduta, não superava ainda, na linguagem que propunha, o protagonismo da dimensão causal como elemento de destaque na relevância objetiva do risco ou lesão ao bem jurídico. A partir disso, Luís Greco afirma que o “finalismo nada mais fez que acrescentar ao conceito de tipo do naturalismo um componente subjetivo”.<sup>178</sup>

Com razão, entretanto, Welzel lecionava que o tipo de injusto nos delitos culposos deveria se pautar por uma distribuição adequada dos perigos sociais e, inclusive, antes mesmo da evolução da teoria da imputação objetiva no Direito Penal, defendia a noção de que haveria um “risco permitido das empresas perigosas”<sup>179</sup>, assim como sustentava, para delimitar a extensão do dever de cuidado, um “princípio de confiança mútua no trânsito”.<sup>180</sup> Essas últimas proposições, indubitavelmente, guardam correspondência com a evolução dogmática do tipo objetivo que se sucede ulteriormente com as modernas teorias da imputação objetiva.

<sup>174</sup> BAUMANN, Jürgen. *Strafrecht*, AT, p. 456. *Apud* TAVARES, Juarez. *Op. Cit.* 2018. p. 60.

<sup>175</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal*: parte General. 1956. p. 135.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>178</sup> GRECO, Luís. *Imputação Objetiva*: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 7.

<sup>179</sup> WELZEL, Hans. *Op. Cit.*. 1956. p. 142.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 143.

Essa análise histórica-evolutiva da teoria do delito que se faz nessa seção, com enfoque nas proposições causais e suas continuidades discursivas, é importante para situar como se constituem as bases do naturalismo obstativo da compreensão sobre a viabilidade da participação culposa. A compreensão tida por muito tempo de que o tipo de injusto culposo proíbe lesões produzidas basicamente de um modo causal é o maior exemplo disso, pois vincula o conceito de realização do tipo e da autoria ao elemento naturalístico da causalidade lesiva. Esse é o mais claro exemplo do naturalismo que obstará a compreensão da participação culposa, pois abarcará todo tipo de causação culposa como conduta diretamente típica, sem receios de não superar um crivo de determinação das normas penais, pois o discurso causal supera barreiras normativas, mas não é o único vício dessa ordem.

### **3.1.2. O dogma da homogeneidade de elementos-subjetivos**

A exigência de homogeneidade de elementos-subjetivos como requisito do concurso de pessoas é outra definição doutrinária sustentada sob bases excessivamente naturalistas.

A compreensão de que só há participação dolosa em crime doloso tem relação direta com uma concepção empírica de acordo de vontades e com formulações antigas da proibição de regresso.

As formulações antigas da proibição de regresso, conforme se verá no desenvolvimento (item *infra* 3.2.4), supunham, segundo doutrina majoritária, que uma contribuição dolosa posterior à culpa teria como efeito uma espécie de interrupção do nexos causal. Atualmente, entretanto, é consolidada na doutrina a percepção de que não há, em verdade, interrupção do nexos causal natural, pois a causalidade é uma categoria relacionada a contínuos antecedentes e consequentes, é uma infundável conjugação de fatores físicos analisados como causa e efeito. Sendo assim, apenas critérios normativos de imputação são adequados para gerar ou não atribuições de responsabilidade. O questionamento sobre se a existência de dolo superveniente à culpa constitui esse impeditivo é problema que demanda maior análise normativa. Analisa-se esse problema no curso do trabalho principalmente na análise das teorias da proibição de regresso.<sup>181</sup>

Adianta-se, contudo, que a doutrina brasileira costuma argumentar que formas distintas de imputação subjetiva teriam por consequência um dissídio de vontades descaracterizador do concurso entre intervenientes que atuam culposamente e outros que atuam supervenientemente

---

<sup>181</sup> Item 3.2.4.

de forma dolosa. Essa argumentação pode ser percebida, por exemplo, na doutrina de Hungria e autores que se referem ao seu posicionamento, conforme demonstrado no capítulo anterior.

A dogmática finalista, embora tenha sido importante para a evolução da teoria do injusto, reforçou esse tipo de interpretação naturalista de dados empíricos com a ideia de categorias ontológicas vinculativas da interpretação jurídica. O finalismo não só supunha a existência de categorias empíricas lógico-reais, mas as situava como barreiras impeditivas de atribuições normativas de sentido. Nesse contexto, interpretações como a de autores que exigem a homogeneidade de elementos subjetivos para a fundamentação da imputação comum são corroboradas pelo discurso ontológico.

Sob premissas ontológicas, torna-se dificultoso pensar em viabilidade de unidade de sentido entre ações que previram ou poderiam prever uma superveniente conduta dolosa e entre condutas dolosas que estimulam ou instrumentalizam agentes imprudentes. A dificuldade decorre da busca por encontrar uma espécie de equiparação de estados mentais entre intervenientes no delito, de modo a constituir uma unidade empírica sobre a qual se estrutura o concurso de pessoas. Noutra via interpretativa, se autoria e participação passam a ser examinadas como formas de manifestação típica cuja valoração comum é extraída de parâmetros normativos-atributivos da configuração comum, deixa de haver qualquer impedimento lógico ou barreira intransponível para o concurso de pessoas culposos em suas diversas formas.

A ideia de homogeneidade de elementos subjetivos é, na hipótese trabalhada, um rudimento da ideia de que o delito é um fenômeno natural, manifestado empiricamente como fato com significado pronto, independentemente da valoração feita por processo atributivo de responsabilidade, no qual se engloba a imputação subjetiva.

Dolo e culpa se manifestariam, assim, para autores que sustentam o dogma da homogeneidade subjetiva, como estrita realidade empírica, impondo ao juízo de acessoriedade na participação a exigência de correspondência com o fato principal ocorrido a partir da conduta do autor. Não haveria, nesta perspectiva, como atribuir-se outra significação à base subjetiva do injusto acessório pelo partícipe de modo diverso ao que se expressa numa realidade revelada, em regra, caracterizada pelo dolo.

Em trabalho que descortina os prejuízos trazidos pela permanência de uma noção excessivamente naturalista de delito, Enrique Peñaranda Ramos bem elucida os problemas que desembocam na participação em situações nas quais se precisa solucionar conflito de normas. Apesar do diferente recorte teórico, a obra fornece valorosa contribuição para o tema em exame neste trabalho.

Adaptado o exemplo de Peñaranda Ramos<sup>182</sup> para o Direito Penal brasileiro, pense-se na hipótese de que um indivíduo ‘A’, empresário, instiga ‘B’, sem saber que se trata de funcionário público, a apropriar-se de bem, oferecendo inclusive local para escondê-lo. ‘A’ sabe que se trata de propriedade alheia, sem saber, contudo, que é bem de domínio público. ‘B’ decide seguir a sugestão e se apropria de uma estante pertencente ao governo que estava sob sua custódia, cometendo comportamento descrito no art. 312, do CPB (peculato-apropriação). Questiona-se, neste contexto: é possível penalmente a punição da conduta de ‘A’ como partícipe em apropriação indébita, na medida em que desconhecia a titularidade pública do bem e a condição de funcionário público do apropriador?

Peñaranda Ramos demonstra que, na doutrina espanhola, entre outros Quintano Ripollés<sup>183</sup>, Gimbernat Ordeig<sup>184</sup> e Azcutía<sup>185</sup> argumentam pela inviabilidade de participação quando não há unidade do título de imputação, isto é, quando não é possível afirmar a congruência entre os elementos de conhecimento de um delito pelo partícipe em relação ao delito pelo qual seria responsabilizado o autor. No caso exemplificado, à medida em que a participação seria voltada a um delito comum que, para esses autores, supostamente não teria ocorrido (apropriação indébita), não haveria assim unidade do título de imputação e, conseqüentemente, também não haveria participação penalmente relevante.

Defende Peñaranda Ramos, contudo, que a solução proposta pela doutrina citada acima constitui criticável concepção naturalista que dificulta a compreensão da participação. Seria equivocado dizer que não houve na hipótese realização dos elementos do tipo de apropriação indébita pelo autor responsável pelo peculato. O peculato na forma de apropriação engloba todos os elementos da apropriação indébita e, estes, eram conhecidos pelo partícipe. Se a unidade do título de imputação, conceito que guarda considerável semelhança metodológica com a chamada “homogeneidade de elementos subjetivos” é concebida como uma exigência do concurso de pessoas, quem instiga uma pessoa a cometer roubo, não seria responsável caso o autor cometesse um furto. Esse tipo de interpretação não encontra amparo em uma lógica interpretativa minimamente razoável, pois extrai conseqüências dogmáticas incongruentes sob prisma valorativo e legal, a partir da suposição de que as razões empíricas do delito já implicam

<sup>182</sup> PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Concurso de leyes, Error y Participación en el Delito*. 1ª ed. 1991. p. 26.

<sup>183</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado I*, vol. I, p. 513 apud PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Concurso de leyes, Error y Participación en el Delito*. 1ª ed. 1991. p. 26.

<sup>184</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, AyC, p. 278 e s. Apud PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Op. Cit.* 1991. p. 26.

<sup>185</sup> M. AZCUTÍA, *La Ley Penal*, p. 291 e s. Apud PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Op. Cit.* 1991. p. 30.

na valoração adequada pelos sujeitos que os realizam e assim se vinculariam automaticamente à interpretação jurídica.

Segundo Peñaranda Ramos, em referência à argumentação de Rodríguez Mourullo, “em realidade, o autor não comete o delito enquanto comportamento já valorado, mas unicamente o fato que o juiz valora, conforme a lei, como delito”.<sup>186</sup> Esta premissa vale tanto para a imputação objetiva quanto para a imputação subjetiva e, de modo mais específico, tanto impede a chamada lógica de unidade de título de imputação quanto a suposta unidade de elementos subjetivos. Importante destacar que, no contexto examinado por Peñaranda Ramos, o Código Penal Espanhol não possui previsões correspondentes à contribuição dolosamente distinta e à comunicabilidade de circunstâncias elementares do tipo, previstas respectivamente nos arts. 29, § 2º, e 30, ambos do CPB. Peñaranda Ramos conclui ser insustentável, sem incoerências sistêmicas com a teoria do concurso de normas, que se argumente pela exclusão recíproca de preceitos penais para a participação.

Para deixar mais claro, Peñaranda Ramos demonstra, com sua crítica, que o que se chama de unidade do título de imputação que, no caso exemplificado, só permitiria que o partícipe respondesse pelo mesmo delito do autor é um rótulo naturalista que inviabiliza a correta valoração da participação em casos como os exemplos acima. A solução deve partir, em hipóteses tais, do concurso de normas e da percepção de que delitos não são entidades reais reciprocamente excludentes.

A tal “homogeneidade de elementos subjetivos”, citada por Hungria e boa parte da doutrina brasileira, na compreensão que baseia esse trabalho, interpreta-se de modo semelhante ao que faz Peñaranda Ramos no estudo da participação nos delitos especiais. A unidade do título de imputação figura como uma espécie de categoria irmã da homogeneidade de elementos subjetivos, cuja diferença fundamental será que trará lógica vinculativa não na total compreensão típica, mas na imputação subjetiva.

O procedimento de buscar por iguais elementos empíricos para alcançar um conceito normativo é inadequado porque, conforme se fundamenta no tópico 3.3, culpa e dolo não são meros elementos empíricos, mas formas valoradas de imputação, de mesma natureza e não reciprocamente excludentes. O dolo é caracterizado por um conhecimento superior de um risco relevante concretamente inferido, o que lhe atribui maior desvalor em face da culpa, sem que lhe seja característico a ausência de elementos comuns à imprudência.

---

<sup>186</sup> PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Op. Cit.*. 1991. p. 31.

### 3.1.3. Injusto culposo e a teoria dos tipos penais abertos: abertura típica ou maior margem valorativa do injusto?

Outra continuidade discursiva naturalista que obsta uma adequada compreensão dos tipos culposos e da sua adequabilidade à participação diz respeito à teoria dos tipos penais abertos na formulação dos tipos culposos.

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar<sup>187</sup>, os tipos culposos são abertos porque necessitam de uma norma de cuidado que os complete ou os feche, não em virtude de um critério legislativo arbitrário, mas pelas “inúmeras formas em que a realização de uma ação pode violar um dever de cuidado e criar um perigo”.<sup>188</sup> Em dois momentos se daria o “fechamento” do tipo, segundo esses autores: primeiramente, examina-se qual o dever de cuidado; depois, verifica-se se o comportamento praticado viola a norma.<sup>189</sup>

Frederico Horta destaca que a teoria dos tipos penais abertos é uma formulação de Hans Welzel, um antecedente da formulação teórica dos elementos de valoração global por Roxin.<sup>190</sup> Segundo Welzel, tipos abertos são os que requerem um complemento, pois não indicam, por si mesmos, a antijuricidade, “que deve ser fundamentada através de um juízo ulterior independente”.<sup>191</sup> Desse modo, neles, para se afirmar a antijuridicidade, “não será suficiente o estabelecimento da circunstância negativa de que não intervém fundamentos de justificação”.<sup>192</sup>

Welzel afirma que, nos delitos culposos e nos delitos de omissão, as características materiais do tipo não indicam a antijuridicidade, mas apenas a fundamentam em relação com o dever jurídico, materialmente não descrito, do autor.<sup>193</sup> Ambas espécies típicas se caracterizariam, assim, por terem o tipo em “um sentido figurado” e não próprio, pois não indicariam, por si mesmos, a matéria da proibição ou determinação, mas apenas afirmariam deveres objetivos de diligência e deveres de garantia.<sup>194</sup> Sob tal contexto, Horta explica que os tipos culposos, para Welzel, seriam abertos por não determinarem a conduta típica, mas apenas o resultado.<sup>195</sup> Portanto, “haverão de ser complementados pelo juiz no caso concreto,

---

<sup>187</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 1ª ed. – Buenos Aires: Ediar, 2005. p. 424-425.

<sup>188</sup> *Ibidem*, p. 425.

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 425.

<sup>190</sup> HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 53.

<sup>191</sup> WELZEL, Hans. *Op. Cit.*. 1956. p. 87.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>195</sup> HORTA, Frederico. *Op. Cit.*. p. 54.

observando o critério reitor geral segundo o qual atua culposamente quem não observa o cuidado requerido em um determinado âmbito de relação”.<sup>196</sup>

Ainda Horta expõe e concorda com a crítica de Roxin sobre a tese de Welzel, ao demonstrar que, nos chamados tipos abertos, muitos elementos retratados por Welzel como requisitos da ilicitude operam concomitantemente como elementos descritivos da proibição.<sup>197</sup> A tese dos tipos penais abertos aparenta como uma contradição interna da própria tese welzeliana, na medida em este próprio autor “critica a concepção de tipo como uma descrição valorativamente indiferente de um acontecimento fático”.<sup>198</sup> Essa objeção à concepção dos tipos penais abertos, afigura-se como importante indicativo da sua raiz causal-naturalista, trata-se de uma tentativa de separação rígida e incabível no Direito entre elementos empíricos e valorativos, diante da maior dimensão valorativa para a integração do conceito de inobservância da norma de cuidado.

A tese dos tipos penais abertos é ainda criticada sob o prisma do princípio da taxatividade. Na doutrina brasileira, Juarez Tavares, desde longa data<sup>199</sup>, refuta a construção, sustentando que, embora tipos culposos sirvam-se de elementos normativos, isto não implica qualificá-los como tipos abertos. O tipo deve servir como preceito de orientação básica de “proteção da liberdade e não de legitimação de poder”, de modo a condensar em seu conteúdo a referência empírica dos elementos da conduta proibida, só poderia ser compreendido então como tipo fechado, argumenta o autor. O tipo deve incluir, conforme Tavares, “todos os elementos que assinalam as delimitações das zonas do lícito e do ilícito”. Horta, por sua vez, afirma que “o conceito de tipo aberto há de ser rejeitado como uma *contraditio in adjecto*, como um conceito que nega a si próprio, pelo menos enquanto se fala em <<tipo sistemático>> e em <<tipo de garantia>>”.<sup>200</sup>

A crítica à referida teoria fundada no princípio da taxatividade é absolutamente pertinente à edificação de um Direito Penal garantista, porque só sob a noção de tipos concretizáveis, identificáveis por qualquer cidadão em processo comunicativo, torna-se possível construir um sistema sob bases democráticas e adequado à tutela da liberdade.

Tipos penais não são concebidos sem valoração e valoração é, em alguma medida, abertura apenas para atribuições de sentido, o que também afirmam Tavares e Horta. Em

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>197</sup> HORTA, Frederico. *Op. Cit.*, p. 66.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>199</sup> Em 1985, o citado autor já objetava a tese dos tipos penais abertos (TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985). A crítica segue no mesmo sentido na obra atual. (TAVARES, Juarez. *Op. Cit.* 2018. p. 313).

<sup>200</sup> HORTA, Frederico. *Op. Cit.*, p. 77.

trabalho monográfico no qual desafia a diferenciação entre tipos abertos e fechados, João Guilherme Silva Marcondes de Oliveira, situando na atividade interpretativa o cerne da concepção de Welzel, chega a afirmar que todos os tipos, em alguma medida, seriam então abertos. Nas palavras do citado autor:

“Se o tipo penal não é dado como um aglomerado de palavras, mas é antes encontrado por meio da investigação espiritual do sentido possível que reside naquela matriz linguística, notaremos que as nuances caracterizadoras dos tipos fechados não existem realmente, e que todo tipo apresenta, pelo contrário, uma textura aberta, o que, de resto, sucede com toda e qualquer norma.” (OLIVEIRA, João Guilherme Silva Marcondes de. *Do Caráter Aberto dos Tipos Penais*. Dissertação de Mestrado, orientada pelo professor Renato de Mello Jorge Silveira. USP. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-02082011-112356/publico/Do\\_carater\\_aberto\\_dos\\_tipos\\_penais\\_VERSAO\\_INTEGRAL.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-02082011-112356/publico/Do_carater_aberto_dos_tipos_penais_VERSAO_INTEGRAL.pdf). p. 221)

Compreende-se que a primeira premissa essencial de fundo da discussão colocada é que seja qual for o tipo penal, independentemente de ser mais ou menos amoldável a situações configuradas de modo casuisticamente diverso, todo ele tem um horizonte delimitado de aplicação. Somente assim é razoável compreender o tipo penal taxativo, conforme determinação constitucional (art. 5º, XXXIX, CF). Desse modo, o emprego dos termos “fechado” ou “aberto” por Welzel figuram como infelizes escolhas referidas não ao tipo em si mesmo, mas ao processo interpretativo de compreensão da conduta proibida, o que comporta valorações dentro de uma quadratura. Por isso, a interpretação que se faz sobre a inobservância da norma de cuidado para definir a extensão típica está dentro de um universo do possível empírica e valorativamente, e, nisto, não há qualquer diferença de natureza sobre os tipos culposos ou dolosos, de modo a justificar a diferenciação entre autoria e participação no dolo e negá-la na culpa, com base nessa teoria.

A tese de Welzel aliava-se à uma concepção em que o tipo culposo alcançava ainda resultados de modo basicamente causal. No entanto, é um erro a doutrina brasileira referir-se à tese dos tipos penais abertos como se ela, por si mesma, atribuísse uma natureza distintiva entre tipos dolosos e culposos no concurso de agentes.

Mesmo Welzel defendeu a existência de vários tipos dolosos abertos, basicamente porque neles, para este autor, a verificação da conduta típica nada representaria em relação à ilicitude. Por isso, o citado autor entendia que o juiz deveria proceder uma ulterior etapa de verificação da antijuridicidade antes da afirmação da inexistência de causas de justificação. O tipo de resistência era um exemplo dado por Welzel (antigo § 110, do *StGB*). O erro quanto à “injustiça” da ordem emanada do funcionário público, neste contexto, não seria então um erro de tipo, mas um erro de proibição, porque o enunciado típico não apresentaria propriamente a

matéria da proibição, que seria resultado da valoração do caráter injusto da ordem pelo juiz. Mesma coisa valia para a valoração do conceito de “mal sensível”, estabelecida no tipo do § 240, I, *StGB*, correspondente à figura do constrangimento ilegal.<sup>201</sup>

Nota-se que a menor concretude das definições típicas dos delitos culposos e omissivos referidos por Welzel também são identificadas nos tipos dolosos de resultado, por exemplo. A definição do homicídio como “matar alguém” fornece, em termos naturalísticos, basicamente dados reveladores do resultado morte como alcance da consumação.

O impacto da teoria dos tipos abertos na doutrina brasileira sobre concurso de pessoas é perceptível, conforme demonstrado no capítulo anterior, como fundamento de reforço para a adoção de um sistema unitário do concurso culposo, ou seja, um sistema que não diferencia contribuições típicas. É necessário, entretanto, a superação da falsa distinção entre tipos abertos e fechados, pois todos tipos de injusto são interpretáveis em possibilidades experienciais concretamente delimitáveis. A dificuldade maior ou menor de delimitação da conduta proibida a partir do enunciado legislativo não impede valorações sobre a relevância do que se amolda ou não a eles. Assim, não podem ser estruturadas dogmáticas substancialmente diferentes para tipos dolosos ou culposos sob o fundamento da maior ou menor concretude da definição da matéria proibida.

### **3.1.4. Síntese sobre os fundamentos gerais que demandam revisão dogmática sobre o injusto culposo e o concurso culposo**

1. O conceito de autor culposo até tempos recentes foi idealizado sob bases causais. Não mais se admite na dogmática contemporânea seu desenvolvimento a partir da mera concausação para o fato. Todo conceito de autor e partícipe deve ser normativo e, como tal, comportar a interpretação mais adequada e consentânea à evolução da teoria do delito e aos princípios penais no ordenamento nacional.

2. O dogma da homogeneidade de elementos subjetivos só faz sentido em um Direito Penal de bases descritivas e avalorativas, em que elementos subjetivos eram tomados como conceitos naturais reveladores de uma categoria real com valoração pronta. Em um Direito Penal que admite ser normativo e interpreta fatos para concluir imputações, o conceito de “homogeneidade de elementos subjetivos” não tem qualquer relevância e só limita a

---

<sup>201</sup> ROXIN, Claus. *Teoría del Tipo Penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Buenos Aires: Ediciones Depalmas, [1970] 1979, p. 7-9.

interpretação sem ter correspondência com qualquer princípio ou norma relevante do Direito Penal.

3. A teoria dos tipos abertos não fundamenta qualquer distinção válida e relevante entre tipos dolosos e culposos. O conteúdo da teoria partia de falsa premissa causal de tomar a referência proibitiva típica como uma descrição delineada de modo inteiramente formal pelo enunciado proibitivo. Mesmo Welzel usou a teoria para explicar tipos dolosos e fundamentalmente os termos da teoria dos tipos penais abertos não estruturam minimamente sistemas diferentes de autoria entre tipos de injusto.

### **3.2. A imputação objetiva no tipo culposo e os conceitos de autoria e participação**

Enquanto por um lado é possível perceber a continuidade de postulados de base causal na compreensão dos conceitos dogmáticos, por outro, tem-se, a partir de meados da década de 70<sup>202</sup>, o desenvolvimento de um processo de funcionalização dos conceitos do Direito Penal e o aprimoramento das modernas teorias da imputação objetiva.

O desenvolvimento normativo de diversos critérios para delimitação de tipos objetivos e culposos é resultado também de um longo processo evolutivo, conforme demonstra Luís Greco.<sup>203</sup> Não constitui objeto do trabalho o exame sobre os movimentos de maior consolidação de noções valorativas no Direito Penal (tais como o neokantismo, as teorias social e normativa da conduta, a teoria da ação significativa, a teoria da causalidade adequada e as antigas teorias da imputação), contudo, faz-se necessário referir que a teoria dos crimes culposos se insere nesse processo de desenvolvimento de critérios sobre os quais se irá pautar o processo de imputação. Sob as bases de um tipo de injusto avalorativo, estruturado em conotações basicamente descritivas do fenômeno físico, não se chegaria ao atual panorama evolutivo da teoria do delito.

Greco chega a afirmar que a “imputação objetiva e seus conceitos básicos nada mais são do que a teoria do crime culposo – só que com diversos nome e alcance”.<sup>204</sup> Tal afirmação acentua a aproximação conceitual de critérios como inobservância de cuidado e risco

<sup>202</sup> ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, [1970] 2002. p. 29.

<sup>203</sup> GRECO, Luís. *Imputação Objetiva: uma introdução*. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 14 ss.

<sup>204</sup> GRECO, Luís. *Imputação Objetiva: uma introdução*. In: ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 44.

penalmente proibido, bem como a extensão da teoria da imputação objetiva para abarcar a delimitação do tipo objetivo em ambos os tipos de injusto.

Para extrair conclusões acerca da viabilidade ou não de riscos proibidos manifestados de modo mediato, por condutas que apresentem um risco quantitativamente inferior (participação em sentido estrito) aos inerentes ao enunciado proibitivo primário, é necessário examinar a aplicação dos critérios da imputação objetiva. Afirmando-se a viabilidade de riscos manifestados de modo mediato, a existência de participação ou autoria imprudente em comportamentos que intermedeiam outros riscos depende de fundamentação normativa e já não mais poderão ser consideradas coerentes as afirmações de que a existência de um risco proibido só pode ser inerente à conduta de quem realiza de modo direto o tipo. Em suma, caso se afirme a viabilidade de riscos proibidos de modo mediato não há qualquer sentido na afirmação de que a culpa é uma forma de imputação subjetiva configuradora de um “dever personalíssimo”.

Em razão da abrangência do sentido da conduta<sup>205</sup>, e da dimensão igualmente ampla que configura a análise da relação de causalidade, é necessário que, conforme diga Hirsch, a tipicidade objetiva seja “enxertada por ulteriores requisitos de imputação”.<sup>206</sup> O desenvolvimento desses requisitos para afirmar ou negar a imputação objetiva, conforme se entende, são indicativos de maior ou menor proximidade com a realização típica.

Somente é possível afirmar a imputação típica, violadora da norma de conduta estabelecida no tipo de injusto, mediante a afirmação de cada requisito de imputação objetiva. O último deles, qual seja o critério do alcance da norma, entende-se que tenha especial relevância para a análise da participação, pois a punição da participação é fundamentada em

---

<sup>205</sup> Toma-se em consideração a compreensão de conduta como ato humano consciente e voluntário, de modo a excluir pensamentos, atos reflexos e tomados em estado de inconsciência. O conceito remete às premissas da teoria finalista da ação, todavia, é necessário acrescer considerações à sua aplicabilidade concreta. A conduta não se concebe sem valoração, ainda que não-típica. Ademais, conforme afirma Ferrajoli, não caberia, em respeito ao princípio da materialidade de ação, tipos de autor, fundamentados em tendências ou traços de personalidade, posto que o valor político da teoria da conduta “reside na tolerância para com o diferente e na tutela da liberdade de consciência” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Edt Trotta, 1995. p. 483 e s.). Isso, em si, já é valoração e é possível notar que Welzel, mesmo após elaboração da teoria finalista da ação, não descartava a caracterização de “tipos caracterológicos de autor”, admitindo que o autor pudesse se caracterizar por traços de caráter adquirido ou por disposições criminógenas. Sob as bases do seu conceito, não se opunha, assim, à consideração de que pode ser conduta e assim não haver impedimento à intervenção punitiva a manifestação externa do caráter antissocial (WELZEL, Hans. *Op. Cit.* 1956. p. 133). É necessário, portanto, acrescentar que conduta, para o Direito Penal, não pode se confundir com modo de vida, ainda que se manifeste por atos externos dirigidos. O problema se situa, assim, na submissão do conceito de Welzel à sua lógica eticizante de fundamentação do Direito Penal, baseada na consolidação de valores sociais, de modo a misturar indevidamente direito e moral. A referida elucidação tem caráter acessório para o trabalho, todavia, é necessário que se realize, para que não se entenda pela viabilidade de aplicação do critério proposto em “tipos” que verdadeiramente não proibem condutas, mas personalidades.

<sup>206</sup> HIRSCH, Hans Joachim. *Sobre lo Injusto del Delito Imprudente*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, n. 16. 2005. p. 208.

norma de extensão da tipicidade e não exclusivamente na própria norma extraída do tipo incriminador concreto.<sup>207</sup>

O alcance da norma em face da conduta do partícipe, embora ainda dependa da superação dos critérios da imputação objetiva, abrange a circunstância de que materialmente o risco gerado pela conduta de um sujeito pode materializar-se por meio da conduta de outro. Por esta razão, há outra dimensão de extensão normativa para compreensão da imputação do resultado (material ou jurídico).

### 3.2.1. O risco proibido

A existência é cercada de riscos. Mesmo as mais cautelosas pessoas expõem a si mesmas e outras a possíveis contaminações, lesões e acidentes em geral.

Antes do princípio da intervenção mínima, o qual indica apenas as mais relevantes lesões ou exposições a risco dos bens jurídicos essenciais como passíveis de intervenção penal, a própria configuração social inviabiliza impedir todo tipo de risco aos bens jurídicos. Um Direito Penal que almeja total segurança é, inevitavelmente, um fracasso anunciado, portanto. O primeiro requisito de viabilidade da imputação objetiva é, por tal razão, a violação de um risco jurídico-penalmente relevante. Trata-se de uma ruptura com os riscos normativamente aceitos, de modo a afetar ou expor a risco significativamente bens jurídicos de terceiros.

A inserção do critério do risco no tipo culposo não faz desaparecer a necessidade da previsibilidade objetiva. O conceito de previsibilidade, na verdade, é também meio de análise da subsistência ou não da proibição do comportamento.

Roxin entende não haver necessidade de outros critérios (como infração de dever de cuidado, previsibilidade e evitabilidade) para compreensão do delito imprudente além dos que

---

<sup>207</sup> Stein, nesse contexto, sustentará um princípio com o qual concordamos, trata-se da ideia de que “a relação dos possíveis intervenientes em um delito com a norma jurídico-penal não é a mesma para todos eles, pois aos autores a norma se dirige com maior urgência ou peremptoriedade – *Dringlichkeit* – que aos partícipes (indutor e cúmplice), sobre a base de que os partícipes sempre requerem a intervenção futura de outro sujeito (o autor)” (STEIN, U. *Die Strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Berlin: Duncker & Humblot, 1998, p. 238 e ss. *Apud* HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *Imputación objetiva versus dominio del hecho*. Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, n. 2, p. 175-215., 2005. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=76066](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=76066). Acesso em: 01 out. 2019. p. 31). Frise-se, contudo, tratar a descrição acima apenas de um princípio, que poderia resultar como base de formulações de sistemas autônomos de imputação (como entende Stein) ou de sistemas fundamentados na acessoriedade (os quais embasam a tomada de posição desse trabalho), pois a base discursiva ali admitida é de que a norma não se impõe de modo idêntico a todos modos de manifestação típica. A relação com esse fundamento está no princípio da legalidade, na dimensão da taxatividade, pois o Direito Penal trabalha com determinações de conduta tanto aos autores quanto aos partícipes, sendo formulada de modo diversa a tipicidade desses últimos.

caracterizam a imputação objetiva.<sup>208</sup> Segundo Roxin, se o resultado não é previsível, isso se dá porque ou falta a criação de um perigo relevante, ou falta a realização do perigo criado no resultado.<sup>209</sup> Hans Joachim Hirsch diverge desse posicionamento e sustenta que “não existem regras jurídicas de comportamento predeterminadas para todos os âmbitos da vida social”<sup>210</sup>, tampouco a violação das normas do âmbito da vida social resultam necessariamente em uma lesão da norma, sob aspecto jurídico-penal. Assim, seria a previsibilidade objetiva “um elemento constitutivo da contrariedade ao cuidado devido”.<sup>211</sup>

Sustentar a necessidade de coexistência dos critérios do risco proibido e da infração do dever de cuidado, realmente, aparenta ser uma mera repetição. Neste primeiro aspecto da discussão sobre a imputação objetiva, adere-se ao posicionamento de Roxin no sentido da prescindibilidade do segundo conceito. Todavia, é adequada a ponderação de Hirsch na insistência da utilidade da previsibilidade objetiva, mesmo com o manejo dos critérios da imputação objetiva. Afirmar, por si só, que a imprudência tem como premissa inicial a criação de um risco proibido, nos delitos de resultado, em contextos não regulamentados por outras normas, não permite visualizar suficientemente o critério da violação típica. O delito culposos não prescinde da verificação de regras da experiência para que se afirme ou não sua ocorrência.<sup>212</sup>

Imagine-se a questão com o seguinte exemplo: suponha-se que, no país, não exista norma de segurança sobre o transporte de animais de grande porte em veículos automotor. Desse modo, ‘A’ caminhoneiro utiliza-se de uma corda para fechar a grade, situada na parte

---

<sup>208</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 1997. p. 1000-1001.

<sup>209</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 1997, p. 1000-1001.

<sup>210</sup> HIRSCH, Hans Joachim. *Op. Cit.*, p. 216.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 216.

<sup>212</sup> Robles Planas, ao analisar o tipo objetivo, salienta que seja um requisito de sua verificação a cognoscibilidade *ex ante* do risco. A análise dessa cognoscibilidade, entretanto, comumente é tomada a partir do parâmetro do homem médio. Robles Planas salienta que o que importa não é saber do homem médio, mas juridicamente o que se espera do homem médio. Este autor concretizará sua análise do risco proibido a partir da noção de *standards* normativos aplicáveis ao caso. Sob a referência dos *standards*, fundamentaria-se deveres de procurar conhecimentos que o ordenamento pode exigir ao cidadão. Robles Planas reconhece que seja possível a utilização de *standards* extrajurídicos e no caso em que alguém assume a gestão de risco em ambientes perigosos *de per se* passaria a ter relevo a análise de todo conhecimento especial que tivesse o agente para afirmação do injusto. Lhe seria exigível, então, nas hipóteses de periculosidade intrínseca à conduta, para Robles Planas, fazer todo o possível para evitar a lesão. (ROBLES PLANAS, Ricardo. *La Participación en el Delito: fundamentos y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 208 e ss). A análise de Robles Planas é de um normativismo bem ponderado e traz a importância de avaliações normativas extraídas da interatividade complexa de todo ordenamento jurídico e social para fundamentação do injusto. Nota-se, contudo, que cognoscibilidade e previsibilidade são conceitos muito próximos, de modo que não parece correto dizer que no normativismo de Robles Planas se desconsidere a relevância do conceito ainda na imputação objetiva. Ademais, a noção de previsibilidade objetiva levando-se em conta o fato concreto, não obstante as dificuldades de delimitação da culpa, ainda aparenta ser mais razoável do que uma saída de *standards* pré-jurídicos, os quais, em uma perspectiva interativa social, podem se mostrar abaixo do que a norma impõe ou mesmo de inviável concreção.

traseira do caminhão em que transporta número elevado de bovinos notavelmente agressivos. Na estrada, um dos animais, ao bater o chifre na porta, rompe a corda. Os bois caem na pista e colidem com outro veículo, cujo motorista vem a falecer.

No caso referido, a norma extraída do art. 302, do CTB, ao prescrever “praticar homicídio culposo, na direção de veículo automotor” atribui ao resultado maior valor descritivo do que à conduta em si. Se os termos do artigo se limitassem a enunciar “matar alguém culposamente na direção de veículo automotor”, os problemas de imputação do homicídio culposo ao motorista seriam idênticos. É necessário, em delitos com menor concretude típica, como são os culposos resultativos, que se utilize o intérprete de regras de experiência. A indispensabilidade de regras de experiência fica ainda mais clara se o âmbito de análise é desregulamentado, como foi suposto na hipótese. O que permite visualizar a ocorrência do risco proibido, no exemplo apresentado, é a previsibilidade objetiva da lesão ao bem jurídico.<sup>213</sup>

A necessidade do conceito de previsibilidade como critério é perceptível, por outro aspecto, em contradição na qual incorre o próprio Roxin. Segundo sua doutrina, quando há, no plano de conduta do agente, expectativa de que outro interveniente respeite a norma e, com isso se evite a realização de um risco, e, entretanto, verifica-se, supervenientemente, indícios concretos em sentido contrário, não se deverá afastar a imputação objetiva. Em síntese, quando houver elementos que gerem a perspectiva de que outro violará a norma, não incidirá o princípio da confiança em favor de quem age sem precaver-se.

O princípio da confiança é um aprimoramento do sentido de risco permitido para hipóteses de intervenções de múltiplas pessoas, caracterizadas pela distribuição de tarefas ou por uma compartimentalização de âmbitos de responsabilidade.<sup>214</sup> O princípio da confiança é aplicável comumente em casos de atividades desenvolvidas por divisão de tarefas, como, por exemplo, no contexto de atuação médica. No caso em que durante uma intervenção cirúrgica em equipe um médico apresenta sinais de embriaguez, outro que com ele atua não pode esperar que cumpra adequadamente as normas da *lex artis*.

---

<sup>213</sup> Aproxima-se, nesse sentido, ao que defende Jakobs. Para o mesmo, “nos âmbitos vitais em que não há regras estabelecidas, seja pelo Direito, seja por outros elementos normativos, o que se deve tomar como relevante é o padrão (standard) de comportamento de uma pessoa prudente pertencente ao âmbito vital correspondente, o que certamente constitui uma determinação de limites imprecisos”. (JAKOBS, Gunther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. 3ª edição. São Paulo: Edt. Revista dos Tribunais, 2010. p. 42). Não se diverge do que afirma Jakobs, mas se compreende que tal imprecisão é inerente à maior abertura valorativa (o que não implica em diferença qualitativa do tipo) no delito culposo em face de regras extraídas da configuração normativa da sociedade.

<sup>214</sup> Stratenwerth define o princípio da confiança como uma regra geral de que não se deverá responder por infrações de cuidado alheias se é confiável que todos cumprirão com seus deveres de cuidado. (STRATENWERTH, Günther. *AT P*, n.m., p. 1155 *Apud* CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas Básicas de la Teoría de La Imputación Objetiva*. 1ª ed. Madrid: Ed. Jurídicas Cuyo, 2004. p. 74-75).

A desconfiança (expectativa de descumprimento da norma por outro) que, na perspectiva de Roxin, deslegitima a aplicação do princípio para afastar a imputação, em verdade, nada mais é que a previsibilidade do risco aplicada para determinado grupo de casos. A mudança é o contexto delimitado de análise e a nomenclatura. Portanto, entende-se adequado afirmar a previsibilidade como critério de análise avaliado junto à proibição do risco.

Discute-se na doutrina o parâmetro de definição dos riscos permitidos, que seriam atípicos. Diego-Manuel Luzón Peña, de modo muito semelhante ao que anteriormente já propunha Welzel<sup>215</sup>, leciona que os limites do risco permitido variam entre as atividades realizadas em função de uma ponderação de interesses com o valor dos bens jurídicos ameaçados e a necessidade e benefícios sociais da conduta perigosa.<sup>216</sup>

Cancio Meliá e Günther Jakobs tomam outra direção na explicação do risco proibido. Jakobs aduz que a tomada de critérios de ponderação de bens muitas vezes leva a raciocínios de pouca clareza em situações nas quais o que sobressai na conduta é a normalidade da sua prática.<sup>217</sup> Jakobs exemplifica que no caso de uma morte causada no trânsito sempre o intérprete estaria equivocadamente inclinado a afirmar a imputação em uma ponderação de interesses, já que a vida é bem jurídico de destacada importância. Neste contexto, a corriqueira e socialmente indispensável atividade de dirigir, se realizada por prazer, ou até necessidade, afirmar-se-ia incorretamente como um invariável risco proibido, ainda que realizado sob estrito cumprimento normativo.<sup>218</sup>

Excepcionalmente, é possível que um comportamento contrário à norma que o regulamenta constitua um risco permitido, desde que seja tomado em prol da finalidade protetiva do âmbito regulado, segundo ponderam Jakobs, Roxin e Cirino dos Santos.<sup>219</sup> Não é

<sup>215</sup> Welzel, ao trabalhar o injusto culposo, afirmava, antes do desenvolvimento estrutural das teorias da imputação objetiva, a existência de perigos socialmente adequados para afastar o injusto. Segundo Welzel, um subprincípio seria o “risco permitido das empresas perigosas”. Nas palavras do autor, “quanto mais valor tenha o fim perseguido, tanto mais amplamente permite o direito um perigo de bens jurídicos através de ações que são necessárias para a obtenção daqueles fins”. (WELZEL, Hans. *Op. Cit.*, 1956. p. 142).

<sup>216</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal*. 2ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012. p. 298.

<sup>217</sup> JAKOBS, Günther. *Op. Cit.*, 2010. p. 42.

<sup>218</sup> Cancio Meliá contrariando também a lógica de ponderação de riscos, afirma que a diferença de relevância valorativa em distintas esferas entre as hipóteses de risco permitido e as causas de justificação, diferentemente do que já afirmou Luzón Peña, é muito clara. O risco permitido, diferentemente das justificantes, já constitui atividade tolerada socialmente *ex ante*. Ou seja, Cancio Meliá acertadamente descarta que o risco permitido se confunda com causas de justificação. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas Básicas de la Teoría de La Imputación Objetiva*. 1ª ed. Madrid: Ed. Jurídicas Cuyo, 2004. p. 75. Luzón Peña atualmente interpreta o risco permitido como causa de exclusão da tipicidade avaliada anteriormente, mas também as causas de justificação trariam efeito semelhante no caso de incidência sobre o delito culposo, já que o tipo de injusto agrega elementos positivos e negativos (não incidência de causas de justificação) ao exigir que se trate de um risco “proibido”. (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. Cit.*, 2012. p. 298-299).

<sup>219</sup> Neste sentido, JAKOBS, Günther. *Op. Cit.* 2010. p. 41; ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 1997. p. 1002; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. Cit.*, p. 102.

adequado, por exemplo, conduzir sob velocidade excessivamente baixa em uma rodovia. Há normas de trânsito que também delimitam velocidades mínimas, todavia, no caso concreto, a necessidade de realizar uma manobra mais complexa pode exigir que o motorista siga parte do trecho da pista em velocidade menor do que a determinada nas normas de regulamentação. De modo muito excepcional, pode atuar o agente conforme a norma, e, ainda assim, constituir um risco proibido, em razão do contexto. A concretização da imputação sob bases materiais ressalta como a noção de risco proibido depende ainda de outras noções ínsitas à norma de cuidado, como previsibilidade e evitabilidade.

Nada impede que a criação de um risco proibido se faça de modo mediato, ou seja, que a um risco proibido desenvolvido por uma pessoa outras também acresçam riscos proibidos derivados das condutas delas próprias. O conceito tem relação, portanto, com a delimitação estrutural da conduta proibida, e não a como ela se manifesta (autoria ou participação). Mesmo autores que divergem da ideia de participação culposa não discordam da existência de riscos proibidos realizados de modo mediato em uma determinada cadeia de comportamentos. Nos casos em que se verificassem os riscos proibidos manifestados de modo mediato, haveria assim, para a doutrina que nega a viabilidade de participação culposa, ou autoria acessória ou coautoria imprudente (para o setor que a admite). A primeira observação necessária diante disto é que a contrariedade de reconhecimento dogmático da participação culposa não significa inviabilidade de intervenção penal para condutas culposas antecedentes de outros comportamentos penalmente relevantes para um único resultado.

Assim, no caso em que, por exemplo, uma pessoa entrega a chave de um veículo automotor para que outra sabidamente inabilitada dirija, sucedendo-se o atropelamento e lesões de uma terceira, compreendendo-se como risco proibido a entrega da chave, tal ação, automaticamente será concebida como conduta de autor ou coautor (para a doutrina que admite a coautoria). O resultado dessa premissa é que o critério de proibição do risco terá importância na estrutura da tipicidade e no modo de imputação nos crimes culposos.

Tomado como paradigma o exemplo citado acima, não se visualiza, pelo posicionamento da doutrina moderna da imputação objetiva, no primeiro critério de imputação, elemento que descaracterize a entrega de chave de veículo para pessoa inabilitada dirigir como risco proibido.

Sob um ponto de vista inicialmente formal, Jakobs defende que é risco proibido “aquele comportamento que o próprio Direito define como não permitido, proibindo-lhe já por seu

perigo concreto ou abstrato, inclusive sob ameaça de pena ou de multa administrativa”<sup>.220</sup> Tal autor pondera, entretanto, conforme já exposto, que a violação da norma pode se dar para resguardar o âmbito vital a ela referido. No exemplo da entrega da chave para pessoa inabilitada não é o que ocorre. No Direito brasileiro, a conduta é sancionada como infração gravíssima de trânsito pelo CTB (art. 163)<sup>221</sup>, de modo que, para tal doutrina, não se observa impedimento para compreensão da hipótese como risco proibido.

A doutrina de Roxin igualmente não aparenta apontar outra solução para o caso hipotético de que partimos, a não ser que Roxin compreendesse a entrega da direção de veículo a pessoa inabilitada como uma imprudência leve. Na obra de Roxin, conforme demonstrado, o autor faz apontamentos que trazem maior substância à delimitação do risco proibido. O risco proibido não se configurará como mera violação normativa formal, porém “por regra absolutamente geral se haverá de reconhecer como criação de um perigo suficiente a infração de normas jurídicas que perseguem a evitação do resultado produzido”<sup>.222</sup> Ademais, ao tratar

---

<sup>220</sup> JAKOBS, Günther. *Op. Cit.*, 2010. p. 41.

<sup>221</sup> O art. 163, do Código de Trânsito Brasileiro faz remissão ao artigo 162, razão pela qual colacionamos os dois para completa compreensão do leitor:

Art. 162. Dirigir veículo:

I - sem possuir Carteira Nacional de Habilitação, Permissão para Dirigir ou Autorização para Conduzir Ciclomotor:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (três vezes);

Medida administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado;

II - com Carteira Nacional de Habilitação, Permissão para Dirigir ou Autorização para Conduzir Ciclomotor cassada ou com suspensão do direito de dirigir:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (três vezes);

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado;

III - com Carteira Nacional de Habilitação ou Permissão para Dirigir de categoria diferente da do veículo que esteja conduzindo:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (duas vezes);

Medida administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado;

IV - (VETADO)

V - com validade da Carteira Nacional de Habilitação vencida há mais de trinta dias:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa;

Medida administrativa - recolhimento da Carteira Nacional de Habilitação e retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado;

VI - sem usar lentes corretoras de visão, aparelho auxiliar de audição, de prótese física ou as adaptações do veículo impostas por ocasião da concessão ou da renovação da licença para conduzir:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa;

Medida administrativa - retenção do veículo até o saneamento da irregularidade ou apresentação de condutor habilitado

Art. 163. Entregar a direção do veículo a pessoa nas condições previstas no artigo anterior:

Infração - as mesmas previstas no artigo anterior;

Penalidade - as mesmas previstas no artigo anterior;

Medida administrativa - a mesma prevista no inciso III do artigo anterior.

<sup>222</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, 1997. p. 1000-1002.

do princípio da confiança na análise do tipo de injusto culposos, Roxin defende sua inaplicabilidade quando, por exemplo, “a confiança no comportamento de outros no trânsito está manifestamente injustificada”.<sup>223</sup>

A elucidação da manifestação do risco proibido diante de múltiplas condutas importa para perceber que os critérios de imputação não constituem barreira da punição de comportamentos realizados mediatamente no fato culposos. Ou seja, há riscos proibidos manifestados de modo mediato. O tratamento que se lhes confere como autoria ou participação é outro problema de caráter normativo, cuja solução depende da análise dos fundamentos do concurso de pessoas.

### 3.2.2. A realização do risco no resultado

Não basta a criação de um risco proibido causalmente vinculado à conduta para que seja imputável o resultado como obra do agente. É necessário identificar que é o risco criado pelo mesmo que se realiza na lesão ou exposição de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado.

A vítima que falece no incêndio em hospital no qual fazia curativo por ter sido lesionada imprudentemente por alguém, não morre pelo risco criado da lesão, mas por risco diverso do gerado imprudentemente à lesão corporal. O comportamento lesivo, nesse caso, é vinculado causalmente à morte da vítima do incêndio, pois, inegavelmente, se não tivesse havido a lesão em questão, a vítima não teria ido ao hospital. Entretanto, lesionar alguém imprudentemente, mediante um corte, não é comportamento cujo risco causado tenha como efeito próprio matar alguém em um incêndio.

O critério da realização do risco no resultado tem relação direta com casos nos quais a doutrina fundamentava a ausência de imputação baseada em uma suposta interrupção da causalidade. O art. 13, § 1º, do CPB, explicita a redação estranha que sintetiza a incorreção do método que se utilizava para fundamentar a não punição pelo resultado mais grave em casos como o do incêndio no hospital. O citado artigo fala que “a superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado”. Ocorre que, como bem retrata Reale, “a causalidade é o princípio que une objetos físicos e psíquicos num mesmo universo” e se caracteriza por “nexos constantes de antecedente a consequente”.<sup>224</sup> Em suma, causalidade, em sentido natural, é uma lógica infinita de sucessão de eventos e, desse

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 1005.

<sup>224</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 1999. p. 179.

modo, não se interrompe. O que fundamenta a não imputação de um resultado derivado de outros riscos concorrentes, portanto, não é a ruptura da continuidade de eventos físicos<sup>225</sup>, mas critérios estritamente jurídicos de imputação.<sup>226</sup> Assim, justificar, sem incorrer em contradição, eventos ao mesmo tempo “relativamente independentes” e que “por si só produziram o resultado” é tarefa irrealizável.

A complexidade de se definir concretamente a realização do risco no resultado pode ser alta. Roxin chama atenção para tal aspecto com um caso em que um farmacêutico culposamente causa uma intoxicação vitamínica, sem ter o hospital no qual ocorre internamento da vítima responsável pela ulterior infecção gripal causa da morte. Segundo Roxin, “a imputação do resultado dependerá de se determinar se a infecção e a morte são consequência da fraqueza do paciente causada pela intoxicação”.<sup>227</sup> Caso afirmada a relação de risco, o critério se afirmaria pela imputação de homicídio culposo, nesse caso.<sup>228</sup>

Entre os grupos de casos solucionados pelo critério da realização do risco no resultado são comumente referidos, além dos casos de riscos extraordinários supervenientes, casos em que o risco não influi na forma concreta do dano ou casos nos quais embora haja risco não permitido e resultado previsto em tese na norma penal o risco da ocorrência concreta não foi aumentado pela violação.

O caso dos pincéis de pelos de cabra infectados é citado por Roxin como hipótese de risco que não influi na forma concreta do dano.<sup>229</sup> Nesse caso, trabalhadoras foram infectadas pelo bacilo antrácico encontrado em pincéis de pelos de cabra e faleceram em razão da infecção. Uma pesquisa realizada demonstrou que não havia à época do evento formas eficientes de

---

<sup>225</sup> Nesse sentido, Leite, em análise filosófica sobre a causalidade, cita a manifestação do físico Schlick (cf. 1979 [1931], p. 179), cuja lição, no contexto da física positivista, é apta a elucidar o problema do critério da equivalência dos antecedentes, que parte exatamente da transposição de métodos das ciências exatas para a ciência jurídica. Segundo Schlick, “se há uma ordem de eventos que ocorrem em uma direção temporal há, por conseguinte, uma relação causal. Somente o caos, que nada mais é do que a ausência de lei e regularidade, pode ser descrito como uma ocorrência não causal. Se a causalidade tem significado, este deve residir na possibilidade da relação causal estabelecida ser verificada na experiência. Assim, ele afirma que “o verdadeiro critério da regularidade, marca essencial da causalidade, é o cumprimento das previsões” (SCHLICK, M. *Causality in contemporary Physics*. Trad. P. Heath. In: Mulder, H. L. & Velde-Schlick, B. (Ed.). *Philosophical papers of Moritz Schlick*. Dordrecht: Reidel, 1979 [1931]. v. 2 (1925–1936), p. 176-209. P. 179 *Apud* LEITE, Patrícia Kauark. *Causalidade e teoria quântica*. Revista Scientiæ Studia, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 165-77, 2012. p. 167).

<sup>226</sup> Antes de desenvolvidas as modernas teorias da imputação objetiva, a chamada teoria da causalidade adequada buscou restringir, no campo jurídico, a causalidade natural. Limitar-se ia o tipo às condutas que representassem “uma tendência geral ao resultado típico”, segundo explica Tavares a teoria que se atribui a Von Bar. Ocorre que como explica ainda Tavares, “mesmo como teoria limitadora, é ela defeituosa porque não apresenta, com o critério da prognose posterior objetiva, instrumentos seguros a delimitar objetivamente a responsabilidade do agente, sem recorrer ao dolo e à culpa ou à culpabilidade”. (TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: DelRey, 2003. p. 268-269).

<sup>227</sup> ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 p. 330.

<sup>228</sup> *Ibidem*, p. 330.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 332.

combate ao bacilo na Europa. Assim, segundo Roxin, se houvesse a imputação do resultado, ela se basearia não efetivamente no risco concreto, mas na mera violação de um dever.

A solução de Roxin ao caso dos pincéis de pelos de cabra guarda coerência com a vinculação feita pelo autor entre dever de informação e imprudência. Roxin defende que o agente deve informar-se a respeito de ações que despertem dúvida sobre a lesão ao bem jurídico.<sup>230</sup> Ao não se informar e causar resultado típico pode ser-lhe imputado injusto ao menos imprudente. No caso referido, todavia, a desoneração do dever de informação pelo autor não repercutiria de modo diverso ao risco gerado, razão pela qual, na análise concreta, a afirmação da imputação em julgamento na Alemanha, de modo errôneo, teria se dado mera pela violação de um dever concretamente indiferente quanto a tutela do bem jurídico no contexto tomado.

Entre os casos nos quais o risco proibido da ocorrência concreta não é aumentado pela violação, Roxin refere-se, entre outros, ao caso do atropelamento quando o motorista tinha conduzido em velocidade acima da permitida em momento anterior ao que ocorre o acidente. Na hipótese, um condutor teria criado um risco proibido anterior ao dirigir em velocidade excessiva e depois retornado a seguir as regras de trânsito quando atropelaria uma criança que repentinamente se lança na frente do veículo. No caso, um risco não permitido é identificado no princípio da ação. Há também relação causal com o resultado na hipótese, na medida em que a não superação dos limites de velocidade faria com que o agente passasse posteriormente no local em que a criança se lançou. Todavia, argumenta Roxin que “o risco específico inerente à violação do limite de velocidade não se realizou no resultado” e “só levou ao acidente por casualidade”.<sup>231</sup>

Frisch, citado por Greco, trata casos como o referido acima no âmbito da análise própria do comportamento.<sup>232</sup> Não haveria mais risco proibido, segundo Frisch, quando a ação se desenvolve licitamente sem ter produzido qualquer resultado proibido cuja análise de imputação se faria tal como concretamente desenvolvido. A interpretação de Frisch, com a qual inicialmente concordamos, desperta a atenção para o fato de que a conduta é o centro da proibição e não somente os resultados.

Para compreensão da participação culposa, é importante ressaltar que o critério da realização do risco no resultado não implica na constatação de que essa realização ocorra por

<sup>230</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito. 1997. p. 1010.

<sup>231</sup> ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 333-334.

<sup>232</sup> FRISCH, Wolfgang. *Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. C.F. Muller, Heidelberg, 1988, p. 98 *Apud* GRECO, Luís. *Imputação Objetiva: uma introdução*. In: ROXIN, Claus. *Op. Cit.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 138.

conduta desenvolvida por mão própria. Assim, um possível risco proibido imprudente de um interveniente pode ser realizado também por meio da ação de outrem. Com isso, o injusto não deixa ainda de ser injusto pessoal, mas apenas se verifica que o significado de um comportamento depende do contexto em que se realiza em meio à interação das pessoas nele envolvidas.

A pessoa que atira em si mesma coagida realiza o risco proibido do comportamento de outrem, embora obviamente não seja culpável. A pessoa instrumentalizada que atua de modo atípico por ausência de imputação subjetiva e comete homicídio sob o controle alheio igualmente o faz (ex.: um mágico renomado induz uma pessoa a lançar uma faca numa caixa usada em um dos seus truques. Depois de mostrar a caixa ao lançador, este acredita que ela está vazia, quando, em verdade, ocultava compartimento no qual uma pessoa estava escondida. O lançamento ocorre e a pessoa que estava dentro da caixa é atingida pelo instrumento). A participação punível também encontra na ação de quem realiza diretamente o tipo um elemento catalisador de realização do risco proibido acessório no resultado, daí justificar-se a dependência normativa da autoria para afirmação da punição da participação.

A doutrina de Jakobs tem sido importante na afirmação de que são coisas distintas a responsabilidade do partícipe por sua conduta pessoal e a significação do comportamento estritamente pelo que se realiza por mão própria.<sup>233</sup> De fato, se a compreensão da responsabilidade do partícipe fosse derivar exclusivamente do que se realiza de modo personalíssimo, não poderiam as regras do concurso de pessoas operar de outro modo que não fosse por um sistema autônomo de imputação de comportamentos. Tornar-se-ia, assim, necessariamente independente a responsabilidade do partícipe em relação à execução do injusto pelo autor.<sup>234</sup>

A solução apontada pelo sistema autônomo à fundamentação dos injustos de cada interveniente seria contrária ao que prescreve o Direito brasileiro<sup>235</sup>, implicaria na admissão

<sup>233</sup> JAKOBS, Günther. *Op. Cit.* 2010. p. 59.

<sup>234</sup> Renzikowski, conforme se verá no capítulo 5, elabora um sistema em que seriam autônomas as contribuições no plano típico, mas dependentes na punibilidade. (RENZIKOWSKI, Joachim. *Fundamentação da Norma e Imputação*. In: RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito Penal e Teoria das Normas*. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 113). A ideia nos parece incoerente, pois se há independência no injusto, por conseguinte, a punibilidade também deveria sê-lo. Neste sentido, concorda-se com a crítica de LESCH, Heiko. *Intervención Delictiva y Imputacion Objetiva*. 1995. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46484.pdf>. p. 936. Renzikowski afirma que a diferença se justificaria com base em uma outra dimensão valorativa, situada na análise das normas de sanção. Embora o injusto da participação estivesse então afirmado, a norma de sanção, sobre a qual se analisa elementos adicionais para aplicação da pena, seria incabível diante da inexistência de superveniente da conduta de autor. O que nos parece incoerente, contudo, é que, de todo modo, a análise da norma de sanção, desse modo, não se faz exclusivamente da análise da participação, mas da sua relação com o comportamento do autor, sendo, portanto, dependente do que se afirmava distanciada.

<sup>235</sup> art. 31, do CPB.

equivocada de que a participação é figura típica por si mesma e também não se compatibilizaria com o caráter fragmentário do Direito Penal porque se puniria participação como forma geral de autoria. Além da incompatibilidade legal, o sistema autônomo faria o Direito Penal intervir em face de condutas ainda não suficientemente relevantes para uma completa valoração penal independente, o que revela inconveniência político-criminal. Um mero conselho para que alguém furtasse, roubasse ou mesmo matasse, independentemente da reprovabilidade no plano moral, só adquire relevância jurídica caso apresente o efeito identificado na autoria.

A interpretação de que o risco realizado no resultado só se realiza na conduta realizada pelo agente próprio é incorreta, fragmenta rigidamente comportamento e resultado, de modo a implicar em um recorte arbitrário da realidade e renúncia da compreensão significativa dos fatos humanos. Somente sob tal interpretação equivocada é possível pensar em um “dever personalíssimo” no tipo culposos.

Pode-se exemplificar de modo prosaico a necessidade de interpretação não excessivamente naturalística dos fatos. O chute de uma bola para o lado só significa um passe caso haja jogadores para recebê-la em um contexto esportivo. Em um concerto musical, só se pode dizer que determinado músico solista empregou uma nota em tempo ou contra-tempo caso já se esteja sob o compasso dado pelos outros músicos. A classificação de um ato empresarial como conduta de supervisão, execução ou direção igualmente depende da interatividade coletiva complexa e só assim é possível compreendê-la. Em suma, o significado da conduta depende de uma análise multifacetada, integrada. A posição de Jakobs é adequada neste aspecto, todavia, mostra-se ainda inadequada ao sustentar um sistema unitário no plano típico culposos (*vide* item 4.6).

Instigação e auxílio necessariamente se realizam no risco por intermédio de outra intervenção mais lesiva. Desse modo, realizam-se os riscos proibidos da participação por meio dos comportamentos realizados pelos autores. Tal circunstância, todavia, não implica afirmar que o Direito Penal deva ter como base um conceito extensivo de autor, nem que uma teoria da imputação objetiva bem apurada seja, por si só, capaz de delimitar adequadamente a responsabilidade penal.

A análise da realização do risco no resultado serve, contudo, para demonstrar, por ora, que não constitui tal critério da imputação qualquer impedimento para a verificação da participação culposa, na medida em que resultados proibidos podem ser compreendidos de modo dependente do comportamento ou expectativa de comportamento de outros sujeitos.

### 3.2.3. O fim de proteção ou alcance da norma

Na análise da imputação objetiva, deve ainda ser examinado se o resultado causado está compreendido no âmbito da norma. A lesão de um bem jurídico pode estar causalmente vinculada à ação desencadeadora do risco, entretanto, concretamente não estar inserida na lógica interpretativa inerente à norma examinada.

Enrique Gimbernat Ordeig objetivamente trata o alcance da norma como nada mais que “uma aplicação específica do método teleológico de interpretação”<sup>236</sup> e o defende como único método hábil a alcançar soluções razoáveis e fundamentadas em numerosos casos.<sup>237</sup> Mirentxu Corcoy Bidasolo explica que para saber o fim de proteção da norma é necessário retornar o intérprete aos motivos que determinaram um específico dever de cuidado e não outro.<sup>238</sup> Infartos decorrentes de colisões culposas, ações tomadas em reações de pânico, danos diversos que são consequência de um primeiro são alguns dos exemplos comumente citados pela doutrina para ilustrar a aplicação do critério, de modo a excluir-se a imputação.

Roxin diferencia alcance da norma e alcance do tipo. O jurista de Hamburgo vincula as hipóteses de violação da norma de cuidado ao primeiro conceito e localiza os casos em que a própria norma de determinação típica (proibição de matar, danificar, lesar) não abarca a conduta e as consequências ao que chama de alcance do tipo.<sup>239</sup> Para esclarecer o alcance da norma, Roxin cita o caso em que dois ciclistas trafegam um atrás do outro sem iluminarem as suas bicicletas. A ausência de iluminação do ciclista de trás aumenta o risco do atropelamento do ciclista da frente, o que ocorre no caso suposto. A norma de cuidado que determina que ciclistas utilizem faróis dianteiros, entretanto, tem por finalidade a proteção própria de cada ciclista e não diminuir riscos alheios.<sup>240</sup>

A análise da sentença do TS de 27 de fevereiro de 2001, por Gimbernat Ordeig, é elucidativa de uma das hipóteses entre as quais Roxin trabalha a ideia de alcance do tipo.<sup>241</sup> No caso julgado nessa sentença, o acusado, em ultrapassagem não permitida, colidiu com o veículo da vítima, causando-lhe diversas lesões. Levada ao hospital, a vítima vivencia, em razão do atropelamento, situação de elevado stress psíquico que resulta em um quadro de infarto agudo

<sup>236</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Fin de Protección de la Norma e Imputación Objetiva*. ADPCP. Vol. LXI, 2008. p. 27.

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>238</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El Delito Imprudente: criterios de imputación del resultado*. 2ª ed. Editorial B de F: Buenos Aires, 2008, p. 565.

<sup>239</sup> ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 337.

<sup>240</sup> *Ibidem*, p. 335-336.

<sup>241</sup> *Ibidem*, p. 353.

do miocárdio, causando-lhe a morte. No caso, a sentença do *TS* confirmou a condenação do acusado por homicídio imprudente, baseada estritamente na relação causal da angústia desencadeada pela ação culposa e o infarto. Gimbernat Ordeig critica a citada decisão por não ter empregado o critério do fim de proteção da norma e assim não ter realizado a correta compreensão da imputação objetiva no delito de homicídio culposo.<sup>242</sup> Para Gimbernat Ordeig, no caso em questão, a condenação apenas poderia ser afirmada em relação ao delito de lesões corporais.

Em interpretação sistemática dos delitos de perigo no Código Espanhol, o Gimbernat Ordeig afirma que há um denominador comum de riscos físico-traumáticos como elementos dos tipos de perigo para os bens jurídicos vida ou saúde. Assim, segundo este autor, vivências angustiantes ficam à margem desses tipos penais. A partir desse argumento, conclui-se que o que não é típico para o delito antecedente (delito de perigo) também não o é para o delito materializador do resultado (homicídio).

A argumentação de Gimbernat Ordeig na análise de tal sentença explicita o método inerente ao critério em questão. Corcoy Bidasolo questiona, todavia, a linha argumentativa estruturada na premissa de que consequências psíquicas não possam estar dentro do âmbito de proteção do Direito Penal e, ao fazê-lo, afirma que casos como o resolvido pelo *TS*, na decisão citada, demandam um “juízo prévio sobre a relação de autoria do condutor em torno à conduta da vítima”. O elemento central não estaria assim no fator físico ou psíquico do dano, mas na total ausência de dominabilidade sobre um ataque nervoso, demandando-se um “juízo prévio sobre a relação de autoria do condutor em torno da conduta da vítima”.<sup>243</sup> Explicita-se, com o posicionamento de Corcoy Bidasolo, um elemento relevante para toda teoria do concurso de pessoas. Trata-se do emprego dos conceitos de autoria e participação como critérios integrantes da análise da imputação objetiva. Autoria e realização do tipo podem não se confundir inteiramente, mas a forma de manifestação típica da autoria tem relevância como suporte de análise do modo como se realiza o risco.

Por ora, importa observar, sobretudo, que também o critério do alcance da norma não constitui impeditivo para que intervenções típicas culposas antecedentes de outras intervenções não sejam puníveis. Na hipótese em que uma pessoa sob incumbência de transportar explosivos deixa de contabilizar, por um lapso de atenção, uma dinamite, tornando-a acessível para terceiro que a emprega de modo a lesar dolosamente outras pessoas, a conduta do primeiro interveniente

---

<sup>242</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Fin de Protección de la Norma e Imputación Objetiva*. ADPCP. Vol. LXI, 2008. p. 30 s.

<sup>243</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Op. Cit.* p. 551.

está alcançada pela norma do injusto imprudente. Não há, na hipótese, inviabilidade de imputação para a doutrina contrária à participação culposa, mas autoria imprudente colateral ao homicídio doloso. Nesse sentido, a afirmação de Roxin é elucidativa:

“A hipótese de causação imprudente de um fato doloso não se trata de participação, mas de autoria imprudente. Tampouco se pode negar o nexos de antijuridicidade ou de imputação aludindo à própria responsabilidade do autor doloso, pois quando um sujeito que atua sem dolo tenha criado o perigo intolerável de um delito doloso, não há razão alguma para excluir a possibilidade de uma imputação imprudente junto ao delito doloso. A solução não consiste portanto em uma absoluta proibição de regresso, mas se trata de traçar os limites do princípio da confiança e portanto do risco permitido. (ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. 1997. p. 1007) (tradução nossa)”

Qualquer crítica que se faça sobre a argumentação de Roxin e demais autores alemães, a respeito da questão, deve ponderar o parâmetro de direito positivo avaliado por tais autores. O *StGB*, conforme afirmado no capítulo antecedente, trata, nos §§ 26 e 27, instigação e auxílio como condutas necessariamente dolosas. Por este motivo, é natural que, na argumentação acima, não se leve em conta a possibilidade diferenciadora nos crimes culposos. A preocupação de Roxin gira em torno da possibilidade ou não de punição de ações anteriores a uma autoria dolosa. Não se coloca em pauta o ‘como punir’ caso se trate de intervenção anterior caracterizada por um risco penalmente relevante. Toma-se como ponto necessário de partida o sistema unitário. Aparenta assim ter razão Ricardo Robles Planas ao afirmar que o debate na Alemanha acerca do tema é, em alguma medida, viciado em razão dos §§ 26 e 27, do *StGB*.<sup>244</sup>

Realizado o exame dos mais estabelecidos critérios da imputação objetiva, resta ainda avaliar o instituto da proibição de regresso, especialmente pela incidência destinada a hipóteses de intervenções de múltiplas pessoas.<sup>245</sup>

### 3.2.4. A proibição de regresso

O conceito de proibição de regresso antecede as modernas teorias da imputação objetiva. Segundo Joachim Hruschka, a expressão ‘proibição de regresso’ aparece pela primeira vez, em seu sentido originário, no ano de 1924, em trabalho de Frank, no qual este autor tratava da responsabilidade penal na indução sob a base normativa do § 48, do *StGB* de 1871.

<sup>244</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. *Participación en el Delito e Imprudencia*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, núm. 9. 2002. p. 223-251. p. 223.

<sup>245</sup> A análise de critérios e grupos de casos nos quais se tem como centro de análise cursos causais hipotéticos, a teoria do aumento do risco e o comportamento alternativo conforme ao Direito não agregariam à exposição elementos essencialmente diversos para a análise sobre a participação culposa.

Frank afirmava que “condições anteriores não livres e conscientes não são causa e, portanto, não fundamentam a responsabilidade do autor” e, concluía que ações não dolosas que precedam comportamento doloso não são alcançáveis pelo Direito Penal.<sup>246</sup>

O emprego do termo “causa livre” por Frank, no citado contexto, segundo Hruschka, não tinha qualquer relação com o conceito de causa como mero fenômeno físico. A ideia remetia ao conceito de causa como ente moral (no sentido de algo espiritual ou intelectual), imputável à liberdade de ação humana. Segundo Hruschka, trata-se de outra perspectiva do atuar humano, incompatível com a lógica meramente física da teoria da equivalência das condições. A admissão da causa física, em verdade, segundo Hruschka, constitui o oposto do que é causa na premissa de Frank, pois compreenderia o fenômeno material derivado de um processo determinista não como razão explicativa de algo (causa), mas como mero elemento de uma cadeia de eventos.

Hruschka defende o acerto das premissas de Frank na elaboração originária da proibição de regresso, ao salientar a preeminência lógica da perspectiva da liberdade de ação em face da situação naturalística e afirma que a proibição de regresso é um pilar do conceito restritivo de autor e da diferença entre instigação e autoria.<sup>247</sup> Autoria e instigação não seriam conceitos viáveis, segundo Hruschka, se não fosse possível idealizar quem causa (no sentido de causa livre) imputavelmente o tipo e quem não o faz, mas coopera para tanto.

Para Frank, segundo Robles Planas, a proibição de regresso constituía obstáculo para fundamentar a punição de um primeiro interveniente culposo estritamente na condição de autor.<sup>248</sup>

A primeira formulação da proibição de regresso atualmente não goza de maior reconhecimento na doutrina e, majoritariamente, a interpretação dada à concepção discrepa do que sustenta Hruschka. Para a interpretação majoritária sobre a concepção originária da proibição de regresso, trataria-se da defesa de uma espécie de interrupção da causalidade, o que, conforme dito anteriormente, é algo impossível materialmente, na medida em que a causalidade se baseia na continuidade da relação causa-efeito entre acontecimentos.

Depois da formulação inicial de Frank, Naucke defendeu que, quando um primeiro interveniente atua de modo imprudente, não é possível lhe imputar o resultado se sobrevinda

---

<sup>246</sup> HRUSCHKA, Joachim. *Prohibición de Regreso y Concepto de Inducción*. consecuencias. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, nº 5, 2000. p. 189-218. p. 189-190.

<sup>247</sup> *Ibidem*, p. 195.

<sup>248</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. *La Participación en el delito: fundamentos y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 84.

uma segunda causação dolosa excludente da possibilidade de domínio sobre o evento.<sup>249</sup> Otto, também citado por Robles Planas, fundamentava a proibição de regresso na ausência de possibilidade de controle.<sup>250</sup> Essas proposições posteriores à formulação de Frank, caracterizadas pelo emprego de termos como ‘domínio’ ou ‘controle’, em perspectiva de acentuação do caráter normativo do instituto, segundo Corcoy Bidasolo, deram “a base de tratamento da conduta imprudente como participação imprudente em fato doloso”.<sup>251</sup>

Segundo Corcoy Bidasolo, as teorias iniciais da proibição de regresso passaram a ser rechaçadas por dois motivos: primeiramente, não seriam compatíveis com o conceito unitário de autor mantido pela doutrina alemã majoritária para crimes culposos; em segundo lugar, parte da doutrina, entre eles Roxin e Schünemann, criticam que a solução dada para fatos com intervenções de terceiros ou da vítima seja deduzida invariavelmente de um princípio geral e não da análise do caso concreto e da norma especificamente aplicável ao caso.<sup>252</sup>

A exposição até aqui apresentada quanto ao conceito de proibição de regresso não tem relação, ao menos direta, com as modernas teorias da imputação objetiva. É necessário pontuar, contudo, a relevância dessas concepções pioneiras para algumas compreensões relativas às intersecções entre contribuições que envolvam a culpa e múltiplos agentes.

As bases das primeiras teorias da proibição de regresso produzem uma correspondência argumentativa ao paradigma da doutrina brasileira no sentido da defesa da homogeneidade de “elementos subjetivos”, isto é, identidade da imputação subjetiva entre autor e partícipe. Interpretada a ausência de homogeneidade subjetiva como uma ruptura de causalidade, encontraria-se nas teorias pioneiras da proibição de regresso um fundamento dogmático para a inviabilidade da participação culposa em autoria dolosa. Ocorre que tais formulações, se acolhidas fossem como fundamento da homogeneidade subjetiva no concurso de pessoas, apontariam exatamente para direção contrária do que defende a doutrina brasileira ao sustentar um sistema unitário no crime culposos. Na medida em que se maneja parâmetros normativos diferenciadores do que é ou não passível de imputação, a proibição de regresso fomentaria um sistema diferenciador entre intervenções, ou seja, situaria um comportamento antecedente culposos como participação diante da superveniência do comportamento doloso, e que, por essa

<sup>249</sup> NAUCKE, “Über des RegreBverbot im Strafrecht”, ZStW, n 76, 1964, p. 428 *Apud* ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. Cit.* 2003. p. 86.

<sup>250</sup> OTTO, *Kausaldiagnose und Erfolgzurechnung im Strafrecht*, FS-Maurach, p. 97 *Apud* ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. Cit.* 2003. p. 86.

<sup>251</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El Delito Imprudente: criterios de imputación del resultado*. 2ª ed. Editorial B de F: Buenos Aires, 2008. p. 527.

<sup>252</sup> *Ibidem*, p. 528.

razão, seria impunível no sistema alemão. Essa solução já seria diferenciadora e, portanto, incompatível com sistemas que se autoafirmem como unitários na culpa.

Referidas as primeiras construções da proibição de regresso, o conceito na doutrina contemporânea é concebido como um dos critérios gerais de imputação objetiva na participação. Uma parte da doutrina acolhe o critério, enquanto outra não o apresenta como essencial na teoria da imputação.

Jakobs foi o grande reformulador do conceito de proibição de regresso, de modo que atualmente o emprego do termo costuma remeter à configuração que propõe. Jakobs define proibição de regresso como:

“a proibição de recorrer, no marco da imputação, a pessoas que física e psiquicamente podiam ter evitado o curso lesivo – bastando ter a vontade de fazê-lo -, e, apesar da não evitação, não violaram seu papel de cidadãos que se comportam legalmente.” (JAKOBS, Günther. *Op. Cit.*, 2010. p. 64).

Para Jakobs, comportamentos cujos significados estejam imbricados ao cumprimento de papéis socialmente estabelecidos em uma determinada configuração, caso não apresentem por si mesmos um risco objetivo *ex ante*, não configuram comportamento punível.

A aplicação da proibição de regresso independe do conteúdo subjetivo da ação de quem desempenha o papel ou “cumpre pontualmente suas obrigações”, no termo empregado por Jakobs. Quem vende um chá para pessoa que o emprega em uma ação de envenenamento, mesmo que saiba do intuito do adquirente, objetivamente não realiza participação em sentido típico. Sob seu critério, não seria punível também a contribuição do taxista que transporta de uma cidade a outra pessoa que sabe que cometerá crimes no local de destino.

Por meio da proibição de regresso, Jakobs fundamenta a ausência de responsabilidade de um interveniente quando o “autor junta seu atuar a qualquer comportamento cotidiano de outra pessoa e desvia esse comportamento”<sup>253</sup> até que supostamente se tornasse delitivo. O homem que promete matar uma pessoa caso sua esposa dele se divorcie não transfere a ela, por exemplo, o significado delitivo da ação que venha a praticar.

Nas hipóteses em que um comportamento seja contextualizado em âmbitos comumente normatizados caracterizados por periculosidade intrínseca, tais como venda de armas, de materiais radioativos ou explosivos, Jakobs afirma que, por regra geral, as intervenções realizadas nesses contextos terão sentido delitivo enquanto constituem colocações abstratas em perigo.<sup>254</sup> Jakobs também excepciona a aplicação da proibição de regresso nas hipóteses em

<sup>253</sup> JAKOBS, Gunther. *Op. Cit.* 2010. p. 63

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 67.

que o contexto da prestação socialmente aceita se caracteriza por um perigo concreto<sup>255</sup>, tal como a venda de uma faca para envolvidos na intensa briga que se passa em frente à loja em que o objeto é comercializado.

Exposto o conceito de proibição de regresso em sua acepção contemporânea, é importante destacar que também esse critério da imputação objetiva não constitui impeditivo para a punição de intervenções anteriores culposas em face de outros comportamentos culposos ou dolosos que determinam um fato típico.

Jakobs discorda expressamente de autores que sustentavam que a proibição de regresso inviabiliza a punição de anteriores comportamentos culposos, quando a eles sobrevém riscos dolosamente gerados por um autor. Nesses casos, afirma ser possível a responsabilidade e salienta que “no campo da culpa existe um autor unitário só de forma atenuada, no sentido de que, expressamente, não se diferenciam as formas de participação das pessoas sujeitas a responsabilidade”.<sup>256</sup> Essa sugestão mitigadora do sistema unitário culposo não diz respeito à definição típica da conduta, mas ao “marco de medição da pena”.<sup>257</sup>

Examinada a proibição de regresso, importa observar que se trata de critério cujo fim é delimitar o âmbito da imputação. O conceito não se presta a definir propriamente o que é autoria ou o que é participação, tanto que, do modo como formulado por Jakobs, o princípio é um critério geral de imputação aplicável tanto na lógica unitária atribuída pelo autor aos delitos culposos, quanto aos crimes dolosos.

Em suma, a proibição de regresso nem impede a punição de intervenções culposas anteriores a outras intervenções dolosas ou culposas, nem as conforma como autoria ou participação, embora ao traçar critérios normativos de apuração das responsabilidades se aproxime, conforme interpretamos, de um contexto normativo diferenciador. A análise de uma proposição diferenciadora de autoria e participação nos crimes culposos preserva sua utilidade e não se confunde com o conceito citado, portanto. O sistema diferenciador e a proibição de regresso são dois referenciais relevantes para solucionar problemas no concurso de pessoas: a proibição de regresso delimitando âmbitos de responsabilidade e os critérios diferenciadores permitindo contornos do modo como se pode responsabilizar penalmente.

Pense-se na hipótese em que o armazenamento de um material altamente inflamável em uma reserva ambiental permite o acesso por terceiros em violação de regras expressas de

---

<sup>255</sup> JAKOBS, Gunther. *Op. Cit.* 2010, p. 69.

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 72.

segurança. A pessoa que o acessa desconhece a propriedade inflamável do material e o despeja no rio, dando causa à morte de animais e poluindo o ecossistema.

No caso em questão, a proibição de regresso não gera ausência de responsabilidade para o interveniente que armazena inadequadamente o material de modo a gerar risco penalmente proibido. A proibição de regresso também não atribui às condutas diversas definições na forma de manifestação típica. A concorrência de riscos penalmente proibidos culposos em casos como o referido, nos quais há diferentes graus de contribuição para o injusto, trazem a demanda da diferenciação normativa das condutas não apenas na valoração da pena, mas no próprio âmbito do injusto típico. Note-se que, sem a intervenção do terceiro, sequer o risco penalmente proibido do primeiro interveniente poderia ser realizado do modo como foi. Enquanto um sujeito configura concretamente a violação, o outro concorre para a mesma criando risco que também se realiza no resultado.

A distinção no plano do injusto mostra-se necessária porque, sem ela, o delito culposos perde a noção conceitual de comportamento típico e passa a esgotar-se apenas no conceito de risco proibido realizado no resultado, critério importante para o exame da tipicidade objetiva, mas vazio no que diz respeito à concreção da manifestação do comportamento proibido. Ao interpretar-se todo risco proibido como autoria na culpa, o princípio da taxatividade deixa de se fazer presente nos delitos culposos; viola-se o mandado de determinação e o princípio da culpabilidade, na compreensão de gradação material dos comportamentos típicos.

Para Cláudio Brandão, o qual identifica tipos culposos como tipos abertos, no delito culposos “o resultado exigido pelo tipo objetivo pode ser individualizado pela forma típica dolosa correspondente”.<sup>258</sup> Brandão entende que a não descrição minuciosa do comportamento culposos não viola o princípio da legalidade e situa no correspondente resultado doloso e no tipo objetivo do dolo o referencial do comportamento culposos.<sup>259</sup> Ocorre que, se a autoria é identificada, por grande parte da doutrina, como realização típica e os critérios diferenciadores demonstrativos da concreção da tipicidade somente se aplicam ao delito doloso, essa base de aferição do comportamento culposos a partir do delito doloso simplesmente não tem como se transladar. Por outro lado, ainda que autoria e realização do tipo não sejam conceitos sinônimos, é ideal que, em respeito ao princípio da legalidade, seja possível ter uma base ainda que quantitativa de avaliar formas de concreção da conduta proibida delimitada pelo tipo. Em um esquema unitário, a possibilidade de “individualização típica” suposta por Brandão não subsiste.

---

<sup>258</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 72.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 72.

Examinado o tipo objetivo culposo, conclui-se que apenas com critérios de delimitação de autoria e participação é possível interpretar o tipo de injusto culposo com referenciais comportamentais amoldáveis às figuras de autoria ou participação, a partir de modelos abstratos de comportamento analisados não na sua estrita manifestação fenomênica, mas de modo quantitativamente diferenciado na realização do injusto, o que levaria a configurar o tipo de determinada forma: direta ou mediata.

### **3.3. A diferença entre dolo e culpa – O parâmetro de imputação subjetiva adotado**

Explicitadas as bases da imputação objetiva para compreensão do tipo de injusto culposo e da repercussão dos conceitos sobre a participação, elucida-se a partir de então o parâmetro de imputação subjetiva adotado. Apenas sob a explicitação do método de aferição do conceito de culpa, é possível compreender o que poderá ou não ser participação culposa.

Culpa e dolo são conceitos que encontram inegáveis zonas de proximidade, independentemente da teoria que se proponha a conceituá-los. Por tal razão, o debate que se instaura para diferenciar culpa consciente de dolo eventual suscita tantas divergências entre correntes doutrinárias que se fragmentam entre posições cognitivas ou volitivas.<sup>260</sup>

Compreende-se que a definição do que seja culpa ou dolo deve tomar como ponto de partida a zona fronteira entre os conceitos, ou seja deve-se partir da distinção entre dolo eventual e culpa consciente. Propõe-se esta metodologia porque o propósito, ou dolo direto de primeiro grau, apenas representa a forma mais intensa de dolo e, assim, é situado em polo inverso ao da culpa, trazendo ilusória aparência de que não possuem esses conceitos elementos comuns ou próximos. Com a referência conceitual na espécie mais grave de dolo, naturalmente a distinção em relação à culpa padecerá de um vício metodológico porque ficará apegada à atributo accidental e não substancial dessa categoria dogmática: a vontade. Este elemento, enquanto componente psicológico-descritivo de lesar ou expor à lesão bem jurídico não existe, por exemplo, no dolo eventual. Nesse sentido, afirma Viana que “não há no dolo eventual genuína vontade, o propósito de realização do tipo”.<sup>261</sup>

---

<sup>260</sup> Não se pretende examinar no trabalho, pelas finalidades que lhe são inerentes, as diversas correntes sobre dolo. Todavia, entende-se pela necessidade de esclarecer a tomada de posição diante do debate contemporâneo, não apenas por sua efervescência, mas pela necessidade de esclarecimento da imputação subjetiva culposa. A análise das diversas teorias é bem desenvolvida por Viana em VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

<sup>261</sup> VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 89.

A afirmação da culpa depende da negação do dolo, razão pela qual faz-se necessário delimitar o que orienta e delimita este conceito. Na doutrina brasileira, predomina o entendimento de que dolo é um conceito composto de elementos cognitivo e volitivo. Para tal tomada de posição, parte-se da redação do art. 18, I, do CPB, segundo o qual age dolosamente quem quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. O teor normativo aparenta trazer carga de conteúdo volitivo ao dolo (vontade ou consentimento com o resultado proibido). O art. 20, do CPB, ao consubstanciar o erro sobre elementos constitutivos do tipo como culpa, descortina no enunciado legislativo o caráter cognitivo do dolo. O erro quanto a elementos típicos, ao catalisar a imputação culposa, por via reversa, permite concluir que o conhecimento integra o dolo.<sup>262</sup>

Segundo doutrina majoritária, o agente atua dolosamente quando, tendo conhecimento dos elementos típicos, dos meios que se utiliza para causar o resultado proibido e das consequências necessárias decorrentes da sua conduta, põe em marcha o processo lesivo ao bem jurídico. Nesses termos, daria-se o dolo direto. Por outro lado, o dolo eventual seria caracterizado pelo conhecimento de elementos típicos, representação do resultado proibido e assunção psicológica do agente a esse resultado.<sup>263</sup> Ambos conceitos, representativos de teorias volitivas do dolo (teoria da vontade e teoria do assentimento), o relacionam a uma aferição de cunho psicológico-descritivo. Ocorre que, mesmo sob o emprego dessas teorias, em contradição às suas premissas, a afirmação negativa ou positiva do dolo sempre foi extraída de circunstâncias do fato delituoso e não do acesso a um efetivo conteúdo psicológico interno. Por isso, diz-se que o dolo tem conteúdo atributivo-normativo, ou seja, diz respeito à elementos interpretados da conduta, relacionados ao âmbito de conhecimento do agente.

O pai que deixa o veículo sob a direção do seu filho de oito anos, ainda que acredite sinceramente no enorme potencial automobilístico da criança, por exemplo, não deixa de ser dolosamente responsável caso ocorra um atropelamento.<sup>264</sup>

---

<sup>262</sup> Jimenez de Asúa, citado por Horta, afirma que a diferença entre ignorância e erro em sentido estrito, “embora de superlativa transcendência psicológica, carece de interesse no direito positivo e na prática judicial, uma vez que as leis costumam atribuir à ignorância e ao erro em sentido estrito os mesmos efeitos, e denotam a ambos pela mesma expressão, geralmente por ‘erro’” (JIMENEZ DE ASUA *Apud* HORTA, Frederico. *Op. Cit.* p. 117). Neste sentido emprega-se o termo.

<sup>263</sup> Neste sentido, exemplifica-se o cenário doutrinário com Jesus (JESUS, Damásio Evangelista de. *Op. Cit.*, 2010, p. 328), Bitencourt (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* 2010. p. 316) e Prado (PRADO, Luiz Regis. *Op. Cit.*, 2011, p. 411).

<sup>264</sup> Na jurisprudência alemã, interessante exemplo para analisar esse caráter atributivo-normativo do dolo, pode ser dado a partir do “caso da cinta de couro” (*Lederriemenfall*). Nesse paradigmático julgado, citado por Cirino dos Santos, duas pessoas planejaram cometer um roubo inicialmente com o emprego de uma cinta de couro. O instrumento seria empregado, conforme planejado, sobre o pescoço da vítima para fazê-la desmaiar. Os agentes, contudo, teriam representado a possível morte da vítima e, por tal razão, substituíram o instrumento por um saco de areia envolto a um pedaço de pano. O saco de areia foi utilizado para golpear a vítima e, no curso da ação,

Luís Greco pondera que tanto conhecimento quanto vontade podem ter um caráter atributivo-normativo.<sup>265</sup> Ou seja, são interpretáveis a presença do “conhecer” ou do “querer”. Alguém que num mês muito chuvoso, sob o céu nublado, sai de casa sem levar guarda-chuva e sofre com a chuva prevista, pode afirmar sinceramente que não sabia que iria chover e ser, ainda assim, adequadamente refutado, em um sentido atributivo. Assim como poderia ser também refutado caso dissesse que não queria tomar um banho de chuva.

Greco entende que, no sentido psicológico, é indispensável para afirmação do dolo a presença de conhecimento. Segundo o mesmo, “o conhecimento é o fator subjetivo fundamental para que se possa considerar que o autor agiu com domínio ou controle sobre aquilo que estava em vias de realizar”.<sup>266</sup> O citado autor vai além e afirma que “conhecimento é domínio”<sup>267</sup>, razão pela qual argumentos de duas ordens se legitimariam para assim se delimitar o dolo e ensejar a esse tipo de imputação punições mais severas. O primeiro deles seria um argumento consequencialista, estaria no fato de que o domínio sobre a realização do fato gera maior necessidade de prevenção. Por outro lado, Greco sustenta que do domínio decorre maior responsabilidade na medida que quem pratica ações com conhecimento o faz de modo muito mais íntimo<sup>268</sup> do que quem não o tem.

Compreende-se como adequadas as ponderações feitas por Greco quanto à maior necessidade preventiva em face do dolo e quanto à maior responsabilidade. Greco apresenta, todavia, em meio à argumentação referida, premissa da qual divergimos, qual seja a de que o conhecimento não seja aferível no Direito Penal também em sentido atributivo-normativo. O conhecimento também pode ser afirmado em sentido atributivo-normativo, demandando-se, todavia, maior cautela na aplicação, sobretudo quando há possibilidade de conhecimento de elementos típicos de delitos diversos.

---

rasgou em razão da força empregada. Os agentes retomaram então o plano inicial de usar a cinta. Ao desafivelarem-na do pescoço da vítima, ela estava morta. Os agentes tentaram reanimá-la, mas não conseguiram. (CIRINO, Juarez. *Op. Cit.* 2005. p. 71) Cirino dos Santos entende que, no caso, tal como fundamentou o BGH, a retomada do plano inicial pelos agentes revelaria a conformação com o resultado depois de terem os autores levado a sério a sua possível verificação. Sob uma outra ótica, todavia, é possível notar que, desde o princípio da ação, no citado caso, os autores não queriam em sentido psicológico-descritivo matar a vítima. Por outro lado, afirmar que se conformaram com o resultado não deixa de ser algo meramente especulativo, no sentido psicológico, o que seria contestável em face do princípio do *in dubio pro reu*, se se almeja segurança na delimitação dos conceitos penais. O que se faz ao afirmar a suposta conformação com o resultado, em verdade, é uma afirmação de base deontológica. Ou seja, a interpretação guia a conclusão de que não poderia alguém negar o consentimento com um resultado ao levar a cabo ação que signifique risco tamanho, evidenciado pelo conhecimento concreto das circunstâncias.

<sup>265</sup> GRECO, Luís. *Dolo sem vontade*, In: Silva Dias et ali (coords.), *Liber Amicorum* de José de Sousa e Brito, Coimbra: Almedina, 2009, p. 885-905. p. 889.

<sup>266</sup> GRECO, Luís. *Dolo sem vontade*. 2009. p. 891.

<sup>267</sup> *Ibidem*, p. 891.

<sup>268</sup> GRECO, Luís. *Dolo sem vontade*. 2009, p. 892.

Convém exemplificar para demonstrar as hipóteses mais claras e problemáticas da atribuição normativa do conhecimento: pense-se no caso em que um homem se relaciona com uma franzina garota e desconhece, entretanto, sua idade exata. A compleição física lhe faz ter dúvidas quanto a idade, mas ainda assim o sujeito opta por relacionar-se com a garota. Posteriormente, descobre-se que a menina tinha 13 anos.

Situações como a referida acima são representativas de risco substancial à bem jurídico de elevada importância. No caso, inexistem efetivos dados contrafáticos em relação à idade da adolescente que possam fazer supor, com parâmetros seguros, que não seja uma potencial vítima de estupro de vulnerável caso o agente dê início à prática de atos libidinosos. A ausência da iniciativa do agente de informar-se diante de tamanho risco, situado na possibilidade de ter relações sexuais até mesmo com uma criança, não inviabiliza a imputação normativa do dolo enquanto conhecimento. Os parâmetros de cumprimento normativo são dados pela ordem jurídica e não por quadros mentais do agente, de modo que também o conhecimento está sujeito a parâmetros normativos de imputação. Neste sentido, também entende-se como normativamente adequada a doutrina de Günther Jakobs (exposição no tópico *infra* 4.6).

Nas hipóteses nas quais se tenha possibilidades representativas de riscos diversos pelo agente, é comum que a solução quanto a imputação se aproxime das constatações de erro, podendo-se afirmar apenas a existência de culpa. No caso em que um sujeito transporte mercadorias de outro indivíduo que o informou em situações pretéritas reiteradas ações de descaminho, constituindo a viagem possível ilusão de pagamento de tributo ao Fisco, inexistente razoável risco concreto demonstrativo de que os objetos transportados, na verdade, armazenavam cocaína. Nessas hipóteses, a atribuição do conhecimento relacionado ao delito de tráfico, por exemplo, implicaria em inegável responsabilidade objetiva.

A ponderação divergente quanto a atribuição normativa do conhecimento não implica divergir da ideia de que a base cognitiva do dolo não se esgota em um conhecimento qualquer, mas qualificado. No citado artigo desenvolvido por Greco, o autor conclui que dolo é “o conhecimento tal que lhe confira o domínio sobre aquilo que está realizando”.<sup>269</sup> A conclusão tem relação direta com a compreensão de que dolo e culpa não possuem conceitos reciprocamente excludentes. O dolo apresenta um conteúdo mais gravoso em face da culpa, todavia, na culpa também há conhecimento, em grau menor.

Imagina-se a seguinte hipótese: um pai, fisicamente incapaz, manda o filho menor, adolescente de 17 anos que dirige desde os 14, buscar rapidamente a sua avó na roça para trazê-

---

<sup>269</sup> GRECO, Luís. *Dolo sem vontade*. 2009. p. 902.

la urgentemente à cidade. O rapaz, acostumado a dirigir em provinciana cidade do interior de Minas Gerais, obviamente inabilitado e violando regras de trânsito, provoca a morte de uma pessoa em colisão na ultrapassagem não permitida.

No caso em questão, o pai tem conhecimento acerca de circunstâncias relacionadas ao risco proibido que se realiza no resultado. Há, todavia, reais indicadores contrários da realização de um resultado proibido tal como concretamente ocorrido. O caráter corriqueiro da utilização do carro pelo filho adolescente, a banalidade da prática em cidades pouco populosas e o uso do veículo pelo decurso de 3 anos sem provocar acidentes, sem intervenções impeditivas pelo poder público, delineiam a existência do conhecimento de um risco menor do que o seria em uma possível entrega do veículo a uma pessoa inabilitada qualquer.

No exemplo em questão, não é correto dizer que haja ausência de conhecimento pelo pai do adolescente. Há conhecimento do risco, todavia em grau menor do que o grau do dolo, autorizando-se a imputação culposa. O dolo supõe, assim, a presença de elementos representativos de maior risco. Esse aspecto não deriva da mera constatação formal do risco proibido, mas do contexto fático representativo de considerável nexos com uma lesão ou exposição de lesão sem justificados indícios contrários da sua evitação. Por outro lado, a culpa constitui-se como risco proibido previsível e evitável permeado por elementos concretos indicativos de não concretização do resultado.

Eduardo Viana afirma, em sentido ao qual se adere, que “o dolo pode ser adequadamente fundamentado com base no elemento cognitivo”.<sup>270</sup> O citado autor justifica que a representação do perigo permite o exercício do controle sobre o próprio corpo e que, portanto, domine o que está sendo ou será realizado. Viana explica que apenas um complexo de circunstâncias extraídas da concreta análise fática permite ou não o juízo de inferência no sentido que a compreensão do risco dominável pelo conhecimento descortina um compromisso cognitivo com a realização dolosa.<sup>271</sup> A análise de critérios fáticos reveladores do que afirma como compromisso cognitivo é um dos grandes méritos da obra do autor e fornece bons elementos para a diferenciação entre riscos dolosos e culposos. Discorda-se, entretanto, de Viana quando supõe que a diferença de intensidade do domínio estaria no aspecto da ausência de representação de quem atua culposamente.<sup>272</sup> Esse posicionamento implicaria na desaparecimento da categoria dogmática da culpa consciente, que ocorre sob representação do resultado pelo agente. Caso se reduza a culpa

---

<sup>270</sup> VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 294.

<sup>271</sup> VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 282.

<sup>272</sup> *Ibidem*, p. 294.

a hipóteses de não representação do resultado se expandiria indevidamente a responsabilidade penal dolosa e se deixaria de reconhecer os conhecimentos de menor grau na culpa.

Ingborg Puppe, sob uma posição normativa, propõe uma divisão quantitativa entre crime doloso e crime culposo, considerando a criação consciente de um perigo como algo passível de ser suficiente para a definição do dolo, sem que o poder de decisão sobre a relevância do perigo seja atribuído ao próprio agente.<sup>273</sup> Partindo de tal premissa, a pergunta decisiva para a aferição do dolo, segundo a autora, passa a ser se “a confiança de inocorrência típica pelo autor merece ser levada em consideração pelo Direito?”, em vez do que faria a doutrina majoritária ao questionar comumente se o autor confiou ou não na ocorrência do resultado.<sup>274</sup>

Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar afirmam, em perspectiva crítica às teorias normativas do dolo que:

“como o conceito psicológico oferece dificuldades para sua prova processual, é ele substituído por uma ficção de dolo, afirmando-se que haverá dolo quando assim o indicar seu inequívoco sentido social. Embora categorias assim imprecisas não sejam escassas na doutrina, o caráter abertamente reacionário fica patente quando se busca legitimá-lo em perspectiva constitucional, afirmando que a pretensão dos cidadãos de se verem protegidos pelo Estado é irrealizável sem uma certa renúncia de sua parte à correlativa pretensão de nunca serem condenados sem efetivamente ter cometido um delito [...]”. (ZAFFARONI, Raul Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, segundo volume. 2010. P. 281).

A crítica dos citados autores, em que pese parta da justificada preocupação garantista com a possível construção de teorias que visem sanar falta de provas, desconsidera que, em verdade, o conceito psicológico de dolo nunca foi barreira alguma para imputações e condenações em sentido atributivo-normativo. A afirmação de cunho descritivo-empírico, em uma ordem jurídica que racionalmente não admita devassar o âmbito íntimo do ser humano, possui caráter meramente especulativo. Ademais, a discussão do caso penal baseada em estados mentais indemonstráveis atribuído ao Direito Penal caráter anímico, predominantemente moral e, conseqüentemente, não garantista, posto que não afeito a uma perspectiva de fundamentação a partir do fato.

Entende-se, portanto, que a culpa se diferencia do dolo por representar menor grau de risco, caracterizado pela ausência de indícios fortes de nexos entre a conduta e a realização do resultado proibido.

A tomada de posição normativa para o conceito de culpa influencia positivamente na perspectiva diferenciadora entre autoria e participação culposa. Conforme se verá ao longo do

<sup>273</sup> PUPPE, Ingborg. *A distinção entre dolo e culpa*. trad. Luís Greco. Barueri-SP: Manole, 2004. p. 79.

<sup>274</sup> *Ibidem*, p. 79.

capítulo 5, autores adeptos da diferenciação entre autoria e participação culposa que concebem dolo e culpa como elementos de diversas naturezas, incoerentemente partem ainda de critérios análogos aos empregados em crimes comissivos dolosos, principalmente análogos à teoria do domínio do fato para a análise de crimes culposos. Não é impossível empregar noções diferenciadas de domínio, mas nos parece haver incongruência dogmática em supor que as teorias sobre o conceito de autor serão guiadas para cada tipo de injusto pela mera integração ou não do resultado na compreensão da realização causal pelo agente.

Para a teoria do domínio do fato, autoria é realização do tipo. O manejo, ainda que adaptado, dessa teoria para diferenciar autoria e participação imprudente, ao desconsiderar-se sua base subjetiva, indica, em verdade, a proximidade entre culpa e dolo e suas caracterizações como elementos de uma mesma natureza normativa.

### **3.4. Conclusões parciais**

1. Os requisitos da imputação objetiva não impedem que contribuições típicas mediatas se realizem no resultado, de modo que é equivocado supor que a admissibilidade da participação culposa ou participação no crime culposos implique ampliação das formas de responsabilidade penal. Toda forma de contribuição típica na dogmática contemporânea depende da configuração dos requisitos de imputação objetiva.

2. A inexistência da participação culposa faz com que contribuições culposas acessórias sejam punidas como autoria colateral ou como coautoria culposa.

3. A noção de concausação culposa, que sempre foi um dos maiores entraves para se pensar um sistema diferenciador culposos, não é mais o fundamento estruturante da tipicidade objetiva. Apesar da causalidade, somente com a superação de requisitos normativos de imputação se fundamenta o tipo objetivo, seja doloso ou culposos.

4. O dogma da homogeneidade de elementos subjetivos, tomado como requisito elementar do concurso de agentes não deve subsistir na dogmática penal. Não há regra legal que o ordene, nem há razões dogmáticas relevantes para tanto. Trata-se de referência doutrinária antiquada que segue uma lógica naturalista impeditiva das valorações ao fato sob a falsa crença de que elementos subjetivos típicos devam ser captados como dados empíricos pelo intérprete.

5. A teoria dos tipos penais abertos não fundamenta diferença alguma de natureza entre crimes dolosos e culposos. A teoria fundamenta uma falsa dicotomia porque a abertura viável do tipo diz respeito unicamente a viabilidades valorativas, que podem ter grau relativamente maior ou menor em certos tipos, sejam eles dolosos ou culposos. Trata-se de teoria a ser superada, pois suas premissas não são compatíveis com uma dogmática valorativa.

6. As finalidades da teoria da imputação objetiva não esgotam a relevância de um sistema diferenciador culposo. Enquanto a teoria da imputação objetiva traça os requisitos de imputação do fato aos agentes, o sistema diferenciador conforma o modo de responsabilidade de cada agente.

7. A realização do risco proibido no resultado não significa que o fato lesivo tenha que ser configurado por risco próprio, de modo que não há sentido em pensar na culpa ou no resultado culposos como conceito relacionado a um dever personalíssimo impeditivo da participação.

8. O critério do alcance da norma constitui motivo de diferenciação entre agentes que atuem tipicamente porque a participação não constitui intervenção típica direta. Participação é intervenção típica mediata calcada em norma geral extensiva da tipicidade que alarga, sob a base da noção de risco proibido e realização no resultado, o alcance da norma típica diretamente aplicável ao autor.

9. A proibição de regresso não fundamenta a ausência de punibilidade de contribuições típicas culposas caso a elas se sucedam realizações típicas dolosas.

10. A proibição de regresso é instituto incompatível com sistemas unitários-causais e mais se aproxima conceitualmente da lógica diferenciadora típica entre os agentes porque limita a imputação típica a agentes a partir de parâmetros normativos de aferição.

11. A exigência de requisitos de imputação objetiva para configuração da autoria e da participação demonstra que inexistem razões estruturais que fundamentem natureza diversa entre tipos objetivos dolosos e culposos. Não aparece no processo de imputação objetiva razões para diferentes sistemas de autoria entre os tipos de injusto.

12. Dolo e culpa são formas de imputação subjetiva que não se diferenciam qualitativamente. Dolo é uma forma de imputação baseada na criação de riscos proibidos quantitativamente maiores, conhecidos pelo agente e caracterizados por concretos indícios fáticos de realização lesiva. Culpa, por sua vez, é uma forma de imputação baseada na criação de riscos proibidos desconhecidos pelo agente ou conhecidos sob menor grau, baseado na existência de concretos indícios relevantes contrariadores da realização lesiva.

13. Não há razões que determinam sistemas diversas para cada tipo de injusto (doloso e culposo) a partir de um conceito normativo de imputação subjetiva.

14. Os conceitos normativos da imputação subjetiva influem para a superação da ideia de acordo em sentido psicológico como elemento do concurso de pessoas, tendo em vista que o conceito é especulativo sobre estados mentais.

#### **4. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE AUTOR E FORMULAÇÕES NÃO RESTRITIVAS DA AUTORIA CULPOSA**

Viu-se nos capítulos antecedentes que as doutrinas brasileira e alemã majoritárias tomam como base um sistema unitário de interpretação do crime culposos, de modo a sustentarem que não há distinção entre autores e partícipes no plano típico.

A evolução teórica do concurso de pessoas e as formulações desenvolvidas para o crime culposos no tema constituem tópico indispensável para a significação dos diversos sistemas no panorama contemporâneo. Os problemas do concurso de pessoas, embora tenham sido historicamente tratados sob a clara perspectiva de soluções úteis aos crimes comissivos dolosos, não fizeram com que sistemas interpretativos antigos deixassem de idealizar a aplicação de critérios diferenciadores aptos aos tipos culposos.

Nesse capítulo, avalia-se a evolução do concurso de pessoas sob a ótica dos delitos culposos, tendo como norte a busca de elementos para avaliar a viabilidade do sistema diferenciador culposos.

Após a exposição da evolução dogmática do tema, seguida de considerações críticas sob o enfoque da participação culposos em cada subtópico, avalia-se concepções contemporâneas sobre o concurso de pessoas que tomam como parâmetro o sistema unitário e viabilizam diferenciações entre intervenções típicas apenas na aplicação da pena.

##### **4.1. Teoria objetiva-formal**

As concepções objetivas-formais da autoria definem autor como aquele que realiza total ou parcialmente o comportamento descrito pelo tipo da parte especial.<sup>275</sup>

Segundo Roxin, a teoria objetiva-formal recebeu esse nome de Birkmeyer, em 1908, mas já no início do século XIX era defendida por muitos autores que baseavam o conceito de autor na realização dos elementos aferidos do enunciado que condensa o comportamento proibido.<sup>276</sup> Para Roxin, é inadequada a afirmação de que essa teoria seria autenticamente objetiva, pois ao basear-se no tipo levava em conta elementos subjetivos inseridos na norma proibitiva. Nesse sentido, Roxin afirma que mesmo em uma época em que ninguém pensava

---

<sup>275</sup> Assim definem ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 2000. p. 54 e DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Op. Cit.* 1991. p. 411. Para Nilo Batista, o contentamento com a realização parcial de ações típicas pelas teorias formais-objetivas revela que seu compromisso com a tipicidade “não é tão profundo quanto apregoado por seus seguidores”. (BATISTA, Nilo. *Op. Cit.* p. 64).

<sup>276</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 2000. p. 54.

ainda em considerar o dolo como elemento do tipo, os defensores da teoria objetiva-formal, ao pretender distinguir o coautor do cúmplice, só consideravam coautor no delito doloso aquele que realiza a ação típica de modo final.<sup>277</sup>

Beling, entre muitos, foi um dos grandes expoentes da teoria formal-objetiva. Beling lecionava que a realização do delito-tipo configuraria uma ação principal, proibida pela norma penal. As condutas acessórias da realização de elementos do tipo, embora não correspondessem aos elementos da proibição da norma penal, não poderiam ser ignoradas tendo em vista a acessoriedade para ações puníveis.<sup>278</sup>

Ao tempo da produção de Beling, o *StGB* estabelecia no § 49.1, que cumplicidade seria “a ajuda voluntária ao autor para executar uma ação ameaçada com pena em delito ou falta”.<sup>279</sup> A doutrina majoritária interpretava que este dispositivo exigia dolo para a participação, conforme lecionava Liszt.<sup>280</sup> Diante disso, a doutrina alemã de seu tempo não elaborou contribuições maiores para a participação culposa. Entretanto, conforme salienta Raquel Roso Cañadillas, a teoria objetiva-formal tal como pensada por Beling permitia seu emprego para diferenciar autoria e participação tanto em delitos dolosos quanto em delitos culposos.<sup>281</sup>

Beling criticava a jurisprudência do RG (*Reichsgericht*) nas soluções de casos de intervenções culposas em fatos dolosos, conforme demonstra Roso Cañadillas.<sup>282</sup> O tribunal alemão costumava valer-se da teoria da proibição de regresso de Frank para afirmar interrupção do nexo causal nesses casos e limitar a punição ao autor doloso. Para Beling, essa seria uma saída por via de “uma construção auxiliar singular e supérflua”.<sup>283</sup> O adequado, para Beling,

<sup>277</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 2000, p. 55.

<sup>278</sup> Neste sentido, afirmava Beling que “as ações preparatórias e secundárias, com as quais um sujeito tenha contribuído para que outro realize o delito-tipo não poderiam pura e simplesmente serem ignoradas do ponto de vista da política penal”. (BELING, Ernst v. *Esquema de Derecho Penal: la doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: Libreria El Foro, [1930] 2002. p. 145).

<sup>279</sup> Gimbernat Ordeig assim traduz os termos do § 49.1, do *StGB*, vigente até 1975: § 49.1: “Se castigará como cómplice quien, con consejos o con hechos, preste ayuda voluntariamente al autor para ejecutar una acción amenazada con pena como delito o falta”. (“*Als Gehilfe wird bestraft, wer dem Täter zur Begehung einer als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedrohten Handlung durch Rat oder Tat wissentlich Hilfe geleistet hat*”) (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad*. Nuevo Foro Penal. n. 82, janeiro-junho de 2014. Universidade EAFIT. Disponível em: dialnet.com. p. 106).

<sup>280</sup> A regra do antigo *StGB* suscita divergências na doutrina contemporânea quanto à exigência ou não de dolo para a participação em sentido estrito no antigo regramento alemão. Robles Planas, por exemplo, leciona que não se exigia dolo (ROBLES PLANAS, Ricardo. *La Participación en el delito: Fundamento y Limites*. 2003. P. 84, nota 14). Roso Cañadillas afirma o contrário (ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Op. Cit.* 2002. p. 93). A doutrina clássica alemã traz a segunda compreensão como mais precisa. O desenvolvimento do capítulo torna isso perceptível sobretudo pela doutrina de Liszt.

<sup>281</sup> ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Op. Cit.* 2002. p. 91-92.

<sup>282</sup> ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Op. Cit.* 2002. Pgs. 91-92.

<sup>283</sup> BELING, Ernst v. *Op. Cit.* [1930] 2002. p. 105.

seria diferenciar autoria e participação a partir dos tipos e, assim, a participação culposa já seria impunível *de lege lata*.

Beling e Liszt<sup>284</sup> vinculavam automaticamente as hipóteses em que uma pessoa participa dolosamente no fato culposo de outra à categoria da autoria mediata.<sup>285</sup>

Liszt definia autoria como “a causação ou o não impedimento de um resultado relevante, segundo o Direito Penal”.<sup>286</sup> Nesse sentido, dizia que “autor é, em primeiro lugar, o que executa só toda ação criminosa, o que por si só realiza todas as circunstâncias compreendidas na qualificação legal do crime”.<sup>287</sup>

A autoria mediata era compreendida em meio à teoria objetiva-formal a partir da ideia de que “no uso verbal corrente”, segundo Beling, a conduta de quem instrumentaliza outrem também está compreendida no conteúdo dos delitos-tipos”.<sup>288</sup> Liszt inseria o dolo como componente elementar dos conceitos da coautoria<sup>289</sup>, instigação<sup>290</sup> e cumplicidade.<sup>291</sup>

Roso Cañadillas destaca que também Grünhut adotava um parâmetro objetivo-formal de autoria e definia autor como aquele que realiza ações executivas.<sup>292</sup> Grünhut destacava o problema da participação dolosa em um fato culposo e formulava uma concepção de acessoriedade limitada e objetiva, ou seja, sem considerar como questão elementar da acessoriedade o dolo ou a culpa.<sup>293</sup> Ainda segundo Roso Cañadillas, Grünhut analisava a

---

<sup>284</sup> LISZT, Franz v. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F Briguiet & C. 1899. p. 358.

<sup>285</sup> Neste contexto, argumentava Beling: “É discutível se a participação se circunscreve a participação em fatos dolosos ou se, segundo os §§ 48 e 49, do *StGB*, também se considera a participação em fatos principais culposos puníveis. Por regra geral, a questão carece de valor prático, pois se um segundo interveniente não obra dolosamente, mas só de modo imprudente, aparece como instrumento sob poder de um primeiro, e assim a pena do primeiro está fundada já por regra no ponto de vista da autoria mediata. (BELING, Ernst. V. *Op. Cit.*, [1930] 2002. p. 147).

<sup>286</sup> LISZT, Franz v. *Op. Cit.* 1899. p. 355.

<sup>287</sup> LISZT, Franz v. *Op. Cit.* 1899. p. 355-356.

<sup>288</sup> BELING, Ernst v. *Op. Cit.* [1930] 2002. p. 104.

<sup>289</sup> Para Liszt, a lei, exigindo execução em comum, mostra que o dolo dos co-delinquentes é um dos caracteres da ideia de coautoria. Segundo ele, “aqui o dolo envolve a representação de que o agente concorra por meio da sua ação com os demais para um fim comum. Se falta essa consciência da atividade coletiva, não pode haver coautoria no sentido da lei. Não se dá pois coautoria quando em um dos dois coparticipantes falta imputabilidade ou o dolo”. (LISZT, Franz v. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F Briguiet & C. 1899. p. 360-361.).

<sup>290</sup> Liszt ensinava que “instigação é a dolosa determinação de outrem para a ação punível que o induzido dolosamente praticou” (LISZT, Franz v. *Op. Cit.*. 1899. p. 363). Em sua doutrina, já se via a concepção da ideia de duplo-dolo na instigação, que segundo ele envolveria a representação da ação própria (do instigador); representação da ação de outrem; representação de que esta é provocada por aquela”. (LISZT, Franz v. *Op. Cit.*. 1899. p. 365).

<sup>291</sup> Para Liszt, “cumplicidade por assistência é o auxílio dolosamente prestado para o crime que outrem dolosamente cometeu”. A diferença na estrutura do dolo, em relação à instigação, segundo esse autor, seria que na cumplicidade “não é necessário que o autor tenha conhecimento do auxílio que lhe é prestado”. (LISZT, Franz v. *Op. Cit.*. 1899. p. 366-367).

<sup>292</sup> ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Autoría y Participación Imprudente*. Granada: Edt., Colmares. 2002. p. 93

<sup>293</sup> *Ibidem*, p. 93

participação culposa em casos nos quais o *StGB* atribuía distinta redação aos delitos culposos em face dos seus homólogos delitos dolosos. Era o caso, por exemplo, de delitos como homicídio, lesões corporais e incêndio, os quais nas modalidades culposas o enunciado empregava singularmente como verbo-núcleo do tipo a palavra ‘causar’. Grünhut defendia a diferenciação entre autoria e participação nestes delitos de resultado e propunha que “os casos de causação que não são ações de execução são precisamente provocação ou favorecimento do fato de outro e seriam puníveis como participação dolosa em uma ação antijurídica alheia – dolosa, imprudente ou não culposa”.<sup>294</sup>

Grünhut, embora salientasse a possível diferenciação no que parte da doutrina chamava de “delitos de pura causação” solucionava de modo *contra legem* os casos de participação culposa. Esse autor admitia a punição como se participação dolosa fosse em termos contrários ao que estabelecia o *StGB*.<sup>295</sup> O diploma legal alemão, à época, limitava, segundo interpretação dominante, a participação ao dolo.<sup>296</sup> Estabelecia o *StGB*, assim, um sistema que fazia a doutrina majoritária entender mais adequada a punição desses comportamentos como autoria culposa, sob a lógica unitária.

#### 4.1.1. Considerações críticas

A concepção objetiva-formal acerta no ponto de partida, ao relacionar autoria à realização típica. Entretanto, isto é apenas um princípio relevante. Muitos tipos penais não permitem a conclusão quanto ao critério da sua realização e nem por isto são inconstitucionais. É o caso dos delitos puramente de resultado. Nenhum jurista argumenta que “matar alguém” seja um enunciado inconstitucional por violar o princípio da taxatividade, mas a doutrina penal obviamente depende de formulações doutrinárias para compreender o que é ser autor de homicídio, seja doloso ou culposos.

As ponderações das formulações objetivas-formais são insuficientes justamente para que se possa identificar como se manifesta a realização típica.

Os autores que formularam concepções objetivas-formais se opunham às críticas quanto ao formalismo da remissão ao tipo como critério da autoria acrescentando que a realização do tipo (total ou parcial) se daria por meio da prática de atos executórios. Este recurso, no entanto,

---

<sup>294</sup> ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Autoría y Participación Imprudente*. Granada: Edt., Colmares. 2002, p. 93.

<sup>295</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>296</sup> Vide nota de rodapé nº 278.

é apenas um deslocamento do problema. Mostra-se necessário fundamentar o que significa a execução de elementos do tipo, demonstrar o seu critério de concreção.

Realizar o tipo ou praticar atos executórios são definições excessivamente abstratas, rótulos que apenas aparentam apresentar algum critério sem verdadeiramente o fazê-lo. Na metodologia das concepções objetivas-formais, ou o jurista se coloca a repetir como conceito de autoria (realização parcial) o significado de tipicidade ou repete um arquétipo também formal de definição da tentativa.

Outra crítica comumente feita às concepções objetivas-formais diz respeito à sua fundamentação da autoria mediata. É plenamente possível dizer que uma pessoa realiza o tipo por intermédio de outra, entretanto é problemático supor que um critério definidor de autoria pode estar atrelado, de modo exclusivo, ao “uso verbal corrente”, conforme dizia Beling. Por mais que o direito não seja concebido para os juristas, e sim para a sociedade, é considerável reducionismo atribuir ao uso verbal corrente a capacidade de dar a compreensão exata ou ao menos segura de conceitos jurídicos complexos.

Pode ser consideravelmente estranho para um leigo assimilar que o indutor de um delito não é autor, aliás, mesmo juristas divergem a respeito dessas elaborações. Uma análise feita com base apenas na linguagem comum fica parcialmente afastada do Direito porque a ordem jurídica trabalha sob a emissão de imperativos de conduta e atribuições de direitos e deveres, muitas vezes complexos, limitados a certos âmbitos ou hipóteses. A linguagem corrente pode e deve guiar a elaboração de um critério intelectivamente claro, entretanto não é o que por si mesmo traz o sentido da mais grave forma de manifestação típica.

Uma vantagem da concepção objetiva-formal é a possibilidade de aplicação das suas bases para diferenciar autores e partícipes em delitos culposos e delitos dolosos. Não era o caso da formulação de Liszt que, por exemplo, partia de uma concepção objetiva-formal, mas definia participação em termos incompatíveis com o tipo culposo. Beling, entretanto, formulava conceitos mais objetivos e, desse modo, esquematizava um sistema manejável para ambos tipos de injusto.

Fernando Guanárteme Sánchez Lázaro salienta que “a teoria objetiva-formal oferece facilidades para solucionar os problemas que coloca a intervenção delitativa nos delitos imprudentes”, pois “permite operar com independência da responsabilidade subjetiva dos autores”.<sup>297</sup>

---

<sup>297</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Intervencion Delictiva y Imprudencia*. Granada: Edt. Comares, 2004. p. 37.

Sob uma fundamentação deficitária da autoria mediata, Beling e Liszt vinculavam automaticamente ao conceito qualquer comportamento antecedente doloso em face do executor que age culposamente. Assim, esses autores não se atentavam que nas hipóteses em que o agente executor atua culposamente por erro, é possível que o erro vencível não tenha sido determinado pelo autor mediato, que poderia acreditar erroneamente que o executor atua também dolosamente. Essas hipóteses carecem de uma análise mais apurada pois constituem casos em que o sujeito de trás erra na valoração sobre o significado do comportamento do executor. Quando a pessoa da frente atua em erro não gerado e desconhecido pela pessoa de trás, não há verdadeiramente controle por quem intervém mediatamente em sentidos objetivo e subjetivo. Nas concepções objetivas-formais, em regra, estes casos teriam mesma valoração que os casos em que o erro da pessoa da frente é determinado pela pessoa de trás.

Grünhut, entretanto, verificou a possibilidade de participação dolosa em conduta de autor culposo e formulou uma concepção de acessoriedade objetiva. Esta premissa constituiu posição elogiável, pois a contribuição relevante com unidade de sentido para imputação comum não deve depender de aferições subjetivas como se fossem dados empíricos determinantes de uma única valoração possível.

Apesar da premissa positiva, as conclusões que Grünhut apresentou se mostraram equivocadas ao admitir a punição de participações culposas como se fossem participações dolosas. Nesse contexto, a formulação de Grünhut, quanto à admissão da participação culposa como se dolosa fosse, era um remédio mais letal do que a doença, pois evitava-se a autoria culposa para afirmar-se forçosamente a participação dolosa. O posicionamento neste aspecto não teria compatibilidade com o Direito Penal pautado pela culpabilidade.

#### **4.2. Teoria objetiva-material**

Dentro do que se chama teoria material-objetiva, há um complexo de variações doutrinárias arquitetadas para diferenciar os conceitos de autoria e participação a partir de características substanciais do comportamento em sua relação com o resultado. Essas teorias buscavam elementos da conduta valorada que pudessem atribuir ao autor um comportamento mais gravoso em relação ao comportamento do partícipe.

As variáveis doutrinárias objetivas-materiais são designadas como materiais porque se fundamentam em uma característica extraída dos comportamentos de autor e partícipe, sem considerar o tipo como elemento suficiente para solução do problema. Ademais, tais teorias são

concepções objetivas porque baseiam-se em uma análise sobre o fato e não sobre elementos meramente subjetivos dos intervenientes típicos.

Uma característica comum das teorias materiais-objetivas, segundo Batista<sup>298</sup> e Roxin<sup>299</sup>, é tomarem como ponto de partida a diferenciação entre conceitos a partir de uma noção diferenciadora da causalidade, ou seja, uma distinção sob o ponto de vista físico ou temporal das contribuições para a realização do delito.

Quatro variantes de critérios materiais-objetivos são destacadas pelas exposições doutrinárias de Roxin<sup>300</sup>, Miguel Diaz y García Conlledo<sup>301</sup> e Carolina Bolea Bardon.<sup>302</sup> Segundo estes autores, as mais destacadas formulações elencáveis entre os critérios materiais-objetivos são as teorias da necessidade (autor é quem realiza a conduta imprescindível para o delito; o partícipe constitui causa acessória)<sup>303</sup>, da simultaneidade (autor é quem atua no momento de realização do delito; o partícipe atua previamente)<sup>304</sup>, da distinção entre causalidade física e psíquica (autor constitui a causa física do evento; o partícipe é causa

---

<sup>298</sup> BATISTA, Nilo. *Op. Cit.* 2008. p. 65.

<sup>299</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. 7ª ed. Barcelona: Marcial Pons, 2000. p. 58.

<sup>300</sup> *Ibidem*, p. 58-69.

<sup>301</sup> DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La Autoría en Derecho Penal*. 1ª ed. Barcelona: PPU, 1991. p. 536-542.

<sup>302</sup> BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría Mediata en Derecho Penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000. p. 61.

<sup>303</sup> A teoria da necessidade diferenciava autoria e participação, conceituando autor como aquele cuja contribuição ao fato é causalmente imprescindível. Feuerbach é citado por Roxin como um dos adeptos dessa ramificação, pois entendia viável a diferenciação entre causas principais e acessórias. Também Liepmann, Baumgarten e Kohlrausch propuseram, segundo Roxin, concepções semelhantes. Ainda segundo Roxin, muitas ideias correspondentes ao que se denomina por critério objetivo-material são identificadas entre codificações e proposições doutrinárias ainda na primeira metade do século XIX. (ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 2000. p. 58-59). Diaz y García Conlledo realça que a teoria da necessidade foi tomada em conta pela lei espanhola para prever a espécie de participação chamada por cooperação necessária, ainda que a jurisprudência e a doutrina costumem misturar critérios, tais como a teoria da escassez de bens de Gimbernat Ordeig e a própria teoria do domínio do fato de Roxin para tentarem delimitar corretamente o conceito desta forma de participação. (DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Op. Cit.* 1991. p. 537).

<sup>304</sup> A teoria da simultaneidade considerava, em regra, autoria os comportamentos que constituíssem intervenção no momento de realização do fato, enquanto as cooperações prévias eram interpretadas como condutas de cumplicidade. Roxin destaca entre seus adeptos autores como Fuchs e Birkmeyer (ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 2000. p. 62).

psíquica)<sup>305</sup>, e a teoria da supremacia do autor (autor é quem ocupa uma posição superior para realização do delito; o partícipe tem atuação subordinada).<sup>306</sup>

Wuttig, citado por Sánchez Lázaro, assinala que o caráter objetivo dessas teorias as torna trasladáveis, sem problemas de incompatibilidade, ao campo dos delitos culposos.<sup>307</sup> Luciana Monteiro, em trabalho doutoral, pontua que não se vê na doutrina aplicações elaboradas e específicas dessas teorias para diferenciar contribuições dos intervenientes nos delitos culposos. Segundo Monteiro, isso pode ser explicado porque as teorias causais foram utilizadas normalmente pela doutrina justamente para fundamentar um sistema unitário nos delitos culposos.<sup>308</sup> Frank, todavia, quando formulava a teoria da proibição de regresso e chegava à conclusão de que seriam impuníveis as anteriores contribuições culposas em face de supervenientes condutas dolosas, o fazia, segundo Robles Planas, para excluir apenas a possibilidade de autoria no comportamento anterior culposo, sem excluir a possibilidade de participação.<sup>309</sup>

Para Robles Planas, a interpretação restritiva da proibição de regresso para desqualificar condutas como autoria teria por base a afirmação de Frank quando diz que “quem coloca uma precondição no fato só pode ser castigado como partícipe, sempre e quando, evidentemente, haja as condições para o castigo da participação”.<sup>310</sup>

---

<sup>305</sup> Segundo Roxin, a teoria da distinção entre causalidade física e psíquica que mais ficou conhecida se atribui a Frank. Frank partia da concepção objetiva-formal de autoria para os delitos de mera conduta, entretanto sustentava que nos crimes de resultado a autoria é uma causalidade física enquanto a participação constitui uma causalidade psíquica. (ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 7ª ed. 2000. p. 67). Diaz y García Conlledo, embora parta de uma exposição muito semelhante à de Roxin, prefere situar a teoria de Frank em uma nomenclatura comum das teorias que distinguem entre causalidade direta e indireta. Segundo o autor espanhol, as teorias que partiam desse tipo de distinção, não raro acrescentavam elementos de possibilidade voluntária e configuração do curso causal para delimitar a figura do autor. Assim, são um claro precedente da teoria do domínio do fato, se é que, segundo Diaz y García Conlledo, “já não seriam a teoria do domínio do fato, com excessivas ressonâncias causais e uma certa confusão”. (DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Op. Cit.* 1991. p. 541).

<sup>306</sup> A também chamada de teoria da supremacia foi idealizada, segundo Roxin, por Dahm e Richard Schmidt, com o objetivo de diferenciar cumplicidade e coautoria a partir da análise do caso concreto, buscando identificar se a contribuição deve ser entendida como uma relação de equivalência ou de subordinação e supremacia. Na hipótese em que o comportamento valorado com todas as circunstâncias do caso concreto permitir identificar a relação de subordinação haveria cumplicidade, do contrário haveria (co)autoria, segundo Dahm. (ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 7ª ed. 2000. p. 69-70).

<sup>307</sup> WUTTIG, *Fahrlässig Teilnahme. Apud SÁNCHEZ LÁZARO*, Fernando Guanarteme. *Intervencion Delictiva y Imprudencia*. Granada: Edt. Comares, 2004. p. 35.

<sup>308</sup> MONTEIRO, Luciana. *La Autoría Mediata en los delitos imprudentes*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade Pablo de Olavide de Sevilla, sob orientação da Profa. Carmen Lopez Peregrin. 2010. p. 173.

<sup>309</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. Cit.* 2003. p. 84.

<sup>310</sup> FRANK, R. *Strafgesetzbuch*. p. 14 *Apud ROBLES PLANAS*, Ricardo. *Op. Cit.* 2003. p. 84.

#### 4.2.1. Considerações críticas

As teorias objetivas-materiais foram consideravelmente importantes para evolução da dogmática do concurso de pessoas. Foi equivocado um dos pontos de partida dessas doutrinas, qual seja a tentativa de realizar distinções causais sem rechaço expresso da teoria da equivalência dos antecedentes. Por isto, as formulações objetivas-materiais atrelaram-se a critérios enganosos, altamente volúveis e nem sempre representativos de maior relevância fática na conduta do autor em face da conduta do partícipe.

Uma cooperação prévia pode ter maior significação para a imputação do fato do que uma realização direta da lesão ao bem jurídico. Na autoria mediata, percebe-se uma configuração de maior relevância lesiva na conduta da pessoa de trás. Sob a ideia de que a participação é uma cooperação psíquica, não se compreende adequadamente o partícipe que promove auxílio material. A conduta do partícipe pode ser tão necessária para realização do delito quanto a do autor, embora com diferentes graus de relevância para a imputação jurídica (ex.: participação mediante entrega de arma de fogo que o partícipe supõe ser uma réplica quando nenhuma outra é acessível ao autor). Coautores podem atuar de modo subordinado a outros coautores (ex: ‘A’ comanda um furto qualificado a um banco mediante a emissão de ordens diretas a outros agentes que realizam a subtração e arrombamento mediante divisão de tarefas no local do fato).

Apesar da vagueza das distinções causais sob os rótulos acima citados, a tentativa de fundamentar uma lesividade mais significativa na conduta do autor foi uma importante contribuição evolutiva para a elaboração futura de critérios mais estruturados, como a teoria do domínio do fato. As concepções materiais-objetivas, no entanto, equivocam-se também ao darem continuidade a uma perspectiva excessivamente ampla para o conceito de participação. Assim como nas teorias objetivas-formais, o conceito de participação é afirmado de modo basicamente negativo em um sentido concausal pelas antigas proposições materiais-objetivas.

Luciana Monteiro<sup>311</sup> adverte adequadamente quanto à escassez de aplicabilidade de teorias materiais-objetivas para delitos culposos. Esta escassez não apenas é motivada por ter sido reiterado o emprego da lógica causal de modo menos cauteloso ao seu efeito nos crimes culposos, mas também pela origem comum de todas essas concepções. Todas elas foram formuladas sob uma tradição legal vinculativa dos conceitos de participação às contribuições dolosamente prestadas.

---

<sup>311</sup> Citação da ideia já realizada no tópico antecedente.

Conforme se viu anteriormente, a doutrina majoritária alemã sempre interpretou de modo substancialmente predominante que o *StGB*, em seus termos legais, apenas autorizaria a punição de participação dolosa. Embora isto não esvaziasse, nem esvazie a possibilidade de diferenciações pela doutrina e tenha até havido formulações minoritárias aplicáveis aos delitos culposos, torna mais difícil a suposição e fundamentação de um sistema diferenciador culposo.

### 4.3. Teorias subjetivas da autoria

A von Buri é atribuída a condição de um dos precursores da idealização das teorias subjetivas da autoria.<sup>312</sup> A razão de fundo de uma distinção subjetiva entre autor e partícipe residiria na objetiva equivalência das suas contribuições, já que todas as causas fisicamente relevantes para o crime não poderiam ser diferenciadas no parâmetro da teoria da equivalência dos antecedentes.

Von Buri foi também quem introduziu na jurisprudência alemã a teoria da equivalência dos antecedentes, formulada, segundo Tavares, pelo processualista austríaco Julius Glaser em 1858.<sup>313</sup> Em suma, se todas as condições antecedentes do fato são objetivamente iguais, para von Buri, não poderia ter outro modo de distinguir autor e partícipe que não fosse baseada em conceitos subjetivos.

Nesse contexto, autor seria aquele que atua com *animus auctoris* (ânimo de autor) e partícipe o que age com *animus socii* (ânimo de partícipe). Essa seria a formulação básica das teorias subjetivas, cuja ampla adoção pela doutrina e jurisprudência repercutirá na formulação de muitas variantes, conforme demonstra Diaz y García Conlledo.<sup>314</sup>

Duas variantes ganham maior destaque na doutrina: são as chamadas teoria do dolo e a teoria do interesse.

A teoria do dolo foi capitaneada por von Buri. Segundo ele, só caberia distinguir autor e partícipe tendo-se como premissas a independência da vontade com que age o autor e a dependência em relação ao autor da vontade que move o partícipe.<sup>315</sup>

Para a teoria do interesse, que tinha entre seus representantes Feuerbach, Henke, Kostlin e Geib, o partícipe seria caracterizado por não ter um interesse independente na causação do delito, o que haveria somente na figura do autor.<sup>316</sup>

---

<sup>312</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. 7ª ed. 2000. p. 72.

<sup>313</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: DelRey, 2003. p. 257.

<sup>314</sup> DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La Autoría en Derecho Penal*. 1ª ed. 1991. p. 295.

<sup>315</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 2000. p. 72.

<sup>316</sup> *Ibidem*, p. 75-76.

Roso Cañadillas aponta que Binding e Schönauer empregaram teorias subjetivas para distinguir autores e partícipes culposos<sup>317</sup>.

Para Binding, citado por Roso Cañadillas, não haveria dificuldades para compatibilizar um critério distintivo subjetivo com o delito culposo. Segundo Binding, o dolo e a imprudência não se diferenciariam pelo que diz respeito à vontade e o seu conteúdo antijurídico, mas por um momento de consciência.<sup>318</sup> Segundo Binding, quem atua culposamente sempre age sem consciência da antijuridicidade do fato, e também, na maioria dos casos, mas não sempre, age sem representar a ocorrência do resultado.

Binding entendia que “a formação dos sujeitos do delito é exatamente a mesma no delito imprudente e no delito doloso”.<sup>319</sup> Esse autor, no início do século XX, idealizava que haveria também nos delitos culposos autoria de própria-mão e autoria por mão alheia. Afirmava ainda Binding plenamente viáveis as figuras da coautoria e indução culposas, além da cumplicidade culposa, que seria, para este autor, impunível. Binding compreendia que a instigação culposa teria o mesmo tratamento atribuído à autoria mediata culposa e, por isso, seria punível, já que o *StGB* exigia dolo para fundamentar a punição como partícipe.<sup>320</sup>

Segundo Diaz y García Conlledo, é problemático apontar Binding como adepto de uma teoria meramente subjetiva, pois este autor empregava conceitos objetivos para determinadas classes de intervenientes. Sendo assim, seria mais apropriado dizer que Binding aderiu a parâmetros mistos de distinção entre autores e partícipes. Segundo Diaz y García Conlledo, também é complexo analisar uma formulação sistematizada das ideias de Binding sobre o concurso de pessoas, na medida em que o autor não desenvolveu inteiramente seu complexo raciocínio em uma obra, mas em diversos trabalhos em diferentes contextos e sobre tópicos específicos do tema geral.<sup>321</sup> Para Roxin, entretanto, Binding propõe nas suas ideias essenciais uma teoria subjetiva.<sup>322</sup>

Schönauer, por sua vez, considerava que também nos delitos culposos um agente pode querer o fato como seu ou como fato alheio.<sup>323</sup> Schönauer empregava o conceito desconsiderando do âmbito do querer o resultado valorado antijuridicamente. Assim, lecionava o referido doutrinador que autor é quem realiza um fato de maneira típica e com vontade de

<sup>317</sup> ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Autoría y Participación Imprudente*. Granada: Edt. Colmares, 2002. p. 84-85.

<sup>318</sup> BINDING, *Grundriß*, 8ª ed, 1913, p. 149. *Apud* ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Op. Cit.* 2002. p. 85.

<sup>319</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>320</sup> BINDING, *GS*, 76 (1910), p. 103 *Apud* ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Op. Cit.* 2002. p. 85.

<sup>321</sup> DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La Autoría en Derecho Penal*. 1ª ed. Barcelona: PPU, 1991. p. 298. Nota de rodapé 40.

<sup>322</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 2000. p. 72.

<sup>323</sup> SCHÖNAUER, *Täterschaft*, 1953, pgs. 83-84. *Apud* ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Autoría y Participación Imprudente*. Colmares. 2002. p. 86.

autor, o que valeria para crimes dolosos e culposos. Ainda Schönauer entendia como viáveis todas as formas de autoria culposa (direta, mediata e coautoria). O partícipe culposos, segundo Schönauer, também citado por Roso Cañadillas, seria aquele que de modo consciente favorece ou determina a ação, mas tanto ele como o sujeito da frente, que realiza a ação, não querem o resultado, ainda que devessem prevê-lo ou tivessem previsto.<sup>324</sup>

Schönauer elabora sua obra na década de 50, época em que o *StGB* também previa, nos §§ 48 e 49, apenas a punição da participação dolosa. Esse autor afirmava como positivo o parâmetro do *StGB* porque a participação culposa seria, para ele, “de pouca importância e não constituiria um especial perigo para o ordenamento jurídico”.<sup>325</sup>

#### 4.3.1. Considerações críticas

As críticas realizadas por toda doutrina às teorias subjetivas da autoria são conhecidas. A maximização do significado dos estados subjetivos dos agentes para definir o conceito de autoria gerou uma renúncia à análise baseada na tipicidade. Quem é autor no Direito Penal não é autor de qualquer coisa, mas do comportamento proibido cuja base de aferição é dada pelo enunciado típico a ser valorado.

As teorias subjetivas renderam decisões esdrúxulas na jurisprudência alemã, no âmbito dos delitos comissivos dolosos, como os famosos caso da sentença da banheira e o caso Staschynski. Em ambos, as pessoas responsáveis diretamente pela realização de comportamentos típicos foram tratadas como partícipes, porque não seriam os diretamente interessados pelos crimes realizados. Zaffaroni, Paul Bockelmann e Roxin são alguns dos autores que destacam estas decisões como exemplos da incoerência das teorias subjetivas da participação.<sup>326</sup>

<sup>324</sup> SCHÖNAUER, *Täterschaft*, 1953, pgs. 83-84. *Apud* ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Autoría y Participación Imprudente*. Colmares. 2002, p. 86.

<sup>325</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>326</sup> Zaffaroni descreve os casos citados no excerto seguinte: “o caso mais conhecido é a chamada “sentença da banheira”: imediatamente depois de dar à luz um filho ilegítimo, uma jovem, “que estava totalmente debilitada na cama, havia pedido à sua irmã, temendo a ira do pai, que afogasse ao menino na banheira. Pois bem, o RG (Reichsgericht - Tribunal do Reich) puniu a mãe como autora; a irmã, no entanto, apenas como cúmplice. Posteriormente, o BGH (*Bundesgerichtshof* – Tribunal Federal Supremo da Alemanha) seguiu um critério similar “um agente, treinado na União Soviética, havia assassinado, em ocasiões diferentes, dois políticos ucranianos no exílio, com uma pistola de líquido tóxico. O BGH acreditou ter apreciado neste caso extraordinário, apenas a cumplicidade de Staschynski nos atos manejados pelo governo soviético.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: parte general*, tomo IV. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1998. p. 302) (tradução nossa). Depois de avaliar as decisões desses dois casos, Bockelmann e Volk afirmam que não seria possível distinguir autoria e participação pelo dolo de autor ou dolo de partícipe. Para Bockelmann e Volk, “nenhuma dessas duas figuras de pensamento tem realidade psíquica ou mesmo simplesmente normativa”. (BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito Penal: Parte Geral*. Belo Horizonte: DelRey, 2007. p. 218). A ausência de referência típica para solução dos casos é salientada por Roxin. (ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, 2000. p. 76 e 152).

Roso Cañadillas acentua que a análise da compatibilidade de critérios subjetivos de autoria com os delitos culposos deve ser feita separadamente diante das variações teóricas do gênero.<sup>327</sup> Sobre a teoria do dolo, a autora destaca que haveria um considerável problema de prova na análise do elemento subjetivo e salienta que “se no delito doloso já é difícil saber quem atua com vontade de autor e quem atua com vontade de cúmplice, mais difícil, para não dizer impossível, seria esse exame no delito culposo”.<sup>328</sup> Segundo Roso Cañadillas, que parte de uma distinção volitiva entre culpa e dolo, na culpa o sujeito espera ou crê não estar realizando um fato típico, o que dificultaria a análise da vontade.

Além da questão probatória, a razão maior para rejeição do critério subjetivo, segundo Roso Cañadillas, estaria ainda no fato de que, se no delito culposo a vontade não é dirigida para uma realização típica, os sujeitos agem sem ânimo algum em relação às condições de autor e de partícipe.<sup>329</sup> Roso Cañadillas não afirma uma incompatibilidade absoluta da teoria do dolo em relação a delitos culposos, porque na culpa consciente interpreta que haveria ainda a vontade de realização da conduta perigosa e violadora do dever de cuidado.<sup>330</sup>

Quanto a teoria do interesse, Roso Cañadillas afirma que nunca o autor imprudente terá interesse no resultado antijurídico, contudo, no que diz respeito ao interesse do comportamento, a teoria não é incompatível com os crimes culposos. Entretanto, ainda assim, conforme a autora, o critério seria incorreto e partiria de uma fundamentação errônea, ao afastar-se substancialmente do conceito de tipicidade.<sup>331</sup> No exemplo do taxista que acelera de modo imprudente a pedido do seu cliente, seria autor, para a teoria subjetiva, por exemplo, o cliente e não o motorista que realiza diretamente o tipo culposos.

Embora considerações particulares devam ser feitas a cada uma das teorias subjetivas, todas suas variantes têm em comum o afastamento da tipicidade para afirmação do conceito de autor. Esse é um problema que reverbera nos crimes dolosos e também nos crimes culposos. O critério padece de um vício de origem, situado em atribuir maior valor ao conteúdo psicológico das ações do que aos comportamentos realizados em face do tipo, que delimita o comportamento proibido.

Alguém que realiza uma viagem com o carro em condições inadequadas para entrega de uma encomenda, pela estrita vontade ou interesse do remetente, e que de modo imprudente

---

<sup>327</sup> ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Autoría y Participación Imprudente*. Granada: Colmares, 2002. p. 87.

<sup>328</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>329</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>330</sup> ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Op. Cit.* p. 89-90.

<sup>331</sup> *Ibidem*, p. 89.

venha a causar um homicídio, não deixa de ser autor em razão da vontade ou do interesse pela viagem estarem situados na ação de quem apenas estimulou a conduta.

Quanto a teoria do dolo, entende-se que há uma incompatibilidade total da teoria em face dos delitos culposos. O dolo não deve ser interpretado como uma mera finalidade natural incidente sobre a ação culposa, de modo a tornar o conceito adaptável à culpa consciente, pelo menos não a partir do princípio do estudo analítico do crime sob a categoria do tipo.

Nos primórdios das formulações subjetivas, que remetem a princípios do século XIX, segundo Roxin<sup>332</sup>, até caberia pensar na vontade natural sobre a ação imprudente para relativizar-se uma possível compatibilidade da teoria subjetiva da vontade com os crimes culposos. Entretanto, no decorrer do século XX, em que as teorias subjetivas da autoria tiveram seu auge, o dolo seria integrado inclusive pela consciência da ilicitude o que só corrobora a inviabilidade de mutação do conceito para relativizar-se o emprego da teoria diante da culpa consciente.

Há uma incongruência semântica entre a teoria do dolo, concebido como elemento psicológico-volitivo, e os crimes culposos.

#### **4.4. Antecedentes da teoria do domínio do fato**

A teoria do domínio do fato se desenvolve como uma contribuição material para a delimitação dos conceitos de autoria e participação. Até o desenvolvimento da mais famosa e influente obra sobre o tema, “Autoria e domínio do fato no Direito Penal” (“*Täterschaft und Tatherrschaft*”), de Claus Roxin, cuja primeira edição data de 1963, muito se escreveu sobre domínio do fato, porém de modo sempre menos sistematizado e, por vezes, sob diferentes propósitos que não a diferenciação entre autoria e participação.

Roxin diz não ser fácil a revisão histórica dos antecedentes da teoria. O emprego do conceito de domínio na dogmática frequentemente foi feito sob diferentes finalidades dogmáticas. Esse fator complicador torna-se ainda maior à medida em que até a proposição da chamada teoria do domínio final do fato, por Hans Welzel, as diversas manifestações da doutrina sobre a ideia de domínio não haviam gerado ainda um verdadeiro debate no concurso de pessoas.<sup>333</sup>

Nesse tópico, fundamentalmente a revisão histórica da teoria é feita sob a base dada por Roxin em “Autoria e Domínio do Fato no Direito Penal”.

---

<sup>332</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 2000. p. 71.

<sup>333</sup> *Ibidem*, p. 87.

Segundo Roxin, o primeiro emprego do conceito de domínio do fato na dogmática penal é realizado por Hegler, em 1915.<sup>334</sup> Para Hegler, domínio do fato seria um conceito material da culpabilidade de cada sujeito responsável. Estaria presente o domínio, segundo Hegler, nas hipóteses em que alguém atuasse de modo imputável sem estar coagido. Nessa perspectiva, o conceito não se prestava a diferenciar autoria e participação e aplicava-se tanto a delitos dolosos quanto a delitos culposos.<sup>335</sup> Posteriormente, Hegler utilizou-se do conceito para fundamentar a autoria mediata nos casos em que o instrumento, isento de culpabilidade, não tivesse o domínio do fato.<sup>336</sup>

Bruns, em 1932, foi o primeiro autor a empregar o conceito de domínio do fato com a finalidade de diferenciar intervenções típicas.<sup>337</sup> Para ele, a autoria se caracterizaria pela possibilidade de domínio do fato pelo agente, em crimes dolosos e crimes culposos. O conceito de Bruns, para afirmar o domínio, pressupunha a adequação geral do comportamento para causar a espécie de resultado produzido. Nessa perspectiva, a possibilidade de autoria seria um conceito vetorial da imputação objetiva para as ações do autor. Aplicada essa concepção, o famoso caso do raio que cai sobre a cabeça da pessoa que vai à montanha por sugestão de outra que queria matá-la na esperança de que acontecesse a casualidade é resolvido com o afastamento da imputação objetiva pela negação da autoria. Bruns chegou também a empregar o conceito de domínio, segundo Roxin, para separar os conceitos de dolo e culpa consciente. Segundo Bruns, “a medida do domínio do fato realmente dá o critério de distinção entre o dolo e a culpa consciente”.<sup>338</sup> Ainda Bruns sustentou que determinação e auxílio não revelam o domínio do fato com referência ao resultado, bem como idealizou que a coautoria se fundamenta pelo domínio do fato compartilhado.<sup>339</sup>

Apesar de ter contribuído relevantemente para critérios ainda hoje adotados entre teóricos que sustentam a teoria do domínio do fato, Roxin pondera que as considerações de Bruns ainda foram bastante incidentais e pouco desenvolvidas.<sup>340</sup> O critério de Bruns baseava-se em um domínio potencial, e seu conceito de domínio não era ainda bem esclarecido. Portanto, não tratava-se de uma teoria apta a delimitar autoria e participação. Para Roxin, tanto a participação como a autoria geram condições adequadas para a realização do resultado.<sup>341</sup>

---

<sup>334</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 2000, p. 81.

<sup>335</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>336</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>337</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>338</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>339</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>340</sup> *Ibidem*, p. 83-84.

<sup>341</sup> *Ibidem*, p. 83-84.

Hellmuth von Weber foi outro autor a utilizar o conceito de domínio no âmbito do concurso de pessoas. Para ele, em sentido diametralmente oposto ao que sustentará posteriormente Roxin, o domínio do fato seria um critério de afirmação das chamadas teorias subjetivas de diferenciação entre autoria e participação.<sup>342</sup> Weber defendia que autor é quem age com “vontade de domínio do fato próprio”. Também esse autor, segundo Roxin, não esclarece o que seria, para ele, domínio do fato<sup>343</sup>, basicamente vincula o termo à vontade de autor.

Roxin atribui à formulação de Lobe, elaborada em 1933, o título de “primeira formulação cabal da ideia de domínio do fato”.<sup>344</sup> As considerações de Lobe, na sua formulação de autoria, muito se assemelham às proposições das teorias do domínio do fato, sobretudo das elaborações que mais se afastam das teorias subjetivas de autor. A proposição de Lobe era voltada aos crimes dolosos. O citado autor afirmava que no âmbito destes tipos, a autoria não podia depender do *animus auctoris*, ou seja da mera vontade de autor. Segundo Lobe, a vontade deveria se realizar sobre um domínio da execução e o conceito de autoria deve considerar elementos subjetivos e objetivos.

Embora a descrição da doutrina de Lobe permita identificar no seu critério muito considerável proximidade com as bases da concepção de domínio do fato de Roxin, o posicionamento de Lobe não teve maior influência na doutrina alemã.<sup>345</sup> Até este significativo marco para ulteriores desenvolvimentos da doutrina do domínio do fato, não havia ainda um debate sobre o possível uso do critério para diferenciar autoria e participação em crimes dolosos. Os posicionamentos que já haviam proposto tal solução não gozavam de maior reconhecimento, nem sinalizavam uma superação da jurisprudência dominante na Alemanha, atrelada ao parâmetro subjetivo de autor (*animus auctoris/animus socii*).

Welzel, conforme visto no capítulo anterior, enxergava os delitos dolosos por uma caracterização dada pela sobredeterminação finalista do acontecer externo. Nos delitos culposos, de outro modo, compreendia que, embora a ação fosse também final, a verificação do resultado se dava de modo basicamente causal. O esquema ontológico sobre o qual Welzel compreendia o delito influenciou determinantemente para a sua teorização do domínio final do fato em 1939, posteriormente à contribuição teórica de Lobe.

Welzel limitava, tal como Lobe, a teoria do domínio final do fato aos crimes dolosos.

---

<sup>342</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 2000. p. 84.

<sup>343</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>344</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>345</sup> *Ibidem*, p. 87.

Para Welzel, o autor de uma ação dolosa seria não apenas quem causa um resultado, mas quem tem o “domínio consciente do fato dirigido a um fim”.<sup>346</sup> O domínio do fato seria, para ele, uma característica geral da autoria. A ela se acrescentariam características especiais em alguns delitos, tais como condições ou funções especiais do autor ou determinados elementos subjetivos, como o ânimo de lucro no furto ou a tendência lasciva, em delitos sexuais.<sup>347</sup>

Welzel não distanciava tanto sua noção de domínio final do fato da teoria da vontade. Isso era perceptível quando tratando da coautoria afirmava que mesmo contribuições praticamente insignificantes do ponto de vista típico poderiam configurar coautoria desde que os agentes estivessem sob uma mesma resolução comum do fato. Segundo Roxin, o próprio Welzel chegou a denominar sua proposta como uma “teoria subjetiva ampliada”.<sup>348</sup>

Quanto aos tipos culposos, Welzel afirmava estar a autoria “estruturada sobre a causação de um resultado evitável”<sup>349</sup>. A partir disso, negava qualquer diferença entre autoria e participação para condutas culposas, acentuando que eventual participação nesses delitos também seria concausação evitável e, portanto, autoria.

Para Welzel, diferenciava-se, todavia, as razões de fundamentação da autoria nos crimes de pura causação ou mera produção de resultados do que chamava inicialmente de delitos culposos nos quais o tipo limitaria a realização do fato a um ato finalista.<sup>350</sup> Nestes “tipos culposos de vinculação a atos finalistas”, a autoria se limitaria, para Welzel, à realização da ação finalista adequada ao tipo. Welzel exemplificava essa categoria de tipos com o tipo de juramento falso culposo no qual só quem declara e jura realizaria o comportamento de autor, mas não o que, por imprudência, somente constituísse causa da declaração do falso.<sup>351</sup>

Com a proposição do critério do domínio final do fato por Welzel, a ideia de domínio como critério reitor do conceito de autoria logra maior destaque na ciência penal. Outros importantes autores finalistas passam a propor antes da mais disseminada teoria do domínio do fato, elaborada por Roxin, a utilização do conceito de domínio final para diferenciar as

---

<sup>346</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Tradução Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 104.

<sup>347</sup> Welzel textualmente afirmava, neste sentido, que: “[...] Pertence à autoria, em geral, o domínio finalista (ou final) do fato (como elemento geral do injusto pessoal dos tipos dolosos); a ele se agregam, em muitos casos, como elementos específicos da autoria, as características objetivas e subjetivas pessoais do injusto. Pertencem ao conceito de autor: 1) A característica geral de autor: o domínio finalista do fato. Autor do fato é quem o executa de modo finalista, sobre a base de sua decisão de vontade; 2) As características específicas da autoria: a) as características objetivas-pessoais de autor: os especiais deveres de autor, imanentes à sua posição: por exemplo, como funcionário, soldado, etc. [...]”(tradução livre) (*Ibidem*, p. 105).

<sup>348</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 2000. p. 89-90.

<sup>349</sup> WELZEL, Hans. *Op. Cit.* p. 104.

<sup>350</sup> WELZEL, Hans. *Op. Cit.* p. 139.

<sup>351</sup> *Ibidem*, p. 139.

intervenções típicas entre autoria e participação. As proposições destes autores finalistas irão guardar, entretanto, consideráveis diferenças da proposição de Welzel: trata-se das construções de Maurach e de Gallas.

Maurach fundamenta o critério do domínio final do fato no poder de impedir ou fazer continuar a realização do resultado total.<sup>352</sup> Maurach não fundamentava o domínio de modo conjugado à vontade ou resolução agregada ao domínio tal como Welzel, entretanto, mantinha a limitação do critério aos crimes dolosos ao idealizar a “realização do resultado total”. A partir do seu critério, Maurach defendia a possibilidade de autoria mediata com instrumento punível.<sup>353</sup> Maurach também empregava noções menos subjetivas na definição de coautoria. Para Maurach, a coautoria podia ser decorrente da “supervisão do curso do fato” e, assim, não seria necessário que cada coautor efetivamente realizasse o fato por suas mãos. A supervisão referida seria aquela que fosse dirigente do rumo do fato.<sup>354</sup> Desse modo, o critério do domínio final do fato, para Maurach, permanece atrelado à relevância causal no concurso de agentes.<sup>355</sup>

Maurach também limitava a possibilidade de instigação até a decisão da prática típica pelo autor.<sup>356</sup> A admissibilidade da figura do “autor por detrás do autor” para Maurach constitui um antecedente da formulação de Roxin, que posteriormente aprimora a autoria mediata com o chamado domínio da vontade, também baseado em relações fáticas de poder.

---

<sup>352</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 2000. p. 90.

<sup>353</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>354</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>355</sup> Neste contexto, critica-se a formulação de Damásio que supõe uma construção de domínio final do fato sem a relevância causal como premissa essencial do concurso de pessoas. Damásio argumenta que em casos como o do vigia que apenas monitora o fato para que outros realizem a subtração ou arrombamento em um furto qualificado, por exemplo, não haveria causalidade na conduta do vigia se a subtração é realizada sob seu monitoramento. Para Damásio, a aplicação da fórmula de eliminação hipotética da conduta do vigia, não repercutiria de modo algum na verificação do crime. (JESUS, Damásio E. *Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 8-9). Damásio, em sua argumentação, apenas examina a causalidade por meio da fórmula de eliminação hipotética do resultado, assim não a concebe como um elemento de relevância para manifestações externas, mas sim como um elemento que atribua invariável certeza de sua indispensabilidade para a produção do resultado. Tavares leciona que a fórmula de eliminação hipotética do resultado não é suficiente para definir, por si só, o modo de aferição da causalidade. Há casos nos quais a explicação causal se dá por meio da fórmula de eliminação global das condutas, quando ambas são suficientes para causarem o resultado isoladamente. Pode ser também necessário recorrer a um princípio de alteração exterior, o que fará, segundo Roxin citado por Tavares, que ““haverá causalidade quando se produzir, por qualquer motivo, uma modificação no mundo exterior”, sem consideração a que, se eliminada a condição, o resultado também seria ou não excluído”. (TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: DelRey, 2003. p. 258-261). Importante consignar neste sentido que a causalidade é um elemento de cunho predominantemente empírico na análise do delito e deve assim subsistir como elemento de apuração da importância de um comportamento para a prática do injusto. Isto não quer dizer que todo delito irá pressupor condutas comissivas e resultados materiais, o que implicaria confundir causalidade em uma perspectiva de análise da relevância fática para o Direito, com uma rudimentar concepção estritamente naturalista e causal de delito.

<sup>356</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 2000. p. 91.

Entre os posicionamentos de Maurach e Welzel há outras relevantes diferenças, todavia são expostas as mais importantes para entender os pontos de partida da teoria do domínio do fato e como se afastarão da diferenciação entre os agentes no tipo de injusto culposos.

Gallas é outro autor citado por Roxin como fundamental na edificação da teoria do domínio do fato. Esse autor toma como ponto de partida a teoria objetiva-formal e, assim, atribuirá à tipicidade a condição de elemento distintivo entre autoria e participação.<sup>357</sup> Essa premissa é estrutural para a fundamentação dada por Roxin ao conceito de domínio do fato. Gallas também vincula o conceito de autoria à ideia de adequação para realizar um resultado, tal como o fez Bruns. De modo semelhante ao que fazia Maurach, fundamentava Gallas a autoria na noção de exercício de uma função diretiva. Gallas discordava de Maurach quanto à autoria mediata com instrumento responsável, pois compreendia que uma pessoa de trás responsável até pode ter domínio fático sobre o comportamento de outra também responsável, mas não um domínio em sentido jurídico. Segundo Gallas, seria incongruente afirmar que, de uma só vez, o comportamento do executor direto de um fato possa aparecer como livre (por isso, responsável) e dominado por outro.<sup>358</sup>

#### 4.4.1. Considerações críticas

Ao falar dos antecedentes da teoria do domínio do fato, nota-se um arsenal de posicionamentos nem sempre relacionados à teoria do concurso de pessoas. Neste contexto, tem-se a doutrina de Hegler, relacionada exclusivamente à teoria da culpabilidade. Este autor até empregou o conceito de domínio para fundamentar posteriormente a autoria mediata, mas não trouxe, como a absoluta maioria dos autores da doutrina do domínio do fato, elementos relevantes para avaliação do concurso em delitos culposos.

As críticas quanto às teorias subjetivas da autoria se bastam para a concepção de Hellmuth von Weber (tópico *supra* 4.3.1). Este autor empregava um conceito impróprio de domínio do fato, que não tinha como objeto de referência o fato em si, mas a vontade de realização do fato. Assim, sua construção era ainda uma vaga teoria subjetiva, exatamente o que visa superar a evolução da doutrina do domínio do fato.

A limitação do âmbito da teoria do domínio do fato aos delitos culposos demanda cautela quanto às críticas que se venha a formular. É natural que os autores tenham limitado o âmbito de aplicação da teoria aos injustos dolosos, tendo em vista a forma como concebem os

---

<sup>357</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 2000. p. 93.

<sup>358</sup> *Ibidem*, p. 95.

elementos do injusto e sua compatibilidade com o conceito de domínio. Na medida em que se parte de uma percepção subjetiva do conceito de dolo, vinculando-o à uma compreensão consciente e volitiva do processo causal dirigido à realização delitiva, realmente uma adequação da teoria aos crimes culposos seria categoricamente incoerente. Entretanto, à medida em que se interpreta o domínio como controle à própria ação ou à ação de outrem, desconsiderada a valoração jurídica pelo agente em sentido atributivo da ilicitude do resultado, a consequência é outra.

Feijóo Sánchez<sup>359</sup> e Sánchez Lázaro<sup>360</sup> argumentam que a teoria do domínio do fato pode ser compatível com os delitos culposos, o que não quer dizer que seja a teoria mais adequada para tal finalidade.

Na análise dos antecedentes da teoria do domínio do fato chama atenção que Bruns, ainda no princípio da evolução do conceito, tenha formulado uma proposta que visava adequação a delitos dolosos e culposos. A perspectiva de Bruns em afirmar a autoria pelo domínio potencial do fato é refutável por sua vagueza e amplitude. Um domínio potencial pode estar presente na conduta do autor, do partícipe e até de terceiros que possam influir concretamente para a realização do delito. Em seus próprios termos, domínio potencial não é domínio, não é controle nem poder de configuração da realização do fato, mas mera possibilidade de ingerência eficaz para evitação do fato.

Apesar desse substancial equívoco, nos parece ao menos viável a ponderação de Bruns no sentido de que é a medida do domínio que diferenciaria a culpa consciente em relação ao dolo. Essa sua manifestação é um relevante antecedente para concepções que compreendem uma distinção quantitativa entre culpa e dolo, o que traz consequência para o concurso de pessoas, ao exigir fundamentações sistematicamente mais fortes para a razão de adotar-se sistemas diferentes de fundamentação da autoria em cada tipo de injusto, quando se entende que o tipo objetivo dos crimes dolosos e culposos é idêntico e a imputação subjetiva é apenas diversa na gradação e não nos seus elementos estruturais.

A compreensão de que autoria envolve em sua substância a adequação da conduta para realização do fato também é positiva. Trata-se de mais um elemento relevante para tornar criteriosa a imputação do fato. Beira as raias do absurdo supor que apenas com a elaboração

---

<sup>359</sup> FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el Derecho Penal Español*. 1997. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo e outros. *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales em Memoria del Professor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra.: Editorial Arazandi, 2001. p. 244.

<sup>360</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Intervención Delictiva y Imprudencia*. Granada: Editorial Comares. 2004. p. 34 e ss. Sánchez Lázaro embora afirme nesse contexto a possível adequação da teoria do domínio do fato para os delitos culposos, entende que ainda essa teoria não é a ideal, pois não justifica valorativamente porquê o controle do processo lesivo necessariamente é autoria.

dos critérios da teoria da imputação objetiva se torna possível fundamentar razoavelmente a irresponsabilidade penal de quem presenteia com uma passagem de avião o tio com a finalidade de que caia um raio na cabeça do mesmo quando chegar ao local de destino. Ainda que o resultado hipotético ocorra, e haja uma noção parca de possibilidade maior do fato em virtude da alta incidência de raios no local, para afirmar a tipicidade desse comportamento seria necessário admitir uma autoria de homicídio estruturada no fortuito. O fortuito não se controla, sobre ele não pode haver domínio, assim não se manifesta tipicidade. Era correta a posição de Bruns, neste sentido, embora ainda fosse uma noção elementar, um antecedente do posicionamento de outros autores que hoje demonstram a relevância do conceito de autoria para a imputação objetiva, como Roso Cañadillas o faz em casos de apuração do comportamento da vítima em meio às interações delitivas (capítulo seguinte – tópico 5.5).

Welzel formulava a ideia de domínio do fato sob uma conotação extremamente subjetiva, como também o era sua concepção de dolo. A noção de que a resolução comum do fato é mais importante do que as contribuições objetivas para a coautoria, e sua premissa de que o domínio se fundamenta em uma ação consciente dirigida a um fim negativamente valorado trazem uma dimensão subjetiva cujos resultados são insatisfatórios nos crimes comissivos dolosos, mas também acabará inclinando a teoria do concurso de pessoas a pautar critérios diferenciadores sob parâmetros psicológico-volitivos. Isto explicará, em parte, porque a evolução de concepções diferenciadoras nos crimes culposos é matéria da pauta da dogmática contemporânea.

Maurach e Gallas, embora seguissem uma concepção finalista de domínio do fato, foram importantes para uma evolução da teoria tornando-a menos subjetiva. Isto trará consequências positivas para um melhor acabamento da teoria na obra de Roxin e também será relevante para futuras interpretações de autores como Luzón Peña, Diaz y García Conlledo e Roso Cañadillas, que constroem teorias da autoria voltadas à diferenciação nos crimes culposos claramente inspiradas na teoria do domínio do fato. Esses autores irão partir do domínio do fato e encontrar um momento anterior ao domínio para afirmar a diferenciação entre autoria e participação em tipos culposos.

#### **4.5. A teoria do domínio do fato e a formulação do delito culposo como delito de dever por Claus Roxin**

A exposição do tópico 3.4 demonstra que a teoria do domínio do fato, antes de sistematizada e elaborada sob bases conceituais próprias por Claus Roxin, não foi uma criação

doutrinária abrupta e apartada de antigas noções sobre a diferenciação entre autores e partícipes. A teoria é decorrência de uma análise sistematizada e crítica sobre várias concepções anteriores baseadas na ideia de domínio do fato e assimila inúmeras contribuições relevantes de anteriores teorias da autoria.

Qualquer exposição acerca da teoria do domínio do fato elaborada por Roxin é apenas um recorte das ideias fundamentais do autor. O que se fará nesse item não é diferente nesse aspecto. O enfoque na apresentação da teoria estará nos conceitos que mais interessam para a análise do estado da questão do concurso de pessoas nos delitos culposos, especialmente o caráter subjetivo da definição de domínio.

Roxin introduz o princípio de que um critério adequado para estabelecer o conceito de autoria não pode ser tão fechado a ponto de, sob um conceito rotular abstrato, almejar dar os contornos totais da definição de autor em todos delitos. A aferição da autoria é acompanhada de outros elementos de valoração, por isso, caso se sedimente uma base conceitual sobre a qual o juiz possa definir o que é autor sob uma rígida atividade subsuntiva, o critério invariavelmente seria falho.<sup>361</sup>

A lógica subsuntiva ou generalizadora foi um equívoco, segundo Roxin, das teorias formal-objetiva e material-objetiva, e uma razão forte de enfraquecimento de ambas, respectivamente pelo rigorismo formal e pela vagueza de sentido atrelada à noção de diferenciações causais.<sup>362</sup> A partir disso, segundo Roxin, não se deve ter em mente um conceito fechado de domínio do fato. Entretanto, salienta ainda Roxin que o conceito de autoria não é também um conceito jurídico cujos contornos, por si mesmos, demandariam natural abertura. Neste sentido, domínio do fato não se caracteriza como um conceito cambiante<sup>363</sup>, também não é um conceito formado pré-juridicamente<sup>364</sup> ou um princípio regulativo.<sup>365</sup> Ainda assim, aduz Roxin ser necessária uma relativa abertura sobre a qual possa haver plasticidade do conceito por meio de procedimentos descritivos, por tratar-se de uma exigência dogmática diante das

---

<sup>361</sup>ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 2000. p. 143-145

<sup>362</sup>*Ibidem*, p. 143.

<sup>363</sup> Conceito cambiante, para Roxin, seriam conceitos que o legislador remete a uma convicção popular, a qual é socialmente variável em tempo e espaço, ou seja, está em contínua transformação. Para Roxin, o conceito de injúria, por exemplo, seria um conceito jurídico-penal cambiante. (ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 2000. p. 136)

<sup>364</sup> Segundo Roxin, os conceitos formados pré-juridicamente seriam aqueles que extraem seu conteúdo dos âmbitos extrajurídicos do ser e da vida e são integrados pelo legislador nos comandos legais. Esse conceito é até maior do que os conceitos jurídicos cambiantes e chega a englobá-los, mas há, por exemplo, normas culturais de conotação pré-jurídica estáveis e também fundamentos de ordem ética e moral, segundo Roxin, indispensáveis à fundamentação ético-social do Direito. (*Ibidem*, p. 137)

<sup>365</sup> Por princípios ou conceitos regulativos, Roxin expressa conceitos abarcados pelo Direito em espaços delimitados de interpretação nos quais há o emprego de uma afirmação aberta que configura uma espécie de renúncia à regulação normativa, segundo Henkel. Roxin exemplifica com o conceito de “exigibilidade”. (*Ibidem*, p. 137)

múltiplas variações fenomênicas da realização do delito como um fato complexo dotado de sentido.<sup>366</sup> Assentadas as razões desta necessária plasticidade, quando Roxin apresenta as formas pelas quais se revelaria o domínio realiza diferentes abordagens, por vezes mais empíricas, por outras mais normativas.

Antes de delimitar a teoria do domínio do fato, Roxin, embora não parta de um conceito fechado, afirma um vetor comum para a definição da autoria, qual seja a ideia de que autor, nos delitos de domínio, é a figura central do acontecer típico.<sup>367</sup> Assim, o conceito de autoria é juridicamente vinculado à realização do tipo de injusto e tem, desse modo, relevante ponto de partida situado na proposição da teoria formal-objetiva.

O conceito de autoria, para Roxin e para maioria de autores adeptos da teoria do domínio do fato, abarca elementos objetivos e subjetivos. A teoria, para Roxin, presta-se a definir o conceito de autoria nos delitos comissivos dolosos, chamados crimes de domínio. A restrita abrangência decorre da relação traçada por Roxin entre domínio e o conhecimento que integra o dolo. Segundo Roxin:

“O autor tem que conhecer as circunstâncias fáticas e ademais ser consciente dos fatos que fundamentam seu domínio sobre o evento. Não se acrescenta a esses elementos a ideia de “vontade de subordinação”. [...] Não se trata simplesmente do dolo, mas de um “conhecimento fundamentador do domínio” (ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 2000. p. 347).

Roxin se opõe às teorias subjetivas de autor, inclusive à formulação da teoria do domínio final do fato. Para Roxin, Welzel se equivoca ao aproximar-se da teoria do dolo fundamentando a coautoria basicamente na unidade de resolução comum do fato. Roxin também diverge da perspectiva ontológica de Welzel, que tende a buscar as soluções para autoria e participação em supostas estruturas reais, extraídas da natureza das coisas. As premissas ontológicas de Welzel, segundo Roxin, entre outros problemas, trarão uma confusão entre autoria e autoria punível.<sup>368</sup>

Welzel afirmava como absolutamente impossível a autoria mediata quando o instrumento é responsável, porque segundo ele se o executor tem domínio e é, por isso, autor, a pessoa de trás automaticamente não tem domínio sobre ele. Para Roxin, o que ocorre é justamente o oposto. A pessoa de trás, nas hipóteses de coação e erro, por exemplo, só tem domínio sobre a pessoa da frente pelo fato de que o executor tem também domínio para realização do injusto. Isso não significa, contudo, que o instrumento que executa o fato seja culpável. Na formulação de Welzel, ainda que não fosse sua pretensão, o domínio do fato

---

<sup>366</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 2000. p. 146-147.

<sup>367</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>368</sup> *Ibidem*, p. 90, 167 e 350.

acabava por se misturar com categorias da culpabilidade. Roxin, por sua vez, edifica um sistema claro de domínio como elemento relacionado às categorias do injusto.<sup>369</sup>

Também são elucidativas as divergências de Roxin em face das proposições de Maurach para demonstrar sua concepção em face da teoria do domínio final do fato. Maurach, como dito anteriormente, afirmava que teria o domínio do fato quem mantém em suas mãos, abarcado pelo dolo, o curso do fato típico. Nesse sentido, o domínio seria aferido, sobretudo na coautoria, pela possibilidade de impedir ou fazer continuar o fato. Roxin até interpreta como positiva a lição de Maurach no sentido de que o domínio seria caracterizado por relações de poder factuais e também interpreta positivamente a admissão da figura do autor por detrás do autor.<sup>370</sup>

Roxin advertirá que o critério de Maurach leva a interpretações equivocadas não assumidas nem mesmo pelo próprio autor. O poder que fundamenta o domínio não se confunde com um mero influxo volitivo que pode fazer cessar o injusto. Caso assim fosse, confundiriam-se as figuras do instigador com o autor mediato. Quem faz nascer a ideia da prática de um delito ou estimula, inclusive com promessa de pagamento, para que o fato ocorra, não domina o fato por isso, na perspectiva de Roxin. Ou seja, o domínio do fato não se confunde com uma responsabilidade principal sobre o acontecimento a partir de pontos de vista políticos ou pessoais.<sup>371</sup> Roxin salienta que também não faz falta para definição da autoria mediata que o autor, segundo sua vontade, possa fazer impedir ou continuar o injusto. Roxin exemplifica isso com a hipótese do instrumento que atua sobre erro sem encontrar-se sob a esfera de vigilância do autor mediato. Não é a vontade ou o poder impedir ou fazer continuar que sustentarão a existência ou não do domínio nesse caso, porque não haveria esse poder, mas sim o domínio da vontade fundamentado normativamente, segundo pontos de apoio legais relativos à relação entre a pessoa de trás e a diminuição ou ausência de responsabilidade do executor imediato.<sup>372</sup>

Embora Roxin trace uma perspectiva mais normativa de análise do domínio do fato em relação às formulações das concepções subjetivas e finalista de autor, faz ainda valorações positivas sobre essas teorias em bases particularmente relevantes para a restrição do seu critério ao conteúdo dos delitos dolosos. Assim o faz quando afirma, por exemplo, que seria acertada a teoria do dolo ao afirmar que o partícipe tem que fazer depender o evento da vontade do autor. Segundo Roxin, o erro substancial da teoria do dolo estaria na conclusão de que o partícipe teria a vontade de deixar a realização do evento pelo autor; quando, em verdade, só se é partícipe

---

<sup>369</sup> ROXIN, Claus. Op. Cit. 2000. p. 360 e s.

<sup>370</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>371</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>372</sup> *Ibidem*, p. 171 e 351.

porque a execução do fato está a critério do autor, e nisso a vontade de quem contribui para o fato não tem qualquer influxo. Nas palavras de Roxin:

“A teoria do dolo é acertada quando “capta que o partícipe tem que fazer depender o evento da vontade do autor, deixando-o ao seu critério. Mas apresenta-se ao revés das condições reais: um sujeito não é partícipe porque tenha deixado a critério do outro a execução do fato, mas porque, inversamente, tem que deixar a critério do outro a execução do fato porque este tem o domínio sobre o evento” (ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 2000. p. 346).

Roxin chega a dizer que seria contraditória a ideia de um domínio do fato objetivo.<sup>373</sup> Para ele, seria impossível submeter componentes objetivo e subjetivo a valorações separadas, porque isso faria romper unidades de sentido. Nesse contexto, Roxin exemplifica que se um médico faz sua colega, que nada suspeita, injetar em um paciente uma seringa envenenada, não é possível dizer que a executora tenha domínio do fato e não tenha dolo.<sup>374</sup>

Sob a limitação do domínio do fato aos crimes dolosos, Roxin afirma ainda que o domínio deve ser analisado por meio de grupos de casos, o que o fará descrever formas de domínio.

A primeira forma de domínio do fato constitui o protótipo da autoria, designado como domínio da ação. Trata-se da realização do fato pelo próprio sujeito que realiza pessoalmente todo o conteúdo do tipo penal. Nessas hipóteses, o agente domina a sua própria conduta para realizar os elementos do tipo. O domínio da ação é fundamentado no controle pessoal sobre a ação própria, tendo em vista o conhecimento das circunstâncias fáticas caracterizadoras da proibição típica. Nas palavras de Roxin, essa seria “a manifestação mais evidente da figura central, uma hipótese em que coincidem inquestionavelmente a “concepção natural da vida” e a vontade do legislador”.<sup>375</sup> Uma manifestação dessa forma de domínio pode ser exemplificada com o caso em que ‘A’ desferiu pessoalmente um tiro em ‘B’, cometendo pessoalmente um homicídio.

Outra forma de manifestação do domínio do fato é o chamado domínio da vontade. Trata-se de grupo de casos nos quais há realização mediata do fato, baseados no “poder da vontade reitora”. Essa análise da vontade reitora do fato não se faz sob um estrito exame psicológico, método que se confundiria com a perspectiva das ciências naturais. Em vez disso, verifica-se o poder da vontade reitora a partir da conduta do agente cujo domínio se estrutura, em regra, sob uma afetação do grau de responsabilidade de quem executa diretamente o fato. Esta análise de afetação da responsabilidade da pessoa que realiza diretamente o fato toma como

<sup>373</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 2000. p. 363.

<sup>374</sup> *Ibidem*, p. 363.

<sup>375</sup> *Ibidem*, p.155.

apoio o texto legal. Assim, Roxin fundamenta a autoria mediata nos casos em que um interveniente realiza o fato por meio de outro que atua em estado de inimputabilidade, erro, coação, mediante considerável pressão ou sob outro modo de inferioridade psíquica ou intelectual normativamente relevante.<sup>376</sup>

Uma forma particular de domínio baseado no poder da vontade reitora é proposta por Roxin para os casos em que o delito é cometido dentro de estruturas totalitárias verticalizadas de poder. Estas estruturas seriam caracterizadas por um funcionamento apartado da ordem jurídica ou democrática e se valem, para a execução dos fatos, de agentes fungíveis. Essa forma de domínio da vontade, rotulada especialmente como domínio da organização, foi expressamente concebida por Roxin tomando-se em conta delitos cometidos pelo estado nazista. Os crimes na estrutura do estado nazista eram comumente determinados por agentes do alto escalão do governo e realizados na ponta por executores plenamente substituíveis.

A estrutura verticalizada confere aos superiores hierárquicos em Estados totalitários, segundo Roxin, acentuada segurança sobre a realização do fato, ainda que os realizadores diretos não estejam sob erro ou coação.<sup>377</sup> Em razão dessa acentuada segurança da realização do crime, mediante a caracterização da fungibilidade dos executores, do afastamento da ordem democrática e da realização em estrutura verticalizada de poder se justifica tratar a ordem de execução do fato como autoria.

Uma última forma de domínio se manifestaria como domínio funcional do fato.<sup>378</sup> Esta espécie de domínio estaria presente quando há um domínio conjunto do fato pelos agentes nele envolvidos. Trata-se de uma hipótese em que o domínio não é analisado isoladamente, ou seja, não se considera apenas o domínio de cada sujeito por sua parcela na realização do fato. Examina-se globalmente o fato para aferir o domínio funcional, tendo em vista tratar-se de uma execução comum. No desenvolvimento da execução comum, a retirada da contribuição de qualquer um dos agentes traria a frustração da realização do plano, segundo Roxin.<sup>379</sup> Os requisitos da coautoria seriam, portanto (i) contribuição indispensável ao fato; (ii) intervenção na execução; e (ii) decisão conjunta de realização do fato.<sup>380</sup>

A tese de Roxin acima sintetizada é proposta, conforme se disse, para delitos dolosos. É importante, todavia, examiná-la, na medida em que a teoria do domínio do fato inspira fortemente outros autores a formularem critérios diferenciadores sob fundamentos

---

<sup>376</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 2000. p. 166.

<sup>377</sup> *Ibidem*, p. 271.

<sup>378</sup> *Ibidem*, p. 305.

<sup>379</sup> *Ibidem*, p. 307-310.

<sup>380</sup> *Ibidem*, p. 325 s.

metodológicos semelhantes para os delitos culposos. Além disso, para analisar criticamente a limitação do critério aos delitos dolosos é importante avaliar as razões expostas por Roxin.

Nas duas primeiras edições de “Autoria e domínio do fato no Direito Penal” (“*Tatherrschaft und Täterschaft*”), Roxin, citado por Roso Cañadillas, chegou a sustentar possíveis diferenciações entre autoria e participação nos delitos culposos. Segundo Tavares, antes da reforma de 1975 do *StGB*, muito se discutiu na Alemanha a possível participação nos delitos culposos. Enquanto Bockelmann e Welzel afirmavam ser uma concepção avessa à natureza das coisas, Roxin contrariava a tese defendendo uma viabilidade de diferenciação dos âmbitos do dever de cada indivíduo que contribui para um fato culposos.<sup>381</sup>

À época, Roxin caracterizava os delitos culposos como delitos de dever. O enquadramento nessa categoria típica seria em razão do dever objetivo de cuidado ser o elemento que caracterizaria o autor culposos entre as distintas pessoas que teriam concorrido em um mesmo curso causal. A conformação do dever de cuidado, segundo Roxin, nessa época, dependeria de quatro análises sobre categorias do dever<sup>382</sup>: a) primeiramente, realizaria-se uma interpretação teleológica do tipo de injusto culposos para assinalar-se o limite de cada tipo; b) em segundo lugar, seria preciso examinar no tipo culposos a eventual presença de deveres especiais (tais como aferidos dos conhecimentos da medicina, engenharia, etc) unidos a critérios como adequação social, previsibilidade e o risco permitido; c) depois disso, observa-se a posição de cada pessoa em face do ordenamento, o que traz especial relevância para análise de deveres específicos em face de distintos intervenientes (podem alguns ter deveres próprios de vigilância, por exemplo, em uma obra, enquanto outros não); d) por fim, Roxin acentuava a necessidade de examinar diferenças de conteúdo de dever derivados das distintas formas de autoria. Nesse último critério, Roxin assinalava possíveis adaptações da forma de cumprimento do dever do injusto culposos em face das diversas formas de autoria.<sup>383</sup>

O desenvolvimento da teoria do delito culposos enquanto delito de dever por Roxin foi limitado. Desde a terceira edição da obra multicitada neste tópico, por razões diversas das inerentes ao concurso de pessoas, não mais Roxin interpretou o injusto culposos como infração de dever.<sup>384</sup> Entretanto, o que importa salientar é que, na aplicação dos seus critérios iniciais

---

<sup>381</sup> TAVARES, Juarez. *Op. Cit.* 2018. p. 493 s.

<sup>382</sup> ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. P. Apud ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Autoría y Participación Imprudente*. 2002. p.

<sup>383</sup> ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. P. Apud ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Autoría y Participación Imprudente*. 2002. P.

<sup>384</sup> Roxin deixa de entender os delitos culposos como delitos de dever porque passa a limitar o conceito de delitos de dever à violações de regras especiais extraídas de deveres extra-penais. Na culpa, haveria apenas uma violação de um dever comum extensível a qualquer cidadão, o que poderia ser identificável também nos delitos dolosos, de modo que se o conceito resguardasse uma amplidão como a inicialmente proposta perderia sua utilidade. Santos

sobre o injusto culposos, muitos dos quais se aperfeiçoaram com o avanço da teoria da imputação objetiva, Roxin entendia como plenamente admissível a hipótese de participação em delitos culposos.

Atualmente, todavia, conforme se viu ao longo do trabalho, o autor interpreta todo risco proibido culposos como autoria, solução que encontra reforço *de lege lata* no ordenamento alemão.

#### 4.5.1. Considerações críticas

No tópico 4.4.1, foi antecipada a possibilidade, interpretada por outros autores, de adequações da doutrina do domínio do fato para compatibilizá-la aos crimes culposos. No item presente, passa-se a examinar principalmente a razão pela qual Roxin compreende a teoria do domínio do fato incompatível com os delitos culposos.

Um primeiro dado relevante para analisar criticamente a teoria de Roxin quanto ao aspecto subjetivo extrai-se de algumas continuidades discursivas das teorias subjetivas de autor que são, ao menos, parcialmente aceitas no entendimento do autor alemão. Note-se que, segundo Roxin, não é equivocado dizer que o evento delitivo seja dependente da vontade do autor. Neste aspecto em particular, para Roxin, não são incorretas as teorias subjetivas. O erro delas seria interpretar ao avesso o contexto de manifestação dessa vontade, segundo Roxin. Ou seja, o autor não recebe esta atribuição simplesmente por ter vontade de autor. No entanto, a vontade e domínio de quem está no centro do acontecer típico desautoriza que o partícipe possa ser autor, independentemente do seu dolo ou interesse.

Obviamente, Roxin formula, conforme exposto, de modo detalhado as formas de domínio e vai muito além de uma definição baseada na vontade. No entanto, traz uma percepção volitiva em relação ao evento criminoso e também à contribuição própria da conduta para embasar suas conclusões.

Segundo Roxin, uma concepção de domínio atenta à conduta, mas não ao evento faria romper unidades de sentido. Nesse contexto, ele exemplifica com o caso do médico que faz a colega injetar sem saber uma seringa envenenada e argumenta que seria errado dizer que a

---

retrata a modificação do posicionamento de Roxin. (SANTOS, Humberto de Souza. *Co-autoria em crime culposos e imputação objetiva*. Barueri-SP: Manole, 2004. p. 93 e ss). Conforme Greco e Leite, desde 2003, Roxin não mais define os delitos de dever baseados em meras violações de deveres extra-penais, pois passa a entender que esses deveres ao se incluírem no tipo se tornam deveres jurídico-penais. A crítica de Schunemann foi determinante para tal mudança de posicionamento, que não revela nenhuma relação, portanto, com o tratamento da imprudência no que diz respeito ao concurso de pessoas. (GRECO, Luís; LEITE, Alaor. *O que é e o que não é a teoria do domínio do fato*. In: *Autoria como Domínio do Fato*. Marcial Pons. 2014. p. 32. Nota 64).

executora teria domínio e apenas não teria dolo. Com este exemplo, Roxin pretende ilustrar que seria incabível formular uma ideia de domínio meramente objetivo. Concorde-se com a conclusão de Roxin especificamente para o exemplo em questão, contudo, é necessário fazer algumas ponderações diante do caso exemplificado que ficam obscurecidas nas conclusões que o autor propõe.

A primeira é que se um médico pede que um colega aplique uma injeção em um paciente e o colega não tem motivo algum para suspeitar que seja uma seringa envenenada sequer haveria culpa por quem executa o fato. Ou seja, com esse exemplo não se refuta a viabilidade de um grau de controle sobre a ação de quem age culposamente, só se ilustra o controle sobre alguém que atua objetivamente sem qualquer viabilidade de imputação subjetiva e responsabilidade penal.

Em segundo lugar, a culpa não implica a admissão de um conceito de ordem meramente objetiva, posto que toma em consideração uma conduta voluntária desencadeadora do risco proibido. Desse modo, se a teoria do domínio do fato aplicar-se ao seu âmbito não se passa a ter um domínio meramente objetivo.

Embora a unidade de sentido dependa efetivamente da análise do resultado, e nesta afirmação lapidar não haja inicialmente objeções, uma questão essencial precisa ser feita para compreender como Roxin interpreta esta questão. A valoração do resultado traria a afirmação de unidades de sentido apenas com a concomitância de imputações subjetivas iguais? Ou seria possível o intérprete da norma -não os agentes- afirmar unidades de sentido entre contribuições de distinta lesividade apesar dos elementos psicológicos dos intervenientes não necessariamente serem correspondentes entre si?

A argumentação de Roxin segue a primeira linha de raciocínio das perguntas acima. A partir dela, tem-se como consequência uma noção residual excessivamente ontológica que impede analisar adequadamente o concurso de pessoas em crimes culposos. Caso se pressuponha a unidade de sentido como um esquema vincutivo da compreensão psíquica pelos agentes em face de contribuições distintamente lesivas em uma mesma configuração fática culposa, a definição da existência de autoria e participação fica não a cargo de uma imputação valorativa, mas dependente de dolo ou culpa pensados como elementos empíricos sobre os quais se dá a interpretação, o que não são.

Apesar da normativização e funcionalização da teoria do delito ter ganhado dimensão ímpar com a grandiosa obra de Roxin, no concurso de pessoas dos delitos culposos, sua edificação ainda carrega demasiado naturalismo nas bases de negação da diferenciação entre autoria e participação no delito imprudente.

É importante delinear que quando Roxin elabora uma concepção diferenciadora no crime culposo a partir do sistema dos delitos de dever a teoria da imputação objetiva não havia ainda alcançado o atual patamar evolutivo. No contexto da década de 60, ainda não se tinha tão minuciosa avaliação da imputação do resultado. Naquele contexto, Roxin demonstrou maior preocupação na diferenciação entre autoria e participação culposa, afirmando, ainda que em uma construção incipiente, diferentes âmbitos de dever relacionados a cada agente.

A evolução da teoria da imputação objetiva pode ter influenciado uma falsa conclusão de suficiência no aperfeiçoamento do tipo de injusto culposo. Diante disto, alguns autores poderiam pensar que se tornaria absolutamente precisa a imputação de riscos culposos já que sempre a referência para a imputação seria as condutas caracterizadas por riscos proibidos realizados no resultado. Ocorre que, conforme bem acentua Renzikowski, a consequência deste raciocínio desloca um problema. Deixa de haver uma completa concausalidade culposa, mas passa a haver uma “equivalência dos riscos não permitidos”.<sup>385</sup> Se a teoria da imputação objetiva, apesar de tornar mais criteriosa a afirmação do tipo objetivo ainda equipara violações entre os intervenientes, ela não é suficiente para que se respeite o mandado de determinação das normas penais. Se o tipo penal delimita efetivamente comportamentos proibidos, o seu âmbito não pode ser maximizado a ponto de abarcar lesividades que se manifestem de qualquer modo, sob pena da perda de um referencial comportamental da proibição.

Em situações drásticas, esta equivalência de riscos proibidos a que se refere Renzikowski pode desaguar em julgamentos bizarros como o do caso *Vinader*, ocorrido na Espanha. No caso, a conduta de redigir artigos cujo conteúdo permitia identificar um suspeito de homicídios de membros de um grupo terrorista foi interpretada pelo *TS* como “matar alguém culposamente”.<sup>386</sup> Depois da divulgação dos artigos pelo jornalista *Vinader*, interpretados como substancialmente arriscados dado o contexto dos ataques terroristas em questão e a forma como realizada a matéria, foi cometido homicídio doloso por supostos membros de uma das facções contra o suspeito apontado na reportagem feita pelo jornalista.

Além das incoerências naturalistas identificadas na atual posição unitária para delitos culposos, a concepção de autoria para Roxin tem sido cada vez mais criticada por sua volatilidade nas fundamentações de cada forma de domínio<sup>387</sup>. Uma outra crítica de ordem

---

<sup>385</sup> RENZIKOWSKI, Joachim. *Op. Cit.* p. 86.

<sup>386</sup> Vide tópico 5.4 do próximo capítulo.

<sup>387</sup> Alflen, na doutrina brasileira, afirma que o uso de procedimentos descritivo e normativo são absolutamente incompatíveis, de modo que o emprego mútuo de ambos na teoria do domínio do fato evidenciam uma incongruência inadmissível. (ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do Domínio do Fato*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 155). Renzikowski, referenciando a manifestação de Haas, concorda que a teoria do domínio do fato “oscila de forma incoerente entre normatividade e facticidade” (HAAS, *Die Theorie de r Tatherschaft und ihre Grundlagen*,

valorativa, que se compreende como relevante para todos tipos de injusto diz respeito à ausência de justificação material sobre a razão pela qual o domínio do processo fático-lesivo seria o mais importante fator da lesividade típica.<sup>388</sup>

#### 4.6. Jakobs – Autoria e participação como violações de competências

Os conceitos de autoria e participação, para Günther Jakobs, devem descortinar violações de papéis representados pelos intervenientes na prática delituosa. Segundo Jakobs, “a responsabilidade jurídico-penal sempre tem como fundamento a violação de um papel”.<sup>389</sup> No processo de interações sociais, pode-se perceber a existência de papéis de duas diferentes ordens. Haveria papéis comuns, extraídos das próprias normas de convivência social e das expectativas legítimas que normalmente delas se extrai, como, por exemplo, a expectativa de segurança viária no trânsito, a expectativa de que o consumidor possa alimentar-se de alimentos não contaminados ou de andar na rua sem que tenha violadas suas liberdades.

De outro lado, há papéis especiais, representativos de competências específicas de destinatários delimitados. Entre estes se pode citar as responsabilidades dos pais diante dos filhos ou de agentes do Estado em relação aos deveres que os cercam. Jakobs chama atenção para o fato de que a violação de papéis especiais, independentemente do modo como manifestada faticamente, ou seja, tanto se realizada por meio de indução ou auxílio para que outros realizem a violação dessas competências próprias, seja por meio de realização direta da violação normativa, configurará geralmente autoria. Isto porque se tem uma obrigação “de maneira direta perante a vítima a manter um espaço de atuação comum”.<sup>390</sup>

A violação de papéis, tal qual ocorre em meio aos delitos de dever, não é ausente nos delitos comuns, para Jakobs. De modo que, em seu esquema interpretativo, mesmo delitos

---

2008, p. 26 *apud* RENZIKOWSKI, Joachim. *Op. Cit.* São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 96). Apesar da relevância das críticas para demonstrar a necessidade de maior coerência sistêmica da teoria do domínio do fato, compreende-se que, por vezes, os críticos desconsideram as finalidades atribuídas por Roxin para as fundamentações diversas, como ocorre, por exemplo, no domínio da organização. Não há justificativa razoável para a crítica que busque encontrar na pessoa da frente ausência de autorresponsabilidade quando não se está a cogitar do domínio sobre uma pessoa, mas de um macro domínio, o que compreendemos que realmente ocorra diante de manifestações delitivas realizadas em estados totalitários. A crítica mais profunda e acertada à teoria do domínio do fato aparenta estar mesmo na doutrina de Jakobs quando salienta que o dever é um grau normativo de hierarquia superior ao domínio, todavia também esse autor na proposição de suas soluções chegará a resultados muito distantes de um referencial comportamental razoavelmente amparado no princípio da legalidade. (vide os tópicos seguintes – 3.7 e 3.7.1.

<sup>388</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Intervención Delictiva e Imprudencia*. Granada: Colmares, 2004. p. 34 e s.

<sup>389</sup> JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 55.

<sup>390</sup> JAKOBS, Günther. *Op. Cit.* 2010. p. 55.

comuns possuem uma configuração normativa de violação de papéis que se sobrepõe em importância ao domínio do processo fático lesivo. Assim, Jakobs, ao criticar a teoria do domínio do fato proposta por Roxin, ressalta que “a atribuição normativa é de hierarquia superior à do domínio”<sup>391</sup>. Isso quer dizer que mais importante do que uma atuação final na cadeia causal ou o controle desse processo é a competência violada ou não pelo agente que se situa no processo delitivo.

Segundo Jakobs, para quem não há distinção qualitativa entre autoria e participação, o domínio até pode influir como “medida da qualificação da intervenção delitiva”<sup>392</sup>, mas não é algo decisivo na distinção entre autoria e participação, nem traduz um conceito de natureza diversa na manifestação típica. Jakobs sustenta tal posicionamento, nos seguintes termos:

“A separação entre autoria e participação (induzimento e cumplicidade) não é uma distinção entre tipos de codelinquência claramente diferenciados, mas, ao contrário – e especialmente na separação de autoria e cumplicidade –, somente é uma ordenação, que não pode ser muito exata, em função de quantidades de intervenção, e, com isso, de domínio do fato: quem configura melhor o elemento principal e quem faz em relação ao acessório? Os primeiros são autores, os segundos são cúmplices. Domínio do fato têm os dois, como se acaba de dizer, um muito e o outro pouco. Brevemente: não se trata de se haverá imputação, mas da preparação da medição da pena”<sup>393</sup> (JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato*. Coleção estudos de Direito Penal. Barueri, São Paulo: Manole, 2003. P. 23).

Ao tratar do fenômeno da codelinquência, Jakobs destaca que se trata de um problema cujo centro gravitacional não deve girar em torno do que sejam as ações de execução do tipo. Isso não seria também decisivo para delimitação da coautoria. Na fundamentação dessa ideia, Jakobs aduz que “assim como na comissão de mão própria, a mera causa não fundamenta competência pelo curso lesivo, uma mera causa tampouco pode ser suficiente no caso da codelinquência”<sup>394</sup>.

São elucidativos os exemplos propostos pelo autor, reveladores de sua compreensão não naturalista do delito, ou seja, não guiada essencialmente pelos dados fenomênicos do fato típico, como a proximidade ou afastamento da causa última do processo de violação da norma ou a ciência dos dados que envolvem o comportamento, mas sim pelo significado das condutas no contexto das responsabilidades dos intervenientes.

Em um primeiro exemplo, Jakobs afirma que não se poderia tratar como autor um executor de tarefas de limpeza de uma empresa que despeja água contaminada em um rio, ainda que tivesse tomado ciência da contaminação depois de ouvir conversa informal entre

---

<sup>391</sup> JAKOBS, Günther. *Crítica à Teoria do Domínio do Fato*. Coleção estudos de Direito Penal. Barueri, São Paulo: Manole, 2003. p. 4.

<sup>392</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>393</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>394</sup> *Ibidem*, p. 10.

engenheiros, responsáveis pelo estado da água. Embora causador direto da contaminação do rio, a conduta de quem despeja a água contaminada, no caso, interpreta-se como participação, “na medida em que intervenham junto a ele outras pessoas (competentes)”.<sup>395</sup>

Jakobs afirma que, por vezes, a divisão de tarefas em uma cadeia causal que resulta em delitos vincula os intervenientes, gerando codelinquência, e em outras, os separa. O autor ilustra que, por exemplo, o juiz que faz tramitar normalmente um processo, apesar da ameaça de terroristas de assassinar um ministro caso o processo não fosse obstruído, não se vincula ao conteúdo comunicativo das condutas dos terroristas<sup>396</sup>. Se parte do princípio de que “a liberdade tem como pressuposto a separação de papéis, vale dizer, a interrupção da responsabilidade no limite do rol próprio de cada um”<sup>397</sup>. Nesse contexto de delimitação de responsabilidades, Jakobs formula sua proposição da teoria da proibição de regresso.

Diferentemente da teoria de mesmo nome proposta por Frank, a teoria da proibição de regresso de Jakobs visa delimitar, conforme dito no capítulo anterior, marcos entre as intervenções no processo delitivo, a partir do significado dos comportamentos nas interações sociais. Não há, portanto, qualquer pretensão de se criar uma barreira para a responsabilidade de condutas imprudentes se sucedidas por condutas dolosas de autor.

A proposta de Jakobs tem como consequência, por exemplo, a não incriminação de condutas como a do padeiro que vende o pão com o qual se envenenará uma vítima, ou a conduta do mecânico que conserta um automóvel que posteriormente pode ser empregado em um racha.

Como exceção a essa lógica divisora dos comportamentos que interagem em um processo delitivo, Jakobs afirma que contextos caóticos, em que um interveniente se aproxima da violação de papéis por outro agente em uma perspectiva de periculosidade objetiva ao menos abstrata, obstam a proibição de regresso e fundamentam uma divisão de tarefas que une as condutas em um sentido delitivo.<sup>398</sup> O autor exemplifica seu entendimento com a venda de facas em uma loja de artigos do lar. A compra da faca por alguém que se comporta de modo natural não irá gerar responsabilidades para quem a vende, ainda que se possa esperar, por alguma razão, a prática de superveniente delito com o instrumento. Entretanto, outro tratamento deve ser atribuído, segundo Jakobs, se entram na loja sujeitos cujo aspecto pudesse fazer supor que

---

<sup>395</sup> JAKOBS, Günther. *Op. Cit.* 2003. p. 8.

<sup>396</sup> *Ibidem*, p. 11-12.

<sup>397</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>398</sup> *Ibidem*, p. 16.

estariam a atuar em alguma confusão ou contenda, “e exigem rapidamente a entrega da faca de grandes dimensões, afirmando que tanto faz qual seja o preço”.<sup>399</sup>

Para Jakobs, no exemplo acima, o comprador já figura objetivamente como participante em uma futura rixa<sup>400</sup>, não devendo, portanto, a conduta de outro interveniente cooperar nesse sentido em razão do seu significado objetivo.

O fundamento da punição da participação, para Jakobs, consiste no fato de que a execução do injusto pelo autor é, “em virtude da divisão do trabalho vinculante”, também execução da conduta do partícipe<sup>401</sup>. Em suma, a execução do injusto é uma obra coletiva, é execução de todos, e não se pode conceber a participação como forma de responsabilizar-se alguém por um injusto alheio. De outro modo, haveria violação do princípio da autorresponsabilidade, segundo o qual “todos respondem pelas consequências do seu comportamento, porém, somente em cada caso, o sujeito que o realiza”.<sup>402</sup>

Sob este parâmetro de fundamentação da participação, Jakobs considera não haver relevância dos elementos subjetivos na acessoriedade, pois não seriam parâmetros mentais que guiarão a conclusão sobre a unidade de sentido para a imputação comum. O esquema de interpretação objetiva proposto por Jakobs traz uma lógica única de interpretação dos delitos comissivos e omissivos. Todos os tipos de injusto são realizados por violações de competências de organização ou de um fundamento jurídico especial. Uma diferenciação realizada entre os fundamentos dos delitos omissivos e comissivos estaria baseada em “elementos casuais do *status quo* do mundo exterior”<sup>403</sup>, não na fundamentação dos tipos de injusto, que é apenas uma: a violação de competências ou incumbências. Estas violações nos casos de intervenções múltiplas caracterizam-se como uma execução comum, ou seja, como um só injusto cuja base normativa é única porque “só ocorre uma vez – e não por separado para cada um dos intervenientes”.<sup>404</sup>

Jakobs leciona que embora o StGB unicamente delimite formas de participação dolosas, “este é um erro de caráter psicológico: não é o dolo dos intervenientes que fundamenta que se trate de algo em comum, mas o ser competente pelo que aconteça, competência que também pode concorrer faltando o dolo”.<sup>405</sup> Para Jakobs, é possível participação dolosa em crime

---

<sup>399</sup> JAKOBS, Günther. *Op. Cit.* 2003. p. 15.

<sup>400</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>401</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>402</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>403</sup> JAKOBS, Günther. *La Imputación Penal de la Acción y de la Omisión*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gomez Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 61.

<sup>404</sup> JAKOBS, Gunther. *Op. Cit.* 2010. p. 62.

<sup>405</sup> JAKOBS, Günther. *Op. Cit.* 2010. p. 70.

culposo e participação culposa em delito doloso. Não obstante sua compreensão não psicológica da acessoriedade e a referência à acessoriedade quantitativa sob uma fundamentação diversa, sustenta-se uma compreensão unitária mitigada no delito culposo. Desse modo, não se diferenciam as formas de participação sob o plano típico, “entretanto, as diferenças no âmbito da participação haverão de ser levadas em conta no marco de medição da pena”.<sup>406</sup>

#### 4.6.1. Considerações críticas

As proposições de Jakobs para solução de casos de intervenções múltiplas para realização do fato são substancialmente importantes para o avanço da dogmática penal contemporânea. A defesa de elementos normativos hierarquicamente superiores à interpretação do domínio faz sua doutrina ter considerável aceitação nas premissas de formulações dogmáticas pensadas para sistemas que admitam a participação culposa, conforme se verá no capítulo seguinte.

A relevância dada à unidade de sentido sob um parâmetro de imputação não necessariamente fundamentada sob a base de um acordo psiquicamente vinculante é algo que se interpreta positivamente, sobretudo ao se tomar em conta que dolo e culpa são elementos de uma mesma natureza, conforme fundamentado no capítulo anterior. Sendo assim, faz todo sentido em uma interpretação do injusto que seja feita sob o parâmetro normativo de definição da proibição e do seu modo de configuração, que a acessoriedade seja interpretada de modo objetivo. A ruptura com uma lógica naturalista da acessoriedade ao ter-se em mente que no injusto do autor também se realiza a contribuição do partícipe é também razão de destaque nesta concepção.

A elaboração sistematizada da proibição de regresso como forma de avaliação do risco proibido em intervenções coletivas, conforme se viu no capítulo 3, é outro ponto positivo da construção de Jakobs. Realiza-se uma distinção relevante, a partir do instituto, entre um contato socialmente válido e o que se pode pretender com esse contato<sup>407</sup>. Com efeito, a mera ciência do que outra pessoa possa querer realizar a partir de uma prestação causal irrelevante sob o ponto de vista da lesividade comportamental, não pode fazer com que o Direito Penal persiga comportamentos tomados sem o sentido objetivo de realização típica.

Apesar dos pontos compreendidos como positivos acima citados, a dogmática de Jakobs, ao admitir a possibilidade de não se traçar diferenças entre a participação e a autoria

---

<sup>406</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>407</sup> *Ibidem*, p. 64.

sob o plano típico do injusto, afasta-se do modo como se constituem as proibições penais. Nota-se, neste aspecto, ausência de referência a partir do princípio da legalidade para definir os conceitos de autor e partícipe. De modo praticamente livre dessa referência positiva, Jakobs vai propor soluções obscuras alheias ao conteúdo típico que embasa a incriminação.

Em um dos seus exemplos, afirma que se uma pessoa devolve um revólver que havia pegado por empréstimo quando o titular da arma cometerá um homicídio, responderia por omissão de socorro, não por participação em homicídio, pois não está situado seu comportamento dentro do sentido da realização do homicídio, mas como devolução de algo que não lhe pertence, havendo apenas a violação de um outro papel. Uma solução como esta pressupõe completa ausência de referência empírica na determinação do comportamento da omissão de socorro e sobrepõe uma suposta configuração normativa da interatividade social (relação de empréstimo) em face do teor imperativo das normas penais. Neste particular, será verificada a danosidade da ausência de relevância interpretativa do bem jurídico como direcionador de adequadas interpretações jurídico-penais<sup>408</sup>. Independentemente de uma fundamentação psíquica, o que se nota em um caso como este é a proeminência de um risco objetivo tamanho para uma contribuição proibida pelo interveniente que só se poderia fundamentar adequadamente participação em homicídio, e não a omissão de socorro proposta por Jakobs. Na medida que suas interpretações resultam em substancial ausência de referência empírica-comportamental, a proposição de Jakobs, se adotada em sua integridade, levaria a violações ao princípio da legalidade, sobretudo na dimensão da taxatividade.

Também não se deve olvidar as premissas sobre as quais Jakobs edifica seu raciocínio. Antes de afirmar que autor e partícipe violam competências, o autor salienta que os papéis comuns teriam “conteúdo positivo de constituir a própria pessoa como pessoa em direito”.<sup>409</sup> Sob a base de qualquer interpretação jurídica que tenha como referência valores constitucionais democráticos, direitos humanos e pondere as tragédias já vividas sob o manto de despersonalizações juridicamente normativizadas sob raciocínios eugenistas e supremacistas, é preciso taxar a premissa de Jakobs como, no mínimo, absurda.<sup>410</sup> Para afirmar um esquema de

---

<sup>408</sup> Schünemann critica o critério da competência proposto por Jakobs como uma “definição tautológica de um normativismo livre de empirismo”. (SCHÜNEMANN, Bernd. *La Teoría de la Protección del Bien Jurídico como base del Derecho Penal en la Época de la Globalización*. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal Colzoni, 2009, p. 71). Aparentemente, o problema maior da proposição de Jakobs, nesta ausência de empirismo dita por Schünemann, é a ausência de referência do bem jurídico, entretanto a lógica de competência apresenta utilidade ao Direito Penal para a análise da relevância do risco de cada interveniente em relação aos seus âmbitos de responsabilidade.

<sup>409</sup> JAKOBS, Gunther. *Op. Cit.* 2010. p. 56.

<sup>410</sup> Essa premissa faz com que Jakobs elabore a muito criticada teoria do domínio do fato, que conforme bem acentua Muñoz Conde não encontra guarida em valores constitucionais, nem fundamentação em normas de direito internacional, e se preocupa de modo tão alarmante com uma paz, que se efetivada, seria “a paz dos cemitérios”,

imputação que tenha como fundamento a liberdade e a autodeterminação humanas não se pode lançar mão de conceitos de personalização normativa.<sup>411</sup>

Diferenciar participação e autoria sob uma noção gradativa apenas no marco da medição da pena diminui sobremaneira a importância dos conceitos no âmbito da proibição, diluindo o significado típico que nos crimes culposos muitas vezes é de concreção ainda mais dificultosa. Além disso, a diferenciação no marco da pena traz um problema linguístico para o Direito Penal. Ora emprega-se os conceitos de autor e partícipe de um modo próprio, outras de modo impróprio. Fala-se em comparticipação, por exemplo, englobando-se hipóteses de coautoria e participação no fato. Este método é nocivo para adequada interpretação de ordenamentos que se valham dos conceitos de autor e partícipe atribuindo efeitos diversos para cada um dos intervenientes. Por vezes, a própria compreensão típica do conceito vincula determinações relativas à pena. Neste contexto, compreende-se que seja difícil, por exemplo, sob a interpretação da participação de menor importância no CPB compreender que o enunciado englobaria comportamentos de autor e partícipe, sendo um conceito genérico graduável para quaisquer espécies de intervenção equiparadas tipicamente.

A concepção de acessoriedade para Jakobs, se por um lado se afasta de modo positivo, de uma interpretação naturalista, por outro, estreita demais a compreensão da participação ao afirmar que a execução comum será apenas uma ocorrência fática que fundamentará um único injusto. Se é um só o fato jurídico-penalmente relevante em casos nos quais se tem a participação, torna-se impossível compreender razoavelmente a base sobre a qual se assenta o dolo ou a culpa do partícipe.

Dolo e culpa são conceitos que dizem respeito à parâmetros típicos. A intervenção dos partícipes ocorre em momento anterior ao “fato ou injusto único” pensado por Jakobs. Se efetivamente o fato ou injusto são únicos e ocorrem em momento posterior à conduta do partícipe, como pensa Jakobs, o dolo ou culpa do partícipe, como conceitos jurídicos relacionados ao injusto, só poderiam ser afirmados de modo superveniente, sob uma referência comportamental que se realizaria em momento posterior à conduta do partícipe. Para ser mais claro, sob uma tal construção, não se poderia dizer que ao partícipe é aplicado o princípio da legalidade ou anterioridade, a participação figuraria não como uma causa de extensão da tipicidade, mas como mera causa de extensão da pena.

---

tamanho a prospectividade e a aptidão bélica atribuídas ao Direito Penal. (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito Penal do Inimigo*. Trad. Karyna Sposato. Curitiba: Juruá, 2012. p. 68 e ss.).

<sup>411</sup> Com isto não se quer dizer que o conceito de ‘pessoa’ não seja já acompanhado de um sentido normativo, mas que não é o caráter externo de ações realizadas por cada sujeito que lhe atribuem uma compreensão jurídica (sistêmica) como pessoa ou não.

A proposta de Jakobs traz um esquema em que também o princípio da culpabilidade incide na participação de modo precário, já que os conceitos de dolo seriam meras formas de imputação idealizadas por juízo *ex post*<sup>412</sup>, ou seja, de modo posterior à verificação da autoria. Se culpa e dolo são conceitos jurídicos e estão presentes na intervenção de todo aquele que coopera no delito no momento da sua conduta, na participação, já que ainda não haveria injusto quando ela se manifesta, só caberia falar de dolo ou culpa de modo impróprio (finalidade ou negligência em sentido natural, pré-típico) ou como conceitos afirmados por um juízo de imputação subsequente. Este efeito que corresponde às bases da proposta de Jakobs, ao tomar em conta exclusivamente o momento do injusto do autor, gera uma forma de imputação ilegal ao partícipe.

Não parece razoável supor que a participação em si mesma já não guarde uma manifestação do injusto, e se assim o é, seria incoerente dizer que há apenas um único fato jurídico-penalmente relevante. Apesar da acessoriedade acarretar a responsabilidade do partícipe apenas mediante o comportamento típico do autor, há um injusto em sentido precário no momento próprio da participação. Esse injusto em sentido precário dá a base de aferição da imputação subjetiva e não fundamenta ainda a responsabilidade penal, mas pode projetar alguns efeitos. A depender da proximidade da participação com a realização típica, a prestação acessória pode, em divergência do que defende Jakobs, dar causa ao exercício da legítima defesa, desde que obviamente sejam respeitados os requisitos da justificante.

#### **4.7. Heiko Lesch – A imputação em face das comunidades organizativas e das comunidades exclusivamente normativas**

Heiko Lesch propõe bases para a construção de uma teoria da intervenção delitiva normativa, sob parâmetros de um conceito extensivo de autor. Em sua concepção teórica, a tradicional divisão feita no sentido de que autores violariam normas de comportamento próprio,

---

<sup>412</sup> Necessário dizer neste contexto que não é o que pretende Jakobs uma instituição de dolo ou culpa *subsequens*, pois este autor leciona em seu tratado a necessidade de apuração do dolo ao tempo da conduta. Assim afirma que “se no momento que o autor concebe o dolo já tem concluído uma parte do tipo objetivo, esta parte não se lhe pode imputar” (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general. Fundamentos y teoria de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 310). No entanto, ao dizer que há um único fato juridicamente relevante, nas hipóteses de intervenção delitiva, que só se expressa mediante a realização típica comum, nos parece inevitável afirmar que, dessa maneira, o dolo ou culpa de quem se manifesta antes de atos executivos não se fundamentariam a partir de um injusto objetivo, a não ser sob a base de elementos supervenientes, o que é incompatível com o Direito Penal da culpabilidade.

existindo um injusto pessoal do autor, enquanto que diversa seria a situação do partícipe, tem relação com uma forma ainda naturalista e equivocada de se enxergar o delito.

Segundo Lesch, a divisão qualitativa entre autoria e participação fundamentalmente manifestaria um modo naturalista do delito. Os autores que a propõem promovem, segundo Lesch, uma “divisão forçada da ação em um movimento corporal e um resultado, em outras palavras, a diferenciação entre desvalor da ação (lesão de um dever) do chamado desvalor do resultado”.<sup>413</sup>

A autoria e o injusto, para Lesch, não devem ser interpretados como ações eficientes para o resultado, mas apenas como ato contrário ao dever.<sup>414</sup> Assim, se dará protagonismo ao efeito comunicativo simbólico dos comportamentos dos sujeitos envolvidos no delito, e não à fenomenologia empírica. O sentido valorativo do juízo de ilicitude, para Lesch, é de exclusiva atribuição normativa, compreendendo o citado autor que se tal configuração de sentido fosse dada por um aspecto subjetivo do autor o horizonte da norma deixaria de ser meio de desenvolvimento da sociedade.<sup>415</sup>

No âmbito da autoria, Lesch questiona a divisão qualitativa entre autoria e participação aduzindo que ao se identificar o fato do autor com a realização típica resta apenas uma definição negativa de participação, que se passa a conceituar apenas como “a não execução própria do fato”.<sup>416</sup> Um primeiro vício acerca desse entendimento, para Lesch, seria perceptível no exame da coautoria, pois cada coautor, em regra, leva a cabo menos que a total realização do tipo e, se não servisse a figura da coautoria para a imputação nesses casos de parcial realização típica por cada interveniente, seria nada mais do que um conceito supérfluo.<sup>417</sup> Por isso, afirma Lesch que, na coautoria, a figura central do acontecer típico não existe.

A identidade entre execução do tipo e autoria suposta na teoria do domínio do fato e a proposição de um conceito restritivo de autor, para Lesch, constituem um erro. Esse erro seria demonstrável pela inexistência de um fato delitivo de cada autor, pois segundo Lesch, o que é relevante jurídico-penalmente nas intervenções delitivas é um único fato que se imputa aos intervenientes em conjunto.<sup>418</sup>

---

<sup>413</sup> LESCH, Heiko H. *Intervención Delictiva e Imputación Objetiva*. 1995. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46484.pdf>. Acesso em: 22 de março de 2019. p. 928. Uma referência da divisão qualitativa entre autoria e participação criticada por Lesch se percebe no desenvolvimento da teoria das normas de Rudolphi e Stein, caracterizada pela compreensão de que as normas de comportamento são um imperativo destinado ao sujeito com finalidades preventivas em face do bem jurídico.

<sup>414</sup> *Ibidem*, p. 929.

<sup>415</sup> *Ibidem*, p. 929.

<sup>416</sup> *Ibidem*, p. 931.

<sup>417</sup> *Ibidem*, p. 931.

<sup>418</sup> LESCH, Heiko H. *Op. Cit.* p. 933.

Lesch argumenta ainda que a tentativa se caracterizaria exatamente pela não execução do tipo ou execução apenas parcial. Dessa forma, tratar autoria e realização do tipo como coisas idênticas seria, também por este motivo, um erro. Seguido à risca o conceito restritivo de autor, segundo Lesch, seria inviável fundamentar a autoria de tentativa, e apenas seria possível a formulação da “tentativa de autoria”, o que, em verdade, não seria nem autoria nem participação.<sup>419</sup> Segundo Lesch, o conceito restritivo de autor terminaria, assim, por desembocar em um sistema no qual a autoria teria como pressuposto um fato consumado.

A diferença qualitativa entre autoria e participação tem como inconveniente ainda, segundo Lesch, a impossibilidade de que um delito realizado por contribuições progressivamente materializadas possa implicar em mudanças de papéis ou do contorno da execução delitiva. O autor elucida seu raciocínio com exemplo semelhante ao seguinte: A e B planejam um roubo. Para realizá-lo são acompanhados de um vidraceiro, o qual é incumbido de cortar o vidro da janela da casa da vítima. A ação executiva do vidraceiro, todavia, não é prosseguida porque a polícia passa na rua onde se localiza a janela. Ocorre que A e B, após o vidraceiro ter iniciado o corte do vidro, decidem, sem outra ação cooperativa do vidraceiro, entrar na residência para roubar as vítimas, não mais pela janela, mas violando a porta da entrada com uma chave falsa.<sup>420</sup>

Na avaliação do caso acima, se autoria e participação distinguem-se qualitativamente, segundo Lesch, a conduta do vidraceiro apenas poderia ser qualificável como tentativa de roubo. No caso, a ação de iniciar a tentativa de ingresso pelo vidro já configuraria início de execução típica, a qual, se compreendida coerentemente como uma noção qualitativa, segundo Lesch, não permitiria mudança na imputação porque uma contribuição típica não deixa de sê-lo pelo que ocorre em seguida.

Para Lesch, também são incoerentes as explicações que se costuma dar ao fundamento da punibilidade do partícipe por defensores do conceito restritivo de autor. Diante da identificação que se faz entre os conceitos de autoria e realização típica, restam duas saídas para a fundamentação do injusto da participação. A primeira é caracterizá-lo como injusto autônomo, solução esta que, para Lesch, é equivocada na medida em que a contribuição do partícipe enquanto interveniente só produz parte de um injusto, não um injusto em totalidade.<sup>421</sup> Além

---

<sup>419</sup> *Ibidem*, p. 933.

<sup>420</sup> *Ibidem*, p. 934.

<sup>421</sup> LESCH, Heiko. Op. Cit. p. 935.

disso, o fato de que a participação possa ocorrer em momento preparatório do delito faria supor que haveria injusto da participação sem sequer haver um delito tentado.<sup>422</sup>

Para Lesch, é incongruente fundamentar a imputação do injusto pela ação de outro, diante do princípio da autorresponsabilidade.<sup>423</sup> A imputação de fatos alheios só se poderia realizar caso definida uma execução conjunta, mas não se compreende uma divisão qualitativa das cooperações. As múltiplas intervenções delitivas tratam-se, portanto, segundo Lesch, de um único fato de um ente coletivo. Por esta razão, a proibição de regresso, instrumento de análise da imputação objetiva nas intervenções delitivas, deixa de ser um problema voltado à participação *stricto sensu* e se torna um critério de análise de um “momento geral de imputação”.<sup>424</sup>

A proposição de Lesch é renunciar o conceito restritivo de autor. Para sustentar a proposição, Lesch argumenta que o conceito restritivo traça uma delimitação apenas aparente da responsabilidade penal, pois o espaço deixado para imputação na participação é excessivo.<sup>425</sup>

Em troca do conceito restritivo de autor, Lesch pleiteia pela adoção de uma teoria da imputação restritiva que seja suficiente para abarcar a intervenção em casos de divisão de trabalho, ou seja, casos de apenas parcial realização típica.<sup>426</sup> Na sua fundamentação fica clara a ideia de que participação e autoria têm o mesmo fundamento de responsabilidade, compreendido na violação do dever, sendo criticável ainda a teoria do domínio do fato, para este autor, em função do partícipe também dominar sua contribuição tanto quanto o autor domina a dele. Resta, assim, apenas o objeto de referência da execução típica como critério do domínio, sendo que tal objeto é, em tantas situações, caracterizado por um sentido que só é atribuído em conjunto, o que descaracteriza a divisão qualitativa entre as intervenções.<sup>427</sup>

A análise quantitativa das intervenções como autoria, indução e cumplicidade, far-se-á, para Lesch, em torno “da dimensão de relevância comunicadora de dita configuração (fática) em relação à vigência da norma”.<sup>428</sup> O conceito de domínio até pode ter importância como um significado especial do *quantum* da intervenção delitiva, mas não reflete uma rígida diversidade de elementos característica da divisão qualitativa, sendo tão somente um componente da análise das diferenças gradativas entre as intervenções.<sup>429</sup>

---

<sup>422</sup> *Ibidem*, p. 936.

<sup>423</sup> *Ibidem*, p. 936.

<sup>424</sup> *Ibidem*, p. 936.

<sup>425</sup> *Ibidem*, p. 937.

<sup>426</sup> *Ibidem*, p. 937.

<sup>427</sup> *Ibidem*, p. 938.

<sup>428</sup> *Ibidem*, p. 946.

<sup>429</sup> LESCH, Heiko. *Op. Cit.* p. 947.

Ao tratar dos tipos culposos, Lesch afirma que é plenamente possível diferenciar quantitativamente as intervenções culposas, sustentando que só a perspectiva da teoria final da ação, com seus postulados ontológicos, indicaria equivocadamente uma solução diversa. A culpa não se explica por meio do instrumental discursivo da “natureza das coisas”, “posto que se trata de construção normativista que não existe na natureza”.<sup>430</sup>

A intervenção acessória se fundamenta também na imputação objetiva, para o autor, Lesch trata como uma consequência imediata a abertura para sua fundamentação também na imprudência, pois não existem, segundo o autor, diferenças na imputação objetiva entre tipos dolosos e culposos.<sup>431</sup> Lesch descarta a possibilidade de punição de participações em autolesões e autocolocações em risco, quando no caso de que, se houvesse o interveniente favorecido dolosamente, não seria também punível.<sup>432</sup>

Para Lesch, “os tipos não descrevem – ao menos, em princípio- o autor, mas apenas fixam em que consiste uma perturbação social (fato penal) – que pode ser realizado por vários intervenientes”.<sup>433</sup> Em meio à fundamentação de um conceito extensivo de autor, partindo das bases propostas por Jakobs, Lesch compreende as intervenções típicas em concurso como uma comunidade organizativa baseada em divisão de tarefas. Neste sentido, a violação de papéis comuns, verificáveis em quaisquer delitos, fundaria uma comunidade organizativa cuja atribuição de responsabilidade seria idêntica quanto ao seu título e variável apenas nas quotas de contribuição.<sup>434</sup>

Na formulação do autor, afirma-se que pode também haver a manifestação de intervenções delitivas em uma espécie de comunidade exclusivamente normativa, fundamentada em violação de papéis especiais, isto é, violações institucionais que catalisam a aplicabilidade dos delitos de dever.

Segundo Lesch, “o garante, ao lesionar um dever assegurado institucionalmente, viola um delito autônomo, ou seja, executa por si mesmo o tipo”.<sup>435</sup> A execução do tipo pelo garante independe da realização direta do fato pelo mesmo. Quando há cooperações múltiplas realizadas por quem não tem o dever especial conjuntamente ao garante, não se fala em uma relação de acessoriedade, até porque, para Lesch, o dever institucional é um dever altamente pessoal.<sup>436</sup> Se um pai dá ao assassino do filho uma faca, para Lesch, o pai não seria apenas autor

---

<sup>430</sup> *Ibidem*, p. 949.

<sup>431</sup> *Ibidem*, p. 949.

<sup>432</sup> *Ibidem*, p. 949.

<sup>433</sup> *Ibidem*, p. 942.

<sup>434</sup> *Ibidem*, p. 953.

<sup>435</sup> *Ibidem*, p. 943.

<sup>436</sup> LESCH, Heiko H. *Op. Cit.* p. 967.

de um delito de infração de dever, mas também cúmplice em um delito de organização; haveria, assim, dois delitos nos quais o *intraneus* intervém.<sup>437</sup> A questão seria resolvida, para Lesch, não de modo naturalista, mas por meio das regras do concurso de normas, restando a realização do delito por dever como manifestação prevalente da conduta do autor.

Tendo em vista que autoria e participação, para Lesch, seriam conceitos relacionados a um *quantum* delitivo, estariam vinculados a regras de determinação da pena. Desse modo, a ausência de precisão exata dos conceitos e a análise das contribuições delitivas sob uma perspectiva gradual não violaria o princípio da legalidade, pois segundo Lesch, “a determinação da pena não é coisa de exatidão matemática”.<sup>438</sup> Para Lesch, a coautoria, em seu esquema conceitual extensivo, não demanda um acordo em sentido psicológico para que se realize, mas a “persecução de um objetivo comum supraindividual (não necessariamente fundado em reciprocidade)”.<sup>439</sup> Não se exige assim, segundo Lesch, uma comunidade psíquica, mas uma comunidade objetiva comunicamente relevante dos atos de organização entre os intervenientes, em um contexto que as próprias ações permitem atribuir objetivamente o sentido planejado.

Nos casos de intervenção conjunta, o objeto de referência não seria, para Lesch, a contribuição própria de cada interveniente, mas a realização do tipo em conjunto, levada a cabo em forma de divisão de trabalho.

#### 4.7.1. Considerações críticas

As críticas à concepção de Lesch não devem prescindir dos fundamentos iniciais sobre os quais o autor estrutura as intervenções delitivas. Lesch parte fundamentalmente de conceitos iniciados por Jakobs e segue linha semelhante de interpretação do injusto e do concurso de pessoas. Faz-se necessário também frisar que Lesch realiza uma longa fundamentação hegeliana dos seus posicionamentos, ao propor sentidos atributivos comunicativo-simbólicos. Uma análise minuciosa destas razões, todavia, iria além do propósito de análise do seu esquema de concurso de pessoas e das posições essenciais para as conclusões deste trabalho. Algumas premissas essenciais do autor, no entanto, devem ser postas para desenvolvimento das considerações críticas.

Ao examinar as intervenções delitivas sob uma ótica normativa de imputação, Lesch não faz reservas quanto a uma pretendida eliminação de todo e qualquer resíduo naturalista da

---

<sup>437</sup> *Ibidem*, p. 945

<sup>438</sup> *Ibidem*, p. 947.

<sup>439</sup> *Ibidem*, p. 955.

interpretação do delito.<sup>440</sup> Lesch chega a cimentar sua construção sobre refutações das teorias do bem jurídico e das teorias utilitaristas da pena. Este autor aponta como motivos de superação destas teorias o naturalismo ao qual elas estariam conectadas. Quanto à teoria do bem jurídico, o naturalismo se manifestaria, para Lesch, como uma atomizada causação lesiva sobre interesses pessoais tutelados, e, em segundo lugar, estaria presente também nas concepções utilitaristas da pena porque elas não encontram um fundamento interno comunicativo-simbólico de afirmação em face do delito.

Em face das bases propostas por Lesch, é necessário primeiramente notar que este autor reduz, ao menos parcialmente, a teoria do bem jurídico a uma espécie de materialidade lesiva ao valor extraído da norma. Neste sentido, diminui-se substancialmente a importância da concepção para afirmar parâmetros de legitimação do injusto e direcionamento interpretativo crítico na aplicação normativa. Lesch não suprime completamente a ideia de bem jurídico, mas afirma que acerca deste conceito sua relevância se exaure a uma análise de trato com o bem na ação, mas não como base de aferição lesiva. De todo modo, essa premissa do autor reduz a importância do conceito.

Lesch sustenta ainda uma teoria da pena retributiva funcional inspirada no reforço comunicativo da vigência da norma, sem que sequer seja considerada em sua proposição qualquer conhecimento criminológico diante das repercussões da aplicação da pena. Lesch direciona suas razões apenas a supostas coerências discursivas intrassistêmicas e sustenta uma construção em que Direito Penal e pena estão completamente alheios a noções antropológicas, criminológicas e sociológicas. Assim, produz-se um discurso que, sob o afã de eliminar qualquer ideia empírica de delito, elimina também todas outras ciências relevantes para a interpretação e a tomada de posições em um debate sobre algo tão socialmente caro como é a inflicção da pena. Um dos notáveis avanços do modo de pensar o delito, em termos funcionais, é a assunção de razões político-criminais imersas aos conceitos dogmáticos. Sob um funcionalismo sistêmico assumidamente radical, as considerações político-criminais se perdem em um falso discurso de neutralidade na manutenção sistêmica.

Na análise histórica proposta por Lesch, o próprio autor descreve o pioneirismo da chamada Escola de Kiel como base de uma teoria do delito fundamentada estritamente na violação de dever. Aponta-se as motivações nacional-socialistas como razões da descontinuidade da proposição do delito como mera violação de um dever, mas defende-se um

---

<sup>440</sup> LESCH, Heiko H. *Op. Cit.* p. 919.

retorno à uma lógica normativa puramente abstrata sem qualquer preocupação discursiva para a construção de um Direito Penal de garantias.

Direito é também linguagem e, sob as vestes dos conceitos jurídicos, pode-se suprimir a liberdade, de modo que a dogmática-penal precisa de elementos críticos de aferição da aplicação da norma.<sup>441</sup> Não basta que o Direito Penal parta de uma ordem democrática constitucional para que seu sistema seja aplicado racionalmente. Deve-se, para isso, edificar-se um sistema hábil a possuir além de coerência formal, parâmetros críticos de aplicação teleológica, sem que se feche os olhos ao entorno multifacetado e complexo das mazelas penais. Em suma, uma fundamentação da pena meramente normológica olvida todo conhecimento criminológico produzido sobre a pena e reconduz o Direito Penal, paradoxalmente, a um período em que se lhe concebia como “barreira intransponível da política criminal”.

Ao argumentar que a teoria do domínio do fato, por vincular a autoria à realização do tipo, só teria coerência com uma interpretação que analisasse delitos consumados, Lesch, em alguma medida, equivoca-se exaurindo o significado de tipo penal ao enunciado típico da parte especial. Conforme sustenta Pérez Manzano, “que a parte especial do código seja a que contém as condutas puníveis por antonomásia não significa que seja o único lugar do código em que se encontram”.<sup>442</sup> A tentativa e a participação em sentido estrito, neste sentido, configuram “tipos de delito”, segundo afirma Mir Puig, com quem concorda Pérez Manzano.<sup>443</sup> Essa sustentação, contrária ao que sustenta Lesch, é verificada também na doutrina brasileira, diante da sustentação de Frederico Marques, para quem haveria nas causas extensivas de punibilidade (participação e tentativa) uma subsunção indireta do comportamento por força de regra ampliativa do Código Penal. Neste sentido, seria a “norma de extensão da parte geral que possibilita a punição dos que participam”<sup>444</sup>, ou seja, na parte geral também se constitui tipicidade.

---

<sup>441</sup> Embora claramente o Direito Penal possa e deva fundamentar critérios normativos de imputação, a ausência de uma base empírica na noção de delito já apresentou sua nocividade no passado. Isto já se viu por meio de conceitos abertos de bem jurídico como o proposto por Klee, para quem bem jurídico seria as “condições de vida do povo”. A teoria dos tipos de autor também se construía sobre uma normatização suposta em falsos elementos empíricos de aferição para relevância normativa. Segundo Frommel, todas essas concepções integraram formulações sobre o Direito Penal em voga durante o nacional-socialismo, e essas concepções passaram ao largo de considerações críticas e até serviam como discurso legitimador do Direito Penal nazista. Neste sentido FROMMEL, Monika. *Los Orígenes Ideológicos de la Teoría Final de la Acción*. 1989. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46350>. p. 625).

<sup>442</sup> PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Autoría y Participación Imprudente en el Código Penal de 1995*. 1ª ed. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999. p. 92.

<sup>443</sup> MIR PUIG, <<ADP>>, 1973, nota 36 *apud* PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. Cit.* 1999. p. 94.

<sup>444</sup> MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. v. II. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 308.

Lesch, conforme se expôs, afirma também que seria impossível haver um domínio comum do fato. Cada interveniente, segundo Lesch, só pode dominar a sua própria intervenção, com o que seria inaplicável a ideia de domínio do fato na coautoria. A argumentação nos parece exagerada e se constrói sobre premissas diversas das quais Roxin elabora o conceito de domínio funcional do fato<sup>445</sup>. Roxin não elabora a ideia de domínio funcional como elemento estruturado sobre uma parcela da realização típica, conforme exposto no tópico 3.5.

Na teoria do domínio do fato, diferentemente do que Lesch faz parecer, só se concebe a coautoria como um domínio comum, analisado de modo global e não fragmentado.<sup>446</sup> É problemático que Roxin construa a coautoria sob a perspectiva de frustração do plano mediante a retirada da contribuição, pois isto faz com que o conceito se fundamente em uma interpretação construída sobre uma possibilidade hipotética futura. Neste aspecto, de fato o conceito de coautoria torna-se problemático, mas daí a sustentar que é impossível um domínio comum do fato pelos agentes há um abismo. A divisão de tarefas torna possível a premissa de que cada interveniente possa prestar contribuições essenciais à realização típica de modo a situar o delito como manifestação de um domínio comum. Uma coisa é a possibilidade de formulação do conceito e outra é o modo como ela se manifesta. O critério do domínio funcional tem vícios, conforme dito acima, mas não é um conceito impassível de fundamentação como supõe Lesch.

Lesch vai além do seu mestre Jakobs na crítica ao domínio do fato, pois não se limita a afirmar que o âmbito de atribuição normativo é de hierarquia superior ao do domínio. Lesch contraria essencialmente todos fundamentos da teoria do domínio do fato.

Por meio do exemplo no qual Lesch analisa a execução do delito e que há modificação de papéis durante a realização do fato, pode-se extrair uma positiva demonstração de que autoria e participação são diferenciáveis quantitativamente, pois é a manifestação do grau lesivo do comportamento que atribuirá ao interveniente a definição da conduta como partícipe ou autor. Isto não implica dizer, entretanto, conforme o faz Lesch, que uma distinção quantitativa só seja compatível com um conceito extensivo de autor e deva se fazer apenas na análise da aplicação da pena, pois o Direito Penal, ao emitir proibições baseadas em modelos de conduta, não supõe

---

<sup>445</sup> Neste sentido, verifica-se a crítica de Hernandez Plasencia à Lesch. Segundo Hernandez Plasencia, “este autor (Lesch) não parece ter em conta que o domínio do fato se refere precisamente a este – ao fato típico –, não ao domínio sobre uma condição do resultado, posto que esta, como parece supor não implica realizar a um fato típico. Tampouco tem razão quando afirma que “antes pois, de que o critério do domínio do fato possa significar algo, deve averiguar-se, independentemente, qual é o injusto qualificável como autoria”, se, como se tem dito anteriormente é o domínio do fato o encarregado de captar a concreta dimensão das ações que possam transladaram-se ao tipo.” (HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *Imputación Objetiva versus Dominio del Hecho*. Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, n. 2, p. 175-215., 2005. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=76066](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=76066). Acesso em: 01 out. 2019. p. 46).

<sup>446</sup> Vide tópico 3.5.

como realização do tipo de injusto uma generalidade de riscos proibidos manifestados empiricamente de qualquer forma.

Mostra-se inadequada também a compreensão de Lesch de que intervenções típicas sejam entes abstratos livres de qualquer referência empírica. O delito é fato e, como tal, manifesta-se de modo empírico e não apenas de modo simbólico-comunicativo. Em seu esquema interpretativo, ele direciona a base comunicativa-simbólica ao contexto de ação, todavia, exagera ao afirmar que se deva suprimir todo conceito naturalista da interpretação do injusto.

Conforme afirma Tavares, é sobre um referencial empírico que se torna transparente a possibilidade de juízos de refutabilidade, noção que integra essencialmente a formulação de um Direito Penal de garantias.<sup>447</sup> Corcoy Bidasolo salienta bem que, embora a responsabilidade penal seja um problema jurídico e a relação de causalidade não seja o fundamento da imputação pode limitá-la e neste sentido tem utilidade para atribuição da responsabilidade penal.<sup>448</sup> Uma normatização de conceitos não prescinde de bases empíricas de aferição do delito e não se vislumbra qualquer indicativo de que uma normatização tão radical não incline a teoria do delito à uma aceitação passiva de quaisquer ditames do legislador, ainda que avessos a princípios penais elementares.

Joaquin Cuello Contreras salienta que domínio e dever não são noções inconciliáveis e, com sua concepção, acentua que mesmo concepções de um normativismo radical possuem limites empíricos. Segundo Cuello Contreras, se na definição de Jakobs, o autor do delito é quem deve evitar que de seu âmbito de responsabilidade surjam processos causais lesivos, parece claro que detrás do conceito de dever por incumbência há um elemento decisivo de domínio<sup>449</sup>, uma referência empírica. Uma asserção crítica nesse sentido compreende as teorias de Jakobs e Lesch.

Santos destaca a viabilidade das propostas de Lesch para os delitos culposos e elabora três críticas fundamentais às considerações do autor alemão acerca do concurso de pessoas. Segundo Santos, Lesch, ao defender a análise das interações anteriores entre os coautores, como planificação ou preparação do delito, “socorre-se de configurações próprias de um acordo comum para determinar a existência ou não de conexão entre as contribuições”.<sup>450</sup> Para Santos,

---

<sup>447</sup> TAVARES, Juarez. *Op. Cit.* 2018. p. 256 e ss.

<sup>448</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El Delito Imprudente*. 2ª ed. Buenos Aires: B de F, 2008. p. 388 e 392.

<sup>449</sup> CUELLO CONTRERAS, Joaquin. *Dominio e Dever como fundamento común a todas las formas de autoría y modalidades del delito*. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/792.pdf>. Acesso em: 12 de julho de 2019. 2011. p. 12.

<sup>450</sup> SANTOS, Humberto Souza. *Op. Cit.* p. 77

essas configurações demonstrariam a insuficiência das razões apresentadas por Lesch para eliminar a noção de acordo em sentido psicológico da coautoria culposa.<sup>451</sup>

A forma como Lesch interpreta a viabilidade de imputação comum livre de acordo em sentido psicológico é um tópico sobre o qual, diferentemente de Santos, não discordamos. Lesch argumenta que uma noção de realização comum independe de interpretações psicologizantes e, neste sentido, a planificação a qual se refere não é uma espécie de interpenetração de vontades.

Por meio de alguns exemplos, fica claro o posicionamento sobre a imputação comum e a coerência das razões de Lesch com uma interpretação normativa do injusto, o que é adequado, embora não sob tão radical supressão de noções empíricas e de orientação típica no sentido de delimitação das contribuições de partícipe e autor. Lesch exemplifica que, se um grupo de pessoas se ajusta, marca dia e horário para pichar em uma estação de metrô e, no local, cada um externa suas inclinações artístico-individuais, “apesar do acordo anterior e da conexão físico-temporal, falta a comunidade, necessária para a fundamentação da responsabilidade acessória”.<sup>452</sup> Neste sentido, a imputação comum é tomada de uma aferição normativa que analisa objetivamente a realização dos comportamentos de uns sobre outros, essencialmente de uma “vinculação fática de atos de organização”.<sup>453</sup>

Santos pontua que haveria certa falta de clareza na construção de Lesch para que se possa visualizar as hipóteses em que há conexão comunicativa entre as contribuições e aquelas em que isso não se produz. Ademais, seguindo crítica também pensada por Gutierrez Rodriguez, Santos afirma lhe parecer incorreto “considerar suficiente que seja possível antecipar as consequências dos diversos atos desde que se executa o primeiro deles, possibilidade de antecipação que não está claro de qual forma deva determinar-se”.<sup>454</sup> A falta de clareza suposta por Santos estaria na dubiedade que resta quanto a análise dessa antecipação, se seria de modo objetivo ou se seria de acordo com os conhecimentos especiais do sujeito que atua em primeiro lugar.<sup>455</sup> Santos apresenta um caso para elucidar sua crítica em sentido semelhante à de Gutierrez Rodriguez:

“se A bate em B e o deixa inconsciente em um parque mal iluminado em uma cidade com alto índice de criminalidade, poderia este se converter em partícipe acessório de um eventual furto que B sofresse de terceiro? Conforme o exposto por Lesch, a resposta deveria ser positiva.” (SANTOS, Humberto Souza. *Co-autoria em crime Culposo e Imputação Objetiva*. Baueri-SP: Manole, 2004. p. 77).

<sup>451</sup> *Ibidem*, p. 77

<sup>452</sup> LESCH, Heiko H. *Op. Cit.* p. 962.

<sup>453</sup> LESCH, Heiko H. *Op. Cit.* p. 964.

<sup>454</sup> SANTOS, Humberto de Souza. *Op. Cit.* p. 77

<sup>455</sup> GUTIÉRREZ RODRIGUEZ, Maria. *La Responsabilidad Penal del Coautor*. Valencia: TirantLoBlanch, 2001, p. 253 apud SANTOS, Humberto de Souza. *Op. Cit.* p. 77.

Lesch afirma que para verificação da “relação objetiva das contribuições é necessário centrar-se no contexto completo do evento, especialmente também em eventuais interações entre os atuantes”.<sup>456</sup> Essa análise das interações, todavia, não é de adesão psicológica, mas interpretativa em sentido atributivo. Neste contexto, Lesch exemplifica que, no caso de alguém golpear outro sujeito na rua e deixá-lo a própria sorte, se, posteriormente, sem conhecimento do primeiro interveniente, outro venha a roubar a carteira da vítima, falta mesmo uma relação objetiva das ações individuais.<sup>457</sup> No contexto de delitos empresariais, uma noção de realização comum em sentido normativo fica clara em delitos nos quais há uma soma de riscos proibidos em diferentes cadeias hierárquicas, que somados realizam-se tipicamente. Os diferentes agentes da empresa podem não ter qualquer vínculo psicológico e suas contribuições tomarem relevância umas sobre as outras.

Embora a concepção de Lesch admita correspondência com delitos dolosos e culposos, é avessa a uma adequação para diferenciação entre autoria e participação no âmbito típico. Um dos problemas identificados nessa concepção é a suposição de um único fato jurídico-penalmente relevante.

À medida em que apenas a realização comum dos intervenientes interessa à análise jurídico-penal, conforme aduz Lesch, a análise da imputação de quem intervém antes da execução típica teria que se lastrear em um dolo ou culpa *subsequens*. É incoerente dizer que nada há do injusto em uma intervenção preparatória e posteriormente afirmar que determinada colaboração antecedente teria sido dolosa ou culposa. Dolo e culpa são conceitos jurídicos que tomam por base a realização do injusto, seja do autor ou do partícipe. O partícipe tem como objeto de referência não apenas a realização comum, mas sua conduta própria ou, então, o barema de imputação da sua intervenção só se realiza de modo ulterior, contrariando-se o princípio da legalidade na dimensão da anterioridade.

Não obstante a análise da imputação subjetiva se faça em sentido atributivo, sempre leva em consideração elementos fáticos do momento da conduta de cada interveniente. Na concepção de Lesch, isso ficaria completamente prejudicado, porque o fato de relevo seria apenas um, a obra comum. Mesmo em uma interpretação atributiva-normativa é extremamente problemático pensar que o juízo de imputação sobre um interveniente só possa se fazer a partir de uma configuração encerrada (seja delito consumado ou tentado). O Direito Penal trabalha com modelos de proibição sob uma lógica *ex ante*, é uma inarredável faceta do princípio da legalidade. Desse modo, é necessário que seja possível a qualquer cidadão saber quais

---

<sup>456</sup> LESCH, Heiko H. *Op. Cit.* p. 962.

<sup>457</sup> *Ibidem*, p. 962.

comportamentos seus podem configurar uma prática delitiva e como é possível configurar a imputação atributiva sobre sua conduta.

Tornar acessível, mediante negligência, uma arma de fogo a alguém não pode ser assimilada de modo inteligível por qualquer cidadão como uma proibição consistente em “matar alguém”. Também não se pode dizer que seja exigível de quem realiza tal comportamento o conhecimento ou a violação de dever desencadeadores da morte de uma pessoa, sem levar-se em consideração a realização futura de um disparo da arma por alguma outra pessoa. Ou seja, quem intervém anteriormente, só pode ter o dolo ou culpa afirmados a partir da conduta própria, levando-se em conta a realização do fato por outro.

Há um elemento que torna o comportamento do partícipe menos proeminente em face a norma proibitiva antes da realização típica. É sobre uma noção ainda prospectiva da realização do injusto que se analisa o dolo ou a culpa de quem intervém previamente. Se dolo e culpa são conceitos jurídicos e se afirmam sobre o injusto, é uma incoerência sistemática dizer que apenas a obra comum é o fato jurídico-penalmente relevante.

Lesch encontra uma séria dificuldade de fundamentação do seu esquema interpretativo quando fundamenta também a instigação. Como se diferenciaria a instigação da autoria como *quantum* de determinação da pena em um sistema extensivo, se Lesch está a analisar o concurso de agentes sob a vigência de um código (*StGB*) que prevê punição ao instigador igual ao autor? Se todas intervenções estão sob um signo de responsabilidade comum e a punição também é igual, por quê a instigação dependeria ainda de uma contribuição futura para ser sancionada? Lesch responde a essas questões demonstrando uma outra fissura do seu sistema dogmático: diferencia ele qualitativamente a instigação em face da cumplicidade, de modo a contradizer fundamentalmente as bases da sua proposição. Estranhamente, nega-se uma distinção qualitativa entre autoria e participação e se lhe afirma entre contribuições conceitualmente mais próximas, quais sejam instigação e cumplicidade, ambas verificadas em estágio prévio à execução.

Na fundamentação dada por Lesch à instigação também desperta estranheza em face das suas premissas, de quem visa suprimir todo tipo de naturalismo, a diferença qualitativa da instigação seja apontada justamente na circunstância de fazer nascer uma ideia, dar o “autêntico motivo pelo qual se realiza o fato”.<sup>458</sup> Em suma, se entre autoria e participação não há distinções qualitativas, com muito maior razão, também não deve haver distinção qualitativa nas formas de participação em sentido estrito.

---

<sup>458</sup> LESCH, Heiko H. *Op. Cit.* p. 948.

#### **4.8. Conclusões parciais**

1. Critérios diferenciadores aplicáveis nos crimes culposos são viáveis para formulações de teorias objetivas-formais, teorias objetivas-materiais (esquemática de diferenças causais) e até mesmo para teorias subjetivas, quando fundamentadas pela via da teoria do interesse. Apesar da compatibilidade viável, todas essas teorias não devem ser aplicadas porque perdem a referência da tipicidade para conceituar autoria (teorias subjetivas) ou não apresentam um adequado critério de apuração típica.

2. A adoção da teoria do domínio do fato, mesmo na sua formulação mais conhecida, elaborada por Claus Roxin, em nada impede a formulação de critérios diferenciadores entre autoria e participação nos crimes culposos.

3. Os autores que realizam propostas unitárias típicas culposas não supõem que a realização do risco no resultado seja conceito que se deva interpretar de modo naturalístico no sentido de que a realização do risco se faz por mão-própria.

4. Embora sistemas normativo-simbólicos como os de Jakobs e Lesch apresentem relevância para avaliação do risco gerado pelo autor em relação à sua posição normativa, geram também soluções interpretativas equivocadas ao perder a noção de que o enunciado típico traz referenciais empíricos de conduta.

5. As concepções de Jakobs e Lesch acertam na afirmação de que a imputação comum não deve depender de uma noção psicológica de acordo. Os conceitos do concurso são valorativo-atributivos, de modo que o intérprete deve avaliar o fato, interpretar a dirigibilidade normativa das ações para que possa concluir ou não pela imputação comum. A noção psicológica de acordo baseia-se em premissa especulativa e inapropriada: descoberta de estados mentais.

#### **5. TEORIAS DIFERENCIADORAS SOBRE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NO CRIME CULPOSO**

Assentadas as bases para a idealização normativa dos conceitos de dolo e culpa e exposta uma noção fundamental do estado doutrinário da teoria da imputação, já se pôde inferir a possibilidade de imputações de condutas constitutivas de mediata realização típica.

Examina-se, no presente capítulo, as diversas propostas diferenciadoras das contribuições no crime culposo elaboradas pela doutrina.

Conforme destaca Roso Cañadillas<sup>459</sup>, muitos autores costumam afirmar como premissa na abordagem sobre concurso de pessoas tratamento unitário às condutas inseridas no crime culposo, entretanto, no desenvolvimento das suas construções teóricas terminam por fazer diferenciações para dar as respostas que entendem mais adequadas às intervenções delitivas sob parâmetros, nem sempre claros, de merecimento e necessidade de pena.

Por razões metodológicas, posicionamentos que se autodeclarem unitários, ainda que incongruentes em premissas e consequências, não serão examinados neste capítulo, cujo objetivo é identificar o estado das teorias que se propõem à instituição do sistema diferenciador, bem como checar criticamente seus resultados concretos e fundamentos.

Afirmou-se anteriormente que a doutrina brasileira, desde os escritos de autores protagonistas no cenário da Reforma Penal de 84, até os dias contemporâneos, posiciona-se majoritariamente de forma avessa à aceitação de um sistema diferenciador entre contribuições múltiplas no delito culposo.<sup>460</sup> Esta predominância da doutrina unitária culposa brasileira e a

---

<sup>459</sup> ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Op. Cit.* 2002. p. 77.

<sup>460</sup> Assim Fragoso afirmava que: “Nos crimes culposos, como vimos, conduta típica é aquela que viola o dever objetivo de cuidado e é autor todo aquele que, desatendendo a tal dever, causa o resultado antijurídico, qualquer que seja a sua contribuição causal. Nos crimes culposos, como se percebe, há apenas autoria ou co-autoria (execução plural da ação ou omissão típica), e nunca, participação, porque em qualquer caso a conduta será típica. Diversa seria a hipótese se a tipicidade dos crimes culposos se esgotasse na mera causação do resultado, como pretendia a doutrina clássica”. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral – 5ª ed.* – Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 255-256.). No mesmo sentido, afirmava Hungria, para quem “todos os participantes são autores, pois todos cooperam na realização do crime com igual eficiência causal (isto é, suas cotas de cooperação são igualmente necessárias e decisivas *in concreto* ou segundo um juízo *ex post*)” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 326). Damásio basicamente afirma que, nos crimes culposos, “é autor todo aquele que, mediante qualquer conduta, produz um resultado típico deixando de observar o cuidado objetivo necessário. (JESUS, Damásio E. de. *Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas*. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2001, p. 27). A influência da doutrina italiana é clara na doutrina brasileira clássica, bem representada pela posição de Noronha, que vinculava já diretamente as hipóteses de concurso de pessoas à coautoria no âmbito da culpa. Neste sentido, afirmava que “desde que na pluralidade de pessoas haja consciência e vontade de uma delas vincular sua ação à atividade de outra, apresenta-se a co-autoria. Essa consciência e vontade não implicam o dolo” (NORONHA, Magalhães. *Do Crime Culposo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 105). Na doutrina contemporânea, Busato rejeita a possibilidade de diferenciação de intervenções culposas no plano lógico. (BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. 2013. p. 729); Nucci fundamenta no caráter aberto do delito culposo a impossibilidade de diferenciação entre autoria e participação. Discorda, entretanto, de Nilo Batista ao entender que nas contribuições culposas a delitos de outrem haveria coautoria culposa e não autoria colateral. Para Nucci, a autoria colateral no âmbito da culpa seria uma culpa concorrente. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 2012. p. 313). Prado figura como um dos poucos autores brasileiros que entende viável a participação culposa, apenas nas modalidades de instigação ou cumplicidade psíquica, embora divirja da solução favorável à coautoria culposa. No seu entendimento, a “co-autoria exige um elemento subjetivo, ou seja, o ajuste de vontades”, inadmissível se o resultado não é querido. (PRADO, Luiz Regis.

pouca sistematização das proposições diferenciadoras no crime culposos são algumas das razões para que as teorias diferenciadoras examinadas sejam todas formuladas por autores estrangeiros. De todo modo, a referência dos critérios da doutrina estrangeira em nada minimiza a relevância do tema em âmbito nacional, já que inexiste no Direito Penal Brasileiro qualquer impedimento legal para a viabilidade normativa da participação culposa<sup>461</sup> e, ademais, no campo dos delitos dolosos, doutrina e jurisprudência reconhecem a necessidade de diferenciação entre autores e partícipes.

A incongruência sistêmica entre esses dois grandes blocos de tipos de injusto, acrescida à circunstância de que os tipos dolosos possuem maior grau de reprovação pela ordem jurídica, no mínimo, desencadeiam o questionamento acerca das razões para inviabilização do sistema diferenciador em delitos culposos.

Na doutrina, já se afirmou concausalidade e codelinquência como sinônimos nos crimes culposos<sup>462</sup>, o que atribuíra pulsação às correntes doutrinárias céticas de uma proposição diferenciadora nessa espécie delitativa. A referida ideia não mais encontra fôlego em face das mudanças diversas pelas quais passou e passa a teoria do delito. No atual panorama, sustentar pura e simplesmente a causação de uma violação de dever de cuidado como fundamento do injusto culposos é diminuí-lo não só em importância como também em conteúdo.

O enriquecimento da tipicidade objetiva, fruto dos avanços teóricos em torno das teorias da imputação objetiva, e a conseqüente repercussão sistêmica obtida com o exame analítico das manifestações de realização do risco proibido no resultado e do alcance do tipo, inegavelmente, trazem maior ônus argumentativo aos que refutam o sistema diferenciador.

---

*Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral.* 8ª edição. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 449).

<sup>461</sup> Parte notavelmente minoritária da doutrina nacional posiciona-se de modo favorável a aceitação da participação culposa em sentido estrito. Vale citar os posicionamentos de GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral.* 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2003. p. 531; e REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: parte geral*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 324. Todavia, apesar do posicionamento dos autores, a fundamentação necessária de um critério distintivo não é proposto, limitando-se os mesmos a ideia geral de favorecimento ou promoção do fato típico culposos sem executar o tipo. Quanto a coautoria culposa, por outro lado, durante muito tempo a doutrina brasileira não viu maiores problemas em aceita-la. Os posicionamentos de Hungria, Aníbal Bruno, Noronha, Esther de Figueiredo Ferraz, Lyra, Fragoso e Toledo, por exemplo, podem ser citados sob uma mesma perspectiva de fundamentação da codelinquência culposa na vontade consciente dirigida à atuação comum. (SANTOS, Humberto Souza. *Op. Cit.* 2004. p. 36.) Também fundamentado no “ajuste de vontades em torno da ação”, sob forte influência, sobretudo, da doutrina italiana (Ferri, Maggiore, Manzini, Latagliata e Bettiol), Fabrício Leiria fixa opinião favorável à coparticipação culposa. Sem fundamentar a existência de um critério diferenciador entre autoria e participação, chegou o precitado autor a afirmar que “o atuar conjunto, ao curso da ação, permite que, por um processo valorativo, se constate a realidade do inter-relacionamento e dependência estabelecida entre os atos dos agentes plúrimos produtores da ação culposa que dá causa ao resultado”. (LEIRIA, Antônio José Fabrício. *Autoria e Participação Criminal.* São Paulo: Davidip Editores, 1974. p. 212-213).

<sup>462</sup> WELZEL, Hans. *Culpa e Delitos de Circulação.* Trad. Nilo Batista, in *Revista de Direito Penal*, nº 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 13.

Critérios normativos de imputação permitem delimitar noções ínsitas à autoria e à participação, contudo são ainda inconfundíveis os problemas solucionáveis pelos requisitos da imputação objetiva e pelos critérios distintivos das colaborações. Enquanto a teoria da imputação objetiva aperfeiçoa o tipo objetivo e responde à problemática do que se pode imputar a um agente como obra sua, as teorias diferenciadoras se propõem a delimitar o modo, a categoria de imputação que se poderá fazer a partir da manifestação do crime enquanto realidade normativa.

Neste sentido, não é por acaso a verificação de inúmeras teorias diferenciadoras das intervenções culposas formuladas muito antes de se cogitar uma moderna teoria da imputação.

Selecionou-se como objeto da investigação proposta, principalmente, as contribuições da doutrina espanhola e alemã acerca do tema. A escolha dessas duas escolas doutrinárias se deu pelo fato de que, primeiramente, na doutrina espanhola, nota-se vasto número de autores adeptos do sistema diferenciador nos crimes culposos. Ademais, têm sido numerosos e profícuos os critérios diferenciadores da escola hispânica, de modo a espriar-se, significativamente, o debate lá tomado em âmbito internacional. Na Alemanha, por sua vez, o posicionamento de Renzikowski tem ganhado maior notabilidade doutrinária e o conceito restritivo que formula adequa-se à tipos dolosos e culposos.

Na análise realizada neste capítulo, explicita-se as propostas diferenciadoras investigadas e posteriormente são realizadas avaliações críticas.

### **5.1. Delimitação formal de um conceito de autor no Código Penal Espanhol de 1944/73 por Gonzalo Rodríguez Mourullo**

Na doutrina espanhola, Gonzalo Rodríguez Mourullo tem posição destacada como um dos autores que primeiro estruturou a ideia de uma diferenciação entre autor e partícipe, tendo por princípio a validade comum para delitos dolosos e delitos culposos.

Contribuições de autores que antecederam suas proposições, como Jimenez de Asúa e Antón Ónega<sup>463</sup> até já propunham a afirmação de concurso de pessoas em delitos imprudentes, todavia, sob uma explicação comum e pouco sistematizada da aceitação do *pactum* ou *voluntas sceleris* em torno exclusivamente da conduta.

---

<sup>463</sup> ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Op. Cit.* 2002. p. 363.

A proposta de Rodríguez Mourullo ganha destaque por delinear concretamente a razão de possibilidade diferenciadora sob uma base única entre tipos de injusto dolosos e culposos, estruturada pela identidade comum do tipo objetivo.

A definição de autor, para Rodríguez Mourullo, parte de uma concepção objetiva-formal de realização do tipo. Segundo o mesmo, a autoria deriva dos respectivos tipos contidos na parte especial do Código Penal.<sup>464</sup> Em sentido estrito, afirma que autor é aquele que realiza antijurídica e culpavelmente, por si mesmo ou através de outra pessoa que atua como instrumento, o fato punível descrito na figura delitiva.<sup>465</sup> Para elucidar sua ideia, Rodríguez Mourullo distingue os conceitos de autor e de sujeito ativo, considerando que quando se fala em sujeito ativo se está a tratar da pessoa que desempenha uma ação, seja ela responsável ou não. Em interpretação acerca do art. 12 do antigo CP Espanhol (1944/1973), Rodríguez Mourullo afirma que autores são sujeitos responsáveis pelo delito, já que segundo a dicção legal, autores são uma das categorias dos “responsáveis criminalmente por delitos e faltas”.<sup>466</sup> O inimputável, segundo sua concepção, seria, portanto, sujeito ativo da lesão que causa ao bem jurídico, mas não autor.

A construção teórica de Rodríguez Mourullo põe em destaque a necessidade da categoria dogmática da autoria mediata. Em oposição aos autores que entendiam o conceito como prescindível em ordenamentos nos quais não se adotasse a teoria máxima ou extrema da culpabilidade, Rodríguez Mourullo afirma que, independentemente da adoção ou não da teoria da acessoriedade limitada, é insuficiente a dogmática do concurso de pessoas sem o conceito da autoria mediata. Sem a referida categoria dogmática, não se teria, conforme o autor, respostas adequadas para casos em que se instrumentaliza alguém cuja atuação se dará de modo atípico ou justificado. Nesse sentido, Rodríguez Mourullo se posicionava criticamente a autores como Pedrazzi e Spasari, os quais criticavam a figura da autoria mediata, como se se tratasse de conceito válido apenas para a realidade alemã, quando antes de reforma havida no *StGB*, em 1943, adotava-se ainda a teoria da acessoriedade extrema.<sup>467</sup>

Rodríguez Mourullo traça uma distinção qualitativa entre autoria mediata e indução e cooperação. O reflexo dessa compreensão seria visualizável, por exemplo, na análise da

---

<sup>464</sup> RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *El autor mediato en Derecho Penal español*. 1969. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2784700.pdf>. p. 462.

<sup>465</sup> *Ibidem*, p. 462.

<sup>466</sup> Para Sheila Jorge Selim de Sales, seguindo a doutrina proposta por Maggiore, a noção de sujeito ativo também precede a noção de autor. Em suas palavras, “a qualidade de autor pressupõe, pois, a presença de dados jurídicos não postulados pela noção de sujeito ativo”. (SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do Sujeito Ativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 22-23).

<sup>467</sup> RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Op. Cit.* p. 463.

tentativa. Para esse doutrinador, o início da instrumentalização de outrem já seria um início de realização típica.

A partir da constatação de um mesmo tipo objetivo para crimes dolosos e culposos, Rodríguez Mourullo afirma as possibilidades de compreensão da autoria mediata culposa e de diferenciação entre autoria e participação culposas. Rodríguez Mourullo idealiza o tipo objetivo comum entre os injustos dolosos e culposos a partir da interpretação sobre o artigo 565, do antigo CP Espanhol.<sup>468</sup> Na sistemática trazida pelo enunciado apenas condutas que, caso fossem dolosamente orientadas constituiriam o delito, poderiam fundamentar, desconsiderado o dolo, a imprudência temerária. No entendimento de Rodríguez Mourullo, a cláusula de incriminação aberta da imprudência no antigo Código Penal Espanhol se mostraria adequada a um conceito restritivo de autor, de modo que autor imprudente seria tão só quem realiza a ação típica culposamente baseado em um correspondente delito doloso.<sup>469</sup> Sendo assim, nem todo aquele que causa ou contribui para um resultado típico culposos é autor.

Segundo Rodríguez Mourullo, a concepção de autor proposta pelo finalismo implica em uma concepção causal de ação, produzindo uma grave contradição com a premissa básica do próprio sistema finalista.<sup>470</sup> Rodríguez Mourullo cita, para reforçar seu posicionamento, contradições nas quais incorria Maurach, que criticava o conceito extensivo de autor relacionando-o ao conceito causal de ação, e ainda assim empregava uma lógica extensiva para definição de autoria culposa.<sup>471</sup>

Autor de um delito culposos, para Rodríguez Mourullo, é, portanto, “quem realiza imprudentemente a ação típica do correspondente delito doloso”<sup>472</sup>. Surgiria, assim, a necessidade da diferenciação dogmática entre autoria e participação culposas por razões não apenas dogmáticas, mas exegéticas. Rodríguez Mourullo salienta que a necessidade de diferenciação entre os conceitos já era percebido pela doutrina e jurisprudência espanhola, tendo o Tribunal Supremo reconhecido em algumas ocasiões a cooperação culposa em delitos imprudentes.<sup>473</sup> São referidas pelo autor decisões em que o Tribunal Supremo reconhece expressamente que quem entrega a direção do veículo a outro ou quem autoriza que se circule com um automóvel que apresenta notáveis defeitos em seus mecanismos essenciais, não é autor

<sup>468</sup> O Art. 565, do CP Espanhol (1944/73) enunciava a responsabilidade por culpa com as seguintes descrições de comportamento: “el que por imprudencia temerária ejecutase un hecho que, si mediare malicia, constituiria delito...” – “el que, con infracción de los reglamentos, cometiere un delito por simple imprudencia ou negligencia”.

<sup>469</sup> RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Op. Cit.* p. 480.

<sup>470</sup> *Ibidem*, p. 479.

<sup>471</sup> *Ibidem*, p. 479.

<sup>472</sup> *Ibidem*, p. 480.

<sup>473</sup> *Ibidem*, p. 480.

em sentido estrito, mas apenas cooperador necessário (partícipe) de homicídios ou lesões imprudentes.<sup>474</sup>

Diante das conclusões tomadas em decisões com fundamentação semelhante à descrita acima pelo Tribunal Supremo, Rodríguez Mourullo afirma que, tendo em vista uma distinção meramente quantitativa entre cumplicidade e cooperação necessária, “quem admite a possibilidade de cooperar com um ato dessa índole (necessário), deve também admitir a possibilidade de cooperação mediante um ato não necessário para a execução do fato”.<sup>475</sup>

Sob um raciocínio de definição formal do conceito de autor, independentemente da categoria do tipo de injusto, Rodríguez Mourullo conclui que o conceito de autor deverá ser sempre restritivo e a eventual maior amplitude do conceito poderá derivar da própria estrutura do tipo. Uma maior amplitude típica poderia ser verificada, segundo Rodríguez Mourullo, tanto nos delitos culposos como nos delitos dolosos quando o enunciado se apresentasse como delimitador de um tipo proibitivo de causar, os quais se caracterizariam por um propósito claro ampliativo pela própria descrição formulada pelo legislador.<sup>476</sup>

### 5.1.1. Considerações críticas

Rodríguez Mourullo traz uma contribuição doutrinária muito relevante para concepções diferenciadoras entre autoria e participação em delitos culposos na Espanha. No artigo “*El autor mediato en Derecho Penal Español*”, ainda em 1969, teve posição pioneira na formulação da autoria mediata culposa, sustentando que o fundamental para esta manifestação de autoria não é o dolo, mas uma espécie de relação senhor-instrumento.

A compreensão de Rodríguez Mourullo, como toda formulação objetiva-formal continha vícios naturalmente encontrados neste tipo de formulação teórica. Conforme tratado no tópico 4.1.1 do capítulo anterior, estas teorias tinham dificuldade de fundamentar adequadamente a autoria mediata porque tomavam como forma padrão da autoria a realização direta do comportamento típico. Além disso, as teorias objetivas-formais não agregavam um critério de concreção típica para os delitos de resultado. A formulação de Rodríguez Mourullo não tem de modo tão intenso os mesmos vícios de fundamentação causalistas das antigas concepções de Beling e Liszt, já tratadas no capítulo anterior.

---

<sup>474</sup> RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Op. Cit.* p. 481.

<sup>475</sup> *Ibidem*, p. 482.

<sup>476</sup> *Ibidem*, p. 483.

Rodríguez Mourullo ainda não apresentava um critério adequado de fundamentação da autoria mediata, pois remetia formalmente o conceito à noção de realização do delito (não execução direta), mas sem elaborar os critérios normativos da sua configuração sobre a base do injusto. Rodríguez Mourullo, embora partisse da noção de realização delitiva para afirmar a autoria, a confundia com conceitos relacionados à culpabilidade, tanto que afirmava que o inimputável não poderia ser autor, mas apenas sujeito ativo. Ou seja, confundia-se o conceito de autor com autor responsável.

Embora Rodríguez Mourullo tenha se concentrado nos dispositivos do antigo código espanhol para diferenciar autoria e participação, pressupunha diversidade ontológica entre os conceitos do concurso de agentes.<sup>477</sup> Isto obscurecia sua fundamentação, já que encontrar na “natureza das coisas” a distinção entre autoria e participação se assemelha a uma espécie de atividade interpretativa de descoberta de uma espécie de Direito Penal natural diante de conceitos complexos o bastante para que lhes fosse possível delinear sentido e alcance sob uma retórica de essência extrajurídica. Ademais, se a culpa tem fundamentos normativos, coerentemente as formas de manifestação do comportamento típico culposos não podem ser encontrados em razões de ordem não normativa.

Mesmo pautado em um discurso ontológico, com o qual discordamos, Rodríguez Mourullo teve êxito ao verificar a existência de diferença nas relações fáticas de poder características da autoria mediata em delitos dolosos e culposos. Desse modo, tornou ainda mais nítida a identidade objetiva entre os tipos dolosos e culposos e formulou o conceito de autoria mediata culposa, atualmente defendido por parte da doutrina espanhola defensora do sistema diferenciador culposos.<sup>478</sup>

Rodríguez Mourullo seguiu uma linha interpretativa da diferenciação entre delitos culposos iniciada por Rodríguez Muñoz.<sup>479</sup> Este autor, a partir da previsão do já referido art. 565, do CP Espanhol de 44/73, sustentou que, para verificação da autoria culposa, seria necessário levar a cabo a mesma conduta descrita nos delitos dolosos.<sup>480</sup> Apesar de classificar como uma “impecável interpretação” do dispositivo vigente à época, Mercedes Pérez Manzano salienta que a fundação de um sistema diferenciador a partir de uma disposição legal, poderia fazer supor uma fácil mudança sistemática mediante superveniente revogação da norma. No

---

<sup>477</sup> RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Op Cit.* p. 464.

<sup>478</sup> Pérez Manzano, Roso Cañadillas, Luzón Peña, Sánchez Lázaro e a brasileira Luciana Monteiro são alguns dos autores que defendem a viabilidade de todas as formas de autoria em ambos tipos de injusto, incluindo a autoria mediata culposa.

<sup>479</sup> PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Autoría y Participación Imprudente en el Código Penal de 1995*. 1ª ed. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999. p. 27.

<sup>480</sup> *Ibidem*, p. 27.

atual Código Penal Espanhol, por exemplo, inexistente norma correspondente ao art. 565, pois adota-se contemporaneamente, tal como no Brasil, um sistema de *numerus clausus* na incriminação dos comportamentos culposos. Em síntese, não há mais no sistema espanhol cláusulas abertas de fundamentação do crime culposo, mas previsões específicas das modalidades delitivas que admitem esse tipo de imputação.

Pérez Manzano afirma que é possível verificar alguns casos nos quais o legislador tipifica um comportamento culposo sem uma figura típica objetivamente idêntica no delito doloso.<sup>481</sup> Entretanto, esta mesma autora salienta que isto ocorre normalmente em casos de ampliação da conduta típica, sendo meras possibilidades excepcionais, pois a configuração geral dos delitos culposos corresponde a um modelo de igual realização objetiva típica.<sup>482</sup>

## 5.2. A determinação objetiva-positiva do fato por Diego-Manuel Luzón Peña

Com uma teoria de grande aceitação na doutrina espanhola, Diego-Manuel Luzón Peña diferencia intervenções em delitos dolosos e culposos a partir do que denomina por determinação objetiva-positiva do fato.<sup>483</sup>

Para melhor compreensão do sentido da tese de Luzón Peña, são importantes algumas considerações preliminares acerca dos conceitos de dolo ou culpa propostos pelo autor.

Luzón Peña parte de uma base conceitual psicologicista de dolo, que seria composto por consciência e vontade da realização dos elementos típicos. Em sua compreensão, a imputação subjetiva reside na percepção de que os elementos de realização do tipo seriam compreendidos de modo amplo, abarcando-se elementos positivos e negativos, em compreensão análoga à teoria dos elementos negativos do tipo ou do tipo permissivo.<sup>484</sup>

Apesar de partir do parâmetro psicologicista de dolo como regra, Luzón Peña mitiga sua concepção e afirma a defesa de uma teoria restrita do consentimento ou aceitação, pois entende que para aferição do dolo eventual “mediante uma valoração objetivo-normativa se pode restringir o que se entende por aceitação ou não aceitação (do fato típico)”.<sup>485</sup> Nesse sentido, propõe o autor que a “aceitação ou consentimento (no dolo eventual) não se exclui por uma

<sup>481</sup> PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. Cit.* 1999. p. 47.

<sup>482</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>483</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *La determinación objetiva del hecho: observaciones sobre la autoría em delitos dolosos e imprudentes de resultado*. Anuario de Derecho penal y Ciencias penales. Tomo 42, Fasc/Mes 3, 1989, p. 889-914. p. 898.

<sup>484</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal*. 2ª edición. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2012. p. 239.

<sup>485</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. Cit.* 2012. p. 251.

confiança irracional e infundada na não produção do fato – considerando que essa confiança meramente subjetiva não é autêntica confiança, mas uma esperança ou desejo irrelevante”.<sup>486</sup>

Luzón Peña afirma que a imprudência não é mera infração do cuidado objetivamente devido, mas uma infração estruturada nas partes objetiva e negativa do tipo positivo.<sup>487</sup> Luzón Peña afirma a imprudência como forma de desvalor da ação situada no injusto típico que pressupõe a infração de um dever objetivo geral de cuidado. Para a compreensão desse conceito, Luzón Peña se refere à figura do homem médio, na perspectiva de exigência de um “comportamento juridicamente ideal em relação a prudência que o Direito espera”.<sup>488</sup>

Na abordagem desse autor, os conhecimentos especiais e superiores de um determinado agente pelas eventuais funções ou tarefas que exerça incorporam-se no âmbito da previsibilidade objetiva, embora não se possa afirmar a realização do tipo imprudente pelo não desempenho de capacidades extraordinárias – como a capacidade superior de um piloto automobilístico no tráfego viário.<sup>489</sup>

A imprudência seria composta, ainda segundo Luzón Peña, pela realização de um risco proibido, sem a incidência objetiva de causas de justificação. Diante do caráter fragmentário do Direito Penal, Luzón Peña defende que nos casos nos quais a imprudência for levíssima<sup>490</sup>, caracterizada pelo “descumprimento de um aspecto marginal da norma de cuidado”<sup>491</sup>, ainda que possa provocar resultados medianos ou graves, será atípica por incidência do princípio da insignificância.<sup>492</sup>

Esboçada a lógica em que o autor interpreta o tipo de injusto, Luzón Peña no âmbito do concurso de pessoas, entende que o conceito de domínio do fato seria integrado pela determinação objetiva do fato acrescida da compreensão volitiva do processo causal. Ocorre que independentemente deste atributo subjetivo, atrelado a parâmetros finalistas, seria perfeitamente viável a identificação de condutas de determinação típica ou de mero favorecimento do fato. Ou seja, o domínio do fato seria um *plus* diante da determinação

---

<sup>486</sup> *Ibidem*, p. 251.

<sup>487</sup> *Ibidem*, p. 293.

<sup>488</sup> *Ibidem*, p. 295.

<sup>489</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. Cit.* 2012. p. 296.

<sup>490</sup> O emprego do superlativo “levíssima” por Luzón Peña é justificado pelo fato do Código Penal Espanhol de 1995 ter adotado divisão classificatória entre imprudência leve e grave. De acordo com a jurisprudência do TS (STS 15-3-07), os critérios diferenciadores dos graus da imprudência seriam a maior ou menor diligência tomada concretamente na circunstância, maior ou menor previsibilidade do evento, ou maior ou menor infração de dever de cuidado baseada em normas socioculturais. Em suma, uma diferenciação, que, por denominação, só poderia ser quantitativa. Atualmente, as classificações da imprudência no Direito Espanhol aumentaram, a partir da LO 1/2015, que deixou de empregar o termo imprudência leve para inserir os termos imprudência grave e menos grave nos tipos penais de homicídio e lesões corporais culposas.

<sup>491</sup> LUZÓN PEÑA, *Op. Cit.* 2012. p. 311.

<sup>492</sup> *Ibidem*, p. 311.

objetiva, que é um pressuposto ou componente primário do domínio, antecedendo-o de modo a cumprir a função substancial de elemento definidor da autoria nos delitos de resultado.

A proposição diferenciadora de Luzón Peña defende a admissão das mesmas formas de manifestações típicas em crimes culposos e crimes dolosos. Assim, entende Luzón Peña ser possível, portanto, o crime imprudente realizado por autoria direta, ou seja, sem qualquer intervenção de terceiros na ação que objetivamente determina o resultado proibido e fundamentado na violação da norma de cuidado. Pode ainda a conduta de um primeiro agente imprudente determinar objetivamente a ação de outro que produz o resultado, ou porque se deveria esperar seguramente como consequência derivada da primeira ação imprudente a ocorrência da segunda, ou porque a intervenção superveniente não se fundamenta em uma decisão livre, responsável e consciente. Nesses casos, tem-se a autoria mediata culposa.<sup>493</sup> Por fim, é ainda viável um conjunto de condutas típicas imprudentes materializarem-se mediante um acordo<sup>494</sup> de uma decisão descuidada<sup>495</sup>, de modo a realizar-se a coautoria culposa.

Nas palavras de Luzón Peña, a solução unitária no concurso de pessoas representa uma “situação de atraso e estagnação da teoria do delito culposo no âmbito da codelinquência”.<sup>496</sup> Esse atraso seria comparável às anteriores fases de evolução de outros elementos estruturais do crime culposo, tais como a ação ou a antijuridicidade, quando se lhes concebia,

---

<sup>493</sup> Para exemplificar a semelhança da autoria mediata imprudente com a autoria mediata dolosa, na medida em que ambas são caracterizadas pela instrumentalização de um agente, Luciana de Oliveira Monteiro, seguindo os passos da doutrina de Luzón Peña, exemplifica sua materialização com o caso do imigrante ‘A’, originário do Marrocos, que, apressado para chegar em sua casa, faz seu vizinho, também marroquino ‘B’, acreditar que sua residência (de ‘B’) está sendo atacada, com sua família dentro por um grupo de radicais xenófobos, e assim consegue que ‘B’ conduza seu carro em alta velocidade, para pôr a salvo seus familiares, estando ‘A’ na condição de copiloto. Nesse caso, ‘A’ é autor mediato das eventuais lesões ou homicídios causados por ‘B’ na condução do veículo. (MONTEIRO, Luciana de Oliveira. *La Autoría Mediata en los Delitos Imprudentes*. Tesis publicada em el Programa de Doctorado y Diploma de Estudios Avanzados de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Sevilla, 2010. p. 438). Segundo Monteiro, a teoria da determinação objetiva-positiva do fato de Luzón Peña aliada a um certo grau de subjetivismo, ou seja, a concretização de um critério misto se faria necessário para dar os contornos adequados à autoria mediata imprudente, cuja fundamentação se faz não só em razão da instrumentalização de um agente por outro, mas pela por essa influência de uma pessoa de trás provocar uma redução da autonomia privada de quem realiza diretamente o fato. (MONTEIRO, Luciana de Oliveira. *El Fundamento de la Autoría Mediata y los Requisitos de la Instrumentalización en los Delitos Dolosos e Imprudentes*. Revista Penal, Valencia, n. 29, p. 145-166., jan. 2012. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=91236](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=91236). Acesso em: 2 jul. 2019. p. 160 s.)

<sup>494</sup> Jakobs diverge do entendimento de que é requisito do concurso o acordo comum, afirmando que os intervenientes assim respondem por uma competência comum pelo resultado lesivo, “seja porque levaram a cabo um comportamento que contém um risco não permitido, seja porque concorre um comportamento na fase de preparação que constitui a razão de imputar-lhes concorre um comportamento na fase de preparação que constitui a razão para imputar-lhes o comportamento executivo. Que houvessem adotado um acordo, ou que falte este, afeta o que há de comum sob o ponto de vista psíquico, mas isto não interessa sob o ponto de vista jurídico.” (JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 71).

<sup>495</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.* 1989. p. 898.

<sup>496</sup> *Ibidem*, p. 890.

respectivamente, como mero processo causal e simples provocação de um resultado juridicamente desaprovado, sem consideração à infração material da norma de cuidado.<sup>497</sup>

Destaca-se na fundamentação do professor da Universidade de Alcalá o alerta no sentido de que a doutrina unitária, ao preceituar a solução da não punição de participações de terceiros em autolesões ou autocolocações em perigo pela via da teoria da imputação objetiva, estaria a sobrecarregá-la com problemas que não lhe pertencem. A correta localização dogmática de tal discussão, na compreensão de Luzón Peña, seria em outro lugar, distinto da estrutura do tipo, qual seja o da autoria e da participação. Segundo o autor, a razão da referida incorreção dogmática é que “antes de se perguntar se um resultado típico pode imputar-se a uma ação típica, é necessário esclarecer se verdadeiramente esta é uma ação típica e de que classe de ação típica se trata”.<sup>498</sup>

Luzón Peña afirma que muitos autores discutem se as participações em autolesões ou autocolocações em perigo teriam negada a imputação objetiva na aplicação do critério do fim de alcance da norma. Segundo ele, entretanto, isso é equivocado porque o alcance da norma pode ter outra extensão para o partícipe e também a discussão sobre a imputação objetiva já poderia carecer de sentido devido à acessoriedade da participação. A acessoriedade faria já impune a participação tendo em vista ser a autolesão também impune ou até mesmo porque a participação imprudente já seria, por si mesma, impune.

Neste contexto, em comunhão com o que é defendido também por seu discípulo Díaz y García Conlledo, “os critérios da imputação objetiva do resultado ao partícipe podem não ter o mesmo alcance do que se se tratasse de imputar objetivamente o resultado como obra do autor”.<sup>499</sup>

Luzón Peña afirma que, no cenário dogmático, existe, em relação a teoria do domínio do fato, uma “dificuldade linguística” que distancia a compreensão da ideia de domínio como algo livre de um componente subjetivo, o qual seria concretamente a direção final ou, ao menos, uma direção consciente. O autor traça esse panorama para realçar que é nestes termos que os adeptos da teoria do domínio do fato descartam ser amoldável o critério aos tipos culposos.

No princípio da sua formulação teórica, Luzón Peña identificava a determinação objetiva do fato como uma espécie de domínio potencial, o qual se faria presente nos crimes culposos como fundamento definidor da autoria<sup>500</sup>. Nessa primeira aceção, desenvolvida em

---

<sup>497</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.* 1989. p. 890.

<sup>498</sup> *Ibidem*, p. 891.

<sup>499</sup> *Ibidem*, p. 892.

<sup>500</sup> Também Otto desenvolveu no âmbito do delito culposos, uma teoria do domínio potencial do fato, afirmando a ideia de que o fundamento do injusto é a possibilidade de dominar. (FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *La*

artigo apresentado em 1987, na Faculdade de Direito de Colonia, em seminário presidido pelo professor Joachim Hirsch, sua formulação foi duramente criticada por parte da doutrina. As críticas refutavam, sobretudo, a ideia de que existiria um domínio potencial, já que, semanticamente, se se trata de algo potencial, se está a falar do que pode vir a ser; ou seja, algo que apenas pode se tornar domínio. Em suma, senão uma presunção, um juízo hipotético, ambos elementos avessos a qualquer concepção dogmática que busque segurança.

Em trabalhos posteriores, Luzón Peña buscou elucidar que sua noção de potencialidade se cingia apenas à direção final do delito pelo agente, e, sendo assim, já haveria assentada uma efetiva e real determinação do acontecimento típico, em termos objetivos. A busca por conciliar conceitos como domínio ou controle com a conduta pensada apenas objetivamente constitui a encruzilhada linguística, cuja dificuldade de superação ou compreensão comunicativa o faz renunciar o termo como elemento central da teoria. Luzón Peña passa então a utilizar a ideia de potencialidade como uma fórmula explicativa heurística tomando como referência para a autoria culposa as hipóteses que configurariam a autoria dolosa caso houvesse direção final ou consciente em relação ao resultado juridicamente proibido.

A pressuposição fundamental da teoria de Luzón Peña está na constatação de que domínio não é, por outro lado, um conceito de conteúdo meramente subjetivo. A comprovação disto para este autor decorre da verificação de que caso alguém queira dirigir o processo causal em direção a um resultado, se não tiver condições fáticas de realizá-lo, não terá domínio. Assim, se tornaria possível perceber então, para Luzón Peña, que há um âmbito exclusivamente objetivo da determinação típica, o qual se faria presente tanto nos delitos culposos quanto nos delitos dolosos.

A diferença entre a autoria nos crimes culposos e dolosos, para Luzón Peña é que nos delitos dolosos o acréscimo da direção final ou consciente seria indispensável para a autoria,

---

*Participación Imprudente y la Participación en el Delito Imprudente en el Derecho Penal Español*. 1997. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo e outros. *El Nuevo Derecho Penal Español*. Estudios Penales em Memoria del Professor José Manuel Valle Muñiz. Editorial Arazandi: Navarra, 2001. p. 241). Franzheim, por sua vez, idealizou a autoria culposa sob a perspectiva potencial, confundindo-a com a capacidade de evitar o resultado lesivo, admitindo um conceito restritivo nas hipóteses de imprudência consciente. Stauffacher retomou tal ideia para fundamentar a autoria culposa estritamente nas hipóteses de culpa consciente, descartando, todavia, qualquer perspectiva restritiva ao conceito e negando a viabilidade de autoria mediata e coautoria nos crimes culposos. (SÁNCHEZ LÁRARO, Fernando Guanarteme. *Op. Cit.* p. 85). A concepção de domínio potencial tem seus antecedentes mais remotos na proposta de Bruns, ainda em 1932, o qual, conforme Alflen, teria como pressuposto fundamental da autoria “a possibilidade de domínio do fato que, inclusive, deve ser inerente à conduta desde o princípio, de modo que o domínio do fato existe somente quando uma conduta em geral é adequada para causar o resultado.” (ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoría do Domínio do Fato*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 84). Todos os posicionamentos fundados sob tal ideia incorreram em erros, confundindo autoria com causalidade ou até mesmo com previsibilidade e critérios da culpabilidade, atribuindo ao conceito vagueza e amplitude desmedida.

enquanto nos culposos a mera determinação objetiva seria suficiente para constatá-la, embora também se faça presente nos crimes dolosos.

Para Luzón Peña, consciente ou inconscientemente, a conduta pode determinar o fato típico, “fixar o ‘se’ e o ‘como’ do mesmo”, configurando-o positivamente, de modo a ir além do que seria um domínio meramente negativo do fato, isto é, o poder de evitá-lo ao deixar de contribuir para o mesmo.<sup>501</sup> Ao partir de um ponto de vista psicológico do conceito de dolo, Luzón Peña descreve que nos casos em que houver esse elemento típico, “há mais possibilidades de determinação objetiva do curso causal, porque o agente estaria preparado para qualquer eventualidade ou modificação dos acontecimentos e pronto para neutralizá-las”.<sup>502</sup>

O critério da determinação objetiva-positiva do fato não se apresenta como definitivo quando Luzón Peña o elabora; o mesmo frisa que se trata de um conceito inacabado à época, dependente de investigações mais profundas. Sua elaboração inicial se deu para o contexto de delitos materiais, especialmente no tráfego viário.<sup>503</sup>

Certas matizações da teoria da determinação objetiva-positiva do fato são pensadas para casos de delitos imprudentes fundamentados em violações de deveres especiais de diligência extraídos de normas extrapenais. Nesses contextos, Luzón Peña sugere que seria viável ter como critério de definição de autoria o mesmo do propugnado para as infrações de dever. Assim, independentemente da determinação objetiva do fato, ainda que se trate de uma conduta de favorecimento de outra ação que lesionará de modo direto o bem jurídico, a simples infração do dever iria repercutir no tratamento jurídico da conduta como autoria.<sup>504</sup> É imediato o reflexo desse elemento da sua construção em crimes praticados em estruturas complexas verticalizadas, caracterizadas por divisão de tarefas como supervisão e revisão das condutas dos agentes envolvidos numa cadeia de ações.

Quanto à participação culposa, Luzón Peña percebe sua configuração nas hipóteses em que haja contribuição causal para o resultado típico, sem sua determinação objetiva. O conceito de participação seria então, para ele, obtido, também por uma via de exclusão das ações configuradoras de autoria. A participação culposa se daria em casos nos quais se tivesse um acordo revestido de uma ação objetiva de não determinação do acontecimento típico ou em situações nas quais o partícipe seja “ao menos consciente do possível favorecimento da ação

---

<sup>501</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.* 1989. p. 895

<sup>502</sup> *Ibidem*, p. 898.

<sup>503</sup> *Ibidem*, p. 889.

<sup>504</sup> *Ibidem*, p. 901.

determinante da produção do fato”<sup>505</sup>. Essa espécie de contribuição secundária no delito seria impune para Luzón Peña.

A impunibilidade da participação culposa seria justificada pelos parâmetros *de lege lata* no seu contexto de análise, e, na sua compreensão, seria ainda a mais acertada decisão sob o ponto de vista político-criminal, em função do caráter fragmentário do Direito Penal.<sup>506</sup>

A razão legislativa pela qual Luzón Peña entende impunível a participação culposa decorre do teor do art. 12, do Código Penal Espanhol de 1995.<sup>507</sup> Extrai-se da citada norma o princípio da excepcionalidade do crime culposo, também albergado no Direito Penal Brasileiro na disposição do art. 18, parágrafo único do CPB<sup>508</sup>. Luzón Peña interpreta que a mencionada norma também limita a punição da participação imprudente, tornando-as dependentes de expressa previsão típica.

Em excepcionais hipóteses, nas quais peculiaridades revelem maior perigosidade da participação, poderia o legislador tipificar autonomamente tal participação culposa como delito próprio de perigo.<sup>509</sup> Luzón Peña exemplifica a aplicação dessa ideia no caso em que um passageiro estimula o condutor a fazer uma ultrapassagem não permitida quando outro veículo vem frontalmente na direção contrária. Tratando-se de uma situação de imprudência leve, em que haveria distância suficiente entre um veículo e o outro, de modo que não se apresentem dificuldades para o motorista manobrar o automóvel e desviá-lo sem dificuldades, caso sobreviesse, por estrita precipitação do condutor ou pouca habilidade, um resultado culposo seria impune a participação. Doutro modo, se a instigação da ultrapassagem não permitida a desencadeia quando se tem um curto espaço de distância entre os veículos, sendo, portanto, uma imprudência mais grave que se realiza no resultado, a qual o autor chama de “imprudência temerária”<sup>510</sup>, a contribuição poderia ser punível, no máximo, como indução dolosa a um delito de perigo concreto de direção temerária.<sup>511</sup>

A mesma lógica se aplicaria no caso em que se tem um homicídio culposo no trânsito provocado por motorista que ingeriu bebida alcoólica a pedido de um amigo. A ação de

<sup>505</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.* 1989. p. 902.

<sup>506</sup> *Ibidem*, p. 902.

<sup>507</sup> Artículo 12, del Código Penal (Ley Organica 10/1995) – “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.”

<sup>508</sup> Vale salientar que a regra da excepcionalidade do crime culposo (sistema de *numerus clausus*) foi consagrada no Direito Penal Espanhol somente com o Código Penal de 1995, o que provocou e ainda suscita debates quanto aos seus efeitos. Entre esses, conforme se verá ao longo do capítulo, o debate sobre a punibilidade da participação imprudente.

<sup>509</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.* 1989. p. 902.

<sup>510</sup> A expressão tem relação com a classificação de imprudências empregada no anterior Código Penal Espanhol (1944/1973).

<sup>511</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.* 1989. p. 902.

favorecimento pode ser punível, para Luzón Peña, como participação dolosa no delito de perigo abstrato de condução sob influência de bebidas ou entorpecentes, desde que a contribuição seja “consciente e aceite a possibilidade de que a bebida chegue a produzir no amigo um grau relevante de influência e, que apesar disso, ele vá conduzir”<sup>512</sup>.

Outra conclusão importante a que chega Luzón Peña é a afirmação da impunibilidade da participação culposa em situações de autoria dolosa. O autor, entretanto, se afasta da tese de proibição de regresso proposta por Frank, segundo a qual, não haveria punição a participações culposas em autorias dolosas diante do fato de que careceriam esses casos de causalidade psíquica de modo a assemelhar-se a hipótese a uma interrupção do nexos causal<sup>513</sup>. Essas fórmulas, para Luzón Peña, seriam senão inexatas, ao menos, incompletas. Para ele, a razão da impunibilidade seria simplesmente o fato de que a participação culposa, a priori, em si mesmo deve ser impune, seja diante de delitos dolosos ou culposos.

Haverá autoria mediata culposa, segundo Luzón Peña não só em situações nas quais um agente force ou provoque falta de responsabilidade em um segundo interveniente, mas também quando a primeira atuação negligente, por proceder de alguém com especial obrigação ou competência ou com posição de superioridade, provoque erro ou exerça pressão ou ordem para o executor que, por sua vez, omite a prudência devida.<sup>514</sup>

Em um dos exemplos dados pelo autor, no qual mecânicos qualificados para a montagem de um equipamento deixam de perceber as falhas da máquina construída por outro engenheiro também qualificado para mesma função que vem a causar danos culposos, fica claro que o mesmo entende viável a autoria mediata culposa fundamentada em uma especial relação de confiança.<sup>515</sup> No caso, Luzón Peña não argumenta pela impunibilidade da conduta dos mecânicos supervisores também negligentes, o que permite a inferência de um posicionamento que, a princípio, não vê quaisquer objeções para a autoria mediata culposa diante da ação de um agente que opera como instrumento punível também por culpa.

Não se pode ignorar ainda o fato de que Luzón Peña concebe a coautoria culposa em certos casos nos quais um dos agentes incita a realização do delito culposos, “desde que a

---

<sup>512</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.* 1989. p. 903

<sup>513</sup> Para Corcoy Bidasolo, as percepções tradicionais sobre a concepção de regresso, seja como interrupção do nexos causal ou como inviabilidade de punições de ações culposas antecedentes de condutas dolosas, são refutadas por doutrina majoritária, sobre duas bases: a) pelo conceito unitário de autor, mantido por doutrina majoritária alemã, para os delitos imprudentes; e b) pela base de que a decisão sobre os efeitos da intervenção de um terceiro ou da vítima não pode deduzir-se de um princípio geral, mas através da análise do caso concreto e, em particular, da norma prevista para este. (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Op. Cit.* p. 528).

<sup>514</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.* 1989. p. 906.

<sup>515</sup> *Ibidem*, p. 906.

conduta seja codeterminante do acontecimento típico”<sup>516</sup>. Se um mestre de obras, voluntariamente, e movido pela obtenção de lucro, da mesma forma que o construtor, constrói um edifício com materiais de qualidade defeituosa recomendados pelo construtor e o prédio desmorona, o construtor é tão autor quanto o mestre de obras. Apenas a conjunção das condutas de inobservância de dever de cuidado fundamenta, nesse caso, a determinação objetiva do curso do fato, caracterizando-se, portanto, a coautoria culposa.<sup>517</sup>

A gama de soluções propostas pelo autor no estudo da autoria culposa tem como pilar material o fundamento da autonomia ou não dependência de outros fatores para a produção do resultado típico.<sup>518</sup> Além disso, embora afirmem Luzón Peña e Díaz y García Conlledo que um conceito unitário funcional não ocasiona tão insuperáveis problemas como afirmam seus detratores, a delimitação típica de um critério restritivo de autor, pautado na acessoriedade da participação, é preferível, tendo em vista a necessidade de cumprimento do mandado de determinação típico, de modo a instituir sistema mais consentâneo com o Direito Penal de um Estado Democrático de Direito.<sup>519</sup>

Importante acrescentar ainda que Luzón Peña segue o critério reitor da teoria do domínio do fato, embora apresente uma proposta heterodoxa<sup>520</sup>, segundo as palavras de Díaz y García Conlledo. Nesse sentido, para Luzón Peña as normas delimitativas do conceito de autor e participação previstas na parte geral do Código Penal são de cunho descritivo da realização típica, e não constitutivas da tipicidade, extraída das normas da parte especial.

### 5.2.1. Considerações críticas

São muitos os méritos da doutrina iniciada na obra de Luzón Peña. O autor a erige em meio a justificadas preocupações com o cumprimento do mandado de determinação típica nos

<sup>516</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.* 1989. p. 907.

<sup>517</sup> *Ibidem*, p. 907.

<sup>518</sup> *Ibidem*, p. 907.

<sup>519</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Determinación Objetiva y Positiva del Hecho y Realización Típica como Criterios de Autoría*. Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares, 1998-1999, vol. 8, p. 53-[88]. p. 47.

<sup>520</sup> DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La Influencia de la teoría de la autoría de (en especial, de la coautoría) de Roxin en la Doctrina y la Jurisprudencia Españolas: consideraciones críticas*. Revista Nuevo Foro Penal. Vol. 7, N° 76, enero-junio, 2011, pp. 15-48, Universidad EAFIT, Medellín. p. 30. Segundo Díaz y García Conlledo, a ideia de uma proposta heterodoxa designa “teorias que, sem estar claramente separadas da teoria do domínio do fato, buscavam fundamentar esta de outra forma e preencher as insuficiências nela observadas”. O autor utiliza o termo para referir-se às proposições de Mir Puig, ao defender a teoria da pertinência do delito ao autor, e à formulação inicial da determinação objetiva-positiva do fato por Luzón Peña.

delitos culposos<sup>521</sup> e na busca de coerência sistêmica entre a dogmática das diversas formas de imputação subjetiva.

O ponto de partida, ancorado no princípio reitor da teoria do domínio do fato, no sentido de que a realização do tipo da parte especial constitui elemento central da autoria, figura como outro acerto da construção. Com efeito, a autoria deve ter como vetor a identificação com a realização típica, já que apenas concebida como centro do acontecer típico respeita-se o princípio da legalidade. No entanto, é necessário pontuar que na parte geral há também constituições típicas, fundamentalmente para a tentativa e a participação.

O sistema diferenciador ao conceitualmente se ampara na lógica de incidência do princípio da acessoriedade, faz a tipicidade da participação se afirmar por derivação. Trata-se, portanto, de uma realização dependente e não autônoma nesse sentido, como pontua Luzon Peña. É necessário observar que, no plano fático, a autoria mediata é dependente da possibilidade de instrumentalização do agente executor. A autoria mediata não se realiza apenas por fatores gerados pela pessoa de trás, mas por fatores relativos também ao próprio instrumento, como seu estado que permita indução a erro, coação ou estar em posição que torne sua decisão não livre. Ou seja, na autoria mediata ainda há dependência de fatores alheios à pessoa de trás em um sentido empírico, diferentemente do que faz parecer a fundamentação de Luzón Peña, na medida em que se refere às outras espécies de autoria como “determinação” ou “codeterminação do resultado típico” sob uma perspectiva ainda estritamente factual.<sup>522</sup>

Para elucidar a ideia, imagine-se que ‘A’ recebe ligação de ‘B’, que afirma estar a filha de ‘A’ sendo sequestrada naquele exato momento pelo seu pai. ‘A’, ao tempo da ligação, está em movimentada e sinuosa rodovia próxima da residência da sua mãe, local no qual estaria ainda a criança. A ligação de ‘B’, em verdade, não passava de irresponsável mentira com o intuito de provocar uma rápida ida de ‘A’ para a festa surpresa preparada na casa da sua mãe. Se ‘A’ excede limites de velocidade para tentar evitar o falso sequestro e com isso causa um

---

<sup>521</sup> A preocupação com o mandado de determinação típica no concurso de pessoas, inegavelmente, constitui um motivo permanente de revisitação das discussões sobre autoria. Entretanto, nota-se ainda maior preocupação teórica com a determinação típica em delitos dolosos. É o que faz com que Batista interprete o art. 29, do CPB, em termos restritivos, ao sustentar que a expressão “de qualquer modo” nele contida “só pode ser entendida se conjugada às formas monosubjetivas de participação da parte especial, e às demais formas de autoria e participação que se logre extrair da parte geral”. (BATISTA, Nilo. *Op. Cit.* 2008. p. 44). Noutra perspectiva, baseada na teoria das normas, Beatriz Correa Camargo defende que, sob o prisma de uma adequada teoria da subsunção, deve-se adotar a tese de que as normas de autoria presentes na parte geral teriam natureza constitutiva da tipicidade, tal como concebem Haas e Kindhäuser. (CAMARGO, Beatriz Correa. *Op cit.* 2018. p. 172).

<sup>522</sup> Nilo Batista, que interpreta como viável a autoria mediata apenas nos delitos dolosos, afirma o mencionado critério dividido em dois grandes grupos, a partir da doutrina de Jagusch. Nos casos em que o instrumento opere de boa-fé, o início da execução se daria pela própria interposição do instrumento, enquanto que nos casos em que o instrumento atuasse de má-fé, teria-se a execução com a realização do tipo pela pessoa interposta. (BATISTA, Nilo. *Op. Cit.* 2008. p. 150-151).

resultado culposo, a conduta de ‘B’ foi ainda dependente da conduta de ‘A’ sob o ponto de vista empírico, diferentemente do que é a conduta de quem causa diretamente um homicídio culposo. A fundamentação da autoria mediata, portanto, está vinculada a uma responsabilidade superior da pessoa de trás, em razão de determinar a conduta imprudente de um agente não responsável, mas não por determinar autonomamente o resultado proibido.

Outra ponderação positiva da construção de Luzón Peña está na delimitação normativa do critério da determinação objetiva-positiva a partir da mais peremptória ou urgente violação do bem jurídico tutelado na norma penal do injusto culposo. Com efeito, uma das maiores lacunas de teorias objetivo-materiais está na limitação da fundamentação da autoria em dados vagos como o momento de intervenção típica ou na ideia de ação mais perigosa ao bem jurídico. É preciso dizer em que consiste essas realizações e a teoria da determinação objetivo-positiva do fato avança substancialmente nesse aspecto ao propor bases para a análise das diversas espécies de autoria culposa.

A percepção de que a teoria da imputação objetiva é insuficiente para a afirmação de resultados dogmaticamente corretos diante de situações envoltas à tipos culposos também é essencial para o avanço dos debates sobre a adoção de um critério diferenciador. O que a teoria da imputação objetiva faz é dizer fundamentalmente se o resultado pode ser imputado a um interveniente, mas não sob que forma (autoria ou participação), conforme se viu no capítulo 3.

Embora o partícipe não realize o comportamento proibido no tipo penal da parte especial, por não produzir um grau de risco proibido suficiente para, por si só, realizá-lo, ainda realiza comportamento proibido, ao gerar risco relevante a bem jurídico penalmente tutelado. A participação culposa não existe, em suma, se não superados também os requisitos da imputação objetiva, em face da norma extensiva da tipicidade, em relação ao partícipe. Assim, o risco gerado pela participação também se realiza no resultado, por intermédio do autor. A diferença na imputação objetiva é que o âmbito protetivo da norma não dirá respeito à norma constitutiva direta da tipicidade, prevista na parte especial do Código, mas sim à norma constitutiva da tipicidade mediata, prevista na parte geral. No caso brasileiro, é a norma extraída do art. 29, *caput*, do CPB.

Compreende-se ainda como ponto positivo do posicionamento de Luzón Peña a ponderação crítica sobre o modo como a doutrina costuma fundamentar a não responsabilidade de situações de participação culposa em autocolocações em perigo de terceiro.

Diferentemente do que entendem Ingborg Puppe<sup>523</sup> e Günther Stratenwerth<sup>524</sup>, ao inadmitirem como possível a participação em autolesões ou autocolocações em perigo, Luzón Peña a compreende como categoria naturalmente viável e cujas respostas dogmáticas para afirmar tais comportamentos como manifestações típicas ou não dependem dos conceitos de autoria e participação. Os posicionamentos de Puppe e Stratenwerth, neste contexto, parecem conceber participação e culpa como conceitos normativamente incompatíveis com autocolocações em perigo. Essa incompatibilidade se daria em razão da ação de quem se autolesa ser desprovida de antinormatividade penal, já que não alcança bem jurídico de terceiro. No entanto, o contexto de análise requerido em relação à participação culposa que desemboca na autolesão precede a autolesão em si mesma e constitui ação de terceiro com repercussões causais sobre outrem com possibilidades de imputação normativa.

Luzón Peña leciona adequadamente ao colocar que apenas com a incidência do princípio da acessoriedade se pode afirmar coerentemente a não punição motivada pela extensão da impunibilidade da ação principal de quem se autolesa ou se coloca em risco a quem influi para tal comportamento. A acessoriedade constitui, assim, vetor de fundamentação (ou negação, se estiver ausente) da punibilidade do comportamento acessório no concurso de agentes. Livre desse instrumental normativo, o sistema projetado pelo conceito unitário na culpa só poderia ter duas vias para tentar lastrear a situação de impunibilidade de quem estimula ou auxilia em atos de autolesão de terceiro.

A primeira seria recorrer a um juízo *ex post* (posterior ao comportamento da participação em autolesão) para concluir que não se poderia ter participação porque não existiria tipicidade, levando-se em conta que não houve comportamento típico de autor, mas uma mera ação principal de lesão objetiva de bem jurídico em uma compreensão naturalística, fenomênica, mas isenta de repercussão jurídico-penal, já que se trata de autolesão. Essa argumentação, todavia, teria um vício irreparável, consistente na ideia de que a afirmação da tipicidade derivada (mediante norma de extensão) ou não de um comportamento acessório anterior se faz integralmente, mesmo em termos formais, depois que já se tivesse realizada a ação principal que lesa o bem jurídico próprio.

---

<sup>523</sup> Nas palavras de Puppe, “nem a participação em uma autocolocação em perigo nem a heterocolocação em perigo consentida são condutas imprudentes” (In STRATENWERTH, Günther. Heteropuesta en peligro consentida en conductas imprudentes. Revista para el Analisis del Derecho. InDret 1. 2013. p. 3).

<sup>524</sup> Stratenwerth, além de concordar com Puppe na negação da possibilidade de imprudência em autocolocações em perigo ou heterocolocações consentidas, entende que essa distinção deixa de fazer sentido no crime culposos diante de um conceito unitário de autoria. (STRATENWERTH, Günther. *Op cit.* p. 5).

Ao partir-se da ideia de que a norma que fundamenta a punição do partícipe é uma norma constitutiva típica, ou como afirma Pérez Manzano, seriam “tipos de participação”<sup>525</sup>, ainda que acessórios, violaria flagrantemente o princípio da legalidade a possibilidade da sua identificação ou não apenas por meio de juízo valorativo posterior à verificação da autolesão. Na medida em que não seria possível afirmar com anterioridade o que seria ou não proibido para o partícipe, é efetivamente comprometida a exigência de segurança sobre a interpretação de lei prévia, pois com anterioridade não se teria como interpretar o modo de manifestação da proibição penal. Seria incorreta, portanto, a via de argumentação contrária ao que pensa Luzón Peña, a partir de um juízo *ex post*, para resultar na inoportunidade de participação diante da inexistência de uma autoria autenticamente antinormativa.

Outro caminho que se poderia cogitar para fundamentar a impunibilidade de participação em autolesões culposas no sistema unitário seria fundamentá-la a partir das categorias da imputação objetiva. Viu-se preliminarmente que são muitos os posicionamentos divergentes no âmbito do estudo da imputação objetiva, sendo até mais apropriado falar em teorias da imputação do que em uma teoria da imputação objetiva propriamente dita. Por tal razão, calha na solução dos problemas ora enfrentados cercar o exame do tipo objetivo aos *standards* ou referenciais mais assentados sobre seu espectro na ciência penal.

Roxin aponta como linhas mestras da imputação objetiva a atribuição do resultado típico exclusivamente a criações de riscos não permitidos, cuja realização do risco se manifeste no resultado dentro do alcance do tipo.<sup>526</sup>

Toma-se em consideração os principais *topoi* da imputação objetiva com o fim de solução do seguinte caso proposto: ‘A’, dono de um automóvel possante, é casado com ‘B’, amante de velocidade e aficionada pela vivência de altos riscos no asfalto. Embora ‘B’ não tenha habilitação, ‘A’ decide emprestar o carro para que ‘B’ dirija em uma rodovia sinuosa, por tomar ciência de que ‘B’ já teria conduzido sem dificuldades ou problemas veículos com maior potência. ‘B’ assume o volante e colide com o outro automóvel, causando a morte de terceiro e se lesionando gravemente. No citado caso caberia questionar: a) O comportamento de ‘A’

---

<sup>525</sup> PERÉZ MANZANO, Mercedes. *La Impunidad de la Participación Imprudente en el Código Penal de 1995*. Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, n. 2, p. 217-253., 2005. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=76068](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=76068). Acesso em: 2 jul. 2019. p. 248.

<sup>526</sup> ROXIN, Claus. *A Teoria da Imputação Objetiva*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 38. Tradução de Luís Greco, autorizada pelo autor, do estudo “*Die Lehre von der objektiven Zurechnung*”, originalmente publicado em *Chengchi Law Review*, 50. Pgs. 13-16. Greco parece objetivamente hierarquizar os *topoi* da teoria da imputação objetiva, atribuindo essencialidade a basicamente dois deles, quais sejam a criação do risco proibido e a realização do risco no resultado. (GRECO, Luís. *Imputação Objetiva: uma introdução*. p. 8. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação objetiva no Direito Penal*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.8).

realiza um risco não permitido?; b) O risco permitido se realiza no resultado?; c) Está dentro do alcance típico a conduta realizadora do risco?

Na análise feita no capítulo 3, viu-se que não se encontra na teoria da imputação objetiva, ao menos não nos seus *topoi* mais aceitos qualquer razão de impunibilidade do comportamento de ‘A’, ou mesmo de uma punição menos gravosa, na condição de partícipe, se se interpreta a hipótese no âmbito de um sistema unitário nos tipos culposos.

Seria possível questionar neste contexto, por outro lado, a aplicação da teoria da proibição de regresso para fins de apuração da responsabilidade do agente. A proibição de regresso, no entanto, mais se apresenta como uma espécie de princípio limitador da imputação objetiva no âmbito do concurso de agentes, destinada a aprimorar a imputação típica.<sup>527</sup> A proibição de regresso não se presta propriamente a definir o que é autoria e o que é participação, conceitos que se manifestam como pressupostos para verificação da incidência do critério da imputação objetiva.

O caso acima proposto elucidada, portanto, a razão que se confere a Luzón Peña ao defender que a imputação objetiva não resolve o problema em questão, cuja solução é mesmo dependente da diferenciação entre intervenções culposas.

A referência ao princípio da proibição de regresso em um sistema extensivo-causal enseja questionamentos sobre a nomenclatura e o sentido desse instituto da imputação objetiva. Como poderia ser regresso causal, se as condutas são equiparadas como realizações igualmente típicas pelo barema da equivalência dos antecedentes? Em verdade, sob a lógica do sistema unitário-causal, falar-se em “proibição de regresso” é uma *contradictio in adjecto* com o ponto de partida da equivalência dos antecedentes. Fundamentalmente ou se deve assumir que contribuições culposas penalmente relevantes que se realizam no resultado, incluídas condutas de instigação ou auxílio, se equiparam efetivamente às realizações diretas do tipo culposas, ou assumir que falar em proibição de regresso implica realizar diferenciações típicas entre agentes.

---

<sup>527</sup> Segundo Jakobs, proibição de regresso seria a “proibição de recorrer, no marco da imputação, a pessoas que física e psiquicamente podiam ter evitado o curso lesivo – bastando ter a vontade de fazê-lo -, apesar da não evitação, não violaram seu papel de cidadãos que se comportam legalmente”. (JAKOBS, Günther. *Op. Cit.*, 2010. p. 64). O autor trabalha com o princípio como uma concretização da imputação objetiva no concurso de pessoas, servindo para o afastamento da responsabilidade penal do comportamento acessório em alguns grupos de casos, fundamentando-se, sobretudo, na ausência de perigosidade *ex ante* de certos comportamentos ou na existência de um sentido socialmente válido no contato entre os intervenientes. Segundo Robles Planas, “a proibição de regresso não só alude à problemática da participação imprudente no fato doloso, mas consiste em uma tentativa de solução global à pergunta de quando e em que condições pode imputar-se um resultado a um primeiro sujeito que possibilita ou facilita a um segundo a realização, seja este doloso ou imprudente e levado a cabo de forma plenamente responsável”. (PLANAS, Robles. *La Participación en el Delito: fundamento y limites*. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 80).

É acertada, portanto, a avaliação da imputação, dentro de um critério restritivo, sob o norte das estruturas de autoria e participação, conforme indica Luzón Peña.

Apesar de substanciais méritos e considerável aceitação, a teoria formulada por Luzón Peña, não ficou livre de significativas críticas pela doutrina espanhola.

Para Hernandez Plasencia e Sanchez Lazaro<sup>528</sup>, há uma contradição substancial na teoria ao pretender fundamentar também a autoria mediata culposa e afirmar sua incidência a partir de um suposto conteúdo meramente objetivo do fato típico. O próprio Luzón Peña e, posteriormente, Raquel Roso Cañadillas se referem a um desequilíbrio cognitivo na autoria mediata culposa. Portanto, afirmar a instrumentalização de outrem, ainda que para a realização de uma conduta que não deseje a realização do resultado típico, sem levar em consideração fatores de ordem subjetiva seria contraditório. Induções a erro ou provocações causadoras de temor que desencadeiam uma ação de inobservância de cuidado, inegavelmente, tem conteúdo também subjetivo. A teoria de determinação objetiva-positiva do fato não poderia então se afirmar como estritamente objetiva, já que ela mesma é permeada por elementos subjetivos.

Sánchez Lázaro realça ainda o fato de que caso seja a autoria suposta como conceito de conteúdo meramente objetivo acarretaria-se na instituição de uma responsabilidade objetiva, já que culpa ou dolo se situam no âmbito do tipo. No mesmo sentido, Cerezo Mir entende que a objetivização excessiva do conceito dificultaria sua compatibilidade com um conceito pessoal de injusto.<sup>529</sup> Luzón Peña refuta as críticas quanto a objetivização do critério assinalando que a teoria não visa eliminar toda noção subjetiva da autoria, mas apenas limitá-la ao mínimo de subjetivismo necessário.<sup>530</sup>

Hernandez Plasencia também afirma que não se sustenta o fundamento da não dependência ou autonomia da autoria no que diz respeito a autoria mediata. Hernández Plasencia afirma que a ação do homem de trás, não obstante seja realização do tipo, é

---

<sup>528</sup> HERNANDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La Autoria Mediata en Derecho Penal*. Granada: Comares, 1996. p. 75 ss.; SANCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Intervención Delictiva y Imprudencia*. Granada: Comares, 2004. p. 68.

<sup>529</sup> SANCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Op. Cit.* p. 70.

<sup>530</sup> Após as críticas formuladas às proposições de Luzón Peña, o autor em coautoria com Diaz y García Conlledo refutou sobretudo as ponderações questionadoras de um suposto excesso de objetivismo da teoria. Na fundamentação do referido artigo, os autores afirmam “que se afirme que a determinação objetiva do fato como nota diferencial da autoria é basicamente igual nos delitos dolosos e nos imprudentes, não implica que a presença do dolo não possua nenhuma influência na possibilidade de determinar objetivamente o fato. Especialmente nos cursos causais prolongados, se há dolo (em vez de imprudência ou caso fortuito), há maiores possibilidades, pois o sujeito está preparado para qualquer eventualidade ou modificação do curso dos acontecimentos e para contrarrestá-los; ou porque o simples fato de que o sujeito passivo saiba que o autor sabe e quer – dolo – já pode ser mais eficaz sobre a vontade daquele para que não ceda o não tente evitar ou escapar da lesão do bem jurídico.” (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Determinación Objetiva y Positiva del Hecho y Realización Típica como Criterios de Autoria*. Revista Derecho Penal n. 2. Jan-Mar. 2003. p. 89 s.).

dependente da ação de quem realiza diretamente a ação típica. Ademais, para esse autor, apoiado na doutrina de Samson, não existe autoria mediata culposa. Hernandez Plasencia entende que é impossível violar o dever de cuidado através de outra pessoa, posto que, em qualquer caso, a atuação sobre outro já implica na violação própria do dever de cuidado, com independência do que o último interveniente realize.

Segundo Hernandez Plasencia, nos delitos culposos, diferentemente dos dolosos, “o autor sempre tem que infringir propriamente o dever objetivo de cuidado; só a partir dessa infração é que se pode produzir ou não outra infração de dever de cuidado de outra pessoa que contribua à produção do resultado”.<sup>531</sup> Segundo Hernández Plasencia, a autoria mediata culposa não seria possível e também não seria necessária, pois a mesma não se presta a cobrir lacunas de punibilidade e só se mostraria viável caso o homem de trás não pudesse realizar, por si só, todos os elementos típicos, mas somente através de outro.<sup>532</sup>

Ao desenvolver seu raciocínio, Hernández Plasencia explica que a realização do tipo objetivo imprudente não se confunde com uma ação diretamente perigosa de conteúdo exclusivamente objetivo. São requisitos do tipo culposo (1) uma ação que não responda ao cuidado objetivamente devido; (2) a produção de um resultado de lesão ou de perigo concreto de um bem jurídico; (3) uma relação de causalidade; (4) uma relação de antijuridicidade ou imputação objetiva do resultado.<sup>533</sup> À medida em que a ação de quem provoca diretamente o resultado se limita a um dos mencionados requisitos, não se trata de um comportamento típico instrumentalizado.

No caso em que uma enfermeira entrega para uma mãe alimentar seu filho recém-nascido uma mamadeira na qual, por erro, colocou veneno em vez de soro glicosado, apesar do delito não se realizar pessoalmente pela enfermeira, a mãe não pratica o tipo objetivo culposos; não há, portanto, autoria mediata, mas direta, pois é apenas a enfermeira que realiza na totalidade o tipo objetivo.

A conclusão a que Hernandez Plasencia chega mostra-se até coerente com o exemplo que utiliza para criticar a ideia de autoria mediata por Luzón Peña. Entretanto há casos não observados por Plasencia nos quais efetivamente se tem a realização do tipo objetivo culposos, de modo completo, pelo autor imediato e o conceito de autoria mediata imprudente mostra-se não só como plenamente adequado, mas necessário, para delimitar a pessoa de trás como agente

---

<sup>531</sup> HERNANDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La Autoría Mediata en Derecho Penal*. Granada: Comares, 1996. p. 332.

<sup>532</sup> *Ibidem*, p. 332.

<sup>533</sup> *Ibidem*, p. 333.

central da realização do injusto, porque o injusto culposo de modo consumado é integrado pelo resultado.

No exemplo pensado por Luciana Monteiro (nota de rodapé n. 487), em que dois imigrantes marroquinos estão no trânsito, e um deles, com o intuito de logo chegar ao destino, afirma para o outro, que dirige o automóvel, que a residência de ambos está sendo atacada por radicais xenófobos, o que faz o piloto exceder todos os limites no trânsito e provocar um homicídio culposo, há realização do tipo culposo por ambos autores, um de modo mediato e outro imediato. Todavia, quem dirige o automóvel incorre em erro determinado por terceiro quanto a pressupostos de fato do estado de necessidade repercutindo sobre a culpabilidade. De tal modo, concebe-se como correto o posicionamento de admissibilidade da autoria mediata culposa, porque o que fundamenta a imprudência está diretamente ligado ao déficit de responsabilidade gerado no instrumento.

Alguns exemplos citados por Luzón Peña apresentam resultados criticáveis, por afirmar o autor a participação culposa quando ainda é bastante questionável que as ações de auxílio ao fato culposo tenham criado um risco proibido, ainda que acessório ou mediato. Em um primeiro caso, Luzón Peña afirma que seria participação culposa, por exemplo, a conduta de quem instiga uma ultrapassagem não permitida.

Nesses casos, Luzón Peña não questiona se a ultrapassagem em uma rodovia pode ou não ser assunto do âmbito de responsabilidade do passageiro. A afirmação de um risco proibido, nessa hipótese, baseia-se estritamente na causalidade relevante ao risco. Essa causalidade relevante não representa a superação dos requisitos da imputação objetiva para o partícipe. Mesmo tendo diferente alcance a norma de extensão de tipicidade ao partícipe, a tomada de decisões na direção de veículo automotor, em regra, é questão que compete exclusivamente a quem conduz o veículo. O passageiro pode sequer ter informação razoável para compreender a dimensão do perigo de uma ultrapassagem, e, ainda que seja pessoa habilitada, é o condutor, em meio à dinâmica da sua própria direção, que reúne elementos necessários para a tomada das decisões no trânsito.

Nesse sentido, não se mostra adequado afirmar que há um risco proibido na conduta do partícipe nesses casos. Diferentemente ocorre, por exemplo, se um pai instiga o filho menor a dirigir veículo automotor. Nesse último caso, haveria um claro risco proibido extraído normativamente. No ordenamento brasileiro, por exemplo, o aspecto formal da violação normativa se extrairia do art. 163, do CTB, e, quanto ao aspecto material penal, o risco causado a bens jurídico-penais relevantes seria também identificado por meio de eventuais lesões ou exposições decorrentes da direção do carro por um menor. A mesma crítica à Luzón Peña vale

para o caso em que um amigo convida outro para tomar cerveja antes deste assumir a direção de um veículo. Os cuidados prévios ao ato de dirigir, em regra, são de exclusivo âmbito de responsabilidade do condutor, havendo, nessas circunstâncias, efetiva proibição de regresso.

A tese proposta por Luzón Peña deve ser criticada também a partir das suas premissas. Se o seu conceito de dolo é psicológico, ainda que de modo mitigado conforme afirma, os resultados que se tem com o conceito de participação culposa permanecem insatisfatórios.

Elucida-se a crítica com a aplicação do critério de Luzón Peña sobre o seguinte caso. ‘A’ é primo de ‘B’, pessoa com transtorno mental que raramente se manifesta. Quando ocorre o transtorno, ‘B’ apresenta tendências suicidas. Um dia, ‘A’ deixa de trancar a gaveta de facas da casa em que ambos moram, com o intuito de que ‘B’ se utilize do instrumento para suicidar-se, caso eventualmente ocorra um surto. ‘A’ já havia sido advertido por sua família para manter instrumentos cortantes distantes de ‘B’, apesar da rara manifestação aguda do seu transtorno. No dia em que ‘A’ deixa a gaveta das facas destrancada, ‘B’ está acompanhado por ‘C’, que cuida do mesmo e acompanha todos seus passos, circunstância conhecida por ‘A’. Ainda assim, ‘B’, que não apresentava qualquer crise por anos, manifesta o transtorno mental nesse dia e consegue abrir a gaveta deixada destrancada por ‘A’. ‘C’ não viu o momento do suicídio de ‘B’ porque precisou ir ao banheiro imediatamente antes do fato.

No caso citado acima, primeiramente existem fortes fatores de contraindicação da realização fática. Para verificação do resultado era necessário conjuntamente uma manifestação aguda do transtorno mental raro, a visualização de que a gaveta estava destrancada e o emprego da faca por ‘B’ de modo a causar a própria morte e ainda era necessário que ‘B’ estivesse em um excepcional momento de não vigilância por ‘C’. Apesar da remota confluência dos riscos, não se pode falar em impossibilidade do risco realizável no resultado, tanto que concretamente ocorre a lesão. Também seria inadequado afirmar que a conduta de ‘A’ é um risco permitido. Redobrados cuidados eram concretamente exigíveis em face de alguém que apresenta transtornos mentais e tendências suicidas de modo a realizar, portanto, ações não livres.

A vontade, como elemento do dolo direto, seria fator suficiente, na perspectiva colocada por Luzón Peña, para interpretar o comportamento do agente, no caso acima, como um fato tipicamente doloso. Seria inadequado supor que, diante de alguém que realiza atos de autolesão não livres, ainda que raramente manifestados, o manejo de instrumentos letais de modo a torná-los remotamente acessíveis seja uma “mera confiança irracional” de realização do resultado lesivo. A forma como Luzón Peña mitiga sua concepção psicológica de dolo, portanto, é a partir de uma atribuição normativa de sentido vago, qual seja, a aferição de que a confiança irracional (conceito extremamente indeterminado) não configuraria dolo eventual. O que seria essa

confiança irracional ou um mero desejo e o que seria consentimento real com o resultado ou vontade em casos limítrofes? A remota possibilidade da realização do fato, no caso acima citado, realiza-se no resultado, contrariando expectativas objetivas não irracionais.

Mais seguro do que conceituar a ideia de “confiança”, é examinar o conhecimento do agente diante das possibilidades de realização menores do fato por conta de indicadores contrários à configuração pretendida pelo autor. A existência de contraindicadores de uma realização eventualmente pretendida faz supor uma diminuição de risco anterior à verificação do fato e implica um grau menor de conhecimento quanto às possibilidades de configuração do resultado.<sup>534</sup> Os elementos objetivos são de maior confiabilidade para pautar e caracterizar o grau menor de conhecimento que traz a noção da existência, no caso, de culpa e não de dolo.

No caso exemplificado, também os elementos do risco proibido conhecidos por ‘A’ não se realizariam por si mesmos no resultado, dependeriam de comportamento superveniente, que só de modo absolutamente extraordinário seria não livre (autolesão por inimputável em razão de doença mental raramente manifestada). Sendo assim, pela inegável dependência para verificação do resultado, que jamais se realizaria sem uma intervenção futura de outro sujeito, a hipótese exemplificada configura-se como participação culposa impunível.

A solução pela participação culposa impunível se apresenta como a mais fundamentada *de lege lata* em uma perspectiva delimitadora da realização típica. O princípio da acessoriedade, nesta hipótese, faz com que excepcionalmente não haja como se afirmar a participação punível. Com efeito, a afirmação de uma eventual autoria ensejaria uma noção especulativa e forçosa da ideia de instrumentalização de circunstâncias incertas e imprecisas. Apenas mediante contribuições objetivamente mais graves se poderia falar eventualmente em autoria pela instrumentalização de inimputável. A fundamentação da responsabilidade por autoria no caso implicaria aceitar a noção de riscos proibidos genéricos, de todos os graus, no âmbito do tipo específico.

Quanto a concepção de imputação subjetiva adotada por Luzón Peña, no mínimo, na hipótese exemplificada, a responsabilidade de ‘A’ seria por participação dolosa em suicídio, o que suscitaria demais análises de configuração típica na realidade brasileira, por exemplo, em

---

<sup>534</sup> Críticas semelhantes são feitas por Alflen e Renzikowski a respeito da mescla de proposições descritivas e normativas feitas por Roxin na sua formulação da teoria do domínio do fato. Concorde-se com Alflen quando o mesmo afirma que “os procedimentos descritivo e normativo são absolutamente distintos e tal contradição evidencia uma incongruência inadmissível” (ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Op. Cit.* p. 155). Renzikowski, por sua vez, afirma que “o problema metodológico não consiste em que um conceito possa ter elementos graduáveis, e sim em que se possa combinar entre si inúmeros elementos de diferentes formas para se construir um conceito”. (RENIKOWSKI, Joachim. *Op. Cit.* p. 96-97).

face do art. 122, do CP.<sup>535</sup> Trata-se de solução cuja proposta contaria com adesão de doutrina majoritária brasileira<sup>536</sup>, no entanto, conforme fundamentado no item 2.3, compreende-se que dolo não deva ser aferido de modo a desconsiderar elementos fáticos que demonstrem relevantes contraindicadores da configuração subjetivamente pensada pelo autor.

Em meio às configurações dadas pela doutrina, poderia ainda ser proposta a solução do caso citado pela afirmação da responsabilidade de quem interpõe um risco proibido acessório (porque não se realiza isoladamente) como autoria mediata dolosa. Parece-nos, no entanto, excessivo afirmar além do dolo em uma configuração fática de baixa viabilidade de realização (ainda que se realize) a instrumentalização de circunstâncias sob alta margem de casualidade.

Na hipótese exemplificada acima, é necessário valorar na configuração típica a circunstância de que a realização do resultado dependeria de uma hipotética contribuição futura de difícil confluência. O fato da intervenção superveniente ter sido realizada por inimputável nada tem que ver com a acessoriedade entre um risco proibido necessariamente acessório e uma realização principal por outro agente. *De lege lata*, a inimputabilidade não é elemento apto a desconfigurar o injusto. No caso, é apenas o fato de tratar-se de autolesão que desconfigura a realização direta como injusto, questão essa que é de cunho pessoal e tem relação com a não punição de atos lesivos sobre si mesmo. A razão da não antinormatividade penal do ato suicida (não-livre) não significa, entretanto, que a configuração dada pela pessoa de trás seja realização própria do tipo de homicídio culposos.

---

<sup>535</sup> Art. 122, do CPB. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça: (Redação dada pela Lei nº 13.968, de 2019)

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º Se da automutilação ou da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 129 deste Código:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2º Se o suicídio se consuma ou se da automutilação resulta morte:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 3º A pena é duplicada:

I - se o crime é praticado por motivo egoístico, torpe ou fútil;

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

§ 4º A pena é aumentada até o dobro se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real.

§ 5º Aumenta-se a pena em metade se o agente é líder ou coordenador de grupo ou de rede virtual.

§ 6º Se o crime de que trata o § 1º deste artigo resulta em lesão corporal de natureza gravíssima e é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime descrito no § 2º do art. 129 deste Código.

§ 7º Se o crime de que trata o § 2º deste artigo é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime de homicídio, nos termos do art. 121 deste Código.

<sup>536</sup> Os conceitos convencionais de dolo são tratados no tópico 2.3.

A teoria de Luzón Peña preocupa-se em afirmar que a determinação do fato deva ser positiva para os delitos de resultado. Ao fazê-lo não explica de modo adequado casos de autoria culposa por comportamento omissivo, igualmente realizáveis no âmbito dos delitos de resultado.

A insuficiência do critério nas hipóteses de omissão também pode ser exemplificada. Pense-se que dois pedreiros distribuem papéis entre si: o primeiro lançaria tijolos para outro lado do muro, enquanto o segundo ficaria do outro lado para avisar caso transitasse pelo caminho alguma pessoa que pudesse ser atingida. O pedreiro na condição de vigia, por momentânea falta de atenção, não avisa quando transita um pedestre pelo caminho. Embora não seja o vigia quem determina o resultado empírico do choque da pedra na cabeça do pedestre, a violação do dever de cuidado assumido na configuração fática e extraída da omissão na situação de risco o coloca como único autor punível no fato. Ou seja, o determinante para autoria pode não ser uma mera configuração empírica determinadora do resultado. É importante conjugar a determinação do resultado com o grau da violação normativa, aferir se a violação normativa é quantitativamente superior para a produção do fato e, por isso, reprovada de modo mais premente pela norma própria do tipo de injusto culposos.

Quanto a não punibilidade da participação culposa, compreende-se como inadequado vincular o princípio da intervenção mínima ou caráter fragmentário do Direito Penal para afastar a possibilidade de intervenção deste ramo do Direito pela mera aferição circunstancial da culpa como forma menos grave de imputação subjetiva. O elemento da imputação subjetiva, por si só, não traz a carga valorativa adequada para identificar *de per se* a existência ou não de um comportamento que demanda intervenção jurídico-penal.

Feijóo Sánchez elucida bem o equívoco em associar a relevância da intervenção penal a uma determinada forma de imputação subjetiva e ao conceito de participação sem referenciais concretos. Feijóo Sánchez recorda que os atentados terroristas de Madri em 2004<sup>537</sup> tiveram como ponto de partida ações de mera contribuição para quase duas centenas de mortes e mais de duas mil lesões. O acesso proibido de terceiros aos explosivos empregados nos vagões de trem, sem elementos de aferição de dolo na conduta dos partícipes, influenciou para que terroristas os empregassem dolosamente. Incoerente afirmar, portanto, a incidência do caráter fragmentário em contribuições culposas, pelo mero fato de não corresponderem à realização do

---

<sup>537</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Autoria e Participação em Organizações Empresariais Complexas*. In: FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico*, Madrid: B de F. 2009. Trad.: Vania Costa Ramos e revisão de Augusto Silva Dias. Revista *Liberdades*, nº 9 – jan/abril 2012. Disponível em: [http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=114](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=114). p. 53-54 – nota de rodapé 49.

tipo de injusto de modo direto. É perfeitamente viável que auxílios ou instigações imprudentes demandem intervenção penal e apresentem considerável desvalor.

Feijóo Sánchez critica a interpretação da impunibilidade geral da participação culposa e afirma que apenas se exige, para sancioná-la, a previsão da modalidade culposa do tipo da parte especial. Ou seja, se há previsão de culpa para a autoria também há para a participação. Nos termos de Feijóo Sánchez, as normas da parte geral não são “autorreferenciais”<sup>538</sup> e assim se destinam às previsões da parte especial. Por tal razão, ao preceituar o art. 12, do CP Espanhol a excepcionalidade do crime culposo, tal enunciado mira a concretização de exceções na parte especial, e não na parte geral, em que se prevê o instituto da participação em sentido estrito. A interpretação contrária sobre o artigo 12 do Código Penal Espanhol, segundo Feijóo Sánchez, faria com que fosse necessário para cada distinto instituto penal da parte geral (como majorantes do concurso de crimes, medidas de segurança e outros compatíveis com a culpa), reiteradas previsões expressas de aplicabilidade ao crime culposo, o que nunca se exigiu.

Mercedes Pérez Manzano traz importantíssima ponderação em meio ao debate sobre a punibilidade da participação culposa. A autora acrescenta que a participação, diferentemente dos outros institutos da parte geral referidos por Feijóo Sánchez, é uma norma que constitui tipicidade, ainda que de modo derivado. Sem a norma da participação na parte geral, as condutas de partícipes seriam impuníveis, segundo a autora. Por conta dessa natureza constitutiva da tipicidade das normas que estabelecem verdadeiros “tipos de participação”, a exigência de previsão expressa da modalidade culposa é uma decorrência do princípio da legalidade. Por tal razão, seria exigível a previsão legal além da inerente ao tipo culposo no qual se tem a autoria.

Pérez Manzano apresenta forte razão para que se exija previsão expressa da participação culposa, na medida em que a norma que autoriza a punição do comportamento do partícipe é mesmo extensiva de tipicidade.<sup>539</sup> Concorde-se com a autora, no sentido de que, caso contrário, a punição violaria o princípio da legalidade em ordenamentos autenticamente diferenciadores.

Na análise da punibilidade da participação culposa em ordenamentos, a princípio, baseados sob um conceito extensivo de autor, como o ordenamento brasileiro, é necessário ponderar que a admissibilidade da figura da participação culposa, sob estrita aplicabilidade dos critérios da imputação objetiva, só poderia ter como efeito resultados mais benéficos ao agente culposo. Passa-se a não punir como autoria comportamentos que constituam apenas riscos

---

<sup>538</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *La Participación Imprudente y la Participación en el Delito Imprudente en el Derecho Penal Español*. 1997. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo e outros. *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales em Memoria del Professor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Editorial Arazandi, 2001. p. 249.

<sup>539</sup> PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Autoría y Participación Imprudente en el Código Penal de 1995*. Madrid: Civitas, 1999. p. 92 e ss.

accessórios proibidos, os quais sob a ausência da participação culposa são interpretados sempre como autoria. Sendo assim, o princípio da excepcionalidade do crime culposo não teria porque gerar como consequência, no ordenamento brasileiro, previsões expressas distintas para a autoria e participação. A punibilidade da participação culposa deve depender no Brasil da previsão da autoria culposa porque a ausência de admissibilidade da participação culposa enseja consequência mais gravosa que corrobora o sistema unitário.

Em um sistema normativo claramente diferenciador, a solução proposta da impunibilidade da participação culposa fundamentada no princípio da legalidade, tal como fundamentada por Pérez Manzano é a melhor solução. No contexto diferenciador exige-se, portanto, normas expressas diferentes para o tipo culposo e para a participação culposa. Não seria necessário, todavia, normas permissivas da imputação culposa para a coautoria ou autoria mediata, na medida em que essas manifestações típicas são abarcadas nas próprias normas típicas em espécie. O fundamento da imputação na coautoria e autoria mediata é já derivado do próprio tipo de injusto.

### **5.3. A teoria da determinação objetiva-positiva do fato sob maior funcionalização político-criminal por Miguel Diaz y García Conlledo**

Miguel Diaz y García Conlledo parte das premissas lançadas por Luzón Peña e desenvolve, com particularidades próprias, a teoria da determinação objetiva-positiva do fato. O autor acrescenta conceitos e fundamentos próprios que atribuem certo aspecto distintivo em face do que pensa seu mestre.

Diaz y García Conlledo assume a possibilidade de que não se tenha como formular um conceito geral de autoria para todos os delitos.<sup>540</sup> Este autor entende que são necessários maiores fundamentos de merecimento e necessidade de pena em um duplo sentido na análise dogmática da determinação objetiva-positiva do fato: primeiramente, para definir quais tipos de comportamento típico devem ou não ser sancionados; e para diferenciação entre o que se entende como autoria e participação.<sup>541</sup>

Autor é quem reunindo as condições especiais de autoria presentes no tipo o realiza pessoalmente, por outrem ou conjuntamente, na concepção de Diaz y García Conlledo. Segundo

---

<sup>540</sup> DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La Influencia de la teoría de la autoría de (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas*. Revista Nuevo Foro Penal. Vol. 7, Nº 76, enero-junio, 2011, pp. 15-48, Universidad EAFIT, Medellín. p. 25.

<sup>541</sup> DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Op. Cit.* 1991. p. 591.

este autor, uma proposição diferenciadora só apresenta efetivamente qualidades substanciais se autoria e realização do tipo se mantiverem estritamente ligadas.<sup>542</sup>

Assim como Luzón Peña, entende na sua monografia o professor da Universidade de León que é a teoria da determinação objetiva-positiva do fato se presta a diferenciação dos conceitos de autoria e participação. Díaz y García Conlledo incrementa que a peremptoriedade da lesão ao bem jurídico, ou a maior urgência da tutela em face da lesão ou perigo de lesão são dados materiais da fundamentação normativa<sup>543</sup>, são consectários necessários do sentido político criminal dos conceitos do concurso de agentes.

Uma particularidade de indispensável observação na proposição de Díaz y García Conlledo se situa no fato de que, para ele, em tipos penais nos quais se pode inferir diversos comportamentos de distinta realização material, não necessariamente todos eles albergam uma conduta de autor. Na interpretação teleológica dos tipos seria possível, assim, a identificação da ação ou ações nucleares típicas, as quais revelariam maior peremptoriedade da proibição.<sup>544</sup>

Alguns comportamentos descritos em verbos situados no tipo constituiriam hipóteses de cooperação necessária ou indução, para Díaz y García Conlledo. Tratam-se de formas de participação em sentido estrito que no Direito Penal Espanhol receberiam, no âmbito da pena, o mesmo tratamento que as realizações típicas de autor.<sup>545</sup> Importante observar, no entanto, que apesar da localização topográfica em um mesmo marco penal e igual previsão de reprimenda, a aplicação do princípio da acessoriedade igualmente se faz presente nos mencionados casos, de modo a não os desfigurar como hipóteses autênticas de participação sob outro regramento

---

<sup>542</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Autoría y Participación*. Revista de Estudios de la Justicia. N. 10. 2008. p. 19.

<sup>543</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Op. Cit.* 1991. p. 591. Nesse sentido, segundo Díaz y García Conlledo, Roxin tem razão ao afirmar que “o critério que determine quem é autor, neste caso o domínio do fato, não pode ser nem um critério totalmente indeterminado e vago, que não dê ao menos certas pautas para solução de casos difíceis e duvidosos, nem tampouco um conceito fixo ou fechado, no sentido de que se trata de uma definição da qual independente de outros fatores, por um mero ato de subsunção objetiva, possa extrair-se dedutivamente a solução de todos casos concretos”. Díaz y García Conlledo ainda acrescenta que, seguindo essa linha de raciocínio, no método proposto no seu trabalho “se tem fugido de toda definição fixa e prévia do conceito de autor (tanto que nem sequer se tem dado por hipótese que este tenha que se diferenciar necessariamente do conceito de partícipe), mas fazendo considerações aproximativas se pode obter certos princípios reguladores”, dentre eles ressalta a peremptoriedade da proibição e considerações de merecimento e necessidade de pena em face das condutas sob maior grau de proibição.

<sup>544</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La Autoría en Derecho Penal: caracterización general y especial atención al código penal colombiano*. 2004. p. 41.

<sup>545</sup> A diferenciação entre essas espécies de participação decorre da própria disposição legal instituída no CPE, nos termos seguintes:

Art. 28, do Código Penal Espanhol. “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.  
b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

legal sancionatório por motivos de política criminal<sup>546</sup>, destacadamente por se fazer presente razões de maior reprovação da conduta acessória.

Díaz y García Conlledo tece maiores críticas à teoria do domínio do fato principalmente no âmbito da coautoria.<sup>547</sup> Para este autor, os critérios da essencialidade da contribuição e intervenção na fase típica na coautoria não são suficientes para tornar o conceito compatível com um sistema diferenciador que preserve suas vantagens, notadamente a de determinação do mandado típico.

Díaz y García Conlledo adere ao que sustentam Cobo/Vives ao salientar que “o critério do domínio do fato representa, no sistema de Roxin, uma extensão material da tipicidade além dos seus limites formais” e acrescenta sua insuficiência para um critério restritivo fincado na legalidade.<sup>548</sup>

Para o autor, apenas ações que poderiam ser tidas como autoria caso não houvesse uma multiplicidade de autores podem ser entendidas como coautoria quando haja multiplicidade de agentes que sob acordo realizam as ações típicas nucleares.<sup>549</sup> Díaz y García Conlledo entende que se a essencialidade da contribuição fosse afirmada do modo como pensa Roxin, tendo em vista o desmantelamento do plano caso a conduta fosse suprimida do empreendimento coletivo, esse domínio do fato seria negativo e não positivo. Ou seja, leva-se em conta mais o que se poderia evitar com a supressão de uma contribuição do agente do que o que efetivamente ele realizou.

No caso do vigia de um furto a banco praticado por outras pessoas às quais visa cooperar permanecendo inerte, para Díaz y García Conlledo a ação do vigia, mesmo na fase executiva, configura ainda participação, qualificada como cooperação necessária. O autor entende que a maior amplitude conceitual do critério de Roxin permite na coautoria uma perda das vantagens de segurança jurídica que se requer com um conceito restritivo de autor.

---

<sup>546</sup> Bacigalupo, em relação aos termos nos quais o CPE trata tal questão, afirma que “o art. 28 é pouco claro, uma vez que “considera” autores os indutores e os partícipes necessários. Há três razões, contudo, para sustentar o critério diferenciador no direito vigente. Em primeiro lugar, é evidente que quando a lei diz “consideram-se autores”, gramaticalmente diz também que não são autores. São considerados autores, portanto, para os efeitos da punibilidade. Em segundo lugar, o próprio texto legal distinguiu os cooperadores necessários e os indutores dos autores e dos simples cúmplices (art. 29). Por último, o art. 65 do CPE distingue os partícipes, para os efeitos da aplicação de agravante e atenuante, entre os que têm caráter individual (somente se aplicam àquele no qual concorrem) e geral (comunicáveis a todos os partícipes).” (BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal – Parte Geral*. Trad. André Estefam. Malheiros Editores: São Paulo, [1999] 2005, p. 443).

<sup>547</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La Autoría en Derecho Penal*. 1ª edición, PPU: Barcelona, 1991.p. 675-676.

<sup>548</sup> *Ibidem*, p. 676.

<sup>549</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Op. Cit.*. 1991. p. 677.

Ainda no âmbito da coautoria, também Diaz y García Conlledo discorda da tese proposta por Roxin quanto a autoria mediata em aparatos organizados de poder.<sup>550</sup> Para o autor espanhol, mesmo a fungibilidade dos executores é insuficiente para sua fundamentação normativa e é um demonstrativo de que a realização direta da ação do autor imediato nas estruturas verticalizadas de poder se dá por alguém que toma uma decisão livre. Caso não o fosse, a autoria mediata se lastrearia em outros motivos (principalmente, coação ou erro).

Diaz y García Conlledo parte da mesma premissa de Luzón Peña e entende que todas as formas de autoria e participação são viáveis nos crimes culposos. Quanto a autoria mediata culposa, faz ressalvas quanto a sua viabilidade no sistema espanhol. Embora a autoria mediata não seja objetivamente inviável, na percepção do autor, a redação do art. 28, do CP Espanhol, ao se referir a essa espécie de autoria como aquele em que uma pessoa “serve-se de outro”, emprega uma linguagem que mais se aproxima do dolo. Diaz y García Conlledo ressalta, contudo, que isso não inviabiliza a interpretação geral da sua admissão nos crimes culposos.<sup>551</sup>

Diaz y García Conlledo, nos seus trabalhos recentes, não externa de modo detalhado sua concepção de dolo e culpa ao tratar de questões relacionadas ao concurso de pessoas, no entanto, suas colocações levam a crer que também parte de um conceito psicológico de dolo, aferindo a culpa, portanto, a partir da ausência de vontade ou assunção de risco.

Diaz y García Conlledo concebe a participação como fomento, favorecimento, facilitação ou ato de tornar possível a realização típica pelo autor, sem que se tenha a determinação objetiva do fato, ou seja, sem que positivamente se realize ações nucleares típicas. Não obstante os tipos condensem os comportamentos de autor, neles também poderá se ter hipóteses especiais de participação, como a cooperação necessária.

Assim como Luzón Peña, Diaz y García Conlledo entende que a participação culposa é impunível no Direito Penal Espanhol, seja por razões implícitas contidas no art. 28, seja pelo princípio da excepcionalidade do crime culposos (norma inscrita no art. 12 do CP Espanhol de 1995), mas principalmente pelo caráter fragmentário do Direito Penal. A exigência de intervenção mínima, apenas em face de comportamentos mais graves violadores dos mais relevantes bens jurídicos, seria a razão maior para não punição de condutas acessórias já caracterizadas pelo menor desvalor característico da culpa. Eventualmente, poderia o legislador tipificá-las expressamente.

---

<sup>550</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Autoría y Participación. Revista de Estudios de la Justicia. N. 10. 2008. p. 25.

<sup>551</sup> *Ibidem*, p. 38.

A opção de Diaz y García Conlledo é claramente em prol de um ordenamento penal que prefere conviver com eventuais lacunas a almejar a totalidade da intervenção genérica em condutas acessórias diante de quaisquer crimes que prevejam o tipo culposo.

Sánchez Lázaro destaca que a proposta inicial de Luzón Peña e o desenvolvimento da determinação objetiva-positiva do fato no importante trabalho monográfico, realizado por Diaz y García Conlledo, deram lugar a uma das teorias mais implantadas no seio da doutrina penal espanhola.<sup>552</sup>

Diaz y Garcia Conlledo defende ainda que nos delitos puros de resultado, nos quais se tem, ainda que de modo indesejado, menor concretização do conteúdo da ação típica – aqueles nos quais se descreve condutas como matar, lesar, incendiar, em que predomina a circunstância resultativa em face da ação em si mesma – se pode descobrir o núcleo da proibição típica por meio de uma análise de merecimento e necessidade de pena. Essa análise funcional serviria para atribuir a imputação, em caráter primário, a quem mais se enquadra na determinação objetiva e positiva do fato.<sup>553</sup>

### 5.3.1. Considerações críticas

Diaz y García Conlledo parte de premissas iguais às de Luzón Peña, acrescentando conceitos próprios para adoção também da teoria da determinação objetiva-positiva do fato, de modo que os méritos e críticas retratados quanto às ideias de Luzón Peña são trasladados para as proposições do seu discípulo.

Apesar da proximidade teórica com a proposição de Luzón Peña, os elementos acrescentados à teoria da determinação objetiva-positiva do fato demandam análise própria.

A premissa de uma necessidade de maior funcionalização dos conceitos de autoria, sob a diretriz de uma maior determinação típica, mostra-se como um correto ponto de partida. Entretanto, a concepção proposta por Diaz y García Conlledo, embora afirme necessidade de maior foco na funcionalização dos conceitos, não justifica suficientemente os fundamentos para a possível valoração de equiparações punitivas entre participação e autoria.

A utilização do fundamento da maior urgência ou peremptoriedade de proibição ao bem jurídico, embora se faça com intuito diferenciador no plano da tipicidade e tenha, para o autor, relação com o fato de ser nuclear ou não a conduta proibida aos olhos da imputação firmada

---

<sup>552</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Intervención Delictiva y Imprudencia*. Editorial Comares. Granada, 2004. p. 65

<sup>553</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Op. Cit.* 2008. p. 19-20.

pelo Direito Penal, não exime a necessidade de explicação razoável para a razão pela qual se pode atribuir pena igual ou até mesmo maior a uma conduta concebida como acessória.

Diaz y García Conlledo salienta que o injusto da participação é um injusto próprio do partícipe, afirmando-o como “ao menos em parte, independente, do injusto do autor”.<sup>554</sup> A equiparação valorativa da indução à participação é decorrente, no sentido exposto por esse autor, do fato de ser o indutor quem faz o autor pôr em marcha a conduta que resulta incriminada, fazendo nascer a resolução delitiva. Segundo Diaz y García Conlledo, a instigação revela uma “transcendência que esta forma de participação tem na lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos”.<sup>555</sup>

Na cooperação necessária, a fundamentação da pena equiparada para Diaz y García Conlledo estaria na desenvoltura de um comportamento revelador de um domínio negativo. O domínio negativo estaria presente em comportamentos que, como o do exemplo do vigia, antes referido, ou o do chefe de uma quadrilha que dá instruções para um roubo no momento da execução, configurariam coautoria para Roxin. Outras condutas caracterizadas por elevações substanciais do risco de realização da conduta do autor também se adequariam a ideia da cooperação necessária.<sup>556</sup>

Essas fundamentações oferecidas por Diaz y García Conlledo permitem afirmar que, na indução, o autor enxerga um fundamento imutável de maior reprovabilidade, qual seja a origem da resolução da conduta. Assim, renuncia-se a possibilidades de gradações típicas entre diferentes comportamentos originadores da resolução de vontade da conduta proibida, seja imprudente ou dolosa.

Para diferenciar cooperação necessária e auxílios que não ensejem maior reprovação, entretanto, o autor parte para uma avaliação da criação de um risco maior ou menor para a realização da conduta do autor. A distinção de critérios se mostra incongruente, na medida em que também a indução pode se mostrar mais ou menos gravosa a depender de como objetivamente se manifesta. Uma sugestão vã de realização de um comportamento imprudente não parece ter a mesma reprovabilidade de uma aposta com oferecimento de notáveis ganhos no caso de realizar o autor uma ação imprudente, a ponto de necessariamente equiparar-se em desvalor à autoria. Enquanto a primeira dessas condutas pode soar até irrelevante para o autor, a outra pode se apresentar como consideravelmente atrativa.

---

<sup>554</sup> DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Op. Cit.* 2008. p. 42.

<sup>555</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>556</sup> *Ibidem*, p. 51.

Em suma, não é o momento de atuação do indutor que, por si só, catalisa reprovabilidade maior que condutas qualificadas como auxílio. Nesse sentido, Sánchez Lázaro afirma que a indução penalmente equiparada a autoria tem como requisito “conteúdo relevante de perigosidade”<sup>557</sup>, isto é, “um determinado grau de perigosidade objetiva *ex ante* de que o induzido adote e execute a resolução”<sup>558</sup>. Sánchez Lázaro exemplifica a aplicação do conceito proposto com o caso *Lederspray*<sup>559</sup>, no qual um chefe de laboratório sugeriu a não retirada de produtos que posteriormente se mostram nocivos à saúde dos consumidores. Nessa hipótese, havia superioridade científica de quem realizou a ação de induzir, havendo “prevalência frente aos induzidos”<sup>560</sup> derivada dessa condição, o que desencadeou maior risco da indução realizar-se como resultado na ação do autor.

A formulação de um conceito de ação nuclear típica também se mostra problemática na medida em que não se apresenta um critério congruente com os pressupostos dos quais parte o próprio Díaz y García Conlledo. O autor, assim como Luzón Peña, entende que há fenomênicas determinações objetivas do fato, caracterizadoras de uma distinção qualitativa entre ações. No entanto, Díaz y García Conlledo termina por recorrer também a considerações de merecimento e necessidade da pena para integrar suas proposições, sobretudo nos crimes de resultado. Aparenta-se uma mudança não assumida para um critério quantitativo, sobretudo nesses delitos que são especialmente problemáticos por conta de uma menor concretude fático-descritiva das disposições típicas. Conforme será fundamentado no capítulo final, compreende-se que efetivamente seja necessário a noção da maior aferição quantitativa lesiva para autoria, assumindo-se tal premissa como elemento central diferenciador.

A ideia de uma análise de merecimento e necessidade extraída da conduta dos intervenientes sem referenciais claros suscita, mesmo que não seja o propósito do autor, a possibilidade de responsabilidades mais ou menos gravosas pensadas a partir de um juízo comparativo de condutas dos intervenientes e não da própria lesão ou risco desencadeado pelas condutas ou até por uma concepção vaga de prevenção geral.

Nos crimes de resultado, embora se deva buscar critérios restritivos de imputação, por meio de minuciosa análise da imputação objetiva, seja nas condutas de autor ou nas condutas de partícipes, realizando-se delimitação precisa de esferas de responsabilidade, não se pode estabelecer uma lógica de atribuição comparativa de comportamentos entre intervenientes. É

---

<sup>557</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Op. Cit.*, p. 442.

<sup>558</sup> *Ibidem*, 442.

<sup>559</sup> *Ibidem*, p. 442.

<sup>560</sup> *Ibidem*, p. 443.

necessário que se possa saber, por meio de juízo *ex ante*, o que configura ou não a ação típica, seja ela uma ação típica de autor ou uma participação típica (injusto secundário). Assim se consubstancia o fundamento político do princípio da legalidade. Ainda que o propósito seja de oferecer maior segurança, Diaz y García Conlledo falha em proporcionar um critério válido de afirmação da ação nuclear típica, sob uma ótica qualitativa a que se propõe.

Nos tipos alternativos, nos quais se descreve maior número de condutas, a proposição de Diaz y García Conlledo, no sentido de que nem todas condutas descritas no tipo são necessariamente nucleares<sup>561</sup>, é tão problemática quanto nos delitos de resultado. Embora atualmente tenha mudado de posicionamento quanto a essa questão, apresenta-se sólida a crítica anteriormente formulada por Roso Cañadillas, ao acentuar que “autor de um delito no qual o tipo descreve várias ações típicas é aquele que leva a cabo qualquer das ações típicas descritas”.<sup>562</sup> Embora se mostre questionável sob o prisma do princípio da culpabilidade e sob uma análise criteriosa de política criminal a técnica muitas vezes excessiva de descrição de múltiplas condutas em um tipo<sup>563</sup>, é também inseguro um Direito Penal no qual o intérprete contradiz a norma, afirmando não ser típico autonomamente um comportamento, independentemente de considerações de constitucionalidade da norma, quando a mesma impõe que o seja.

A identificação de uma ação nuclear, se não afirmada sob um barema muito mais normativo do que numa determinação fática objetiva-positiva, sobretudo nas condutas realizadas em estruturas verticalizadas ou mesmo em órgãos de decisão coletiva, proporciona incongruências especialmente no que tange à autoria mediata. Os delitos desenvolvidos sob essas estruturas costumam ter a conduta materializadora do resultado proibido nos mais baixos escalões hierárquicos e, muitas vezes, as tomadas de decisões se mostram fracionadas a ponto de não se ter como determinar uma conduta ou condutas efetivamente nucleares típicas.

#### **5.4. Autoria culposa no domínio normativo do fato e autoria como violação de competência preferente por Bernardo Feijóo Sánchez**

Diferentemente de Luzón Peña e Diaz y García Conlledo, Bernardo Feijóo Sanchez idealiza uma concepção normativa diferenciadora entre autoria e participação no delito culposos,

<sup>561</sup> DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Op. Cit.* 2004. p. 41.

<sup>562</sup> ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Op. Cit.* 2002. p. 364.

<sup>563</sup> Exemplo conhecido sobre a variabilidade exagerada de condutas descritas em um mesmo tipo equiparador de condutas executórias e preparatórias, na realidade brasileira consta no art. 33, da Lei 11.343/06, o qual incrimina por meio de dezoito verbos típicos.

tendo a premissa de que a teoria do domínio do fato é apta a diferenciar autores e partícipes também nesse âmbito.<sup>564</sup>

Feijóo Sanchez limita suas críticas à teoria do domínio do fato tal como elaborada por Welzel, compreendendo que apenas o conteúdo subjetivo desta feição da teoria obstará a delimitação de autoria e participação no crime culposos.<sup>565</sup>

Segundo Feijóo Sanchez, a teoria do domínio do fato muda seu sentido originário ao passar pelo giro metodológico da teoria da imputação objetiva. Assim, poderia ter-se em mente um domínio normativo do fato frente a teoria do domínio final do fato. Conforme este autor, “o domínio normativo, no marco de uma concepção dualista de injusto exigiria em primeiro lugar a constatação de que o fato é objetivamente incumbência ou competência preferente”.<sup>566</sup> Tal definição demonstra semelhança com a doutrina de Jakobs, para quem as formas de manifestação típica representariam comuns ou especiais violações de papéis, levando-se em conta determinada configuração social e as expectativas de realização normativa.<sup>567</sup>

Feijóo Sanchez assinala que, para a doutrina que defende a negação do conceito restritivo de autor, a base argumentativa reside principalmente sobre determinadas concepções acerca do injusto.<sup>568</sup> A partir disso, muitas vezes a doutrina espanhola observa essa proposição nos crimes culposos e, para refutá-la, centra como alvo das suas críticas uma determinada concepção objetiva-material de autoria, como a teoria do domínio do fato, ainda que o centro da controvérsia esteja nos pressupostos da compreensão do injusto e não no critério definidor da autoria em si.<sup>569</sup>

Seguindo uma linha inicial de raciocínio pela adequação da teoria do domínio do fato aos crimes culposos, Feijóo Sanchez discorda que o acolhimento da teoria do domínio do fato só permita aceitar um conceito extensivo-causal ou a um conceito unitário no delito imprudente. Para Feijóo Sánchez, seria mais apropriado falar, no seu modo de ver, que existem teorias do domínio do fato variáveis em função das diversas concepções de injusto (domínio final do fato, domínio objetivo do fato, domínio subjetivo-objetivo, domínio normativo do fato, etc.). Sob tal premissa, no paradigma atualmente mais aceito da teoria do delito, tem-se maior objetivação normativa do tipo com a teoria da imputação objetiva. A teoria da imputação objetiva teria,

---

<sup>564</sup> FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *La Participación Imprudente y la Participación en el Delito Imprudente en el Derecho Penal Español*. 1997. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo e outros. *El Nuevo Derecho Penal Español: estudios penales en memoria del Professor José Manuel Valle Muñiz*. Editorial Arazandi: Navarra, 2001. p. 244

<sup>565</sup> *Ibidem*, p. 240.

<sup>566</sup> *Ibidem*, p. 244.

<sup>567</sup> JAKOBS, Günther. *Op. Cit.* 2010. p. 55 e 56.

<sup>568</sup> FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Op. Cit.* 2001. p. 239.

<sup>569</sup> *Ibidem*, p. 240 e ss.

segundo o autor, trazido um novo arsenal conceitual para solucionar os problemas do tipo de injusto de modo amplo<sup>570</sup>, incluindo autoria e participação, portanto.

Os conceitos de dolo e culpa, para o professor da Universidade Autônoma de Madri, não são ontológicos ou psicológicos, mas estritamente normativos. Nas palavras do autor, “se a teoria da imputação objetiva tem lutado contra a causalidade como critério ontológico sem conteúdo normativo, está combatendo, no mesmo sentido, uma concepção psicologista de imputação de fatos típicos”.<sup>571</sup>

Segundo Feijóo Sanchez, a adoção de um sistema unitário nos tipos de injusto culposos teria consequências como a punição de atos preparatórios como se fossem atos de execução típica. Para o autor, é incompreensível que um ato de participação em delito doloso possa passar a entender-se como autoria no delito culposo. Nesse contexto questiona, “se facilitar um explosivo dolosamente se entende como ajudar a matar ou a lesionar, por quê a infração do dever de cuidado transforma esse comportamento em matar ou lesionar?”.<sup>572</sup>

O “caso *Vinader*”, decidido em 1983 pelo TS seria, para o autor, um exemplo da irracionalidade dessa conversão de possíveis atos de participação em autoria reverberados por uma concepção unitária. No mencionado caso, o TS confirmou a condenação de um jornalista por homicídio culposo. Vinader teria escrito artigos nos quais indicava autores de homicídios praticados por um grupo político de ultradireita contra o grupo terrorista ETA. Logo após a divulgação de dois artigos pelo jornalista, que continham informações relevantes acerca dessas pessoas, as mesmas foram assassinadas por membros do grupo ETA.<sup>573</sup> A atuação do jornalista foi compreendida como ação imprudente em fatos dolosos alheios e sua condenação foi confirmada sob a lógica do sistema unitário como conduta de autor imprudente de homicídio, refutando-se a interrupção de causalidade pelos fatos dolosos supervenientes ou a proposição da proibição de regresso de Frank.<sup>574</sup>

---

<sup>570</sup> FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Op. Cit. 2001. p. 239-240.

<sup>571</sup> *Ibidem*, p. 240.

<sup>572</sup> *Ibidem*, p. 236.

<sup>573</sup> Gimbernat Ordeig, em análise que faz sobre o caso Vinader, destaca os erros da decisão sob a ótica do princípio da causalidade, o qual teria uma dupla perspectiva de fundamentação, em relação ao princípio da legalidade e em relação ao princípio do *in dubio pro reu*. No caso em questão, a sentença de 17 de novembro de 1981, da seção primeira da Audiência Nacional, mesmo sem fundamentar como os homicidas do Grupo ETA conheciam ou não os artigos escritos por Vinader, já que os autores do fato doloso sequer foram descobertos, a partir de uma fundamentação baseada na livre valoração da prova estabeleceu nexos causais entre os artigos e as mortes. (ORDEIG, Gimbernat. *Estudios de Derecho Penal*. 3ª ed. Editorial Tecnos: Madrid, 1990. p. 95-96).

<sup>574</sup> Corcoy Bidasolo, por sua vez, analisa o caso Vinader sob outro prisma, para afirmar que se se admite a participação imprudente em fato doloso, a conduta de Vinader “deveria qualificar-se como tal, posto que o mesmo conhecia a possibilidade de que se produzisse a intervenção dolosa de terceiros”. (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El Delito Imprudente*. 2ª edición. Julio Cesar Faria Editor: Montevideo, 2008. p. 542).

Para Feijóo Sánchez, não se poderia partir da ideia de que só se pode diferenciar entre níveis de responsabilidade em virtude de critérios subjetivos como o dolo do autor. Na perspectiva de Feijóo Sánchez, não é possível afirmar que o Código Penal Espanhol seja tão subjetivista. Ao desenvolver trabalho com enfoque na relevância penal da participação culposa no Direito Penal Espanhol, o autor ao qual se refere neste tópico busca aplicar o conceito restritivo no crime culposos com os mesmos pressupostos de validade defendidos por majoritária doutrina nos crimes dolosos, atribuindo a mesma dimensão ao princípio da acessoriedade da participação.<sup>575</sup>

Quanto ao princípio da acessoriedade, Feijóo Sánchez não o interpreta como um postulado transmissivo da homogeneidade ou unidade de título de imputação. A premissa da assertiva anterior vai de encontro à tese clássica da proibição de regresso, segundo a qual seria irrelevante para o Direito Penal a contribuição culposa em face de superveniente comportamento doloso em uma mesma cadeia de ação.<sup>576</sup> Segundo Feijóo Sanchez, ainda que o Código Penal Espanhol não disponha de regras que determinem a pena quando distintos intervenientes têm distinta relação subjetiva com o fato, seria dedutível da regulação legal a pena que corresponderia ao partícipe imprudente no caso em que participasse de um injusto doloso e vice-versa; do silêncio legal quanto a esse aspecto, não se poderia concluir aprioristicamente pela irrelevância penal da participação culposa em um fato principal realizado dolosamente.<sup>577</sup>

Feijóo Sanchez defenderá também, conforme sintetizado nas críticas à teoria de Luzón Peña, que a norma da excepcionalidade do crime culposos, albergada no art. 12 do CP Espanhol não tem como efeito necessário a impunibilidade da participação culposa, pois o seu âmbito de incidência seria estritamente a parte especial do código. Nas palavras de Feijóo Sanchez, as normas da parte geral “não são autorreferenciais”<sup>578</sup>, tendo sua incidência voltada para os tipos previstos na parte especial. A argumentação em sentido contrário à punibilidade das

---

<sup>575</sup> FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Op. Cit. 2001. p. 234-235.

<sup>576</sup> *Ibidem*, p. 232; Conforme salienta Hruschka, a expressão ‘proibição de regresso’ aparece pela primeira vez, em seu sentido originário, no ano de 1924, em trabalho de Frank, ao tratar o autor da responsabilidade penal na indução sob a base normativa do § 48, do *StGB* de 1871. Frank afirma que “condições anteriores não livres e conscientes não são causa e, portanto, não fundamentam a responsabilidade do autor” e, conclui que, ações não dolosas que precedam comportamento doloso não são alcançáveis pelo Direito Penal. (HRUSCHKA, Joachim. *Prohibición de Regreso y Concepto de Inducción. Consecuencias*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, nº 5, 2000. p. 189-218. p. 189-190). Corcoy Bidasolo consigna que, embora já abandonada a formulação/fundamentação mais clássica da proibição de regresso, a jurisprudência espanhola segue a excluir sempre a imputação do resultado ao primeiro agente imprudente quando sobrevinda conduta posterior dolosa, figurando o caso Vinader como exceção à regra. (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Op. Cit. p. 535).

<sup>577</sup> FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Op. Cit. 2001. p. 232.

<sup>578</sup> *Ibidem*, p. 249.

participações culposas quando há previsão da culpa para a autoria é evitada de problemas de indefinição dogmática. Feijóo Sanchez pondera também ser questionável a coerência do posicionamento refutado em face de diversos outros institutos da parte geral, já que para uma lógica consequente também deveriam demandar referência expressa de aplicabilidade aos crimes culposos, sob pena de se considerarem restritos aos tipos dolosos.<sup>579</sup>

Feijóo Sanchez entende ser viável a possibilidade de participação dolosa em delito culposo e consigna que se trataria de uma forma de manifestação do concurso de pessoas cuja punição se faria de modo equiparado à participação culposa. Atribui-se, portanto, valor maior à acessoriedade como parâmetro de verificação típica do que à própria imputação subjetiva do partícipe. No seu modo de ver, a participação no fato imprudente não seria mais que uma espécie de participação imprudente.

Feijóo Sanchez considerava que, por mais que as razões político-criminais da proposta de Luzón Peña e Diaz y García Conlledo sobre a impunibilidade da participação culposa lhe parecessem adequadas *de lege ferenda*, não são as legalmente indicadas, pela interpretação adequada do art. 12, do CP Espanhol (correspondente ao art. 18, II, do CPB). A consequência pragmática da tese, para o autor, terminaria sendo a punição de comportamentos de participação como autoria, para que se torne possível a punição de um comportamento acessório que, muitas vezes, pode ter igual desvalor que a autoria. Feijóo Sanchez acrescenta como argumento pragmático também a tradição jurisprudencial espanhola de punir a participação culposa, destacadamente quando se trata da cooperação necessária e da instigação.

Em trabalho mais recente, elaborado em 2009, Feijóo Sánchez mantém fundamentalmente seus posicionamentos já explicitados no que tange à concepção normativa da autoria e da participação e também de dolo e culpa. O autor destaca no referido trabalho a importância dessas premissas para a análise penal de comportamentos típicos realizados no seio de estruturas complexas empresariais.

Segundo Feijóo Sánchez, a dogmática tradicional, vinculada à uma compreensão unipessoal e atomizada do delito sobre uma pessoa, não permite uma base de tratamento adequada aos delitos praticados em estruturas complexas. O autor indica que essa dogmática atomizada se dá “por ainda não ter sido tratada de forma satisfatória uma característica central das sociedades modernas, como o é a organização empresarial com a consequente repartição de funções e tarefas dentro da organização”.<sup>580</sup>

---

<sup>579</sup> FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Op. Cit. 2001. p. 250.

<sup>580</sup> FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Autoria e Participação em Organizações Empresariais Complexas*. Trad. Vânia Costa Ramos; rev. Augusto Silva Dias. Revista *Liberdades* – nº 9. Jan/abril. [2009] 2012. p. 27.

A repartição de tarefas em estruturas empresariais complexas é permeada por fragmentação de decisões e de comportamentos e também por escalonados modos de obter informação. Tudo isso torna naturalmente difícil a reunião sob uma ou algumas pessoas de elementos comuns de “criação ou participação no risco, com representação desse mesmo risco” ou “informação global sobre a atividade empresarial”.<sup>581</sup> A natural divisão de funções nas empresas modernas, estruturadas complexamente, não deve ser entendida, conforme Feijóo Sánchez, como um mecanismo ardiloso para gerar impunidade, mas como uma questão estrutural complexa, para a qual o Direito Penal não foi inicialmente pensado.<sup>582</sup>

Diante dessa omissão dogmática, nota-se o traslado da teoria do domínio do fato para situações não admitidas por essa própria concepção teórica. Nesse sentido, Feijóo Sánchez reforça a inadequação de pensar que os injustos cometidos em estruturas complexas poderiam tomar como base de solução a teoria do domínio da organização, tal como pensada por Roxin para delitos cometidos em estruturas estatais totalitárias sob determinadas condições. Em nada se assemelha, segundo Feijóo Sánchez, o funcionamento de uma empresa com a máquina genocida do estado nazista, para deixar mais claro. A transposição dessa ideia de Roxin não só parte de uma falsa premissa, posto que o funcionamento dessas estruturas é completamente diferente, mas também de um errado objetivo: direcionar a punição, a qualquer custo, aos altos postos de comando. Segundo Feijóo Sánchez, é inadequada essa postura, na medida em que as grandes estruturas empresariais, não raro, têm nas funções intermediárias de administração maior capacidade organizativa do empreendimento do que os postos de alto comando, que normalmente tomam decisões apenas genéricas.<sup>583</sup>

Diante da complexidade dos problemas de imputação em face das empresas complexas, Feijóo Sánchez entende que a imputação objetiva deve tomar por base a compreensão organizativa e seguir um roteiro. Primeiramente, deve-se questionar se um certo risco proibido está dentro do âmbito de responsabilidade da empresa. Um segundo passo é avaliar quem no âmbito organizacional da empresa é competente por determinado risco. Depois disso, questiona-se se a pessoa competente por determinado âmbito violou seu dever<sup>584</sup>. Sob esse roteiro de análise da imputação, Feijóo Sánchez sustenta que a sociedade de mercado atribui às empresas um largo âmbito de riscos permitidos.<sup>585</sup> Negada a primeira questão, relacionada ao âmbito de responsabilidade da empresa, Feijóo Sánchez entende pelo necessário

---

<sup>581</sup> FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Op. Cit.* [2009] 2012., p. 28.

<sup>582</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>583</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>584</sup> *Ibidem*, p. 36-37.

<sup>585</sup> *Ibidem*, p. 37.

reconhecimento de inexistência de responsabilidades individuais. Nas palavras do autor, “se o *output* do colectivo é tipicamente irrelevante, não há que questionar se alguém violou seus deveres dentro do colectivo”.<sup>586</sup>

Os âmbitos organizativos empresariais delimitam âmbitos de responsabilidade penal, conforme Feijóo Sánchez, ainda que a atuação de um determinado sujeito se faça sob conhecimento dos desvios tomados em um outro âmbito, “desde que se trate de acontecimentos relativamente aos quais não tem de ter relação de cuidado”.<sup>587</sup>

Feijóo Sánchez pondera que a divisão de funções não automatiza uma falta de responsabilidade para quem atua sob a base de uma pirâmide empresarial, embora implique em uma diminuição do âmbito de responsabilidade. Nesse sentido, exemplifica que ainda é da competência do garçom a qualidade da comida que serve o restaurante, embora haja uma ampla margem de ignorância permitida no seu comportamento.<sup>588</sup> Assim, se o garçom toma conhecimento de que a comida servida tem causado reações lesivas aos clientes ou se os clientes fazem queixas tem ele o dever de repassá-las à cozinha.

Feijóo Sánchez ainda avalia que o princípio da confiança tem uma aplicação cambiante nos contextos empresariais. Segundo o autor, “o nível da confiança não é igual para todos”, depende do plano em que se mova o indivíduo e da posição que ocupe dentro da organização”.<sup>589</sup>

No citado último trabalho de Feijóo Sánchez relacionado ao tema da pesquisa, o autor tece considerações relevantes a respeito da comparticipação imprudente, sob utilização de expressão ampliativa. Feijóo Sanchez aponta que “negar a comparticipação negligente, definindo os diferentes comportamentos negligentes de forma isolada, cria problemas insolúveis de imputação neste domínio de criminalidade (empresarial)”.<sup>590</sup> O autor exemplifica com o caso em que um risco culposo, como comercialização de produtos defeituosos, é derivado de ações tomadas em órgãos colegiados, como um conselho de administração. O autor destaca a necessidade da compreensão de que nessas hipóteses há uma “lesão conjunta de deveres que dá lugar a uma imputação partilhada do crime e não à imputação do facto a um “sujeito colectivo” que infringe seus deveres como tal”.<sup>591</sup>

---

<sup>586</sup>FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Op. Cit.* [2009] 2012, p. 38-39.

<sup>587</sup> *Ibidem*, p. 40-41.

<sup>588</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>589</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>590</sup> *Ibidem*, p. 51-52.

<sup>591</sup> *Ibidem*, p. 51.

Feijóo Sánchez descarta no contexto empresarial a necessidade de acordo ou resolução em sentido psicológico para afirmar-se o concurso de pessoas culposo. Segundo ele, “se várias pessoas trabalham em grupo e algumas delas violam seu dever de cuidado, não deveria haver problemas em imputar conjuntamente o fato aos diversos infratores”.<sup>592</sup> A prova do acordo, para a imputação, apenas “facilitaria as coisas”.<sup>593</sup> A imputação comum seria, pois, uma evidência tomada da própria organização comum empresarial.

Quanto à participação culposa, Feijóo Sánchez se refere incidentalmente no citado trabalho, reafirmando a necessidade dogmática e política criminal dessa categoria. O autor cita que no atentado de 11 de março de Madri de 2004 os explosivos utilizados por terroristas derivaram do acesso dado por sujeitos que não mataram, nem lesaram ninguém, mas foram cooperadores necessários (partícipes), tornando possível a colocação das bombas. Dogmaticamente, o autor volta a destacar que inexistiria impeditivo para a participação culposa diante do princípio da excepcionalidade do crime culposo, a norma tão somente impediria a participação culposa caso não houvesse, segundo ele, correspondente tipo culposo.<sup>594</sup>

#### 5.4.1. Considerações críticas

No primeiro trabalho desenvolvido por Feijóo Sánchez, é criticável a não reflexão de outros possíveis critérios normativos, limitando-se o autor a análise de uma natureza normativa diferenciadora a partir do próprio critério do domínio do fato, no marco funcionalista.

A doutrina contemporânea mostra ser plenamente viável pensar o critério diferenciador sem partir da noção de domínio, e tanto parece mais adequado outra construção normativa para os delitos culposos que o próprio Roxin nunca aplicou essa lógica para esse tipo de injusto.<sup>595</sup>

---

<sup>592</sup> FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Op. Cit.* [2009] 2012. p. 52.

<sup>593</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>594</sup> Quanto a essa questão, Feijóo Sánchez critica o posicionamento de Roso Cañadillas nos seguintes termos: “afirmar diretamente que nos casos de participação negligente não existe necessidade de pena é um argumento pouco consistente, que não passa de uma petição de princípio se não fizer referência aos fins das penas, aspecto relativamente ao qual a autora é completamente omissa. Esta falta de argumentação é particularmente visível quando se tem em conta, como defende esta autora, que a diferença entre co-autoria e cooperação necessária pode obedecer a razões puramente formais, ainda que materialmente se trate de ilícitos equivalentes que por esse motivo são merecedores e necessitados de uma mesma pena”. (*Ibidem*, p. 53).

<sup>595</sup> Roxin propôs inicialmente, nas duas primeiras edições da sua tese de habilitação, o emprego da ideia de delitos de dever para fundamentar a autoria culposa, partindo ainda assim de uma concepção unitária no âmbito da culpa. Nas edições mais novas de “*Täterschaft und Tatherrschaft*” (Autoria e Domínio do Fato no Direito Penal), o autor não mais utiliza essa perspectiva e também limita o domínio do fato aos chamados crimes de domínio, do qual restam excluídos os crimes culposos. (ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 2000. p. 741).

Nesse sentido, Jakobs também afirma que “a atribuição normativa é de hierarquia superior à do domínio”.<sup>596</sup>

Sánchez Lázaro acrescenta criticamente sobre a primeira concepção de Feijóo Sanchez que, embora se possa até tentar compatibilizar a teoria do domínio do fato, em uma perspectiva normativizada, com o crime culposos, essa não é a proposição mais adequada. Sánchez Lázaro afirma “faltar uma explicação conclusiva sobre porque quem domina faticamente um processo lesivo deve responder em primeiro lugar pelo mesmo, condição precisa e necessariamente prévia à categoria dos delitos de domínio”.<sup>597</sup>

Também não fica muito claro, no primeiro trabalho em que Feijóo Sánchez examina autoria e participação culposa a relação traçada entre o conceito de autoria como realização de uma competência ou incumbência preferente e, ao mesmo tempo, como domínio sobre o fato.

Há uma intersecção pouco clara, na primeira etapa da doutrina de Feijóo Sanchez, entre conceitos que partem de diferentes pressupostos teóricos: quais sejam: (i) a concepção de autoria como domínio do fato de Roxin, atrelada a parâmetros descritivos da realização típica sob a base da ideia de realização do fato; e (ii) a perspectiva de autoria como violação de competências preferentes para Jakobs, que parte de uma crítica a um aspecto naturalista da teoria do domínio do fato. A fundamentação de um sistema normativo com a mescla de tais conceitos (domínio e competências), sem que haja suficiente clareza na forma como incide a influência teórica de cada um desses autores, é potencialmente arriscada, na medida em que possibilitaria interpretações equivocadas e imputações baseadas não em condutas dos sujeitos, mas em domínios de certas posições. Neste sentido, Alaor Leite demonstra os riscos de uma metodologia confusa na definição de domínio como a inicialmente tomada no STF, no julgamento da AP 470.<sup>598</sup>

Uma leitura sistematizada da obra de Feijóo Sánchez permite compreender que a proposição do autor não é fundamentar um sistema de autoria que alcance sem correspondência

---

<sup>596</sup> JAKOBS, Günther. *Op. Cit.* 2003. p. 4.

<sup>597</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanárteme. *Op. Cit.* p. 58.

<sup>598</sup> Alaor Leite sugere com a possível denominação *domínio da posição* uma espécie de malversação da teoria do domínio do fato realizada pelo STF, no julgamento da AP 470. O autor bem demonstra que o emprego inadequado do conceito de domínio do fato, naquele contexto, em vez de destinar-se à diferenciação entre autor e partícipe, era manejado com o intuito de tornar o que seria uma decisão absolutória em decisão condenatória. Ou seja, visava-se uma ampliação da responsabilidade a partir da aferição de posições hierárquicas, de modo a abrir margem para responsabilidades objetivas e gerando confusões ao supor uma finalidade processual na teoria do domínio do fato, que não se presta a sanar falta de provas. Não bastasse isso, o julgamento do STF ainda permite a inferência de uma confusão entre a teoria do domínio do fato e o domínio da organização, que nada mais é do que apenas uma forma de domínio da vontade idealizada por Roxin para hipóteses excepcionais relativas a delitos praticados em estruturas totalitárias, apartadas da ordem jurídica, sob algumas condições. (*Vide* LEITE, Alaor. *Domínio do fato, Domínio da Organização e Responsabilidade Penal por Fatos de Terceiros*. In: LEITE, Alaor; GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Op. Cit.* p. 123 s.).

fática superiores hierárquicos. Entretanto, a sugestão pouco clara da mescla dos conceitos permite a inclinação de equivocadas interpretações.

Tornava-se dificultoso, nesse contexto, compreender o que Feijóo Sanchez concebia efetivamente como participação culposa. As críticas acima referidas são direcionadas exclusivamente ao trabalho desenvolvido por Feijóo Sánchez em 2001, no qual ainda admitia o emprego da teoria do domínio do fato para diferenciar adequadamente autoria e participação imprudente e incorria em mesclas obscuras das concepções dogmáticas. Necessário deixar claro que o problema não é uma suposta falta de “pureza” na adoção de uma teoria, mas uma ausência de clareza em relação a como cada uma pode influir na determinação do conceito de autor.

Conforme se viu nas críticas à posição de Luzón Peña, Feijóo Sánchez entende que *de lege lata* não lhe parece haver razões de impunidade da participação culposa. Nesse contexto, o autor defendia que, tendo em vista que o art. 27, do Código Penal Espanhol, admitia cumplicidade em faltas<sup>599</sup>, infrações que são menos graves, seria incoerente não poder haver punição da participação imprudente em crimes, os quais têm inegavelmente maior reprovabilidade, mesmo que caracterizados pela imputação subjetiva de menor desvalor.<sup>600</sup>

Feijóo Sánchez aduzia também que “só se deve excluir como relevantes para efeitos de responsabilidade por imprudência aquelas regras gerais de imputação cuja regulação resulte incompatível com a responsabilidade por imprudência”, como acontece com a tentativa.<sup>601</sup>

A interpretação sistemática em face do art. 27 parecia coerente sob o prisma da proporcionalidade, entretanto não mais existem ‘faltas’ no Direito Penal Espanhol desde 2015, estando prejudicada a crítica apenas quanto a esta ponderação.

Quanto a argumentação de que a exigência de norma expressa para a participação seria equivocada porque se assim o fosse também se deveria exigir previsões específicas para todos outros institutos da parte geral compatíveis com a culpa, não é coerente a afirmação de Feijóo Sánchez. A crítica pontuada por Perez Manzano<sup>602</sup> no sentido de que a norma de punibilidade da participação na parte geral tem natureza constitutiva da tipicidade é precisa; sem tal norma típica mediata expressa, o comportamento acessório seria impunível. A regulação é diferente da autoria mediata e da coautoria, cujas previsões são meramente descritivas, tanto que mesmo

---

<sup>599</sup> Atualmente não permanece dessa forma a norma, tendo sido alterada a perspectiva dicotômica do Direito Penal Espanhol, que operava entre delitos e faltas. Desde reforma havida no CPE em 2015, não mais se tem a redação anterior do art. 27 que afirmava serem “puníveis por delitos e faltas autores e cúmplices”.

<sup>600</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Op. Cit.* 2001. p. 250.

<sup>601</sup> *Ibidem*, p. 249-250.

<sup>602</sup> PERÉZ MANZANO, Mercedes. *La Impunidad de la Participación Imprudente en el Código Penal de 1995*. Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, n. 2, p. 217-253., 2005. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=76068](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=76068). Acesso em: 2 jul. 2019. p. 248.

a autoria imediata, sem qualquer necessidade, é descrita como forma de manifestação típica na parte geral de ordenamentos diferenciadores.<sup>603</sup>

A expressa previsão de punibilidade exigida à participação culposa não reflete uma diferença qualitativa em relação a autoria. Ao situar as duas formas de manifestação do injusto como similares qualitativamente não se está a referir ao marco de imputação (que de fato, é diferente, um do tipo previsto em parte especial; outro, extraído de norma extensiva de tipicidade), também não à similaridade de punições ou possibilidades de sanção em face dos elementos de imputação subjetiva. Essencialmente é o grau de afetação do bem jurídico, sob uma ótica normativizada, cuja diferença é meramente quantitativa, que atribuirá a característica essencial do conceito e delimitará comportamentos puníveis como autoria ou participação no âmbito típico.

Nos tipos descritivos de resultado, torna-se muito clara a necessidade de noções quantitativas; o marco típico tem menor precisão na delimitação dos conceitos, procura-se a compreensão em critérios normativos, todavia os critérios normativos buscam, ao fim e ao cabo, diferenciar os comportamentos a partir de um grau maior ou menor de desvalor que vai se refletir na configuração do injusto. Mesmo comportamentos configurados com emprego de coação, erro ou inflição de temor só caracterizam esses conceitos a depender de como se manifestam materialmente e do grau de influência que podem provocar no comportamento de outrem. Não há, portanto, conceitos que reflitam, por si sós, comportamentos materialmente diferenciáveis, seja no plano *do ser* ou do *dever ser*, sem o exame do grau de atuação que ameaça o bem tutelado pela norma penal.

Constitui destaque positivamente na concepção de Feijóo Sanchez a tomada de posição que parte de conceitos normativos de culpa e dolo, posto que essa normativização dos conceitos influi de modo essencial no conceito de autoria. Seria consideravelmente estranho afirmar que autoria é uma realização típica cuja metodologia de aferição é normativa, avaliativa do risco manejável sob o conceito de domínio, enquanto que dolo e culpa, que integram o tipo teriam base fundamental no âmbito psicológico do agente.

No trabalho elaborado em 2009, Feijóo Sánchez acrescenta fundamentais contribuições desmistificadoras sobre a participação culposa. A primeira delas é demonstrar, com o exemplo claríssimo do atentado de Madri, que a necessidade político-criminal de reprovação de um comportamento não tem imediata vinculação com o tipo de imputação subjetiva e com o fato de ser um comportamento principal ou acessório na realização do fato. Em segundo lugar, o

---

<sup>603</sup> Nesse sentido, por exemplo, o art. 28, do Código Penal Espanhol, o § 25, 1, do *StGB* e o art. 15, do Código Penal Chileno.

autor ressalta a utilidade do conceito para a dogmática moderna e a análise da imputação de riscos proibidos em estruturas empresariais complexas. Também é destacado que a participação culposa se baseia em riscos proibidos, na medida em que o roteiro traçado pelo autor para a imputação de resultados nos âmbitos organizativos empresariais é empregado para quaisquer riscos proibidos que se esteja a analisar.

No artigo elaborado em 2009, Feijóo Sánchez cita a proposta de Sánchez Lázaro como adequada para a diferenciação de autoria e participação culposa. Assim, as considerações feitas no tópico 4.7, sobre a análise da obra de Sánchez Lázaro, também dizem respeito a parâmetros, em grande medida, adotados por Feijóo Sánchez.

### **5.5. Autoria como determinação objetivo-positiva do fato arriscado *ex ante* por Raquel Roso Cañadillas**

Raquel Roso Cañadillas expõe que na antiga doutrina espanhola muitos autores não se detiveram ao estudo da autoria e da participação imprudentes. Os poucos que o fizeram centralizaram o problema em torno da possibilidade ou não do acordo de vontades, o chamado *pactum o voluntas sceleris*, o qual se considerava como elemento principal e constitutivo da codelinquência.<sup>604</sup> As múltiplas intervenções no delito culposos eram interpretadas como um problema de concorrência de culpas, em que se teria tantos delitos quantos fossem os intervenientes.<sup>605</sup>

Para Roso Cañadillas, é perfeitamente possível falar-se em participação culposa independentemente do elemento subjetivo manifestado pelo acordo, seja expresso ou tácito. Quando faltar acordo, haverá para a autora, participação objetiva culposa; quando estiver presente, haverá participação subjetiva culposa. Na coautoria, a autora interpreta o acordo de vontades como elemento essencial, constitutivo dessa espécie de concurso de pessoas.<sup>606</sup>

Nota-se que o conceito de dolo e sua diferenciação em face da culpa, também para a autora, tem fundamentação psicológica volitiva.<sup>607</sup>

---

<sup>604</sup> ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Autoría y Participación Imprudente*. 2002. p. 219.

<sup>605</sup> *Ibidem*, p. 219.

<sup>606</sup> *Ibidem*, p. 220.

<sup>607</sup> Ao comentar a STS 26-2-2000 (caso “autostop”), em que se analisava fato no qual um rapaz que tomou carona se arremessou do veículo em movimento e lesionou-se, em razão das ações do motorista que lhe tentou roubar ameaçando o uso de uma navalha, Roso Cañadillas pondera que não teria havido dolo em relação a todo o fato, mas apenas no roubo. Em sua análise, não haveria, em todo momento, tal “intensidade de vontade”. (ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Autoria mediata, Imputación Objetiva y Autopuestas en Peligro a Propósito de la STS 26-2-2000*. Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª época. Julio-2003, p. 357-407).

Roso Cañadillas apresenta dois motivos pelos quais o sistema unitário segue tendo grande número de adeptos; razões que, entretanto, interpreta como insubsistentes para a refutação do sistema diferenciador. A primeira delas diz respeito à simplicidade do paradigma unitário que, ao renunciar diferenças entre comportamentos, institui uma regra de fácil manejo para o raciocínio dogmático.<sup>608</sup> Outro fator de relevo para torná-lo preferível para muitos autores seria o fato de que, ao se ter a causalidade como dado empírico de equiparação de comportamentos típicos, tem-se o efeito de evitar eventuais lacunas de punibilidade.

A simplificação do sistema, segundo Roso Cañadillas, não é necessariamente o caminho para o alcance de resultados dogmática e politico-criminalmente justos. A ideia de evitar lacunas de punibilidade descortina a preferência por um sistema incriminatório ancorado em elementos pré-jurídicos, que coloca em segundo plano o mandado de determinação das condutas típicas em prol de uma petição de princípio, qual seja a evitação, a todo custo, de supostas lacunas de punibilidade.

Roso Cañadillas, ao analisar o Código Penal Espanhol, entende que não há uma única interpretação possível quanto ao sistema adotado, unitário ou diferenciador.<sup>609</sup> Todavia, afirma a autora que o critério restritivo de autor é o mais consentâneo com sociedades democráticas, na medida em que todo Estado Social e Democrático de Direito almeja níveis razoáveis de segurança jurídica, “que se conseguem no Direito Penal e mais concretamente no âmbito da autoria através da existência de estritas e concisas descrições típicas”.<sup>610</sup>

O princípio da acessoriedade é, segundo a autora, consequência e essência do conceito restritivo, e é o instrumento normativo adequado para, na codelinquência, trazer resultados de maior concreção ao limite de cada tipo.<sup>611</sup>

Assim como Luzón Peña, autor cuja ideia dá o marco teórico da obra da jurista, Roso Cañadillas entende que inexistem impedimentos no Direito Penal Espanhol para admissão de um sistema diferenciador na culpa. Raquel Roso Cañadillas defende fundamentalmente tratar-se do “sistema mais idôneo e compatível à natureza dos delitos imprudentes, inclusive mais que no caso dos delitos dolosos, e isso porque os delitos culposos têm se convertido em hipóteses

---

<sup>608</sup> ROSO CAÑADILLAS, Raquel Roso. *Los Criterios de Autoría en el Delito Imprudente*. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Número 75, Año 2004, Vol. 25. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5319333>. p. 229.

<sup>609</sup> Segundo a autora, deveria-se incluir nos artigos que tratam sobre a codelinquência, de uma vez por todas, o vocabulário participação e abandonar fórmulas confusas como “se consideram autores”, presente no art. 28 para referir-se a especiais formas de participação *stricto sensu*, quais sejam indução e cooperação necessária, equiparadas à autoria apenas em desvalor, ou seja, apenas na sanção. (ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Op. Cit.* 2002. p. 306).

<sup>610</sup> ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Op. Cit.* 2002. p. 306.

<sup>611</sup> *Ibidem*, p. 307.

excepcionais de punibilidade”.<sup>612</sup> Segundo a autora, além do menor desvalor do crime culposos se refletir na pena e no mais estrito número de tipos puníveis dessa espécie de injusto, o conceito restritivo também seria reflexo dessa característica, por isso a excepcionalidade do delito culposos não poderia ser considerada como fator impeditivo de diferenciação:

“o conceito restritivo deve ser outro modo de manifestação da menor perigosidade que supõe a conduta imprudente, senão não existiria coerência: posto que por um lado se estaria restringindo a punibilidade nos delitos imprudentes – sistema de *numerus clausus* – e, por outro lado, se estaria alargando ou estendendo – se se opta pelo conceito unitário de autor – a responsabilidade por imprudência.”<sup>613</sup>

Embora Roso Cañadillas tenha por princípio a ideia de que autoria é realização do tipo, para a autora isso não implica dizer que autoria seja um problema ou questão exclusiva de cada tipo penal em espécie. A exigência de que autoria seja realização do tipo, noutras palavras, não é um impedimento para que se formule um conceito geral de autoria que tenha suas manifestações concretas interpretadas a partir das referências típicas da parte especial.<sup>614</sup>

Para Roso Cañadillas, a razão maior para a refutação do sistema diferenciador na doutrina alemã se dá principalmente pela conformação subjetiva que lastreia a teoria do domínio do fato. A partir de vasta doutrina examinada (Welzel, Gallas, Jescheck, Lange, Roxin, Schaffstein, Jakobs (1991), Bottke, Murmann, Brammsen e Kaiser, Bacigalupo, Gomez Benitez, Schonke e Schröder, Lackner, Maurach, Kramer, Kienapfel, Otto, Bockelmann e Volk, Schumann e outros), a autora conclui que se pode afirmar a teoria do domínio do fato como uma concepção objetiva-subjetiva de autoria. No dizer da autora, a característica tem por pilar “que por “dominar o fato” se entenda a configuração do fato através do conhecimento causal que possui o sujeito em direção a um fim determinado”.<sup>615</sup> Em sentido contrário a esta concepção, assim como Luzón Peña e todos adeptos da teoria da determinação objetiva-positiva do fato, Roso Cañadillas entende que autoria e participação são conceitos que se tem a partir de uma análise meramente objetiva do tipo.

Se por um lado o critério diferenciador propicia maior nível de segurança jurídica na delimitação típica, sobretudo nos crimes exclusivamente de resultado, por outro, sua desvantagem, seria sua complexidade de método.<sup>616</sup>

Roso Cañadillas considera ainda incorreta a posição que defende o conceito unitário de autor nos delitos culposos e a imputação objetiva como o elemento sistemático necessário e suficiente para conformar o tipo objetivo dos mesmos porque “nesses delitos é igualmente

<sup>612</sup> ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Op. Cit.* 2002. p. 309.

<sup>613</sup> *Ibidem*, p. 309.

<sup>614</sup> *Ibidem*, p. 312.

<sup>615</sup> ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Op. Cit.* 2004, p. 230.

<sup>616</sup> *Ibidem*, p. 231.

imprescindível diferenciar entre autoria e participação e porque a imputação objetiva não pode servir por si só para limitar o marco do tipo objetivo”.<sup>617</sup> Nas palavras da autora, “para todas condutas interessa saber se se tem criado um risco proibido, não apenas condutas de autor”.<sup>618</sup>

Enquanto o critério definidor da autoria almeja responder qual o responsável principal, a imputação objetiva esclarece se a conduta dos intervenientes, independentemente da qualidade de protagonistas ou coadjuvantes, é relevante penalmente e deve a eles ser imputada.

Nesse contexto, Roso Cañadillas defende que os que sustentam a suficiência da teoria da imputação objetiva para delimitar o tipo de delito imprudente só mantêm esta tese para os delitos de resultado. Nos delitos com condutas descritivas do modo de execução se aplicam os critérios de autoria, revelando-se, assim, a incoerência da tese, em termos sistemáticos.<sup>619</sup>

Não obstante sejam distintos os objetivos e funções da teoria da imputação objetiva e dos critérios diferenciadores no concurso de pessoas, Roso Cañadillas afirma que não se quer com isso concluir que haja uma total autonomia entre eles, mas que ambas categorias do tipo se complementam.

A importância da compreensão integradora entre imputação objetiva e conceitos do concurso de pessoas fica bem demonstrada em trabalho no qual a autora analisa a STS 26-2-2000, decisão do julgado que ficou conhecido como “*caso autostop*”. Trata-se de caso no qual um homem chamado Joaquim deu carona para Ivan, que na beira da estrada acenava com tal intuito. Joaquim, depois de permitir a entrada de Ivan no veículo, disse que possuía uma navalha e exigiu que a vítima lhe entregasse o relógio. Ivan recusou-se a entregar e solicitou que Joaquim parasse o veículo para que pudesse dele se retirar, abrindo a porta do veículo e ameaçando lançar-se do carro em movimento. Joaquim não atendeu o pedido, não cessou a ameaça e Ivan se atirou do veículo sofrendo lesões. Inicialmente, Joaquim foi condenado pelo delito de tentativa de roubo em concurso com lesões corporais, todavia em julgamento de recurso pelo Tribunal Supremo apenas restou mantida a condenação do autor por tentativa de roubo.<sup>620</sup>

Na análise do caso por Roso Cañadillas, foi equivocada a decisão final do caso. A autora explica que a análise da autolesão forçada em que se vê Ivan se amolda a figura da autoria

---

<sup>617</sup> ROSO CAÑADILLAS, Raquel Roso. *Op. Cit.* 2004. p. 234.

<sup>618</sup> *Ibidem*, p. 235.

<sup>619</sup> *Ibidem*, p. 235.

<sup>620</sup> Roso Cañadillas expõe que a razão maior da fundamentação do caso pelo TS seguiu a lógica da ponderação de meios típica do estado de necessidade dentro da imputação objetiva, decorrendo dessa análise a constatação de autolesões de Ivan, pelas quais não poderia ser responsabilizado Joaquim, já que a vítima optou por uma solução muito mais drástica do que a ameaça real dos bens jurídicos normativamente ameaçados *in concreto*. (ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Autoría Mediata, Imputación Objetiva y Autopuestas en Peligro*. Revista Derecho Penal y Criminología, Vol. 25, n. 75. 2004. p. 248).

mediata. Faz-se necessário, segundo a autora, para ter-se a análise correta do tipo objetivo, partir necessariamente, no caso, dessa estrutura. Inicia-se o exame da responsabilidade penal a partir da forma concreta de manifestação típica e, em seguida, examina-se os critérios da imputação objetiva. A partir da autoria mediata que se poderá avaliar se a realização do risco no resultado, originado por ameaça do autor, pode abarcar no alcance típico soluções caracterizadas por menor razoabilidade no comportamento da vítima.<sup>621</sup> Neste contexto, em análise mais detalhada que ultrapassa os propósitos desse trabalho, fundamentada em critérios normativos para aferição da existência de um comportamento não livre, a autora afirma que a hipótese seria de responsabilidade penal do agente, no caso, tanto por tentativa de roubo quanto por lesões corporais culposas.

Tendo em vista a necessidade das manifestações concretas das intervenções para o fato delitivo, dentro da lógica de um conceito restritivo, Roso Cañadillas conceitua autor como aquele que leva a cabo a realização da ação típica originando um risco penalmente relevante *ex ante* para o Direito Penal.<sup>622</sup> Segundo a autora, seria detectável uma qualidade intrínseca de maior risco na ação do autor. Roso Cañadillas exemplifica a aplicação do conceito com o caso clássico do passageiro que pede maior velocidade ao condutor que acelera indevidamente e atropela uma pessoa, afirmando que, nessa hipótese, só o condutor determina o ‘se’ e o ‘como’ do fato.

Em seu trabalho doutoral, Roso Cañadillas posicionava-se criticamente quanto ao posicionamento de Diaz y García Conlledo acerca da viabilidade de ações típicas nucleares e não nucleares, estas últimas concebidas como formas de cooperação necessária. No entanto, em trabalhos mais recentes, a autora muda seu posicionamento e acolhe o critério proposto exclusivamente para delitos de resultado, nos quais não se tenha maior concretização da ação típica, por entender que nesses casos a definição da conduta típica deve ser “a mais restrita possível”.<sup>623</sup>

Para Roso Cañadillas, são possíveis todas as formas de manifestações típicas imprudentes: autoria imediata unipessoal, coautoria, autoria mediata e autoria acessória.<sup>624</sup>

---

<sup>621</sup> A autora ressalta, no entanto, que sequer se poderia afirmar essa irracionalidade descabida na conduta de lançar-se do veículo, almejando autoproteção. Segundo Roso Cañadillas, é necessário observar no caso que não se tratava de mero risco ao patrimônio da vítima, mas se tinha também afetação de bens jurídicos como integridade física e liberdade, de modo a alcançar o tipo também a ocorrência de autolesões forçadas. (*Ibidem*, p. 289).

<sup>622</sup> ROSO CAÑADILLAS, Raquel Roso. *Los Criterios de Autoría en el Delito Imprudente*. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Número 75, Año 2004, Vol. 25. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5319333>. p. 236.

<sup>623</sup> *Ibidem*, p. 239.

<sup>624</sup> *Ibidem*, p. 239.

A autoria imediata unipessoal seria a mais simples forma de manifestação da conduta culposa, baseada na realização por um agente da conduta de inobservância de um dever de cuidado que cria ou aumenta um risco não permitido que se realiza no resultado alcançado pelo tipo.<sup>625</sup>

A autoria mediata é caracterizada pela relação de instrumentalização, na medida em que uma conduta não cuidadosa marca o sentido e o curso de uma segunda conduta imprudente. A instrumentalização seria caracterizada pela decisão do instrumento que atua de modo não plenamente consciente e livre<sup>626</sup>, sem que a estrutura dessa espécie de autoria se configure necessariamente como autor mediato-executor imediato-vítima. Conforme já se pôde observar na análise do “*caso autostop*”, é possível que a vítima seja o próprio executor imediato. Roso Cañadillas trata como exemplo de autoria mediata imprudente o caso em que um médico aconselha a mãe a praticar no filho um tratamento que se mostra inadequado que resulta na piora de lesões preexistentes que levam à morte da criança.<sup>627</sup>

Na coautoria, fundamenta-se o injusto imprudente conjunto, segundo a autora, no acordo entre os intervenientes quanto a ação imprudente (consciente ou inconsciente) acrescido da divisão de tarefas ou repartição de funções codeterminantes do delito. Essa espécie de concurso de pessoas se caracterizaria por sujeitos em um mesmo nível e com esferas próprias de responsabilidade, distintas e complementárias de cada interveniente.<sup>628</sup> A autoria imprudente acessória, por outro lado, realiza-se por meio da codeterminação objetiva do fato culposo sem consciência ou acordo quanto a atuação conjunta.

Roso Cañadillas expõe que quanto a participação culposa ou participação no fato culposo há necessidade de examinar suas diversas possibilidades de configuração: participação culposa em crime culposo, participação dolosa em crime culposo e participação culposa em crime doloso.<sup>629</sup>

A participação culposa em crime culposo seria a hipótese menos problemática, dada a unidade de elementos subjetivos. Na participação dolosa em crime culposo, embora doutrina majoritária entenda pelo reconhecimento de autoria mediata quando um agente atua

---

<sup>625</sup> Segundo Cañadillas, é necessário, todavia, não confundir a autoria imediata unipessoal com o critério exclusivo de realização do risco proibido pelas próprias mãos. Segundo a mesma, no caso em que um incêndio desencadeado por motivos naturais, ganhe maiores dimensões em razão das correntes de ar provocadas por alguém que abra imprudentemente as portas de uma residência, não se terá autoria, apesar da contribuição na configuração fática pelas próprias mãos. (ROSO CAÑADILLAS, Raquel Roso. *Los Criterios de Autoría en el Delito Imprudente*. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Número 75, Año 2004, Vol. 25. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5319333>. p. 240).

<sup>626</sup> *Ibidem*, p. 240.

<sup>627</sup> *Ibidem*, p. 241.

<sup>628</sup> *Ibidem*, p. 242.

<sup>629</sup> *Ibidem*, p. 242.

dolosamente por meio de interposta pessoa que age negligentemente, Roso Cañadillas não descarta a possibilidade de participação caso inexistir efetiva instrumentalização. A participação poderia ocorrer em situações de culpa consciente do executor imediato ou hipóteses em que se notasse simples favorecimento. Configura-se a participação dolosa em fato imprudente em casos nos quais o sujeito de trás por ser um *extraneus* não possui elementos típicos necessários para afirmação da autoria imprudente. Quanto a participação culposa em crime doloso, a autora ressalta que não mais convencem os argumentos da antiga tese da proibição de regresso ou interrupção da causalidade em comportamentos dolosos supervenientes a contribuições culposas.

Roso Cañadillas afirma que “a causalidade existe ou não existe; não se pode interrompê-la por causas anteriores, posteriores ou simultâneas”.<sup>630</sup> A mudança sobre a compreensão do sentido de proibição de regresso, atualmente compreendido como critério de imputação, trouxe nova fundamentação para a interação entre intervenientes no fato típico, sem, contudo, mudar a solução no sentido de não responsabilizar penalmente o comportamento do partícipe por agir de modo imprudente.<sup>631</sup>

Por fim, Roso Cañadillas, pelas mesmas razões externadas por Luzón Peña y Díaz y García Conlledo, relativas a função fragmentária do Direito Penal e a partir da interpretação do princípio da excepcionalidade do delito culposo, defende a impunibilidade das formas de participação culposa.<sup>632</sup>

### 5.5.1. Considerações críticas

O trabalho doutoral desenvolvido por Roso Cañadillas sobre a análise da autoria e participação imprudente tem o mérito inegável de examinar detalhadamente as proposições acerca do concurso de agentes nos delitos imprudentes em doutrinas antigas e contemporâneas.

As noções propostas pela autora destacam-se por não se limitarem à ideia de acordo como requisito essencial geral do concurso de pessoas no crime culposos.

---

<sup>630</sup> ROSO CAÑADILLAS, Raquel Roso. *Op. Cit.*, 2004, p. 243. Mesmo os esforços doutrinários de autores que buscavam explicar a interrupção do nexos causal no século XX, já revelavam a inviabilidade de refutação desse aspecto continuado e permanente da causalidade, posto que é constatação física irrefreada. Para dar sentido ao dispositivo do art. 41, II, do Código Penal Italiano (equivalente ao art. 13, § 1º, do CPB), Bataglini afirmava a necessidade de “um conceito de causalidade diverso do da equivalência de qualquer antecedente”, reconhecendo, desse modo, que entre ação precedente e causa sobrevinda persistia uma relação de dependência. (BATAGLINI, Giulio. *A Interrupção do nexos causal*. Campinas: LZN Editora, [1954] 2003. p. 46).

<sup>631</sup> ROSO CAÑADILLAS, Raquel Roso. *Los Criterios de Autoría en el Delito Imprudente*. 2004, p. 243.

<sup>632</sup> *Ibidem*, p. 243.

A fixação de que seria requisito essencial do concurso de pessoas o liame subjetivo sobre o injusto (incluído o resultado) é comum argumento de negação do concurso em delitos culposos. Trata-se de premissa que notavelmente dificulta o desenvolvimento das discussões, reduzindo-a a um tópico relevante, mas não exauriente do tema quando se tem em jogo preocupações como o desenvolvimento de uma dogmática que não seja menos segura para crimes de menor desvalor em face do dolo.

O pressuposto do acordo comum ou liame subjetivo não é erigido em vão pelos que o sustentam. De fato, é importante que a dogmática busque efetivamente justificar a consequência da imputação dos intervenientes por um único delito, e afirmar a imputação recíproca dos comportamentos na coautoria.<sup>633</sup> O erro, todavia, é supor que a imputação recíproca deve decorrer de elementos subjetivos e não de uma interpretação atributiva-normativa, já que é imputação e não descoberta de culpa ou dolo ou outros dados subjetivos tomados como base empírica que fundamentam uma imputação comum.

Quanto ao posicionamento de Roso Cañadillas no concurso de agentes, mostra-se criticável, na perspectiva tomada nesse trabalho, a ideia de que a coautoria culposa exigiria acordo, em sentido psicológico, sobre a ação (consciente ou inconsciente). Ao mesmo tempo, a autora nega a necessidade da exigência de acordo na participação, o que também nos parece equivocado em termos sistemáticos próprios da autora, tendo em vista a ausência de distinção na natureza entre participação e autoria.

Acordo psicológico não se deve exigir em nenhuma das espécies de concurso de pessoas, mas uma significação comum, uma única dirigibilidade normativa cognoscível aos intervenientes.

---

<sup>633</sup> Córrea Camargo destaca quanto a essa premissa do concurso de pessoas a multiplicidade de conceitos sobre tal requisito na doutrina. Alguns autores interpretam o liame subjetivo como sendo um anseio comum em favor da ocorrência de um mesmo resultado lesivo. Para outros, a ideia expressa a exigência de consciência e vontade dirigida à atuação delitativa de outrem, sem englobar o resultado. Essa última corrente, conforme pode ser visto no capítulo 2, fundamenta sob essa premissa a existência do concurso de pessoas culposo. Para Córrea Camargo, a corrente que identifica o liame subjetivo a partir da consciência e vontade dirigida à atuação delitativa de outrem (tal como Esther de Figueiredo Ferraz, Aníbal Bruno e Damásio de Jesus) “seria obrigada a admitir que o elemento que permite inferir a existência do concurso não consiste em um estado mental específico ou em qualquer intenção da pessoa, e sim diz respeito a um aspecto objetivo da conduta, já que, de acordo com tal perspectiva, o liame teria por objeto a própria colaboração prestada pelo sujeito. A indagação que se apresenta, diante disso, diz respeito a saber em que consiste esse aspecto objetivo da conduta que permite caracterizá-la como concurso criminoso entre os agentes. (CÔRREA CAMARGO, Beatriz. *A Teoria do Concurso de Pessoas*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 38).” Essa ponderação de Córrea Camargo demonstra que em um conceito de cunho subjetivo os autores recorrem a uma objetivização. Não seria adequado dizer que isso configura o equívoco, na medida em que visa mais acertada forma de imputação baseada nos comportamentos. Todavia, quando se afirma que a cooperação no concurso de pessoas parte de uma compreensão do agente sobre sua própria ação no contexto comum, essa perspectiva se relaciona a uma atribuição de sentido à ação do sujeito em contexto de ações comum.

Os conceitos de autoria e participação não possuem distinções qualitativas, ambos são formas de manifestação típica que se divisam em tratamentos normativos como injusto acessório ou principal em razão de menor grau de lesão ou exposição do bem jurídico à risco. Sendo assim, os elementos estruturais desses conceitos são comuns, embora possam ter distinta extensão.

Afirmar que na coautoria culposa tem de haver acordo consciente ou inconsciente é uma impropriedade. Acordo inconsciente é uma categoria sem sentido e contraditória por si mesma. Trata-se de uma busca por traduzir em termos empíricos o que aparenta como uma atribuição normativa de sentido a partir das ações em uma determinada configuração. Extrai-se a imputação conjunta do concurso de pessoas diante de contextos de ação comum em uma única dirigibilidade normativa. Sucessivos riscos imprudentes desencadeados em uma empresa produtora de produtos alimentícios que causam danos à saúde do consumidor, por exemplo, são tomados em um só contexto de ação. Caso os danos causados ao consumidor decorrem de riscos convergentes nessa estrutura, a imputação comum é o que explica a espécie de risco proibido gerado, seja ele de uma única categoria de manifestação típica (coautoria) ou de categorias de manifestação distinta (autoria e participação). O que que deve fazer fundamentar uma imputação conjunta é o significado coletivo do empreendimento.

Nesse sentido, o que diferencia a coautoria culposa de uma autoria colateral culposa é a ausência de uma dirigibilidade normativa comum nesta última, cuja coincidência de fatores lesivos decorre de meros fatores acidentais. Assim, se dois motociclistas que seguem caminhos opostos, ambos pilotando imprudentemente, atropelam uma mesma vítima na rua, as condutas dos autores só tem em comum a direção causal, mas não um contexto de atuação conjunto, pois tais condutas concretamente não se dirigem a causar riscos em um sentido comum (cada motociclista no trânsito causa e passa por riscos próprios inerentes à sua direção; os riscos derivados do comportamento de outros motoristas ou motociclistas só lhe fazem sentido como riscos que potencialmente lhe afetam na condição de vítima). Por contexto de atuação conjunto entende-se âmbitos cuja realização de riscos proibidos se caracterizam por intermediação ou confluência para a realização típica.

A proposição de Roso Cañadillas também segue a lógica da teoria da determinação positiva-objetiva do fato, carregando os méritos e as críticas formulados em relação às proposições de Luzón Peña e Diaz y García Conlledo. Analisa-se, contudo, as proposições pessoais acrescentadas pela autora.

A ideia de que a autoria configura um injusto com risco *ex ante* ao bem jurídico pouco acrescenta para diferenciar, de modo relevante, os conceitos de autoria e participação. Até

mesmo Roso Cañadillas chega a afirmar que também a participação configura um risco proibido. Participação constitui um risco proibido, e, como tal, necessariamente o risco é *ex ante* ao bem jurídico; fosse um risco apenas *ex post*, mediante a verificação da conduta do autor, poderia-se afirmar que a participação não se submete ao caráter de anterioridade estabelecido pelo princípio da legalidade como conceito jurídico-político.

A ideia da determinação positiva-objetiva do resultado como critério de autoria, embora certamente apresente resultados que seriam dogmaticamente razoáveis em boa parte dos casos, não dá mostras, mesmo no louvável trabalho da autora, de resolver a contento casos nos quais as condutas culposas realizadas se multipliquem ou se realizem em uma cadeia de múltiplas condutas em estruturas empresariais ou organizações em que se reparta os momentos decisórios das tomadas de ação.

O problema da solução dos casos de repartição da configuração empírica causadora do resultado se reproduz por todos adeptos da teoria da determinação objetiva-positiva do fato, tendo em vista que esse critério busca a concentração da imputação em um decisivo momento da verificação típica. Assim, torna-se dificultoso o manejo do critério da autoria em casos de repartições de tarefas, em situações de riscos proibidos configurados omissivamente, em casos nos quais a violação de um dever configurado pela dinâmica dos fatos tenha maior prevalência para a realização do comportamento proibido do que a manifestação empírica determinante do resultado.

## **5.6. A participação no fato imprudente e as delegações de tarefas em estruturas verticalizadas por Ricardo Robles Planas**

Ricardo Robles Planas destaca que a participação nos delitos imprudentes é um dos temas mais debatidos na dogmática penal moderna. Na Espanha, a questão ganhou ainda mais espaço com o advento do Código Penal de 1995, o qual instituiu, enfaticamente, um sistema de *numerus clausus* na incriminação dos comportamentos culposos, desencadeando numerosos debates acerca da punibilidade da participação imprudente.<sup>634</sup>

O autor sustenta que na Alemanha o debate acerca da questão é viciado em razão das previsões legais dos §§ 26 e 27, do *StGB*, os quais instituem que indução e cumplicidade são necessariamente caracterizadas pelo dolo.<sup>635</sup> As previsões desses enunciados, na sua

---

<sup>634</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. *Participación en el Delito e Imprudencia*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, núm. 9. 2002. p. 223-251. p. 223.

<sup>635</sup> *Ibidem*, p. 224.

compreensão, não seriam problemáticas para os casos em que aparecem diversas criações de riscos dolosas e imprudentes não conectadas entre si, pois nesses casos se trabalha com a ideia de “autoria acessória” (ou autoria colateral), o que se resolve com a própria doutrina da imputação objetiva.

A confluência separada de diversos riscos é um fenômeno, segundo Robles Planas, excepcional. Em suas palavras, “o habitual será que de um modo ou de outro as contribuições estejam interconectadas ou relacionadas entre si”, ou seja, “que se produzam em um contexto delitivo no qual se previu ou se pôde prever por parte dos intervenientes a produção do resultado”.<sup>636</sup> Diante disso, o Código Penal Alemão não apresenta soluções satisfatórias para casos de participação imprudente em delitos dolosos e para casos de participação dolosa ou imprudente em delitos imprudentes.<sup>637</sup>

Dois problemas se sobressaem diante do regulamento legal alemão sobre a matéria. O primeiro deles envolve a tese da proibição de regresso, iniciada por Frank, a qual preceituando a não acessoriedade de contribuições secundárias imprudentes diante da superveniência de um comportamento doloso termina por desencadear a punição de condutas que materialmente seriam de participação culposas como se fossem condutas de autor. Referidos pelo autor, Mayer e Engisch alertaram para tal problema teórico na Alemanha.<sup>638</sup>

Um segundo problema visualizado não só pela perspectiva legal, mas também pelo estado doutrinário, diz respeito à preconização da impossibilidade de diferenciar condutas relevantes penalmente realizadas de modo imprudente. Não só o *StGB* influi para o cenário, mas também a teoria do domínio do fato, especialmente a teoria do domínio final do fato, que sustentaria ser contrário a natureza das coisas favorecimentos ou contribuições a comportamentos de quem não domina o fato, tendo como pressuposição básica a finalidade no injusto praticado pelo autor.<sup>639</sup> Para Robles Planas, as conclusões extraídas da realidade dogmática e doutrinária alemãs, são insatisfatórias tanto sob o prisma legal, quanto pelo prisma político-criminal.<sup>640</sup>

O autor destaca que as soluções propostas a partir do *StGB* levam também ou a uma sustentação genérica desarrazoada de impunidade ou à uma automatização indevida do uso da figura da autoria mediata para o grupo de casos que envolva participação dolosa em comportamentos imprudentes. Essa automatização da autoria mediata seria visivelmente

---

<sup>636</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. Cit.* 2002. p. 225.

<sup>637</sup> *Ibidem*, p. 225.

<sup>638</sup> *Ibidem*, p. 226. Nota de rodapé n. 8.

<sup>639</sup> *Ibidem*, p. 226-227.

<sup>640</sup> *Ibidem*, p. 227.

equivocada, segundo o autor, pelo fato de que somente nas hipóteses em que o executor padece de algum defeito (erro, engano, inimputabilidade, coação) imputável ao primeiro interveniente é devida a configuração dessa espécie de autoria, mas não em casos nos quais o defeito é exclusivamente imputável ao próprio autor imediato.<sup>641</sup>

A permanência de fortes divergências na doutrina quanto à admissibilidade de punição da participação imprudente é ressaltada por Robles Planas.

Entre soluções extremas, que defendem ou a punibilidade de qualquer participação imprudente desde que haja previsão de tipo culposo ou a impunibilidade de qualquer contribuição culposa secundária ou contribuição dolosa em delito imprudente, destacam-se como mais acolhidas, segundo Robles Planas, propostas intermediárias. São os casos das formulações de Luzón Peña, Mir Puig e Silva Sánchez.<sup>642</sup>

Luzón Peña, conforme já visto, propõe que a participação culposa é apenas punível se explicitada a incriminação específica do comportamento que configuraria a participação culposa pelo legislador. As contribuições acessórias dolosas no fato imprudente, entretanto, seriam puníveis como participação no fato imprudente se não configuradas como autoria mediata. As participações dolosas no delito culposo se submeteriam, para Luzón Peña, ao marco penal do delito culposo em razão do princípio da acessoriedade. Na perspectiva de Luzón Peña as participações dolosas no delito culposo seriam puníveis porque verdadeiramente seriam dolosas e não estariam submetidas ao princípio da excepcionalidade do crime culposo, que para esse autor impede a tipicidade (em sentido derivado) da participação culposa. Nesses casos, de participação dolosa no fato imprudente, também não se faria presente as razões limitadoras da punição da participação imprudente sob a lógica do caráter fragmentário do Direito Penal.<sup>643</sup>

Mir Puig, por sua vez, propõe que no Direito Penal Espanhol apenas a cooperação necessária e a indução culposas são puníveis, mas não a cumplicidade. Para Mir Puig, tendo em vista que o Código estabelece que “se consideram autores” os que realizam essas formas qualificadas de participação em sentido estrito, as mesmas obrigatoriamente devem ser sancionadas, sob estrita determinação *ex lege*.

Uma outra solução intermediária é apresentada por Silva Sánchez, que sustenta que as participações dolosas em delitos imprudentes são puníveis porque apresentam uma identidade de estrutura com a participação dolosa em delitos dolosos, sendo diverso exclusivamente o

---

<sup>641</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. Cit.* 2002. p. 228.

<sup>642</sup> *Ibidem*, p. 232.

<sup>643</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal- Parte General*. 2ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012. p. 302.

conteúdo do dolo da contribuição acessória. A partir dessa perspectiva, Silva Sánchez salienta que a mesma lógica é transposta às hipóteses de participação imprudente consciente em delitos imprudentes, já que ao tratar-se de participação culposa consciente, não seria arbitrário sustentar que neles o sujeito ajuda em um delito imprudente realizado pelo autor.

Robles Planas primeiramente posiciona-se de modo verticalmente contrária aos autores que entendem impuníveis participações imprudentes a partir do sistema de incriminação fechada da imprudência. Na sua percepção, a mudança do Código Penal Espanhol de 95 quanto a esse aspecto foi absolutamente supérflua, pois se antes já enunciava o Código que somente são puníveis as ações e omissões dolosas ou imprudentes previstas legalmente (art. 10), o próprio princípio da legalidade bastava para demandar a taxatividade das previsões incriminatórias culposas. Considerado que o caso fortuito ou a mera contribuição causal não são sancionados e o Código estabelecia previsões de imprudência na parte geral, poderia também interpretar-se *a contrario sensu* que as condutas não expressamente previstas como imprudentes são as dolosas.<sup>644</sup>

A previsão de reforço para um sistema de incriminação fechado da imprudência, como passa a haver na Espanha a partir do Código de 1995, repercute apenas de modo indireto sobre a punibilidade ou não da participação imprudente, inviabilizando a punição da mesma quando também não seja punível a autoria imprudente.

Para Robles Planas, a forma como se redige os tipos culposos não pode determinar uma concepção unitária de autor, desse modo é insubsistente a denominada categoria dos tipos de causação. Segundo Robles Planas, a utilização de verbos típicos como “causar” no enunciado legal atende a razões “puramente estilísticas”. Além disso, a admissão de uma espécie de delito de pura causação implicaria em regresso à causalidade como único fator de imputação.<sup>645</sup>

Robles Planas contesta a sustentação de Pérez Manzano, para quem a impunibilidade da participação imprudente poderia se fundamentar também em razão de certas previsões incriminadoras da parte especial que incriminam autonomamente comportamentos acessórios de outras condutas típicas. Os tipos penais de expressa previsão de comportamentos acessórios não constituem, para Robles Planas, pois, uma duplicação típica desnecessária, apenas revelam a necessidade de explicitação da tipicidade autônoma de uma conduta que, em face da ausência do tipo, configuraria mera participação.<sup>646</sup>

---

<sup>644</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. Cit.* 2002. p. 236.

<sup>645</sup> *Ibidem*, p. 237.

<sup>646</sup> *Ibidem*, p. 237-238.

Na compreensão deste autor, a punibilidade da participação culposa se analisa a partir da lógica interna de fundamentação do injusto da participação. Na medida em que as condutas configuradoras de participação culposa mostrem-se merecedoras de reprovação penal, é conveniente a fundamentação da participação imprudente.

Para o autor, primeiramente não faria sentido descartar dos delitos culposos o princípio da acessoriedade, já que o mesmo possui caráter de garantia e é fundamentado objetivamente. Ademais, a não diferenciação entre autoria e participação imprudente conduz a uma ampliação desmedida da reprovação penal e “perverte as estruturas sociais de distribuição de responsabilidades”, sancionando comportamentos de pouca relevância como condutas de autor.<sup>647</sup>

A partir da ausência de diferença qualitativa entre cumplicidade, instigação e a cooperação necessária, Robles Planas afirma que todas as formas de participação são puníveis e realça que um sistema flexível de incriminação das formas de intervenção se mostra mais imprescindível nos delitos culposos do que nos delitos dolosos.<sup>648</sup> Para o autor, trata-se de uma demanda do Direito Penal diante da elevada complexidade de imputação nos tipos de injusto culposos, “sobretudo no âmbito socioeconômico: cadeias de competências, estruturas empresariais complexas, responsabilidade pelo produto, inter-relação de funções na divisão do trabalho, etc.)”.<sup>649</sup>

Robles Planas adere ao posicionamento muito sedimentado na doutrina espanhola de que nada impede no plano objetivo a verificação de condutas de contribuição ou indução a um fato imprudente. A questão que parece mais problemática para Robles Planas está na análise dos requisitos para imputação subjetiva dessas condutas, o que se deve analisar a partir dos fundamentos do injusto da participação.<sup>650</sup>

Quando uma intervenção passa a formar uma unidade de sentido com o fato principal, revelando uma co-configuração na imputação objetiva, se pode passar a analisar a maneira que cada interveniente abarca subjetivamente o risco comum, segundo Robles Planas. Segundo o autor, neste contexto se verificará se o partícipe conhece ou desconhece o risco típico configurado normativamente de maneira conjunta. Nas palavras do autor, “se o desconhece o partícipe atuará imprudentemente, se o conhece, atuará dolosamente”.<sup>651</sup>

---

<sup>647</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. Cit.* 2002. p. 239.

<sup>648</sup> *Ibidem*, p. 241.

<sup>649</sup> *Ibidem*. p. 240-241.

<sup>650</sup> *Ibidem*, p. 241.

<sup>651</sup> *Ibidem*, p. 245.

A classificação como partícipe não terá relação com a imputação subjetiva sobre sua conduta.<sup>652</sup> Segundo o autor, os títulos de imputação pela intervenção podem e dever ser graduados em função da importância das contribuições.<sup>653</sup>

Para Robles Planas, os casos em que mais se tem com clareza a necessidade de distinção entre intervenientes culposos são aqueles que se realizam em estruturas complexas organizadas hierarquicamente.<sup>654</sup> Nesses casos, ressalta que muitas vezes ocorrem delegações de tarefa, as quais, por um lado, atribuem ao sujeito delegado uma função direta de controle de riscos e, por outro lado, preservam no sujeito delegante uma “competência residual referida ao controle ou supervisão da atividade do delegado”.<sup>655</sup>

Na compreensão de Robles Planas, delitos cometidos pelo não exercício de funções de controle direto de risco por parte de um agente delegado autorizam eventual imputação do comportamento do sujeito delegado como autor por fato imprudente, se não conhecido diretamente o risco, apesar do dever.

Quanto ao comportamento de quem delega a função de controle de riscos, Robles Planas afirma que somente é possível interpretar pela participação em comissão por omissão, porque o sujeito não ostenta a competência direta de evitação do fato.<sup>656</sup>

Robles Planas, embora proponha a viabilidade da lógica diferenciadora de interpretação das intervenções, parte de muitas premissas comuns às formulações de Jakobs e Lesch, que não diferenciam autoria e participação no plano típico.

Primeiramente, Robles Planas adere à premissa de que há apenas um fato típico no qual as contribuições de todos se realizam de modo não naturalístico, ou seja, há uma realização dos riscos confluentes sobre um fato, sejam vinculados de modo direto ou não. No entanto, Robles Planas afirma que embora se fale de um fato típico, pode haver nele diversas condutas típicas, de autores e partícipes. O principal erro das formulações clássicas do conceito restritivo de autor, para Robles Planas, seria identificar a realização típica, tal como prevista nos tipos penais em espécie, ao conceito de autor, pois a previsão dos enunciados apresenta, para este autor, apenas o modelo de realização individual da figura típica, dando os contornos da imputação.

Para Robles Planas, o injusto do partícipe é autônomo, no sentido de que o partícipe responde pelo conteúdo de injusto da sua própria conduta. A autonomia do injusto acessório não implica dizer que haverá delitos próprios de participação independentemente da realização

---

<sup>652</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. Cit.* 2002. p. 241 e 246.

<sup>653</sup> *Ibidem*, p. 246.

<sup>654</sup> *Ibidem*, p. 246.

<sup>655</sup> *Ibidem*, p. 246.

<sup>656</sup> *Ibidem*, p. 246-247 ss.

do fato principal. Ou seja, é autônomo o conteúdo de injusto da conduta do partícipe, entretanto, o partícipe intervém em um fato típico comum.

As concepções fundamentadoras da proibição da participação como infração autonomamente punível não devem ser acolhidas, para Robles Planas, por renunciarem a perspectiva do tipo para decidir sobre a relevância dos atos. Assim, nos denominados “sistemas de responsabilidade pela própria infração à norma” a norma constituiria, por si mesma, o fato relevante para a análise jurídico penal. Para Robles Planas, é necessário tomar-se em conta não violações normativas autônomas, mas um injusto objetivado sob unidade de sentido. Este autor entende que não sejam ideais as formulações dos sistemas de infração à norma porque abandonam um princípio de fato e não outorgam valor ao início da tentativa.<sup>657</sup>

Em suma, para Robles Planas, a participação tem um conteúdo próprio de injusto na conduta, mas configura intervenção no fato comum, obra de todos. Neste contexto, haverá entre as interações de autor e partícipe, dois âmbitos de responsabilidade em um mesmo contexto de ataque.

A relação entre a execução da conduta e a conduta de intervenção está na configuração comum do fato, segundo o autor.<sup>658</sup> Tendo em vista haver uma configuração comum, não obstante o injusto da participação seja autônomo, as condutas dos intervenientes estão cobertas pelos tipos em espécie enquanto co-criações do risco típico.<sup>659</sup> O momento de execução do tipo será, neste contexto, o instante de manifestação de um ataque comum ao interesse protegido pela norma, razão pela qual se fundamentará a punição das intervenções realizadas ainda em momento anterior ao estágio executivo, sem que se trate de uma responsabilidade por fato de outro.<sup>660</sup> Neste contexto, a acessoriedade figura como um “requisito geral de imputação aplicável a qualquer interveniente”.<sup>661</sup>

Segundo Robles Planas, “para poder afirmar a participação, basta que esta seja referida à parte objetiva do injusto, é dizer, deve tratar-se de um fato objetivamente típico e não deve estar objetivamente justificado”.<sup>662</sup> A acessoriedade, neste contexto, não terá nenhuma relação

---

<sup>657</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. Cit.* 2003. p. 149.

<sup>658</sup> Neste contexto, Robles Planas adere à perspectiva de Mir Puig, ao conceber o delito como um fato no qual a violação tem um sentido de pertencimento com a conduta do autor. Robles Planas, todavia, irá além do que afirma Mir Puig e entenderá que o fato pertence também ao partícipe. (ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. Cit.* 2003. p. 159 e ss).

<sup>659</sup> *Ibidem*, p. 160.

<sup>660</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>661</sup> *Ibidem*, p. 221.

<sup>662</sup> *Ibidem*, p. 221.

com elementos comuns da imputação subjetiva, pois o que é subjetivo pertence a cada interveniente.<sup>663</sup>

A acessoriedade, ao consistir em uma relação de sentido que faz o interveniente acessar o fato típico não é integrada pela causalidade. Segundo este autor, a imputação tem por objeto relações de sentido, não relações naturais. Embora as relações naturais possam coincidir com as relações de sentido, eventual correspondência seria meramente circunstancial, assim pode subsistir, para este autor, participação punível sem causalidade.

Na coautoria, Robles Planas também não estabelecerá o elo de ligação entre os coautores a partir de um acordo de vontades. A imputação comum dos coautores não é estruturada, para Robles Planas, por elementos como contiguidade espaço-temporal ou acordo, “mas pelo fato de que a primeira e a segunda atuação tenham um sentido conjunto no fato: precisamente a continuação de sentido da primeira ação por parte de quem obra em segundo lugar”.<sup>664</sup> Trata-se de uma “exteriorização de sentido conjunto”.<sup>665</sup>

Robles Planas apresenta bases para a fundamentação de um conceito restritivo de autor. Fundamentalmente, delinea-se que seria necessário admitir-se que cooperadores ou indutores também cometem o delito, assim o comportamento executivo abrange todos intervenientes, inclusive partícipes podem atuar em fase executiva.<sup>666</sup> Em segundo lugar, é indispensável que tenha por base que a execução típica é uma execução de um fato de todos.<sup>667</sup>

Um conceito restritivo, para Robles Planas, deve mudar a referência do objeto de restrição, concentrá-la na imputação e não no conceito de autor como se derivado fosse do preceito típico em espécie. Neste contexto, diferentes elementos da análise quantitativa podem atribuir a uma conduta o caráter de autoria ou participação no plano da tipicidade.

Entre as referências diferenciadoras dos agentes, Robles Planas enuncia a importância de avaliar: (i) realização direta do tipo: em regra, quem encerra os atos executivos que dão os contornos da realização típica é autor, embora haja exceções como quando o ato é dirigido dos atos preparatórios até a tentativa por outro interveniente ou casos nos quais o ato executivo é realizado pelo partícipe; (ii) definição do fato: analisa-se circunstâncias como quem deve executar o fato, a definição da vítima, a definição dos meios de realização e a definição da magnitude da lesão do bem jurídico. Quem define esses elementos, em regra, será autor ou coautor. Nesse contexto, será conveniente, segundo Robles Planas, dividir a análise em

---

<sup>663</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. Cit.* 2003. p. 223.

<sup>664</sup> *Ibidem*, p. 176.

<sup>665</sup> *Ibidem*, p. 176.

<sup>666</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. Cit.* 2003. p. 265.

<sup>667</sup> *Ibidem*, p. 266.

configurações horizontal e vertical: a primeira se faz presente em casos de coautoria, cooperação necessária e cumplicidade; a segunda em situações para grupos de casos relacionados à figura do “autor por detrás do autor”, hipótese que Robles Planas prefere denominar por ‘coautoria vertical’; (iii) decisão de produção do delito: essa última referência trará a fronteira entre instigação e autoria mediata, devendo ter peso para afirmação dessa última a usurpação da pessoa de trás fazendo a pessoa da frente incorrer em algum déficit ou valendo-se de um preexistente para dirigi-la ao fato.

### 5.6.1. Considerações críticas

Muitas das proposições colocadas por Robles Planas influem positivamente para um esquema interpretativo do concurso de pessoas, inclusive por possibilitarem a adequação dos conceitos de autoria e participação a todos tipos de injusto.

Robles Planas incorpora importantes lições iniciadas por Jakobs, no sentido de interpretar de modo não naturalístico os conceitos penais. Neste sentido, projeta um sistema em que o injusto a partir do momento de realização da execução é injusto de todos. O autor espanhol também explica bem que, embora se trate de um fato injusto de todos, há relevantes momentos jurídico-penais da valoração da conduta de cada sujeito, pois, apesar do fato único comum, tem-se diversas condutas típicas jurídico-penalmente relevantes em casos de múltiplas intervenções.

A divisão de noções de fato comum e injustos autônomos é lição fundamental para que o sistema do concurso de pessoas seja adequado ao princípio da legalidade, pois caso se conceba um único momento jurídico-penalmente relevante a partir da conduta do autor, sem solidificar-se a premissa de que se tem anteriores intervenções típicas valorativamente relevantes, em um sentido quantitativamente menor, a forma de imputação da participação se faria sob uma lógica valorativa *ex post*. Neste sentido, Robles Planas supera as críticas articuladas, neste sentido, nas formulações de Jakobs e Lesch (críticas elaboradas nos tópicos *supra* 3.6.1 e 3.7.1).

Dolo e culpa são conceitos que se estruturam sobre o injusto, se ele é apenas superveniente e está situado exclusivamente no comportamento do autor, no momento em que realizadas as contribuições acessórias, não se poderia falar em dolo ou culpa. Essa decorrência da premissa de um único fato injusto, se fosse pensada sem o acréscimo de Robles Planas, consistente na aferição de que há diversas condutas típicas acessórias, seria contrária, à perspectiva de proibição *ex ante* decorrente do princípio da legalidade.

Em segundo lugar, é positiva também a constatação por Robles Planas de que fundamentos não naturalistas podem conformarem-se a um conceito restritivo de autor. Neste

contexto, muitas contribuições doutrinárias de autores que defendem um sistema baseado em um conceito extensivo no plano típico, como Jakobs e Lesch, podem se adequarem em certas premissas para bases de um conceito restritivo.

As diferenças quantitativas, não só são relevantes para diferenças de gradação da pena, mas também para definição do modo de proibição. Para isto, contudo, a preocupação jurídico-penal deve ser formular com clareza os nortes de aferição quantitativa das contribuições, pois trata-se de requisito elementar para conclusões relacionadas à tipicidade tendo em vista ser uma exigência do mandado de determinação típico.

Há um inegável mérito das proposições de Robles Planas na análise da participação culposa. Estranhamente, embora muito se fale de imputação subjetiva, poucos autores na análise da questão relacionada ao concurso de pessoas afirmam de modo tão claro que o que é subjetivo pertence, de modo específico, a cada interveniente. O que nos parece que deva se acrescentar, neste contexto, é que essa avaliação do que seria subjetivo é também de cunho normativo. A aferição de Robles Planas sobre essa subjetividade estritamente pessoal, que não obsta imputações comuns, é contundente na defesa de um sistema de análise atributiva-normativa da responsabilidade e atinge frontalmente conceitos como a “homogeneidade de elementos subjetivos”, comumente erguida como base fundamental do concurso de pessoas para alguns autores, conforme se viu na exposição do capítulo 2.

Robles Planas também traz premissa com a qual se adere neste trabalho ao argumentar pela ausência de necessidade de acordo em sentido psicológico para a imputação em concurso. As condutas podem ter uma significação conjunta e compreenderem uma sucessão de riscos derivados de condutas diversas independentemente de adesões psicológicas. Em pontos fundamentais, concorda-se com a proposição de Robles Planas. Todavia, tem-se ainda na configuração do injusto proporcionada pelo autor importantes tópicos sobre os quais se diverge.

Robles Planas, afirma ser possível a base da construção de um conceito restritivo em que as leis penais não criam o conteúdo das normas de conduta. Segundo Robles Planas, o Direito Penal pressupõe já uma determinada desvalorização de condutas em um estado prévio à análise da tipicidade.

Para o autor, em uma análise diferenciada da teoria das normas, as normas de sanção pretendem sancionar uma determinada forma de relacionarem-se os agentes com bens jurídicos. O Direito Penal não é então o criador desses bens jurídicos penais, apenas lhes outorga um acréscimo de proteção. Assim, antes da análise propriamente típica há uma constituição prévia dos bens protegidos e, por conseguinte, um âmbito de desvalorização baseado na violação das normas do ordenamento jurídico em geral. A partir desse âmbito prévio de desvalorização,

mediante uma qualificação particularmente lesiva, surge o âmbito penalmente desvalorado, processos lesivos que serão objeto de referência das normas de conduta. Neste sentido, há, para Robles Planas, uma antijuridicidade penal objetiva como primeiro pressuposto do injusto. Essa antijuridicidade objetiva precede a tipicidade.

A tipicidade, para Robles Planas, é a categoria típica que filtra os fatos injustos que não cumprem com os critérios de relevância penal. Deve assim ter como base um fato qualificadamente lesivo somado a uma evitabilidade qualificada por parte do sujeito ou sujeitos em questão.<sup>668</sup> Ficarão fora do tipo, neste contexto, as condutas que não sejam expressão de uma quebra da liberdade juridicamente garantida. Nesse contexto, compreende-se as hipóteses de risco permitido, os quais seriam caracterizados por trazer socialmente mais vantagens do que prejuízos.<sup>669</sup> A exigência de um fato qualificadamente lesivo também teria correspondência com o princípio da intervenção mínima. Na análise desse aspecto da tipicidade, Robles Planas conclui que não será tarefa do aplicador do Direito decidir se uma conduta ostenta um determinado grau de risco, mas “descobrir qual é o limite do tolerado ou assumido pela comunidade jurídica”.<sup>670</sup>

Além da lesividade qualificada, a tipicidade se complementaria com um juízo de evitabilidade qualificada, no qual se examinaria o conhecimento da situação em que o agente atua e se avaliaria se o processo lesivo em questão estaria ou não proibido em face da situação do sujeito ou sujeitos envolvidos.<sup>671</sup>

Realizada uma síntese da interpretação do injusto por Robles Planas, alguns pontos fundamentalmente merecem críticas por serem caracterizados pela preponderância de uma análise político-criminal em face da legalidade.

A legalidade deve preceder as soluções penais, não o inverso. Se por um lado Robles Planas influi para um sistema de concurso de pessoas que favorece o respeito ao princípio da legalidade, ao compreender que as intervenções acessórias são condutas típicas e injustos com conteúdo próprio autônomo, por outro, enfraquece esse mesmo princípio fundamental ao supor uma antijuridicidade penal objetiva antes da análise típica. Essa formulação de Robles Planas até corresponde com um sistema de interpretação do injusto comunicativo-simbólico radical, que, se por um lado traz bons elementos para uma análise penal normativa, por outra incorre em excessos na refutação da utilidade da teoria do bem jurídico.

---

<sup>668</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. *La Participación en el Delito: fundamento y limites*. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 194.

<sup>669</sup> *Ibidem*, p. 196.

<sup>670</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. Cit.* 2003. p. 197.

<sup>671</sup> *Ibidem*, p. 198.

Ao atribuir ao jurista penal a função de descoberta de limites normativos tolerados pela comunidade jurídica, Robles Planas traz um discurso de esvaziamento típico. Se a proibição é feita com base em limites pensados pela comunidade jurídica e não a partir de elementos extraídos efetivamente da própria norma proibitiva, a tipicidade está sujeita a um critério completamente volúvel e inseguro. Os limites da comunidade jurídica são não só altamente cambiáveis e indefinidos e plurais, como carentes de referência do modo pelo qual pode o intérprete alcançá-los validamente.

Não basta atribuir à tipicidade o âmbito de condutas que rompam com uma liberdade juridicamente garantida. Para que o Direito Penal apresente resultados teleologicamente orientados, faz-se necessário tomar em consideração o grau de lesividade ao qual se expõe o bem jurídico, e não apenas ter uma dimensão da relação de sentido objetivo da conduta. Quando alguém entrega a chave do seu veículo para outra pessoa que sabe ser inabilitada e a estimula a dirigir, se a pessoa não causa lesões a terceiros, ainda assim há uma relação de sentido com o conteúdo de normas penais proibitivas se pensadas sob uma antijuridicidade objetiva livre de parâmetros empírico-comportamentais. Ademais, o bem jurídico constitui base mais segura de mensuração da lesividade do que uma mera referência de limites da comunidade jurídica.

Não se afigura adequado defender que o bem jurídico sirva apenas para avaliar uma relação de trato, o que permitiria a fundamentação de um Direito Penal altamente prospectivo. Sob a ausência de bases empíricas da lesividade, o Direito Penal pode até alcançar um idealismo com coerências discursivas, todavia pagando o caro preço de ter pouca clareza nas referências proibitivas, o que é inadequado em face do princípio da legalidade.

O Direito Penal cria, segundo se compreende, normas de conduta. A riqueza da análise casuística dificulta o grau de concreção em delitos caracterizados pelo resultado, contudo, é possível elaborar critérios de aferição dos comportamentos quantitativamente mais lesivos, os quais guardarão correspondência com o conteúdo imperativo da norma e à base empírico-factual sobre a qual recai o juízo de valor incriminatório.

Outro aspecto que se compreende como problemático na construção de Robles Planas consiste na refutação da causalidade como elemento do concurso de pessoas. Exemplos nos quais o autor supõe a ausência de causalidade e a presença apenas de relações de sentido são relevantes para a análise do seu posicionamento, o qual reverbera no modo de interpretar todos os tipos e suas formas de manifestação típica.

Robles Planas afirma que a doutrina comumente altera a ideia de causalidade, empregando fórmulas diversas da *conditio sine qua non*, para hipóteses nas quais em verdade não haveria uma conduta indispensavelmente explicativa da realização do delito sob o plano

físico-natural. Nos casos de concurso de pessoas, isso aconteceria, por exemplo, nas hipóteses de reforço psíquico a uma decisão já tomada ou nos casos de coautoria em que uma das contribuições consiste em apenas vigiar a realização do delito para, diante de uma intercorrência na realização delitativa, o vigia prestar uma contribuição causalmente relevante. Quanto a esta questão, delinea-se apenas uma síntese do que elabora Robles Planas, para refutá-la sob um ponto de vista ainda relacionado a razões de base empírica que repercutem sobre a normatização.

Cuello Contreras sustenta, em termos que nos parecem mais adequados para um Direito Penal do Fato, que por baixo do dever há elementos empíricos, incluindo-se a causalidade relacionada ao resultado. Neste sentido, se a causalidade não explica essencialmente uma realização delitativa e suas intervenções, lança um papel heurístico sobre o qual há de se analisar uma relevância das contribuições reveladas no fato.<sup>672</sup> Sobre essas bases, Cuello Contreras afirma que a defesa de um sistema de intervenções baseado em violação de competências não é incompatível com um substrato empírico de análise do domínio em face da causalidade orientada à resultados.

Robles Planas, em sua análise, limita a ótica da causalidade à teoria da equivalência dos antecedentes e desconsidera a análise do vínculo factual sob um princípio de alteração na realização concreta. O vigia do roubo em coautoria influi de modo a provocar antecipações da realização típica, influi no modo como agem externamente outros coautores. Assim, concretamente a contribuição do vigia é causalmente relevante na medida em que é elemento relevante a repercute na decisão e na forma de ação dos coautores manifestando-se como objetivamente relevante para realização do resultado. O coautor que age sobre a companhia do vigilante manifesta faticamente possibilidade de subtração de maiores quantias, bem como exerce também faticamente em maior medida seu domínio sobre a situação. Há uma concretude empírica, portanto, que dá respaldo à uma compreensão de sentido comum.

Quanto à discussão sobre a punibilidade da participação culposa, mostra-se coerente o argumento de Robles Planas no sentido de que previsões especiais de contribuições acessórias como típicas na parte especial de um código não desfiguram a viabilidade da sua configuração típica na parte geral. Neste espaço argumentativo, sobre o qual Robles Planas refuta um argumento de Pérez Manzano, externa-se uma fundamentação com a qual concordamos. De fato, pode o legislador erguer um comportamento acessório à previsão incriminadora em

---

<sup>672</sup> CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *Dominio e Dever como Fundamento Común a Todas las Formas de Autoría y Modalidades del Delito*. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/792.pdf>. Acesso em: 12 de julho de 2019. 2011. p. 16 e s.

espécie, sem que isso signifique a inviabilidade da participação baseada nos dispositivos da parte geral. Por outro lado, Robles Planas desconsidera que em um sistema autenticamente diferenciador, não baseado em um conceito extensivo fundado na equivalência dos antecedentes, a norma de previsão punível da parte geral é constitutiva, e como tal, deve-se exigir previsão expressa da admissibilidade da punição do comportamento culposo do partícipe.

A crítica de Pérez Manzano, conforme já dito, parece-nos pertinente no sistema espanhol. Contudo, para análise do sistema brasileiro, a viabilidade da participação culposa só descortina uma possibilidade positiva de gradação de um comportamento no plano típico, pois caso não houvesse reconhecimento do instituto, afirmaria-se a responsabilidade de condutas acessórias culposas como condutas de autor, em virtude de se estar sob a égide de um barema extensivo da análise das contribuições típicas.

Por fim, a respeito da análise das responsabilidades de agentes delegantes e delegados de funções de controle de risco, não se encontra razões iniciais de objeção em face do que propõe Robles Planas. A gestão direta do risco relacionado a um certo resultado, no caso da delegação de tarefas ter sido realizada de modo juridicamente válido, *a priori*, fará com que a realização lesiva se afigure como autoria. Quem resguarda um âmbito residual de vigilância, se descumprida a tarefa diante de um risco penal, também está numa condição inferior de grau lesivo, de modo a configurar-se, em tese, participação.

Apesar de empregada uma lógica baseada na incumbência, a noção de deveres inerentes a cada sujeito é valorada com base no risco maior que se apresenta ao gestor direto do risco e menor em face do interveniente competente de modo residual.

Os vetores indicados por Robles Planas para análise da autoria em uma diferença quantitativa são pontos substancialmente positivos da sua proposição, com os quais concordamos, com acréscimos de ponderações indicadas na tomada de posição.

### **5.7. Autoria como competência sobre a fonte de perigo por Fernando Guanárteme Sánchez Lázaro**

Fernando Guanárteme Sanchez Lázaro põe em relevo o fato de que as teorias unitárias, nos moldes atualmente formulados, compreendem o equívoco da admissão de um conceito extensivo de autor que amplie a responsabilidade penal a partir do dado pré-jurídico e ilimitado da causalidade.

Conforme este autor, as teorias unitárias têm se modulado para incorporar critérios de merecimento e necessidade de pena no âmbito do conceito de autor, buscando uma maior individualização da responsabilidade de cada interveniente.<sup>673</sup>

Sánchez Lázaro parte da ideia proposta por Feijóo Sanchez, no sentido de que a autoria, seja dolosa ou culposa, decorre da violação de papéis ou incumbências diante de competências preferentes. Ao partir da referida doutrina, o autor visa fundamentar uma perspectiva restritiva de autoria não originada por dados causais, percepções sobre o momento de atuação típica, ou sobre uma urgência maior ou menor de proibição em face do bem jurídico protegido.

Segundo Sanchez Lázaro, a doutrina costuma seguir um certo modelo para pensar nos critérios diferenciadores entre autoria e participação. Normalmente, elege-se momentos de realização típica, a partir de constatações fáticas ou objetivas, para, ulteriormente, projetar-se na escolha naturalística uma fundamentação normativa adequada à razão e ao modo de atribuição da responsabilidade (autoria ou participação).

O modelo que principia um critério diferenciador em dados naturalísticos, para Sánchez Lázaro, entretanto, demonstra atualmente estar esgotado. Por mais que a teoria do domínio do fato tenha incrementado uma normativização de critérios no concurso de pessoas, segundo o autor, a mesma segue ainda esse roteiro, cuja repetição se faria também presente nas propostas de Luzón Peña, Diaz y García Conlledo e Roso Cañadillas, todos partindo do arsenal trazido na teoria da determinação objetiva-positiva do fato. A inviabilidade para seguir esse percurso metodológico é constatada, segundo o autor, por experiência própria, por já ter fundamentado anteriormente um critério diferenciador sob bases semelhantes às que hoje critica.

Sánchez Lázaro fundamentava, em um primeiro momento da sua doutrina, a autoria imprudente como derivada do controle do agente sobre a fonte de perigo para o bem jurídico. O controle da fonte de perigo que fundamentava a autoria se materializava, segundo Sánchez Lázaro, por parâmetros concretos de aferição, tais como o controle da utilização de um automóvel ou uma arma e outros eventuais instrumentos lícitos ou ilícitos aptos ao emprego para realização típica.

Segundo Sánchez Lázaro, sua proposta inicial apresentava resultados satisfatórios em relação a autoria direta culposa e a coautoria culposa, bem como mostrava-se também adequada

---

<sup>673</sup> O autor cita, neste sentido, a proposta de Kienapfel, que idealiza diferentes classes de autor, por via de um conceito unitário funcional, chegando em categorias mitigadas na lógica extensiva como autor direto por determinação (<<Bestimmungstäter>>) e autor por contribuição (<<Beitragstäter>>). Para Kienapfel, a diferenciação de várias formas de autoria faria com que cada colaborador pudesse responder pelo seu próprio injusto e culpabilidade, sem provocar a dissolução dos tipos. (SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Op. Cit.* p. 10).

a certos casos de autoria mediata culposa. Entretanto, nos casos de delitos culposos realizados no âmbito de organizações verticalizadas ou empresas, a noção de controle sobre a fonte de perigo se diluía, segundo este autor. O escalonamento de decisões e a tomada sucessiva de condutas ensejadoras de violações de dever de cuidado nessas hipóteses dificulta a afirmação de um controle exercido sobre a fonte de perigo.

A partir das constatações feitas, Sánchez Lázaro propõe como critério diferenciador a competência sobre a fonte de perigo. Nesse contexto, não mais se trabalha com o domínio sobre o desencadear causal de uma fonte de perigo e se restringe o campo de análise da autoria imprudente ao exame de responsabilidades instituídas aos agentes nos contextos de ação. Segundo Sanchez Lázaro, dados naturalísticos além de possuírem significados variáveis em manifestações fenomenológicas idênticas, importam menos para a compreensão jurídica, que a base normativa afirmativa da imputação.

Sánchez Lázaro entende viáveis todas as formas de manifestação típica culposas. Segundo o autor, a punição do partícipe se fundamenta no fato de que o risco não tolerado que sua conduta gera se materializa no resultado lesivo ao bem jurídico.<sup>674</sup> Na investigação proposta por Sánchez Lázaro, a constatação da possibilidade de existir e ter guarida normativa a participação culposa depende de um exame minucioso sobre os fundamentos da punibilidade da participação e da análise concreta sobre as formas de manifestação do comportamento típico.

Ao analisar os fundamentos da participação, Sánchez Lázaro contraria os posicionamentos de Renzikowski e Boldova Pasamar, autores que entendem que é a conduta do partícipe em si que reúne e esgota o conteúdo de injusto da participação, sendo a autoria basicamente uma condição objetiva de punibilidade.<sup>675</sup> Sánchez Lázaro afirma que, se fosse correto que o conteúdo de injusto da participação se esgota nela mesma, não se teria resposta válida para a equiparação valorativa que há, em tantas hipóteses, entre autoria e participação. Todos intervenientes, via de regra, submetem-se a um tipo penal que, a princípio, resguarda os mesmos limites de pena máximo e mínimo, conforme argumenta Sánchez Lázaro. Para o autor, as “atuações conjuntas são compreendidas mediante avaliações globais e imputadas em sua totalidade a cada uma das pessoas que têm intervindo nelas”.<sup>676</sup>

Sánchez Lázaro proporá uma fundamentação da participação também desvinculada da ideia de mera contribuição ao fato do autor. Assim, o autor espanhol diverge dos posicionamentos de Mayer, segundo o qual a pena do partícipe se fundamenta na participação

---

<sup>674</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Intervencion Delictiva y Imprudencia*. Granada, 2004. p. 376.

<sup>675</sup> *Ibidem*, p. 361.

<sup>676</sup> *Ibidem*, p. 382.

do mesmo na culpabilidade do agente violador do bem jurídico. A concepção de Mayer, além de não compreender que a culpabilidade é elemento pessoal do delito, ensejaria o acolhimento de uma teoria da acessoriedade extrema.

As proposições teóricas, segundo as quais o fundamento da participação estaria na causalidade orientada à acessoriedade também seriam equivocadas para Sánchez Lázaro. Para os autores que defendem essa aceção, a pena do partícipe estaria amparada não na mera contribuição causal que realiza ao fato principal de forma individualmente considerada, mas na medida em que o cúmplice ou indutor une sua atuação ao fato principal. Essa perspectiva comumente adotada<sup>677</sup> teria o inconveniente de dar excessiva dimensão ao desvalor do resultado, sem justificar a possível equiparação punitiva entre autores e partícipes sob um prisma valorativo, já que ainda se fia em um dado pré-jurídico, que é a causalidade. Outra incongruência das razões nas quais se lastreia a teoria da causalidade orientada à acessoriedade é legitimar a punição do partícipe em hipóteses nas quais o bem jurídico não se encontraria protegido frente a atuação acessória.

Para fundamentar sua tomada de posição, Sánchez Lázaro entende ainda que é insuficiente a fundamentação eclética do injusto da participação dada pela teoria do ataque acessório ao bem jurídico.

Segundo a teoria do ataque acessório, além da causalidade<sup>678</sup>, exige-se para fundamentação da punibilidade da participação elementos específicos adicionais variáveis de acordo com a forma concreta de participação da qual se trate. Roxin figura como um dos adeptos da teoria do ataque acessório ao bem jurídico. Roxin exige na indução, por exemplo, um convite dirigido à realização do delito, uma ação com inequívoco conteúdo de provocação da resolução delitativa no autor, não bastando a mera comunicação de uma circunstância ou o desencadear de uma situação que motiva a realização do delito pelo autor.<sup>679</sup> Quanto à cumplicidade, Roxin diz ser exigível tal tipo de intervenção a ocorrência de uma contribuição com inequívoco sentido

---

<sup>677</sup> Nesse sentido, o autor destaca, por exemplo, os posicionamentos de Baumann, Blei, Cramer/Heine, Jescheck/Weigend, Lackner/Kühl, Maurach/Gössel/Zipf, Rudolph, Welzel, Wessels/Beulke e Mir Puig. (*Ibidem*, p. 382).

<sup>678</sup> Na doutrina brasileira, nota-se a possibilidade de se desencadear algumas incompreensões acerca dessa fundamentação do injusto tendo-se a causalidade como pressuposto de imputação, mas exigindo-se elementos além dela, no marco da teoria do domínio do fato. Damásio de Jesus, por exemplo, sustentou, colocando-se como adepto da teoria do domínio final do fato, a prescindibilidade da causalidade para fundamentar-se a punição do partícipe (JESUS, Damásio Evangelista. *Teoria do Domínio do Fato*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 10-11). Necessário frisar, contudo, a exigência de Roxin, principal mentor da teoria do domínio do fato, de que na participação a causalidade também seja um pressuposto básico de imputação (ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 2014. p. 275).

<sup>679</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general* - Tomo II. 1ª ed. Civitas. 2014. p. 252.

delitivo, no qual se tenha aumento do risco de realização do crime e que a contribuição só tenha sentido na realização com esse incremento.<sup>680</sup>

Sánchez Lázaro afirma que as considerações de Roxin ainda não bastam para dizer o porquê de imputar-se ao partícipe o fato principal e, além disso, não levariam em conta que, mesmo individualmente considerada, a participação constitui já, em si mesma, formas de ataque a bens jurídicos protegidos.<sup>681</sup>

Após expor as razões pelas quais diverge das teorias expostas, Sánchez Lázaro afirma que “a punibilidade do partícipe exige algo mais (do que a contribuição que aumenta o risco da realização do crime)”.<sup>682</sup> Na formulação deste autor, faz-se “necessário que o risco gerado pelo interveniente acessório se materialize no fato principal que – nos delitos dolosos – alcance, pelo menos, o grau de tentativa”.<sup>683</sup>

Além da realização do risco no resultado, Sánchez Lázaro defende que entre as contribuições principal e acessória é possível diferenciar um componente desvalorativo autônomo. Roxin, em sua formulação, afirmaria um momento dessa desvaloração do comportamento acessório, o qual estaria “na inclinação do fato por parte do homem da frente” ou da “inequívoca relação de sentido delitiva”. Diferentemente, Jakobs e Lesch atribuiriam a diferença valorativa com base nos papéis desempenhados no sentido social.

Um importante dado da concepção de Sánchez Lázaro está no fato de que o autor, seguindo posicionamento de Lopez Peregrín, defende que nem sempre se exige causalidade para fundamentar a punição do cúmplice. Nas palavras de Sánchez Lázaro:

“Deve-se exigir, “unicamente, uma função ou <<funcionalidade>> da contribuição no fato principal, não sendo sempre necessário que o sujeito empregue a arma ou a chave que lhe tem proporcionado o partícipe, mas basta que a leve ao lugar do crime ou que a tenha quando detido (função potencial), sem prejuízo de que o caráter potencial ou efetivo de tal função incida na valoração da contribuição realizada pelo sujeito”. (SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanárteme. *Intervención Delictiva y Imprudencia*. Granada: Comares, 2004. p. 381).

Com suas premissas afirmadas, Sánchez Lázaro sintetiza que a fundamentação da participação se dá por dois elementos: criação do risco não permitido e realização do mesmo no resultado jurídico-penalmente relevante.<sup>684</sup> A criação do risco figura como momento de desvaloração autônomo e a concreção no fato por meio do autor como momento acessório,

<sup>680</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanárteme. *Op. Cit.* 2004. p. 275.

<sup>681</sup> *Ibidem*, p. 280 s.

<sup>682</sup> *Ibidem*, p. 281 s.

<sup>683</sup> *Ibidem*, p. 281 s.

<sup>684</sup> *Ibidem*, p. 381

sendo que ambos momentos fundamentam a pena das modalidades de participação *stricto sensu* (cumplicidade, instigação e cooperação necessária).<sup>685</sup>

Fundamentada assim a participação, o autor esclarece que nenhuma razão se encontra, nesses termos, que possa fazer deduzir a punibilidade ou não, bem como a existência ou inexistência da participação imprudente ou participação nos delitos imprudentes.<sup>686</sup> Em síntese, nenhum impeditivo se tem para se afirmar a participação imprudente ou nos delitos imprudentes como existencialmente possíveis e normativamente válidas.

Dessa primeira etapa de análise, o autor sucede outro âmbito investigativo, procurando razões obstativas ou não da participação culposa nas concretas formas de manifestação da participação, daí examina os institutos da cumplicidade, cooperação necessária e instigação e as teorias diferenciadoras entre os mesmos.

Na análise conjunta sobre a cumplicidade e a cooperação necessária, institutos que se diferenciariam apenas quantitativamente, Sánchez Lázaro discorda primeiramente da teoria diferenciadora entre essas espécies de participação proposta por Rodriguez Mourullo. Para Mourullo, o fato criminoso concretamente pode ser visualizado em diferentes âmbitos dogmáticamente, destacando-se o ‘se’ e o ‘como’ do fato. Na imprescindibilidade da contribuição acessória para a ocorrência do fato (o ‘se’ do fato) estaria o elemento de atribuição de maior desvalor ao comportamento caracterizado como cooperação necessária, espécie de participação sancionada como autoria.<sup>687</sup> Para Sánchez Lázaro, não se mostra justo nem lógico extrair um castigo maior ou menor da participação a partir do que o autor poderia ou não realizar, mas sim do risco maior ou menor que gera o partícipe.<sup>688</sup> Esse mesmo motivo o faz rechaçar a proposição de Gimbernat Ordeig, segundo o qual a cooperação necessária se delimitaria pela escassez dos meios (bens ou prestações) proporcionados ao autor.<sup>689</sup>

<sup>685</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Op. Cit.* 2004. p. 381.

<sup>686</sup> *Ibidem*, p. 384.

<sup>687</sup> Segundo Mourullo, o decisivo seria “as possibilidades que o autor tinha no momento concreto para lograr a execução em si – qualquer que fosse sua modalidade – prescindindo da colaboração alheia. O juízo hipotético que se formula *a posteriori* não se refere ao mundo sem confins e ao tempo sem limites, mas ao mundo do autor delimitado no momento concreto. [...] (RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Comentarios a los artículos 12-17*. In: CORDOBA RODA, Juan. RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal*, tomo I. Barcelona: Ariel, 1972, p. 875). Se o autor podia realizar o fato – ainda que fosse recorrendo a uma forma de execução distinta – na mesma ocasião em que o realizou sem o concurso de outro interveniente, o auxílio não é necessário. (AGUIAR, Leonardo Augusto de Almeida. *Op. Cit.* p. 257).

<sup>688</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Op. Cit.* p. 387-388.

<sup>689</sup> Gimbernat Ordeig parte de três princípios para afirmar a cooperação necessária. O primeiro deles indica que se deve prescindir da questão do que haveria ocorrido sem a atividade do partícipe. O segundo princípio estaria na exigência de uma especial importância na contribuição. Por último, exigiria-se que a linguagem da lei coincidissem com a linguagem comum para entender-se a especial importância de uma contribuição. (ORDEIG, Gimbernat. *Autor y Complice en Derecho Penal*. Reimpressão. B de F: Montevideo – Buenos Aires, 2007. p. 127-128). Aguiar destaca, também de forma crítica à teoria de Ordeig, sua grave disfunção em casos nos quais o autor se mostre especialmente introduzido no mundo da criminalidade, nos quais se mostraria mais fácil a consecução de ajuda e

Refutadas as principais proposições dogmáticas estabelecidas no seu campo de análise para definição das formas de manifestação da conduta acessória<sup>690</sup>, Sánchez Lázaro entende que se as diferenças entre cumplicidade e cooperação necessária são somente quantitativas, são alguns referenciais concretos que delimitarão maior ou menor desvalor à cada espécie de contribuição acessória. Para Sánchez Lázaro, não seriam propriamente requisitos aferíveis de modo cumulativo que trariam as noções diferenciadoras entre as intervenções acessórias, mas indicadores do desvalor que equipara a sanção da participação à autoria.

Para diferenciar cumplicidade e cooperação necessária, Sánchez Lázaro elabora a sua proposição de “teoria das circunstâncias taxadas” e cataloga quatro indicadores da cooperação necessária: a) especial perigosidade da contribuição em face do bem jurídico concretamente ameaçado;<sup>691</sup> b) contribuições de intensificação da lesão do bem jurídico;<sup>692</sup> c) contribuições que conferem situação de privilégio ou especial acessibilidade para a lesão do bem jurídico;<sup>693</sup> e d) contribuições que conferem uma especial capacidade decisória.<sup>694</sup>

Na análise da indução, Sánchez Lázaro propõe que seu conceito esteja delimitado a uma incitação direta à execução. O jurista acrescenta que não lhe parece razoável que a equiparação punitiva entre autor e partícipe seja embasada pelo mero ato de induzir, mas sim no de induzir em determinadas circunstâncias. Não poderia uma agravação punitiva se legitimar por um abstrato momento de intervenção e manifestação genérica de intervenção no injusto.<sup>695</sup>

Diante do peculiar grau de desvalor que se atribui à indução, a estrutura típica desta figura “deve determinar-se tendo presente sua equiparação punitiva com a autoria, assim como se tem feito com a cooperação necessária”.<sup>696</sup> Em adesão a posicionamento extraído da monografia de Gómez Rivero<sup>697</sup>, Sánchez Lázaro afirma que “as bases para aplicar fundamentamente a indução só podem se encontrar no aspecto volitivo da resolução, isto é, no

---

isso, contudo, ensejaria estranhamente menor desvalorização para contribuição dos partícipes. (AGUIAR, Leonardo Augusto de Almeida. *Op. Cit.* p. 268).

<sup>690</sup> Detalhado estudo sobre as teorias diferenciadoras entre auxílio e cooperação necessária, com o propósito de examinar o significado de participação de menor importância indicado no art. 29, §1º, do Código Penal, é realizado por Aguiar, que lista várias outras teorias não enfrentadas por Sánchez Lázaro na análise que se propõe. Entre estas, destacadamente as teorias da necessidade da contribuição, seja sob perspectivas abstrata ou concreta. (*Ibidem*, p. 248 ss.).

<sup>691</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Op. Cit.* p. 404-405.

<sup>692</sup> *Ibidem*, p. 406-407.

<sup>693</sup> *Ibidem*, p. 409-410.

<sup>694</sup> *Ibidem*, p. 410.

<sup>695</sup> *Ibidem*, p. 425.

<sup>696</sup> *Ibidem*, p. 426.

<sup>697</sup> Gómez Rivero, todavia, não chega a conclusões semelhantes às de Sánchez Lázaro quanto à participação em crimes culposos. Para essa penalista, a possibilidade de indução nos crimes imprudentes seria um contrassenso lógico, já que suporia que se tem criado a resolução de realização do injusto imprudente, ou seja, a resolução de realização de um resultado imprudente, que seria a inviável resolução de um resultado que não se quer. (*Ibidem*, p. 430).

especial papel que o autor desempenha na formação de vontade do induzido”.<sup>698</sup> Neste sentido, haveria uma perigosidade *ex ante* na conduta do indutor<sup>699</sup>.

A refutação da participação imprudente subsidiada pela ideia de integração do resultado imprudente ao núcleo indissociável do injusto não explica porque o resultado de lesão deve ser abarcado subjetivamente pelo indutor e induzido, em vez de explicar-se a figura com relação à conduta imprudente.<sup>700</sup> Sánchez Lázaro refuta ainda a premissa de Diez Ripollés, para quem o próprio conceito de indução restringiria o conteúdo do dolo ao dolo direto, sugerindo que haveria dúvidas até mesmo de sua compatibilidade com o dolo direto de segundo grau.<sup>701</sup>

A refutação total do paradigma unitário e a solidificação de seu parâmetro de viabilidade da participação culposa, para Sánchez Lázaro, fundamenta-se com o auxílio da concepção de injusto da indução, o qual teria a seguinte configuração: 1) Incitação direta e aberta à realização de uma conduta que infrinja os deveres de cuidado;<sup>702</sup> 2) conteúdo relevante de perigosidade;<sup>703</sup> 3) incitação eficaz<sup>704</sup> e 4) realização do risco reproduzido pelo induzido no resultado.<sup>705</sup>

Na interpretação dos requisitos do injusto da indução, parte-se da ideia fundamental, tal como pensado por Mir Puig, de que “a causação da decisão do autor não precisa ser uma decisão de delinquir, mas de realizar uma conduta imprudente”.<sup>706</sup> Partindo dessa ideia, Sánchez Lázaro defende que o grau de concreção típico da incitação aberta e direta “poderá apreciar-se já quando na incitação seja reconhecível o meio a ser empregado pelo autor para gerar o risco, como o grau de perigo efetivamente gerado”.<sup>707</sup> O fundamento de perigosidade *ex ante* da participação se extrairia da superioridade do indutor sobre o induzido, que pode advir de qualquer situação que gere um desequilíbrio.<sup>708</sup> No entanto, ressalta Sánchez Lázaro que a perigosidade objetiva da indução se pode extrair de circunstâncias como os meios empregados para realizá-la, como recompensas, enganos ou promessas.<sup>709</sup>

---

<sup>698</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Op. Cit.* p. 426.

<sup>699</sup> *Ibidem*, p. 426.

<sup>700</sup> *Ibidem*, p. 431.

<sup>701</sup> *Ibidem*, p. 432.

<sup>702</sup> *Ibidem*, p. 437-438.

<sup>703</sup> *Ibidem*, p. 442.

<sup>704</sup> *Ibidem*, p. 444.

<sup>705</sup> *Ibidem*, p. 445.

<sup>706</sup> *Ibidem*, p. 441.

<sup>707</sup> *Ibidem*, p. 441.

<sup>708</sup> *Ibidem*, p. 442.

<sup>709</sup> *Ibidem*, p. 443.

A distinção entre indução e autoria mediata, para Sánchez Lázaro, é uma questão qualitativa. O autor mediato ostenta competência sobre a fonte de perigo, diferentemente do indutor.<sup>710</sup>

O caso *Lederspray* é referido por Sánchez Lázaro como uma situação em que se teria instigação culposa. No mencionado julgado do BGH de 12 de maio de 1981, examinou-se situação na qual um chefe de laboratório sinalizava, com base em estudos previamente feitos, a não constatação de propriedades tóxicas em produtos comercializados pelo laboratório (sapatos e artigos de couro). Em face dos estudos realizados, os quais se mostraram posteriormente equivocados diante da causação de danos à saúde dos consumidores, foi proposta imprudentemente em parecer a não retirada dos produtos do mercado. Além dos estudos realizados erroneamente, a emissão direta da mensagem cujo propósito seria manter os produtos no mercado, faz Sánchez Lázaro encontrar o fundamento da participação imprudente no caso.<sup>711</sup>

Na instigação, Sánchez Lázaro põe como exigência que o fato delitivo guarde correspondência, seja consequência da resolução provocada pelo indutor<sup>712</sup>. Na obra do autor espanhol, salienta-se ainda que há possibilidades de desvio quantitativo entre a indução e a ação desencadeada pelo autor. Nessas hipóteses, a valoração deverá ser feita a partir da concreta indução realizada e pelo grau de correspondência com o resultado desviado.<sup>713</sup>

### 5.7.1. Considerações críticas

Na fundamentação de Sánchez Lázaro, trabalha-se com uma diferença entre autoria e participação que este autor afirma ser qualitativa. O autor teria competência pelo perigo criado em uma incumbência preferente e o partícipe não, embora também crie um risco proibido.

Assim como Robles Planas, Sánchez Lázaro apresenta premissas que se entende adequadas para a estruturação do concurso de pessoas. O conteúdo de injusto próprio não se confunde, na sua compreensão, com a realização por mão-própria. A fundamentação da participação como risco proibido com conteúdo de injusto autônomo e com a acessoriedade revelada no fato também o faz delimitar com mérito o injusto acessório. A delimitação é precisa porque estrutura uma acessoriedade de cunho objetivo, sem relacionar-se com o conteúdo de

---

<sup>710</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Op. Cit.*, p. 443

<sup>711</sup> *Ibidem*, p. 439-440.

<sup>712</sup> *Ibidem*, p. 444.

<sup>713</sup> *Ibidem*, p. 445.

injusto subjetivo do autor. Assim, admite-se sem problemas a figura da participação culposa, quando realizado um risco proibido sem a competência preferente para evitação da violação à norma.

Autoria e participação, na obra de Sanchez Lázaro, são conceitos que refletem riscos proibidos e a competência para o perigo hierarquiza estas definições a partir de riscos maiores ou menores em face do dever de cada interveniente. Diante disto, parece-nos que autoria e participação distinguem-se, diferentemente do que diz o autor, ainda de modo quantitativo, mesmo sob o emprego de um critério baseado na competência. O que fundamentaria essa competência que se deve tomar em conta para compreender-se a natureza da distinção e não a fórmula de modo abstrato. O que faz um agente ter competência preferente em face de um risco não deve ser, assim, simplesmente um dever formalmente afirmado, mas a relação material entre esse dever e as condutas que apresentem de modo proeminente um risco a ele relacionado.

Neste contexto, a definição de competências não deve estabelecer rígidos âmbitos sobre os quais, mediante o conhecimento do risco, alguém que inicialmente não tenha competência não possa passar a tê-la. Deve haver um limite à aplicação da proibição de regresso, neste sentido. Analisemos por meio de um exemplo: um garçom, ao entregar a comida para clientes de um restaurante, enxerga claramente em um dos dois pratos que está a servir um forte veneno para matar insetos que estava na cozinha. Ele pega os pratos para levá-los de volta a cozinha, mas antes decide servir uma das refeições, confunde-se em razão do cansaço de sua jornada de trabalho e entrega para o cliente a refeição envenenada. Tendo em vista que o garçom tinha conhecimento da nocividade da substância e que o risco se apresentava de modo proeminente diante de si, é adequada a imputação de eventuais lesões culposas tanto ao garçom quanto a quem deixou o veneno cair sobre o prato, na condição de coautores.

No exemplo exposto acima, há riscos que co-configuram o fato e a dimensão dos mesmos apresenta lesividade relevante de modo a qualificar a conduta de todos ao âmbito primário da proibição penal. A partir desse exemplo, parece-nos claro que a competência sobre a fonte de perigo é precedida pelo modo de manifestação maior ou menor do risco, que apresentará efetivamente a existência ou não da conduta de um autor. Assim, embora o garçom não tivesse a princípio competência sobre a fonte de perigo, o modo como o risco apresenta-se quantitativamente em face da sua contribuição lhe impede afirmar que as lesões eventualmente resultantes das condutas não sejam assunto que também lhe pertence. Com este exemplo, elucida-se a necessária noção de que autoria decorre de uma aferição quantitativamente mais lesiva do risco.

Por trás do manejo do critério de competências, como faz Sánchez Lázaro, há um elemento material de maior relevância. A divisão de competências baseada nas obrigações ordinárias de cada interveniente em um âmbito de configuração não se sobrepõe de modo imutável à relação com a materialidade lesiva acessível aos intervenientes. A relevância da proibição penal tomada sob um norte de evitação da lesão ao bem jurídico não sucumbe diante de interações sociais ou definições de âmbitos organizativos possivelmente alheias à imperativos de conduta.

O modo como Sánchez Lázaro interpreta a causalidade no concurso de pessoas, como se fosse conceito prescindível, é tópico criticável na obra do autor, que crê na noção de funcionalidade para aferir-se a relevância da contribuição. Quanto a esta crítica, são válidas as ponderações já feitas sobre causalidade à posição de Robles Planas (tópico *supra* 4.6.1).

É mérito da obra de Sánchez Lázaro demonstrar a viabilidade da participação culposa em todas as formas de participação em sentido estrito. Com a sua teoria das circunstâncias taxadas, Sánchez Lázaro demonstra que são requisitos de ordem objetiva que diferenciam as formas de participação em espécie, o que as torna viáveis em tipos de injusto dolosos e culposos. O primeiro critério da sua teoria das circunstâncias taxadas, no entanto, afigura-se, sob nossa perspectiva, como elemento relevante entre a análise da autoria e da participação, qual seja o critério da especial perigosidade da contribuição em face do bem jurídico.

Embora a diferença por competências seja apta a trazer bons resultados na análise diferenciadora, em tipos de injusto dolosos e culposos, a especial lesividade se relaciona ao que é ou não de competência dos intervenientes.

## 5.8. O conceito restritivo de fato para Renzikowski

Joachim Renzikowski manifesta um esquema de interpretação da autoria e da participação cujo ponto de partida é a violação de normas diversas de comportamento pelas figuras do autor e do partícipe.

O autor, segundo Renzikowski, viola uma situação jurídica atinente à liberdade de outro na medida em que realiza o comportamento proibido no tipo. O partícipe, por sua vez, não invade, por si mesmo, a esfera jurídica de liberdade alheia, mas viola norma própria de comportamento compreendida como uma espécie de proibição de criar um perigo.<sup>714</sup>

---

<sup>714</sup> RENZIKOWSKI, Joachim. *Fundamentação da Norma e Imputação*: fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: *Direito Penal e teoria das normas*: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 110.

A fundamentação do injusto da participação, sob essa perspectiva, não está na causalidade orientada ao risco ao bem jurídico, nem em uma suposta agressão acessória ao bem jurídico. Para Renzikowski, a fundamentação do injusto da participação está estritamente na conduta realizada pelo próprio partícipe.

A teoria do domínio do fato, segundo Renzikowski, falha essencialmente ao não desvincular sua construção do parâmetro de causalidade em uma perspectiva da teoria da equivalência dos antecedentes. Segundo Renzikowski, tendo em vista que à causalidade equivalente apenas são acrescidos elementos de imputação objetiva, essa doutrina teria em sua estrutura uma espécie de “equivalência dos riscos não permitidos” sobre a qual se concretiza o critério do domínio.<sup>715</sup> Nesse contexto, o fato ilegal levado em conta pelo domínio do fato é apenas um quando autores e partícipes interagem de modo a configurar uma realização delitiva, de modo que a causa do resultado típico será sempre a “contribuição conjunta de todos os envolvidos”, sejam partícipes ou autores. Desse modo, os requisitos objetivos do domínio seriam uma contraditória tentativa de diferenciação de riscos proibidos equivalentes.

Na perspectiva de Renzikowski, apenas o componente contrafático da teoria da teoria da equivalência dos antecedentes é adequado para análise retrospectiva de fatos mediante perspectiva *ex post*, mas não a equiparação entre causas e condições do fato típico.<sup>716</sup> Assim como Hruschka, Renzikowski interpreta que a noção de causa para o Direito Penal tem um sentido de imputação, trata-se do que se chama de “causa livre”, derivada do exercício de liberdade e autonomia do sujeito que realiza o fato típico. Causa não seria então apenas um antecedente físico.<sup>717</sup> Para Renzikowski, a admissão da equivalência dos antecedentes é, portanto, absolutamente incompatível com um conceito restritivo de autor.

Renzikowski critica ainda a teoria do domínio do fato por não ter uma adequada fundamentação normativa, segundo ele. Para Renzikowski, Roxin elabora o domínio como critério do injusto e varia excessivamente o modo de fundamentação do critério entre as hipóteses de autoria. Para Renzikowski, as variáveis da fundamentação tornarão obscuro o parâmetro normativo da teoria, o que é particularmente grave, pois se o domínio integra o tipo exigir-se clareza na metodologia de definição é uma consequência imediata do mandato de determinação das normas penais. Essa obscuridade metodológica tornaria ainda impreciso o juízo quanto a ser ou não o domínio do fato uma diferença quantitativa ou qualitativa em face da participação. Para Renzikowski, quando Roxin afirma, por exemplo, hipóteses de autoria

---

<sup>715</sup> RENZIKOWSKI, Joachim. *Op. Cit.* 2017, p. 86.

<sup>716</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>717</sup> *Ibidem*, p. 83, nota de rodapé 7.

mediata em que o homem da frente atua ainda com dolo, “a diferença entre as diversas formas de domínio do fato perde-se em uma gradação”.<sup>718</sup>

Sem a noção de que partícipes e autores violam normas de comportamento próprias, segundo Renzikowski, não se explica adequadamente como pode o injusto da participação ser acessório e, ao mesmo tempo, ter elementos de antinormatividade autônomos. Ainda segundo Renzikowski, a norma de determinação da participação ficaria neste contexto “negligenciada, pois a antijuridicidade da conduta do partícipe depende de circunstâncias que ocorrem somente após a realização da conduta”.<sup>719</sup>

Para formular seus conceitos de autoria e participação, Renzikowski interpreta o delito como violação de uma situação jurídica alheia, como uma interferência na esfera de liberdade de outro. Segundo o professor da Universidade Martin-Luther Halle-Wittenberg, a tradicional forma de interpretar-se a norma penal, como prescrição tomada em prol da tutela de bens jurídicos, limita a percepção dogmática a uma relação dúplice, existente de modo estritamente vertical, entre o Estado que impõe a norma e os cidadãos, sob dever de obedecê-la. Para Renzikowski, esta relação dúplice (Estado-cidadão) remete a uma concepção não liberal de interpretação do delito. Sob inspiração de Volker Haas e de Feuerbach, Renzikowski irá pensar o delito não como somente lesão ou exposição de bem jurídico à risco, mas como interferência em um espaço de liberdade de outro. Assim, configuraria-se uma relação tríplice: entre, pelo menos, dois sujeitos de direito e um objeto de referência, qual seja a norma. Essa relação é vertical entre o Estado e os sujeitos, e horizontal entre estes últimos.

Assentados os fundamentos bem singulares da compreensão de Renzikowski, segundo uma teoria das normas, delito, para este autor, será “apenas o acontecimento imediatamente anterior à lesão do bem jurídico”.<sup>720</sup> A participação teria o injusto fundamentado apenas em uma proibição de criar um perigo, que não viola, segundo o jurista alemão, uma posição jurídica garantida pelo tipo.<sup>721</sup> Renzikowski preconiza que a antinormatividade da participação está em uma espécie de “abuso de direito”. Apesar do fundamento autônomo da participação, “a relação entre a participação e o fato principal consiste em que a respectiva conduta do partícipe sempre precisa estar voltada a um fato principal”.<sup>722</sup>

A fundamentação da razão pela qual ao partícipe não se imputa o fato principal como obra sua, segundo Renzikowski, citado por Roso Cañadillas, é porque:

---

<sup>718</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>719</sup> RENZIKOWSKI, Joachim. *Op. Cit.* 2017. p. 99-100.

<sup>720</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>721</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>722</sup> *Ibidem*, p. 110.

“Sua responsabilidade própria (do partícipe) se delimita no elevado risco ao bem jurídico que fundamenta também a norma de comportamento do autor, e portanto tenha criado os pressupostos práticos e motivacionais do fato principal. À diferença de imputação corresponde uma norma de conduta diferente. Na proibição da indução e da cumplicidade se trata da proibição de riscos, os quais se referem à respectiva norma do autor. Sua infração constitui o fundamento penal da participação.” (RENZIKOWSKI, Joachim. *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, 151-152 *apud* ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Autoría y Participación Imprudente*. Granada: Comares, 2002., p. 132).

Autoria mediata e coautoria, para Renzikowski, não seriam comportamentos estabelecidos na própria descrição do tipo. Seriam categorias jurídicas da imputação. Não se trataria assim de comportamentos extraídos diretamente do tipo penal, mas medidas de responsabilização fundamentadas respectivamente no déficit de imputação do homem da frente e na imputação recíproca dos fatos.

A estrutura diferenciadora entre autoria e participação de Renzikowski é aplicada para distinguir os agentes em delitos dolosos e culposos. A violação do dever de cuidado, para Renzikowski, seria ainda uma violação de norma de conduta e, nesse aspecto, não há diferença qualitativa em face da norma de delimitação do delito doloso.

Renzikowski interpreta que do mesmo modo que as normas de determinação emitem comandos comportamentais no delito doloso, as regras de cuidado também o fazem no âmbito dos delitos culposos. Assim, segundo Renzikowski:

“[...] enquanto, por exemplo, a proibição de matar prescreve que não se deve matar, as regras de cuidado primárias indicam que modos de comportamentos concretos são com elas aludidos, a exemplo de “não se deve apontar com uma pistola carregada”, “não se deve jogar aparelhos elétricos em uma banheira quando outro está tomando banho” [...] (RENZIKOWSKI, Joachim. *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, 225 *apud* ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Autoría y Participación Imprudente*. Granada: Comares, 2002. p. 132).

Por consequência da ausência de distinção entre os tipos objetivos dolosos em relação às suas correspondentes modalidades culposas, quando previstas, Renzikowski afirma como conclusão sistemática que “também se tem que reconhecer a possibilidade da lesão culposa de uma norma de conduta de participação”.<sup>723</sup> A diferença relevante que Renzikowski identifica entre delitos dolosos e culposos está situada na obrigação atribuída pela norma, mas não na sua configuração como norma de conduta. Segundo Renzikowski, no delito culposos, a lesão do dever de cuidado surge como um pressuposto da imputação que não existe no delito doloso.<sup>724</sup>

<sup>723</sup> RENZIKOWSKI, Joachim. *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, 226 *Apud* ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Op. Cit.* p. 132.

<sup>724</sup> *Ibidem*, p. 132.

O conhecimento característico do dolo traria ao autor alternativas de conduta, enquanto que no delito culposo o autor já não poderia orientar suas consequências. Essa diferenciação, entretanto, é de “escalões lógico-normativos”<sup>725</sup>, sendo o fundamento da pena o mesmo em ambos tipos de injusto, lesões de dever de condutas em face de esferas jurídicas tuteladas.

### 5.8.1. Considerações críticas

Renzikowski, diferentemente dos outros autores examinados anteriormente neste capítulo, não propõe um sistema de intervenção no fato, mas um sistema de responsabilidade pela violação de normas autônomas. Neste contexto, a participação se assemelha a uma espécie de delito de perigo e a autoria passa a ser compreendida como uma condição objetiva de punibilidade para sanção da participação.

Por um lado, o modelo interpretativo das condutas em um sistema baseado na violação de normas autônomas confere maior relevância ao momento de verificação da conduta do partícipe, por outro, fragmenta a realização do fato e não admite que o comportamento do autor ainda catalisa elementos do injusto do partícipe de modo a realizá-lo no resultado.

A premissa de Renzikowski, no sentido de que a teoria da equivalência dos antecedentes, somada à teoria da imputação objetiva, provoca uma equivalência de riscos proibidos, é precisa quando se tem em mira a permanência de sistemas unitários. No delito culposo, fica clara essa equivalência de que fala o autor, pois tanto quem deixa uma arma em local inapropriado, quanto quem a colhe e dispara acreditando estar desmuniada e atinge terceiro seriam autores, apesar dos riscos consideravelmente diversos nas suas ações, pois apenas o primeiro deles é completamente dependente de outro para tornar-se possível a realização típica. Entretanto, se o próprio Renzikowski admite a utilidade da análise contrafática *ex post* para a imputação penal, nota-se ainda uma relevância da análise causal em sua proposição, mesmo que se trate de uma causalidade não estritamente guiada pelas leis da natureza.

O conceito restritivo de Renzikowski vai além do que comumente se denomina desse modo. Seria mais adequado chama-lo de conceito autônomo de autor. Outra premissa importante trazida por Renzikowski é fundamentar que o dever de cuidado também serve à emissão de normas de conduta.

---

<sup>725</sup> RENZIKOWSKI, Joachim. *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, 226 Apud ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Op. Cit.* p. 132.

Diverge-se do posicionamento de Renzikowski no sentido de situar a autoria para o partícipe como uma mera condição objetiva de punibilidade. A punibilidade não é uma categoria jurídica apropriada para reunir elementos que tenham relação direta com a matéria da proibição. Tendo em vista que o autor traz com a sua conduta uma carga do risco projetado pelo partícipe, ainda se está sob um âmbito de análise comportamental (risco gerado e efeito a ele vinculado), e não sob uma mera avaliação de outros dados ou circunstâncias político-criminalmente direcionadoras da intervenção ou não do Direito Penal.

O conceito restritivo proposto por Renzikowski demonstra a viabilidade da diferenciação entre autoria e participação em tipos de injustos dolosos e culposos, dentre outras razões, a partir da identidade do tipo objetivo, premissa com a qual também concordamos.

Além da categoria da punibilidade ser inadequada para situar a contribuição do autor em face do partícipe<sup>726</sup>, Renzikowski também não justifica, conforme aponta Lesch<sup>727</sup>, o porquê de se fundamentar plena autonomia no tipo e uma dependência na punibilidade.

## 5.9. Conclusões parciais

1. A teoria da imputação objetiva não esgota, nem invade as utilidades de um sistema diferenciador nos tipos de injusto. Enquanto os requisitos de imputação servem para trazer critérios de imputação do injusto, critérios de autoria e participação trazem bases para avaliar-se como se manifesta a conduta típica, inclusive são relevantes como suporte de aferição da realização do risco.

2. A não punição de participações em autolesões não se fundamenta adequadamente nos sistemas unitários. No sistema unitário só se tem o parâmetro de aferição de responsabilidade por parte de quem realiza conduta acessória mediante a constatação da não ocorrência de autolesão. Desse modo, o sistema unitário afirma um juízo posterior ao fato na avaliação do risco proibido, sem ter como justificar elementos de licitude ou ilicitude de modo *ex ante* em um eventual comportamento acessório. No sistema diferenciador, a contribuição no

---

<sup>726</sup> A análise da punibilidade não deve estar relacionada à elementos desvalorados relacionados à conduta em si mesma, em seu âmbito de relevância para definição do injusto. Deve, em um outro contexto, examinar elementos autônomos que repercutem sobre a possibilidade ou conveniência da intervenção penal. Os exemplos disso, no Direito Penal Brasileiro, podem ser observados pelas causas extintivas de punibilidade do art. 109, do CP, nenhuma delas relacionada propriamente à valoração da conduta.

<sup>727</sup> Segundo Lesch, “se o injusto deve ser autônomo, não se entende porque para a punibilidade deva reger outra coisa”. (LESCH, Heiko. *Op. Cit.* p. 936).

momento em que prestada já permite antever a impunibilidade da contribuição porque só se afirmaria em uma lógica de acessoriedade com comportamento não antinormativo.

3. Todos os tipos de manifestação típica podem ser realizados no tipo de injusto culposo. O sistema diferenciador engloba nos conceitos de participação instigação e cumplicidade. O tipo de injusto culposo também permite, em regra, todos os tipos de autoria: imediata, mediata e coautoria.

4. A acessoriedade é objetiva e constitui princípio de garantia para evitar punições inadequadas sob um único grau de responsabilidade típico. Não tem qualquer incompatibilidade com o crime culposo.

5. Não é adequado supor que o caráter fragmentário do Direito Penal exija a impunibilidade da participação culposa ou da participação no crime culposo. A imputação acessória culposa analisada abstratamente pouco informa sobre a relevância jurídico-penal da conduta.

6. O sistema unitário culposo que exija a configuração de todos requisitos da imputação objetiva estabelece as bases necessárias para imputação de injustos, mas ainda deixa um campo vasto, invariável e pouco delimitado de riscos proibidos de diversos níveis.

7. Nada impede que o tipo penal tenha critérios quantitativos de aferição, de modo a determinada conduta típica estabelecida no enunciado proibitiva ter sua configuração dependente de determinado grau mais elevado do risco.

8. A autoria não é uma mera condição objetiva de punibilidade para a participação. A autoria intermedeia o risco proibido da participação quando ela se manifesta de modo a consolidar na realização do fato os elementos do injusto acessório precário anteriormente afirmado.

9. A causalidade é indispensável para a verificação do concurso de agentes, constituindo uma base de aferição fática concreta na configuração do injusto.

10. Os momentos de realização do comportamento do autor e do partícipe são ambos relevantes para verificação das responsabilidades penais. É inadequado supor que por haver uma configuração comum só haja um fato ou momento jurídico-penalmente relevante. É o momento da própria contribuição acessória que deve guiar a interpretação acerca da conduta, dos elementos de realização de risco e da imputação subjetiva do partícipe. O autor, para a interpretação da participação, é basicamente um veículo de realização do resultado cuja realização parte também do risco proibido acessório.

11. A punição da participação culposa em um sistema que tenha se estruturado sob as bases de um conceito extensivo de autor dependerá da previsão do tipo culposo para o comportamento do autor correspondente ao tipo lesivo e da relevância político-criminal do comportamento acessório para o risco proibido em face de bem jurídico de destacada importância.

12. A formulação de um sistema diferenciador não exige que contribuições principais e secundárias sejam tratadas como injustos absolutamente autônomos. A proposta pela idealização de injustos estritamente autônomos no concurso de agentes é também inadequada para o Direito Penal brasileiro, tendo em vista que a acessoriedade estabelecida sob bases legais (art. 31, do CPB) promove noções diferenciadoras sob a perspectiva de que a participação é fundamentada na acessoriedade proibida para injusto principal de outrem.

13. Não há diferença de natureza entre quaisquer espécies de intervenção típica, sejam elas acessórias ou principais. Todas as contribuições jurídico-penalmente relevantes são riscos proibidos mais ou menos lesivos, principais ou acessórios. Apesar de caracterizarem-se por diferença quantitativa, tal diferença deve ser levada em conta no próprio âmbito do tipo porque as formas de conduta proibidas no enunciado principal típico devem exigir um grau lesivo típico especialmente relevante para configuração da autoria.

## **6. PARTICIPAÇÃO COMO MENOR INGERÊNCIA LESIVA TÍPICA SOBRE O FATO**

Até a elaboração do presente capítulo, em meio às ponderações interpretadas como adequadas na doutrina e em meio às críticas formuladas, várias premissas foram colocadas relacionadas diretamente à tomada de posição por um critério diferenciador no crime culposos e sobre premissas que deverão basear a formulação diferenciadora.

No presente capítulo, são conjugadas as principais premissas colocadas ao longo do trabalho e articulados argumentos relacionados ao direito nacional que reforçam a viabilidade diferenciadora. Articula-se fundamentalmente a noção de que autoria e participação distinguem-se pela maior ingerência fático-lesiva no comportamento do autor, que o aproxima essencialmente da realização direta do delito.

### **6.1. Tomada de posição – Elementos para um sistema diferenciador culposos sob análise das imputações de risco entre determinação do resultado e competência**

A definição de comportamentos de autores e partícipes é questão valorativa. Mesmo nos sistemas extensivos-causais, nos quais se estabelece uma equiparação de condutas a partir do dado empírico e pré-jurídico da causalidade, a afirmação de uma categoria única de autores também não deixa de constituir uma decisão valorativa.

Sob o disfarce do emprego do método descritivo causal e do positivismo clássico, o conceito extensivo e o sistema unitário clássico tentam refletir uma inexistente neutralidade. O método de definição causal de autor é, em verdade, uma opção política por um Direito Penal que tudo alcança. Não por acaso, como pontuam Roso Cañadillas e Monteiro, um dos argumentos de sustentação da doutrina adepta do sistema unitário, é o da evitação de lacunas de punibilidade.<sup>728</sup>

Conforme Diaz y García Conlledo, com o qual concordamos, a pretensão evitadora de lacunas de punibilidade a todo custo não passa de mera petição de princípio e não pode se sobrepor aos elementos claros de correspondência entre autoria e tipicidade.<sup>729</sup> Essa afirmação da existência de “lacunas” revela pouco ou nada mais que uma pretensão normativa por parte de quem a infere. Em vez de afirmar-se como positivo um critério de alcance total, deve-se

---

<sup>728</sup> Notas de rodapé nº 105 e 106.

<sup>729</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Op. Cit.* 2008. p. 19 s. No mesmo sentido, ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Op. Cit.* 2002. p. 306.

questionar a forma de atribuição de responsabilidades a agentes de injustos acessórios a partir dos princípios do Direito Penal. A delimitação exigida para incriminação de todo comportamento proibido e a proporcionalidade e gradação legislativas sob relações com o princípio da culpabilidade influem para que não se admita o tratamento de condutas dependentes de outras como se fossem acabadas realizações típicas de autoria.

A opção por um sistema diferenciador ou unitário não pode depender do mero alvedrio do intérprete das normas penais, mas parte primeiramente do sistema legal instituído e dos valores constitucionais penais que norteiam a aplicação do direito material. Não se deve, portanto, apenas buscar o sistema que pareça mais justo em perspectiva metafísica, mas sim o que se mostre mais consentâneo aos valores instituídos pela ordem normativa.

A doutrina contemporânea pontua, conforme anteriormente exposto, que certas propostas unitárias, hoje não mais ancoradas na lógica causal, mitigam o problema da ausência de limitação objetiva-causal no sistema unitário. Valem como exemplos as próprias propostas unitárias pautadas na aplicação adequada da teoria da imputação objetiva, como as defesas de Roxin, Jakobs e Lesch. Essas propostas, entretanto, ainda resguardam menor limitação objetiva-normativa na interpretação do tipo e enquadram uma questão essencialmente ligada à forma de manifestação do risco como mero problema de aplicação da pena.

O Código Penal Brasileiro institui nos artigos 29 a 31 normas que tomam como ponto de partida o conceito extensivo de autor, sem solidificar um sistema puro de modo claro. A reforma de 84 ao alterar a redação contida no antigo artigo 25 do Código de 40, hoje situada no artigo 29, acrescentando a ela o termo “na medida da sua culpabilidade”, revelou intuito de promover melhor individualização das penas a depender do comportamento praticado. No plano do injusto, houve no próprio artigo 29 a indicação precária pela metodologia inicial de uma base comum de sustentação típica, atrelando, em princípio, autores e partícipes a um único marco penal.

O reconhecimento da participação de menor importância (art. 29, § 1º) demonstra uma preocupação do legislador com a pena aplicada a intervenientes menos relevantes para a causação típica, todavia emprega termo específico característico de menor lesividade dos comportamentos acessórios.

A acessoriedade legislativamente afirmada (artigo 31) mitiga, relevantemente, a crueza e extensão da dicitão do artigo 29, na medida em que consolida a dependência de um certo tipo de injusto para autorizar a punição de comportamentos acessórios. Outro indicativo de um sistema ancorado em distinções relevantes é a mudança de nomenclaturas empregadas no Código a partir de 84. As designações empregadas devem ser fator a ser considerado porque o

título “Da Co-autoria”, antes empregado, não apresentava qualquer incompatibilidade com um pretense sistema unitário, mas é absolutamente inadequado em um contexto diferenciador.

Diante do modo como o Código Penal brasileiro estrutura a acessoriedade, discordamos de Alflen quando afirma que apenas um sistema unitário funcional é compatível com o Direito Penal brasileiro.<sup>730</sup> Há uma clara afirmação da acessoriedade como pilar do sistema brasileiro, o conjunto de normas do concurso de pessoas claramente dá abertura à instituição de um sistema diferenciador. No Brasil, cada vez mais, defende-se uma lógica diferenciadora, o que tem reverberado na jurisprudência, com uma ampla aceitação da teoria do domínio do fato nos crimes comissivos dolosos, sobretudo depois do julgamento da AP nº 470, pelo STF, não obstante os equívocos de compreensão da teoria.<sup>731</sup>

Na análise das propostas baseadas em um conceito extensivo de autor, a vantagem que se observa é a explicação mais simples que se dá à unidade de sentido, à definição dos comportamentos a partir de uma lógica de interpretação total do fato. Nota-se isso nas doutrinas de Jakobs e Lesch, conforme se demonstrou nos tópicos em que foram analisadas as concepções destes autores.

Analisadas doutrinas de correntes diversas, entende-se que não seja incompatível um sistema diferenciador com uma lógica quantitativa de avaliação do risco para definir condutas como típicas de autor ou de partícipe. Afinal, o legislador, por vezes, define comportamentos a partir de resultados ou termos que os designem, o que fará com que o intérprete delimite a extensão do termo sob perspectiva valorativa. Nem por isso o Direito Penal deixa de realizar imperativos de conduta, pois essas designações de resultados devem ser aptas a orientar o cidadão às ações que tomar tendo em vista a previsibilidade de efeitos delas decorrentes.

Conceitos como domínio ou competência, que comumente são empregados como se servissem a uma divisão qualitativa entre autoria e participação, guardam por detrás uma análise mais profunda. Essas referências conceituais não prescindem do exame do grau do risco objetivo em uma perspectiva de acessoriedade ou proeminência/independência na realização típica.

É o alto grau lesivo e a sua manifestação inequívoca de danosidade concretizável faticamente, que faz Roxin oscilar, por exemplo, e criar uma fundamentação específica de autoria por meio do domínio da organização. Este procedimento metodológico gera reiteradas

---

<sup>730</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Op. Cit.* p. 169-170.

<sup>731</sup> Vide LEITE, Alaor. *Domínio do Fato, Domínio da Organização e Responsabilidade Penal por Fatos de Terceiros: os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal.* p. 123 e ss. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como Domínio do Fato.* São Paulo: Marcial Pons, 2014.

críticas doutrinárias, entretanto não se deve compreendê-lo como desarrazoado, já que estranho seria buscar uma coerência sistêmica quando o controle por um agente não está dirigido a uma pessoa, mas há um sistema cuja ilegitimidade está na raiz e eleva sobremaneira o grau de segurança da realização do risco no resultado. Frise-se que é a elevação do grau de segurança na realização do risco que promove oscilações de fundamentação, de modo a demonstrar o teor quantitativo na avaliação típica, baseado na maior segurança de realização do fato.

A observação das competências instituídas para análise típica é útil quando se tem um âmbito de risco cuja responsabilidade diga respeito exclusivamente a determinado ou determinados agentes. No entanto, pode apresentar resultados consideravelmente falhos nas hipóteses em que um sujeito passa a tomar conhecimento de um grau elevadíssimo de risco à bem jurídico relevante cuja afetação passe a estar relacionada à realização da sua conduta como elemento nuclear do fato.

No exemplo usado para análise crítica da proposição de Sánchez Lázaro, pode-se vislumbrar uma das falhas da distinção entre autoria e participação pelo critério de competências preferentes. Referimos que se um garçom toma conhecimento de que a comida que iria servir contém um pouco do veneno para insetos que estava na cozinha, e, por descuido ainda assim a serve, embora não seja da sua competência o estado da refeição, não se pode dizer que não ingressa no seu âmbito de responsabilidade o resultado lesivo culposo. No caso, haveria coautoria culposa entre o garçom e quem por imprudência deixou cair o veneno no prato. Os riscos são igualmente relevantes e amoldáveis diretamente às normas proibitivas de tutela da integridade corporal e da vida. Todos agentes podiam compreender a realização e operaram no nível típico proibitivo direto.

Outro exemplo é útil para demonstrar o tipo de equívoco em que se pode incorrer com a aplicação do critério de competências. Se um pedreiro de uma grande construtora recebe a incumbência de fazer uma construção recebendo vigas quebradas, o grau evidente de risco na realização da conduta ordenada é tão claro que se torna inviável uma sustentação adequada da proibição de regresso ao realizador direto da conduta. Além disso, a realização direta da conduta claramente estaria diretamente proibida pelos tipos pois o tipo de lesão projetada pelos enunciados legais torna a realização lesiva previsível e relevante mesmo para quem não teria competência organizacional.

Sob a lógica de autoria como violação de competência preferente, Jakobs perde completamente os parâmetros de comportamento tipicamente assentados quando exemplifica que alguém que devolve uma arma regularmente emprestada apenas viola um dever de solidariedade, podendo responder, no máximo, como autor de omissão de socorro. Em nossa

compreensão, se a entrega é no momento do fato, há uma clara dimensão de acessoriedade ao homicídio em virtude do grau evidente do risco apresentado para a realização de homicídio. Por outro lado, caso se trate de entrega de arma lícita, sem a existência do risco imediato e sob a pretensão do autor de realização do crime em momento posterior, já não mais a intervenção acessória pode ser tratada como injusto. Em razão da mitigação do risco apresentado, não mais se alcançaria o grau da acessoriedade, pois deixa de ter o significado de auxílio à realização fática e passa a configurar-se a prestação apenas como uma conduta neutra, na medida em que se está sob um âmbito ainda jurídico-penalmente permitido. Para essa avaliação, que compreendemos como mais adequada, é importante ter fixado o bem jurídico como vetor da aferição do risco causado.

Nota-se que autores que afirmam seus sistemas baseados em divisões de competências por vezes fundamentam sistemas não atados à causalidade como base, afirmam que para uma fundamentação normativa apenas se deve ter o lastro de “relações de sentido” como cerne de uma estrutura normológica de fundamentação do injusto e da pena.

Tendo em vista que o Direito Penal é atrelado a interpretações calcadas em verificações fáticas, e que o fato dá suporte às normas e, senão guia, ao menos orienta o cidadão a saber o que é ou não permitido, há um excesso na afirmação de um sistema sob moldes meramente funcionais normativos.

A causalidade não é apenas um elemento de alcance das contribuições, é também um vínculo de aferição da repercussão da conduta sobre o fato, por isso a normativização típica deve recair sobre ela, a partir de uma noção não meramente mecânica, mas baseada na alteração concretamente aferida do fato.<sup>732</sup>

Cuello Contreras, em uma perspectiva mais ponderada, tem razão ao dizer que um sistema de autoria em que se aplique a lógica de competências não implica necessariamente com a ruptura de um sistema relacionado à domínio, ou, para nós, melhor seria dizer maior ingerência na realização do injusto.<sup>733</sup> A violação relevante de uma competência de modo a configurar um fato penalmente relevante leva em conta a análise de ingerência do comportamento em relação à configuração fática. Sánchez Lázaro, como vimos no capítulo 5, ao fundamentar um sistema em que rompe com a causalidade, exemplifica que quem empresta

---

<sup>732</sup> Essa aferição não se dá sob uma lógica causalista, em que se demandava uma alteração fenomênica perenemente percebida pelos sentidos, mas uma repercussão sobre o fato. Uma instigação à injúria feita a outro, por exemplo, não deixa no plano físico um resultado, mas repercute sobre intensidade, modo como ocorre a injúria e principalmente na análise das motivações apresentadas e acolhidas pelo autor para realizar a conduta.

<sup>733</sup> CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *Domínio y deber como fundamento común a todas las formas de autoría y modalidades de delito*. Barcelona. 2011. p. 16 e ss. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/792.pdf>.

uma chave falsa a outro que consuma o furto de outro modo, sem emprego do instrumento, seria também partícipe porque haveria uma “relação de sentido” no fato consumado. A resposta do autor nos parece inadequada ou, ao menos, incompleta.

A conduta do partícipe quando não exitosa para o autor tal como inicialmente planejada pode ainda resguardar uma relação de sentido desde que haja causalidade relevante numa perspectiva de verificação da influência do comportamento sob outrem. Assim, se a chave não foi eficaz, mas, além da entrega, o partícipe teve influência relevante para a prática do fato pelo autor, pode ter configurado uma participação por meio de instigação. Propor que um risco proibido sob mera aferição de relação de sentido fundamente o injusto do partícipe pode, por incrível que pareça, provocar um juízo de extensões amplíssimas já normativizado, o que seria pior do que ter uma base de cunho empírico limitada normativamente. Um comportamento proibido realizado há anos sem o conhecimento do nexos por quem tenha praticado o comportamento anterior permitiria, sem um juízo de inferência fática, relação relevante para o fato praticado por outrem. Basta pensar no conselho prestado a uma coletividade por uma pessoa muito querida, ou por quem se tem muita reverência. Mesmo as afirmações genéricas e proibidas (a exemplo de condutas amoldáveis às previsões dos artigos 286 e 287, do CPB<sup>734</sup>) podem guardar uma relação de sentido com condutas concretas.

Os reconhecidos males da causalidade devem ser mitigados por elementos normativos, sem que estes pressuponham existência própria e autônoma em face do mundo real, portanto.

Uma dogmática que permita um debate jurídico cuja concretude seja passível de discussão racional não deve buscar fundamentar, por outro lado, suas conclusões com base em meros estados mentais. Nesse contexto, há efetivamente o problema de um ontologismo ultrapassado na fundamentação de categorias como “acordo” em sentido psicológico na coautoria, e a “homogeneidade de elementos subjetivos” sustentada pela doutrina brasileira no concurso de pessoas.

Corrêa Camargo aponta, com muita precisão, que parte da doutrina já, há muito tempo, defende que o requisito do concurso de pessoas seja a “cooperação consciente sob a conduta de outrem”.<sup>735</sup> Este conceito, diferentemente da noção de acordo, já supõe uma lógica de interpretação tópica no conhecimento por quem realiza a prestação aproveitada ou configurada em conjunto com a de outra pessoa. A cooperação consciente sobre conduta de outrem já

---

<sup>734</sup> Art. 286, do CPB - Incitar, publicamente, a prática de crime:

Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

Art. 287, do CPB - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

<sup>735</sup> CAMARGO, Beatriz Corrêa. *Op. Cit.* p. 37.

dispensa bilateralidade e a noção mais naturalística possível que baseia-se em “interpenetração de vontades”. A noção conceitual da cooperação consciente sobre a conduta de outrem traz um princípio relevante de normatização do concurso de agentes, mas não completo, porque, sob essa definição, não há ainda guarida ao concurso para a culpa inconsciente. Note-se que é muito grande a incongruência de admitir-se majoritariamente coautoria culposa sob a premissa do acordo em sentido psicológico. Já que a interpretação em relação ao acordo desconsidera inclusive a percepção da imprudência é porque essa premissa não tem qualquer relevância para a imputação ou não do injusto.

A afirmação do concurso de pessoas deve se estruturar sob uma relação de conteúdo fático cuja razão para imputação comum esteja normativamente assentada em uma configuração sob mesma dirigibilidade normativa. Assim, o que diferencia o concurso da autoria colateral não é a ausência de liame subjetivo, mas o fato de que a autoria colateral pressupõe um processo antinormativo autônomo.

No caso em que dois veículos, dirigidos por motoristas alcoolizados que sequer se conhecem, fatalmente atropelam no mesmo momento uma mesma pessoa, há visivelmente, para um intérprete que analisa a hipótese, dois processos antinormativos autônomos. Trata-se de ilicitudes que se convergem em um movimento centrípeto por absoluto acaso, mas preservam configurações autônomas sobre os parâmetros assentados pelas regras de trânsito e não se desenvolvem umas sobre as outras.

Nos riscos proibidos realizados sob uma estrutura macro-empresarial, independentemente do conhecimento por quem age em uma determinada esfera, já se toma ciência *ex ante* que o processo produtivo perpassa pelas mãos de muitos. Nessa cadeia de análises, é absolutamente viável que um risco não permitido se some a outros riscos de modo a efetivar um resultado apenas pela cumulação deles.

A noção de que a sociedade se estrutura em cadeias organizacionais traz o concurso de pessoas culposos como uma demanda do Direito Penal contemporâneo. A afirmação da autoria colateral em casos nos quais os riscos só se realizam concretamente no resultado mediante intervenções múltiplas figura como uma ficção e interpretação ampliativa do tipo, pois riscos que não se realizariam no resultado sozinhos são interpretados como tipicidades que autonomamente se bastam. A violação ao princípio da legalidade é flagrante.

Parte majoritária da doutrina e da jurisprudência brasileira<sup>736</sup> já reconhece a coautoria culposa, conforme se expôs no decorrer do trabalho, contudo a participação culposa segue sendo interpretada como uma espécie de bizarrice dogmática, sob premissas anacrônicas.

Não há razão dogmática válida para negação da participação culposa a partir da tese dos tipos penais abertos, pois todos os tipos de injusto permitem valorações mais ou menos elásticas a depender da sua estrutura típica. Também a “homogeneidade de elementos subjetivos” demanda revisão e não deve ser erigida como argumento impeditivo do sistema diferenciador aplicável ao crime culposos, pois pressupõe um nexo empírico-normativo absolutamente fictício e impeditivo de valoração adequada sob a conduta de intervenientes que se realizam em um contexto comum. Trata-se de uma espécie de irmão subjetivo da unidade de título de imputação, muito bem refutada por Peñaranda Ramos, conforme demonstrado no capítulo 3.<sup>737</sup> Não há fundamentação dogmática que explique o porquê do dever relativo à imprudência configurar-se como um “dever personalíssimo” conforme dizem alguns autores, tendo em vista que resultados proibidos não precisam se realizarem no resultado por mão-própria.

O fato de que o tipo objetivo dos delitos dolosos e culposos é um só não pode ser desconsiderado para a estruturação dogmática do concurso de agentes. No Brasil, sequer há norma que impeça a valoração do auxílio ou instigação culposos. No ordenamento brasileiro, as normas de previsões típicas culposas sequer permitem a afirmação de categorias como “tipos de causação” ou “tipos proibitivos de causar”, os quais segundo uma parte da doutrina poderiam impedir diferenciações de manifestação típica por terem no enunciado o verbo típico “causar” como referência da proibição. Estes tipos já foram supostos por parte da doutrina espanhola, entre estes Rodríguez Mourullo<sup>738</sup>, como casos absolutamente impeditivos de distinção típica.

A tipicidade objetiva comum, aferida dos requisitos comuns de imputação objetiva (*vide* capítulo 3), pode também ser notada pelas referências elípticas de enunciados penais como os artigos 121, 129, 252, 256, 270, 271, 272, 273, 278 e 280. Os enunciados típicos empregam, nos respectivos parágrafos em que previstos suas modalidades culposas, expressões como “se

---

<sup>736</sup> Neste sentido é o julgado do HC nº 40474/PR, julgado pela 5ª Turma, do STJ. Também no RHC 97.515 – STJ, se reconhece a admissibilidade da coautoria culposa, como em vários precedentes, contudo nesse julgado, sem qualquer incursão sobre acerto ou erro do resultado, ainda se erige categorias excessivamente subjetivistas na análise do concurso exigindo-se “vínculo subjetivo entre agentes”, o que soa estranho ao conceito de culpa, que é predominantemente normativo e embora seja viável um acordo sobre a ação, na culpa inconsciente este seria um elemento absolutamente acidental, pouco provável em co-configurações.

<sup>737</sup> Dentre outras lições relevantes, Peñaranda Ramos leciona que “o conceito de fato com o qual o Direito Penal opera não é mais que um produto jurídico e que precisamente por esse motivo existe a possibilidade de valorar de um modo diferente o fato principal quando se projeta sobre o autor e quando se projeta sobre o partícipe, sem que isso suponha vulnerar o princípio da acessoriedade”. (PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Op. Cit.* 174-175).

<sup>738</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *El Autor Mediato en Derecho Penal Español*. 1969. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2784700>. p. 482.

o homicídio é culposo”, “se a lesão é culposa” ou “se o crime é culposo”. Todos fazem referências elípticas a uma base de injusto afirmada sob a referência do dolo, revelando a unidade da base objetiva de ambos tipos de injusto. Ademais, ainda que a tipicidade comum não pudesse ser percebida dos enunciados típicos, têm razão Robles Planas<sup>739</sup> e Pérez Manzano<sup>740</sup> ao afirmarem que designações da conduta típica a partir da causação não podem passar de estilos de descrição de enunciados, tecnicamente ruins, por sinal.

Por participação culposa deve-se compreender todo comportamento realizador de risco proibido culposo para o qual haja tipo culposo expresso e que se revele materialmente dependente de injustos alheios que diretamente configurem ou tracem os contornos da realização do fato.

É possível que uma participação culposa se mostre absolutamente irrelevante e a reprovabilidade relevante do injusto se esgote na própria conduta do autor. Pense-se no exemplo em que alguém conduz uma pessoa a uma feira sob o conhecimento de que no local costumava-se comercializar mercadorias ilícitas. O art. 180, § 3º do CP, proíbe, já sob duvidosa constitucionalidade, a conduta do receptor culposo.<sup>741</sup> Mais absurdo seria sancionar intervenções secundárias culposas nesse comportamento, tendo em vista o caráter fragmentário do Direito Penal.

Feijóo Sánchez elucida bem que, apesar da participação culposa poder concretamente se apresentar como algo irrelevante, pode também desencadear injustos penais desastrosos. Basta imaginar a situação de quem tem como atividade armazenar de modo seguro explosivos. Se por uma falta de cuidado, permite-se o acesso de quaisquer pessoas, a gravidade do emprego do instrumento é absurda e não há razões impeditivas da imputação a esse risco proibido acessório.

Compreende-se que, no Direito Penal Brasileiro, o implemento da categoria da participação culposa serve a uma adequada viabilidade de análises típicas e traz a viabilidade também de gradação nos comportamentos culposos. Pérez Manzano afirma, em termos com os quais concordamos, que a participação culposa, em um sistema como o do Direito Penal

---

<sup>739</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. Cit.* 2002. p. 237.

<sup>740</sup> PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. Cit.* 1999. p. 51 e ss.

<sup>741</sup> O § 3º do artigo 180, do Código Penal Brasileiro é um dos enunciados típicos culposos que não explicitam a culpa ou imprudência como *nomen iuris*, o que em nada altera o tipo de injusto. A norma estatui a seguinte previsão:

Artigo 180, § 3º, do CPB - Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso: (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas.

Espanhol, exige previsão típica expressa, porque a norma da parte geral é uma norma constitutiva de tipicidade.<sup>742</sup>

No Direito Penal Brasileiro, entretanto, deve-se observar que a norma constitutiva da tipicidade acessória se estrutura sob um conceito inicial de autor que, em tese, abarcaria qualquer causação relevante à culpa. Desse modo, afirmar a participação culposa no Brasil é delimitar a interpretação do tipo culposo de modo a situar contribuições proibidas acessórias não como coautoria ou autoria colateral, mas como participação, quando se tratar de risco dependente da realização de condutas de maior ingerência no injusto por outrem. Sendo assim, o implemento da participação culposa, no Brasil, independe de norma expressa e é uma necessidade para não ser legitimada a interpretação de injustos acessórios como principais.

Nilo Batista traz um ponto de partida relevante para a interpretação adequada do art. 29, do CPB, ao afirmar que o enunciado do dispositivo não deve ser interpretado em sua literalidade.<sup>743</sup> Contribuições que de “qualquer modo” concorressem para o crime, sob o norte da interpretação literal, resultariam em um voo do intérprete para fora do tipo, segundo Batista. Neste sentido, Batista defende que a participação deve ser interpretada a partir de concretas contribuições sob referências exemplificativas das formas monossubjetivas de participação estabelecidas na parte especial do Código (induzimento, instigação, auxílio – sob perspectiva concreta).

A premissa acima colocada por Batista é relevante também para a definição da participação culposa. Não é qualquer descuido que deve ser compreendido sob o conceito, mas apenas as condutas que revelem incontestemente previsibilidade de aproveitamento por outrem e já configurem, por si mesmas, riscos proibidos. Esses riscos devem ser manifestados como auxílios, instigações ou induzimentos. As contribuições devem ser concretas e voltados a um fato sob o qual o risco de realização do injusto é desconhecido ou pouco concretizável para o partícipe.

A doutrina que preconiza a imputação de autoria colateral a quem realiza contribuições mediatas para o fato culposo ou doloso de outrem não atribui valor algum nas suas conclusões à possibilidade de uma pessoa realizadora de risco proibido culposo poder cessá-lo supervenientemente, antes que ele se concretize pela conduta de um terceiro. A maior

---

<sup>742</sup> PERÉZ MANZANO, Mercedes. *La Impunidad de la Participación Imprudente en el Código Penal de 1995*. Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, n. 2, p. 217-253., 2005. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=76068](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=76068). Acesso em: 2 jul. 2019. p. 248.

<sup>743</sup> BATISTA, Nilo. *Op. Cit.* p. 44.

viabilidade de cessação de riscos que se realizam de modo mediato é relevante para visualizar-se a menor relevância típica das contribuições acessórias.

O cuidador de explosivos que cria um risco ao imprudentemente deixá-los acessíveis a terceiros pode atentar-se do erro e realizar comportamento que o cesse se não já tiver sido o risco proibido aproveitado por outrem. Há riscos que só causam resultado relevante de modo absolutamente dependente da intervenção de outro sujeito, sancioná-los como se autônomos fossem é, portanto, desfigurar arbitrariamente uma configuração fática inter-relacionada.

A desfiguração interpretativa de contribuições acessórias como principais pode acarretar, nos casos mais desastrosos, em julgamentos como o do caso *Vinader* na Espanha. Redigir artigos que supostamente teriam proporcionado elementos relevantes para que uma pessoa mate outra, na remota hipótese de configurar-se como risco proibido, jamais significará para qualquer cidadão a realização da conduta de “matar alguém”.

Demonstra-se, portanto, que é inegável a relevância da categoria dogmática da participação culposa para que as soluções jurídicos-penais se estruturam sob respeito ao princípio da legalidade. Negar a participação culposa como se se tratasse de um discurso garantista é uma falha e o caso *Vinader* a demonstrou na Espanha do modo mais infeliz, com uma condenação esdrúxula de um jornalista que escreveu um artigo como autor de um homicídio culposo.<sup>744</sup>

É estranho que parte da doutrina brasileira afirme uma inviabilidade lógica<sup>745</sup> da participação culposa, quando o próprio CPB tem uma modalidade típica sob estrutura absolutamente assemelhada à participação culposa, mas erigida à categoria de conduta de autor. Trata-se da previsão do peculato culposo.<sup>746</sup> Não obstante as peculiaridades que desperte a interpretação do referido tipo em espécie, certo é que ele mesmo demonstra que é possível uma concorrência culposa sob o comportamento de outrem. Em suma, essa espécie típica afirma a

---

<sup>744</sup> As observações feitas sobre o caso *Vinader* neste trabalho tem enfoque sobre o título da imputação atribuída no julgamento. O caso recebe críticas por não ter examinado também com prova segura a causalidade. Sob a base da teoria da imputação objetiva, na doutrina contemporânea, o método de avaliação do risco proibido em um caso como o citado, em que o desenvolvimento de atividade jornalística está em jogo, deve atribuir maior valor à liberdade de comunicação e jornalística. Uma análise sobre os limites da atividade no caso e em eventuais hipóteses semelhantes demandam investigações mais profundas.

<sup>745</sup> BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Editora Atlas. 2013. p. 729.

<sup>746</sup> Art. 312, do Código Penal Brasileiro - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa

[...] Peculato culposo

**§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem: (grifo nosso)**

Pena - detenção, de três meses a um ano.

viabilidade de um comportamento que possa ter correlação com o crime de outra pessoa, seja doloso ou culposo, sendo a contribuição antecedente do fato necessariamente culposa.

Ao longo do desenvolvimento e das críticas às concepções anteriores, já foram apresentadas razões compatíveis com o sistema do Direito Penal brasileiro, pelas quais se compreende adequado o implemento do instituto na realidade forense pátria, sem que para isso haja necessidade de qualquer alteração legal.

Por fim, como se pode diferenciar participação de autoria culposa? O que deve ser a base da diferenciação?

O primeiro elemento relevante de distinção entre autoria e participação culposas está na verificação da dependência que tem a participação de um comportamento mais lesivo por parte de outro interveniente no fato.

O partícipe só pode configurar uma contribuição dependente. Desse modo, nos delitos de resultado a teoria da determinação objetiva-positiva alcança bons resultados. No entanto, esta teoria tem um déficit de fundamentação para hipóteses omissivas porque ao delimitar apenas configurações positivas para a autoria, igualmente deve fazê-lo para a participação. Ambas formas de manifestação típica podem configurar-se de modos comissivos ou omissivos. A ideia de uma configuração fática positiva é uma premissa problemática porque afigura-se plenamente possível a participação omissiva, já que auxiliar não é um conceito naturalístico comissivo.

No caso em que alguém deixa sob encargo válido de outro a realização de um dever de cuidado e este segundo sujeito se esquece do dever, tem-se uma omissão que, a depender do caso, pode configurar risco penalmente proibido. Basta pensar novamente no sujeito que realiza atividade de cuidado de uma estação que armazena explosivos. Suponhamos que a atividade é prestada em determinado local por dois agentes, cujas delimitações de responsabilidade são precisas, há espaços de vigilância próprios de cada um. Um dos agentes deixa o serviço mais cedo e pede que uma sala de responsabilidade sua seja fechada pelo outro, como um mero favor. O sujeito que aceita de fato essa incumbência, sob ciência do que representa o cuidado da operação para bens jurídicos de terceiros, e deixa de realizar a atividade devida – ou seja, se esquece de fechar a porta – fazendo com que alguém possa se utilizar dos explosivos e lesar terceiros pode ser partícipe culposo nos eventuais injustos realizados.

A participação culposa tem como elementar a característica de injusto proibido acessório cujo risco é quantitativamente inferior, dada a dependência de contribuição futura de maior nível lesivo. A análise desse nível lesivo não há como ser matemática. Entretanto, compreende-se ainda assim que essa análise deva ser feita no plano da tipicidade. Robles Planas

indica, conforme se expôs, algumas contribuições que, em seu entendimento, via de regra configurariam a autoria, como (i) realização direta do tipo; (ii) definição do fato; e (iii) decisão de produção do delito. As duas últimas proposições são as mais problemáticas delas, pois diretamente relacionadas à fronteira entre a instigação e a autoria mediata.

Não nos parece que seja a mera definição do fato e a decisão de sua produção que caracterizem a autoria, pois o instigador realiza um tipo de contribuição que inaugura o processo causal lesivo e apresenta as motivações de propulsão à realização do fato. Embora o instigador possa definir elementos da realização fática e dar as diretrizes fundamentais sobre o início de um processo lesivo, o tipo de contribuição que presta ainda caracteriza um nível de risco materialmente insuficiente para aferir-se a autoria. A contribuição do instigador não aproxima a contribuição de outrem de modo manifesto à realização típica como princípio da execução, em delitos dolosos, nem constituiria já por si mesma um delito antecedente de perigo para eventuais resultados culposos. O instigador que contrata o matador de aluguel, por exemplo, por mais seguro que se sinta da aproximação do executor da realização fática está essencialmente sujeito à realização da configuração lesiva ou não pelo executor contratado, que ao agir sem limitações de liberdade pode de qualquer forma romper as expectativas postas na instigação.

Instigação e autoria mediata, embora possam ser fenomenicamente idênticas, distinguem-se pela maior indicação ou ingerência de realização do risco. A autoria mediata tem seus contornos essenciais no déficit de liberdade ou de conhecimento por quem realiza diretamente o fato, mas depende de noções materiais da ingerência aproximativa da realização fática, não há como se lhe fundamentar sem tal referência.

A instigação para que uma criança realize um homicídio empregando um instrumento lesivo complexo, como uma arma de difícil manejo, por exemplo, se não houver materialmente elementos indicativos da manifestação do risco, faz sucumbir por completo o sentido da suposição de domínio por quem realiza o fomento. De outro lado, se um inimputável apresenta materialmente todos elementos para apreciação adequada do fato que é fomentado a realizar, não há motivos razoáveis para dizer também que seja mero instrumento da pessoa de trás.

Díaz y García Conlledo, por exemplo, afirma que a autoria mediata mediante uso de inimputáveis não é definida pela inimputabilidade como uma presunção *iuris et de iuri*, com o que concordamos.<sup>747</sup> Essas ponderações e o conjunto de variáveis da fundamentação da autoria

---

<sup>747</sup> Segundo Díaz y García Conlledo, “uma coisa é a presunção legal para efeitos de irresponsabilidade penal do próprio menor e outra muita distinto é que essa presunção deva ter efeitos na hora de determinar se um sujeito tem instrumentalizado outro”. (DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Op. Cit.* 2008. p. 23).

mediata na teoria do domínio do fato de Roxin, por exemplo, são demonstrativos de que o elemento volúvel que antecede suas fundamentações é o grau maior de aproximação da realização do risco na autoria. Não é o que é dito pelo autor alemão, mas o que se interpreta da sua teoria.

A afirmação de que autoria e participação distinguem-se sob noções quantitativas da realização do risco típico estabelecido pelo enunciado típico proibitivo direto não tem qualquer incongruência com a noção conceitual de tipicidade. Em suma, o fato de que a avaliação não seja matemática não quer dizer que ela deva ser deslocada para o âmbito da pena como parece fazer crer Heiko Lesch.<sup>748</sup> No Direito, nada é matemático. Busca-se a maior segurança típica possível e noções de realização direta e mediata são importantes para isso, razão pela qual se erige a participação culposa à posição de categoria dogmática estrutural.

Há casos nos quais a distinção entre autoria e participação pelo critério de análise das competências traz resultados satisfatórios, normalmente quando há âmbitos de responsabilidades bem definidos, obrigações repartidas para diferentes pessoas em funções próprias. A competência preferente antepõe o sujeito responsável por determinado dever que tenha gerado um risco proibido como autor, mas pode falhar substancialmente ao supor que ninguém mais – que não tenha a competência - possa também ser autor nos tipos comuns.

Não obstante seja importante a análise dos deveres organizacionais para a definição das condutas, a interpretação do concurso pelo critério de competências não deve perder de vista a viabilidade do agente, em razão do seu conhecimento do fato ter maior ou menor viabilidade de evitação de resultados cujos riscos lhe sejam previsíveis e compreendidos. A análise baseada nas competências serve para a percepção de que, em regra, quando a realização direta implicar a manifestação de um risco culposo decidido sob um âmbito hierarquicamente maior, em estruturas empresariais cujos agentes da ponta pouca ou nenhuma influência tenham sobre as tomadas de ação, sob seus comportamentos deverão recair ou uma proibição de regresso ou, no máximo, imputação como participação.

Não é sempre que quem não tem a competência preferente será necessariamente partícipe. É possível que um risco culposo seja desenvolvido no mesmo nível típico sobre uma conduta antecedente proibida realizada por quem tinha competência preferente. Quem serve alimentos em domicílio e toma ciência, por via segura, de que a comida comercializada pelo restaurante está contaminada, não está isento de responsabilidade penal, nem somente poderá ser responsabilizado como partícipe. O chefe de construção e os pedreiros de uma grande

---

<sup>748</sup> LESCH, Heiko H. *Op. Cit.* p. 947.

construtora que empregam vigas quebradas em um prédio que posteriormente desmorona são tão autores quanto os grandes empresários que os contrataram e ordenaram a compra e realização do empreendimento com péssimos materiais sob conhecimento das circunstâncias. Em casos assim, a aferição do grau lesivo é tão alta que o comando normativo típico direto se aplica aos intervenientes, no caso exemplificado sob imputação possivelmente dolosa.

Um posicionamento diferenciador consequente não pode desconsiderar a ingerência lesiva maior do autor, nem pode desconsiderar que, por vezes, a configuração fático-normativa fará com que um injusto se subsuma diretamente a quem teria em tese uma obrigação menor de cuidado estabelecida organizacionalmente.

## **6.2. Efeitos da distinção aplicável a agentes nos crimes culposos no Direito Penal brasileiro**

Muitas vezes, o título da intervenção influi diretamente no modo como se aplica a pena, nas denominações atribuídas pelo legislador e nos conceitos doutrinários criados a partir da interpretação legal.

Nada há de absurdo em dizer que a tipicidade leva em conta critérios quantitativos, tanto é que conceitos como princípio da insignificância e adequação social da conduta são levados em conta na aferição típica. Não existem razões também para supor que critérios quantitativos não influam também sobre a delimitação das formas de manifestação típica – autoria e participação.

O sistema jurídico é construído sob referências semânticas dos conceitos aplicados, o que torna substancialmente problemático denominar certas contribuições como um conceito único de autoria inicialmente, para depois denominá-las sob outro modo para outros efeitos, destacadamente para a aplicação da pena. Trata-se de uma incongruência por vezes verificada em elaborações doutrinárias unitárias.

Um exemplo da relação forte entre definição típica e pena, no concurso de pessoas, pode ser referida sob um cotejo entre a participação de menor importância com o fundamento da figura central do acontecer típico dado por Roxin, conforme fundamentado no tópico 2.4.2.

A autoria revela sim a figura central do acontecer típico e, se assim o é, como poderia haver uma conduta assim manifestada tipicamente, cuja pena permitisse a gradação para ser sancionada como “participação de menor importância”? A incongruência semântica seria substancial. Em verdade, não se teria como realizar ponderações valorativas necessárias que

pretendem os autores adeptos do sistema unitário.<sup>749</sup> Trata-se apenas de um exemplo demonstrativo da dificuldade desses arranjos corretivos na pena em um sistema que pretenda partir de um parâmetro unitário. O exemplo é baseado na premissa atribuída a Roxin para todas formas de autoria e que é obscurecida na sua proposição atualmente unitária para o crime culposos.

Parte da doutrina brasileira entende que o conceito de participação de menor importância poderia abarcar qualquer espécie de contribuição típica. Entretanto, há problemas facilmente identificáveis para a aplicação da minorante sob essa fundamentação.

Mariana Tranchesi Ortiz, por exemplo, defende a aplicação da minorante da participação de menor importância para o partícipe *extraneus* nos delitos especiais, já que o injusto que realiza não tem em face de si o mesmo grau de desvalor caracterizado pela violação do dever funcional.<sup>750</sup>

Alaor Leite entende que a interpretação de Ortiz é uma saída inteligente para a grave consequência decorrente do art. 30, do CP, nos delitos funcionais, mas pondera que nem sempre a participação do *extraneus* seria de menor importância, em termos de relevância fática no delito especial.<sup>751</sup> Alaor Leite sugere que poderia dar-se outra exegese nos delitos especiais à minorante, de modo a fazer valer o entendimento de que necessariamente a noção de dever tornaria qualquer outra contribuição por quem não o tem como de menor importância.

A interpretação a aplicabilidade do redutor da participação de menor importância ai *extraneus* envolve outra problemática relevante e exegeses como as propostas acima não encontram absolutos impeditivos normativos. Contudo, deve-se notar que na dogmática penal apenas uma parcela das participações em sentido estrito, que revelam menor ingerência fático-lesiva, são de menor importância. A minorante já têm interpretação restrita para formas menos graves de participação em sentido estrito, qual seria então a extensão da aplicação para hipóteses de autoria? A exegese unitária para crimes funcionais culposos até parece ter maior viabilidade de acolhimento diante da nítida queda de desvalor ao *extraneus*, mas ainda há grande dificuldade de imersão da tese de aplicabilidade da participação de menor importância a hipóteses ordinárias de autoria (em sentido amplo) culposa. O dispositivo se torna no crime culposos um mero adorno legal em meio à aplicabilidade do sistema unitário.

---

<sup>749</sup> Os problemas desse raciocínio na dosimetria já são elucidados nos tópicos 2.4, 2.4.1 e 2.4.2.

<sup>750</sup> ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Op. Cit.* p. 211.

<sup>751</sup> LEITE, Alaor. *Domínio do fato, Domínio da Organização e Responsabilidade Penal por Fatos de Terceiros*. In: LEITE, Alaor; GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como Domínio do Fato*. 2014. p. 155).

No tópico 2.4, são expostas em detalhes outras razões pelas quais nos parece que a mais adequada interpretação sobre a participação de menor importância figura como uma das razões de defesa do sistema diferenciador aplicável a crimes culposos.

Como razões finais, elenca-se que os efeitos discursivos e concretos mais relevantes no Direito Penal brasileiro para acolhimento do sistema diferenciador culposos são os seguintes: a) maior concretização do princípio da legalidade nos injustos culposos; b) permitir a gradação entre comportamentos principais e acessórios já sob o âmbito legislativo; c) projetar uma linguagem dogmática não contraditória para o reconhecimento da participação de menor importância; e d) atribuir maior importância aos conceitos de autoria e participação não os limitando a espaços estreitos da dosimetria nos moldes esquematizados pelo CPB e pela aplicação jurisprudencial.

### **6.3. Resolução dos casos**

Neste subitem, por fim, realiza-se a resolução dos casos apresentados ao final da introdução:

#### **1) Caso de atropelamento imprudente no trânsito cujas lesões se realizam em face de terceiro e em face de quem contribui para o injusto**

No caso 1, apresenta-se caso clássico pelo qual se costuma exemplificar a participação culposa. No tópico 5.2.1, ao analisar exemplo semelhante dado por Luzón Peña, afirmamos que há hipóteses nas quais, embora haja incremento do risco pelo interveniente no fato, o âmbito de responsabilidade pelo autor, em razão do modo de realização fática, deve ser de seu exclusivo pertencimento.

No caso em que simplesmente se estimula alguém a ter comportamento imprudente na direção de veículo automotor, tal como explicitado no caso 1, deve haver incidência da proibição de regresso de modo a excluir a responsabilidade de quem realiza mera conduta de contribuição.

O fato de que muitos defensores da viabilidade da participação culposa admitam casos como este como comportamentos puníveis parece ser uma das razões pelas quais muitos autores interpretam, em nossa compreensão equivocadamente, que a participação culposa seria um

alargamento ou expansão indevida do Direito Penal sobre riscos não extensíveis a uma conduta acessória.<sup>752</sup>

No caso 1, o comportamento de A é atípico porque a aplicação adequada da teoria da imputação objetiva exige uma clara demonstração de risco proibido para que qualquer comportamento seja considerado injusto. A proibição deve ter alcance claro para imputação sobre qualquer interveniente. Embora todo cidadão comumente saiba alguns dos deveres mais básicos no trânsito, há muitas razões para compreender a existência de deveres específicos imputáveis apenas a quem está na condução de veículo automotor.

Entre essas razões, é possível citar o caráter personalíssimo da habilitação, todo processo educativo dirigido exclusivamente a pessoas que se habilitem, o caráter dinâmico de avaliação de riscos sob o controle de um automóvel, os quais envolvem percepções momentâneas pessoais sobre a existência e o alcance dos riscos no trânsito. É muito trivial a possibilidade de estímulos de ultrapassagens perigosas compreenderem riscos dos quais um passageiro sequer pode objetivamente compreender. Estas razões não possuem relação somente com um grau subjetivo de avaliação do risco, mas chegam ao nível de estabelecer âmbitos de responsabilidade, de modo a fundamentar a incidência da proibição de regresso, na hipótese, sobre a conduta de 'A'.

Apesar da impunibilidade do comportamento, ainda a estruturação de participação e autoria é relevante no caso 1, para que se possa compreender a conjugação das condutas dirigidas em grau diverso a um mesmo contexto antinormativo, de modo que seria absolutamente incabível supor a responsabilidade de 'B' (motorista) em face da morte de 'A' (instigador da ultrapassagem arriscada). 'A', ao realizar comportamento característico da participação de modo a provocar a conduta de 'B', sob uma perspectiva *ex ante* é quem influi para um risco não permitido desenvolvido sob maior grau lesivo por meio da conduta de 'B'. 'A' se autocoloca em risco por meio da participação no fato, embora sua contribuição não seja jurídico-penalmente relevante.

Se 'A' contribui relevantemente para sua própria morte, não deve o injusto de 'B', sob unidade de sentido, ser extensível no que tange à morte de 'A'. Seria absoluta incoerência do Direito Penal admitir que um mesmo sujeito possa ser, ao mesmo tempo, partícipe e vítima de um mesmo fato.

Conclui-se que, no caso 1, 'B' responde exclusivamente pelo homicídio culposo de 'C', motorista do veículo com o qual colide.

---

<sup>752</sup> É como argumenta, por exemplo, Juarez Tavares, na doutrina brasileira. (TAVARES, Juarez. *Op. Cit.*. 5ª ed. – Florianópolis [SC]: Tirant lo Blanch, 2018. p. 507 e ss).

## **2) Caso de realização de lesão culposa configurada omissivamente, em contexto de nocividade intrínseca, sob participação de terceiro não competente pelo risco**

O caso 2 trata da hipótese de um homicídio culposo realizado por risco proibido desencadeado em virtude da ausência de revisão de brinquedo perigoso (roda gigante) em parque de diversões.

‘A’ tinha por incumbência realizar a manutenção dos brinquedos perigosos do parque e deixa de fazê-lo. Antecede sua conduta a ação do supervisor, ‘B’, que havia lhe incumbido das tarefas de manutenção, além disso um tesoureiro do parque, ‘C’, contrapunha-se à informação dada por ‘B’, afirmando, por engano, que a roda gigante que demandava manutenção, já havia passado pelo procedimento durante a semana, quando isso não havia ainda ocorrido.

A princípio, o que aparece manifestamente na estrutura das incumbências relativas aos sujeitos é que ‘A’ e ‘B’ claramente guardam uma relação hierárquica na gestão de riscos, enquanto que ‘C’ está em um contexto inerente a outras obrigações (de ordem financeira).

A contribuição de ‘C’ para o fato, mediante engano, sob uma adequada análise das obrigações impostas a cada sujeito, deveria suscitar em ‘A’ a necessidade de desoneração de um dever de informação a partir da retirada da dúvida com o supervisor, ‘B’. Ao não se desonerar desse dever de informação, a conduta de ‘A’ configura ainda um risco proibido, na medida em que se omite em face de obrigação adequadamente imposta por seu supervisor, que não é superada pela informação transmitida por alguém cuja incumbência não é atinente ao risco em questão.

O comportamento de ‘A’ é caracterizado pelo dever de cuidado sob o brinquedo perigoso enquanto fonte de perigo pertinente a seu comportamento e também há clara possibilidade de ação a partir do momento que toma ciência da informação errônea transmitida por ‘C’, a qual deveria ter checado com seu supervisor. ‘A’ é, portanto, autor culposo, na medida em que o grau de risco situado na sua conduta permite a inferência de que o resultado desencadeado era e devia ser evitado por comportamento seu relacionado a dever imposto à sua pessoa. Nota-se, com isso, a ausência de incompatibilidade entre conceitos relativos à dominabilidade causal do risco e competência, conforme aponta Cuello Contreras<sup>753</sup>, para se conceituar a autoria culposa.

O comportamento de ‘B’, por sua vez, é penalmente indiferente, pois havia transmitido corretamente a ‘A’ o dever de realizar a manutenção do brinquedo, tarefa que não é cumprida

---

<sup>753</sup> CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Dominio e Dever como fundamento común a todas las formas de autoría y modalidades del delito. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/792.pdf>. Acesso em: 12 de julho de 2019. 2011. p. 12.

por responsabilidade do autor em decorrência de uma informação errônea de sujeito sem incumbência relacionada ao risco realizado no resultado.

‘C’, por sua vez, deve ter, para análise da sua responsabilidade, primeiramente a aferição da existência ou não do comportamento proibido. O erro que o leva a transmitir a equivocada informação a respeito de uma inexistente manutenção da roda gigante acrescida a circunstância de que não seria da sua incumbência a gestão do risco devem fazer recair sob sua conduta a proibição de regresso? Ou se trata de uma hipótese de participação culposa punível?

A princípio, a conduta de ‘C’ implica em uma intervenção sob âmbito de risco que não lhe diz respeito e não traz qualquer elemento impeditivo a que ‘A’ conferisse a informação naturalmente em face de superior responsável em grau hierarquicamente maior pelo âmbito dos riscos dos brinquedos perigosos. Isto poderia fazer inicialmente pensar que se deveria aplicar a proibição de regresso. Entretanto, conforme afirma Jakobs<sup>754</sup>, nos contextos de periculosidade intrínseca, como é o contexto relacionado à brinquedos que manifestem alto potencial lesivo em caso de mau funcionamento, em regra, a proibição de regresso não incide. Conforme se sustentou nos capítulos antecedentes, há limites para a aplicação deste instituto, que barra a responsabilidade penal sob uma lógica de competência a partir de âmbitos de responsabilidade ou por ausência de nocividade *ex ante* no significado objetivo do comportamento.

No caso em questão, o risco de uma informação prestada de modo equivocado se faz em contexto de periculosidade intrínseca. A intervenção de ‘C’ é realizada como contribuição de agente cuja competência não guarda relação com o setor de risco, mas que invade a seara do risco proibido ao agir de modo a objetivamente vincular seu comportamento ao fato. O risco da sua contribuição apresenta-se diante de si, todavia, sob menor grau, caracterizando-se pela dependência de um comportamento futuro para realização de resultado. Portanto, a contribuição de “C” realiza risco proibido e constitui participação culposa.

### **3) Caso de participação culposa configurada omissivamente em face de autoria culposa também omissivamente configurada**

No caso 3, ‘A’, diretor responsável pela gestão de uma barragem, figura como autor culposo do homicídio de ‘D’, que bebe água contaminada como resultado do lançamento de resíduos da ruptura da barragem, e autor doloso de delito de poluição, dada a afetação da margem de rio e de reserva ambiental. Trata-se de hipótese em que ‘A’ não apenas detinha a

---

<sup>754</sup> JAKOBS, Gunther. *Op. Cit.* 3ª edição. 2010. p. 67.

competência para agir, mas viabilidade de ingerência causal de modo a fazer cessar o fator de risco que já se lhe apresentava diante das notificações realizadas por 'B'.

Nota-se, contudo, que o risco de rompimento da barragem, no caso concreto, apresentava fatores contraindicativos da causação de resultado gravoso como a morte de 'D'. Frise-se que a margem do rio ficava distante do local no qual a represa rompe, o que tornava objetivamente menos provável, mas não impossível, o alcance dos resíduos tal como ocorrido e, além disso, também o local em que se origina o processo lesivo se apresentava distante de áreas povoadas. Não se pode, todavia, afirmar que a morte de 'B' é um mero fortuito. Apesar do risco menor de contaminação do rio e de lesões de terceiros, sob prisma objetivo *ex ante*, ainda remanescia fatores de exposição dos bens jurídicos afetados de modo a fundamentar-se criação de risco não permitido culposo.

'B', engenheiro responsável pelas notificações de segurança relativas à barragem, realiza o comportamento de partícipe culposo em relação ao homicídio e é partícipe doloso do delito de poluição. Para a realização da morte de 'B', visualiza-se que o risco se apresenta de modo ainda mais remoto em face da contribuição do engenheiro do que da contribuição do diretor, pois o engenheiro 'B' não detém a gestão do risco inerente à barragem, e também não detém a viabilidade de ingerência direta de evitação do resultado. Assim, 'B', a partir dos elementos apresentados na hipótese, poderia apenas notificar codiretores coobrigados a realizar uma intervenção obstativa dos resultados lesivos tal como ocorreram. Disso se extrai a característica notável da dependência da contribuição de outros para a concretização de relações entre a conduta de 'B' e os resultados, em uma perspectiva de influência sob a configuração concreta.

O risco proibido de 'B', no caso em questão, está em justamente não se desincumbir da obrigação de notificações aos corresponsáveis pelo risco da barragem, tendo em vista a inércia de 'A' após uma primeira notificação e a previsão expressa desse dever diante da omissão do diretor 'A'. Ocorre que essa contribuição de 'A' só tem aptidão a provocar efeitos de evitação do resultado mediante a ação dos coobrigados em decorrência das notificações. Ou seja, 'B' depende de outros para configurar ingerências de evitação do resultado, caracterizando-se, portanto, participação culposa sobre o homicídio culposo imputado a 'A'.

Na hipótese, os riscos relativos ao delito de poluição, por outro lado, são escancarados em face de 'A' e de 'B', não apresentavam contraindicativos ou elementos de menor probabilidade de realização em caso de rompimento da represa. A represa já é localizada no exemplo em lugar próximo a uma reserva ambiental, o que implica em maior grau de conhecimento da viabilidade de resíduos atingirem o meio ambiente *in loco*.

#### 4) A participação dolosa no fato culposo

No caso 4, pode-se observar a relevância de compreender autoria e participação como conceitos decorrentes de uma valoração analítica do grau do risco e o conhecimento relacionado a essa dimensão.

Nota-se que, no caso, a pessoa que contribui para o homicídio supunha o conhecimento da idoneidade letal da substância ministrada à vítima por parte de quem realiza diretamente o fato. Não havia tal conhecimento, entretanto.

Na hipótese, são deficitárias a cognição do risco pela pessoa que diretamente o realiza no resultado, caracterizando-se a menor dimensão quantitativa do risco típica da culpa, assim como é deficitária a ingerência da pessoa de trás sobre o comportamento realizado, configurando-se menor condução do risco de realização do fato dependente da contribuição de outrem. É aferível, assim, participação dolosa na conduta da pessoa de trás. Em uma perspectiva *ex ante*, em razão da afetação desse grau de ingerência no fato por 'B', 'A', por razões múltiplas, poderia deixar de praticar, de modo nada remoto, a entrega da substância.

'A', embora não soubesse do caráter letal do medicamento no caso suposto, age culpavelmente. Diante das circunstâncias indicativas de que 'A' já havia planejado anteriormente a morte de 'C', era absolutamente previsível que o medicamento obtido de 'B' pudesse ser uma substância nociva. O menor conhecimento de 'A', interpretado principalmente do desconhecimento da nocividade da substância lhe deve tornar responsável por homicídio culposo.

'B', por outro lado, age sob amplo conhecimento do risco em questão em relação ao resultado causado, o que lhe permite imputação de conduta dolosa. No entanto, não se pode afirmar que tivesse 'B' alto grau de ingerência ou mesmo atuasse de modo a conduzir objetivamente a situação determinando o resultado. Quem realiza o resultado direto, no caso, não está sendo efetivamente instrumentalizado por 'B', mas age em um déficit de compreensão do fato por culpa própria e pela omissão de informação prestada por B por uma errada presunção, no sentido de que 'A' sabia exatamente o que estava a fazer. A omissão da informação da substância por 'B' é gravíssima, mas não permite afirmar sua ingerência lesiva como próxima da realização do resultado.

Era previsível para 'A' que 'B' ainda pudesse pensar na realização do plano concebido em momento mais remoto, consistente em dar cabo à vida de 'C'. O erro, portanto, não é propriamente consequência de um déficit de responsabilidade no realizador direto da conduta desencadeado pela pessoa de trás, caso em que se tornaria autoria mediata.

Diante da constatação de que o erro não é imputável, pelo menos não em maior medida, à pessoa de trás, a contribuição acessória que co-configura o fato é uma participação dolosa em crime culposo. Importa lembrar, por fim, conforme preconiza Peñaranda Ramos<sup>755</sup>, que o fato delitivo não é um conceito natural, por consequência, pode e deve ser valorado atribuindo-se os resultados valorativos adequados à cada interveniente. O concurso de pessoas é sobre o fato delituoso, não sobre um título objetivo ou subjetivo de imputação já valorados e apenas identificados pelo jurista em uma espécie de leitura de um acontecimento descritivo.

Assim, apesar da acessoriedade no fato, nada impede que, embora a conduta de ‘A’ siga o marco penal do delito culposo, a conduta de ‘B’ siga o marco penal da modalidade típica homóloga dolosa. A acessoriedade objetiva é ao fato e não transmissiva da imputação subjetiva inerente a cada conduta.

---

<sup>755</sup> PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Concurso de Leyes, Error y Participación en el delito*. Madrid: Civitas, 1991. p. 31 e ss.

## 7. CONCLUSÕES

1. Não há impedimento dogmático nem óbice legal à viabilização da diferenciação entre autoria e participação no crime culposos no Direito Penal brasileiro.

2. A teoria dos tipos penais abertos gera para a doutrina brasileira uma falsa e insubsistente noção de que o tipo culposos não comporta diferenciação diante de uma menor concretude da matéria proibida. É um equívoco essa premissa porque a menor densidade de enunciados típicos também está presente em delitos dolosos meramente resultativos. Entre o crime doloso e o crime culposos não há uma diferença de natureza que faça derivar a aplicabilidade de sistemas diametralmente distintos no concurso de pessoas e impedir no plano típico a distinção entre autoria e participação culposa.

3. A suposta “homogeneidade de elementos subjetivos do tipo” como fundamento do concurso de pessoas não subsiste como elemento impeditivo da participação culposa em delito doloso ou da participação dolosa em crime culposos. A acessoriedade é objetiva e não transmissiva de elementos subjetivos. Além disso, culpa e dolo são formas de imputação, extraída de fatores fáticos na relação com a compreensão dos agentes. Em suma, dolo e culpa não são os elementos fundadores de interligação de vontades para realização de um fato.

4. O elo entre um injusto penal e um injusto principal é fundamentado objetivamente. Assim, a acessoriedade fundamenta-se como risco proibido de instigar ou auxiliar fatos caracterizados por uma mesma codirigibilidade normativa, ou seja, um único processo lesivo aferido a partir de riscos relativos a mesmos bens jurídicos e que se desenvolvem uns sobre os outros, sob mesma cadeia lesiva.

5. A coautoria não se fundamenta em acordos em sentido psicológico, pois se assim o fosse o Direito Penal estaria limitado a guiar suas conclusões por meros estados mentais. O que lastreia a imputação recíproca na coautoria é o fato de haver ações comunicativamente relevantes de maior grau lesivo típico sob um contexto normativo.

6. Autoria e participação configuram riscos proibidos. Situada nas bases de um sistema que parta do conceito extensivo de autor, a fundamentação da participação culposa não figurará como um conceito ampliativo da responsabilidade penal, mas será uma forma de

delimitar riscos proibidos culposos menos graves e dependentes de outros riscos. Trata-se de um conceito de garantia para não situar riscos necessariamente indiretos no mesmo plano de outros riscos que podem se realizar diretamente no resultado.

7. O sistema unitário culposo faz com que contribuições antecedentes que se fossem dolosas seriam atos preparatórios do delito se configurem como condutas de autor em um tipo de injusto menos grave. Desse modo, a negação da participação culposa influi para violações do mandado de determinação da norma penal, tornando o delito culposo um risco proibido de qualquer nível.

8. Não há razão para que a doutrina alemã majoritária dite os rumos do debate quanto a viabilidade da participação culposa na realidade nacional, tendo em vista a substancial diferença dos parâmetros de direito positivo. Apenas o *StGB* impede a participação culposa por previsões legais expressas, não o Código Penal Brasileiro.

9. A participação culposa tem como elementar a característica de injusto proibido acessório cujo risco é quantitativamente inferior, dada a dependência de contribuição futura de maior nível lesivo.

10. A forte ingerência de determinado agente na configuração da realização do injusto é um elemento indicativo da autoria. O conceito não se confunde com meras influências para realização de fato doloso ou culposo ou com contribuições determinantes para o delito. A forte ingerência na configuração do injusto caracteriza-se por projetar um estado de aproximação lesivo tão alto que equivalerá ao início de execução nos crimes dolosos ou se configurará por comportamentos representativos dos riscos proibidos mais acentuados nos delitos culposos, geralmente caracterizados pela possibilidade de verificação direta do resultado sem a interferência de outros.

11. A proibição de regresso não inviabiliza punições culposas antecedentes de contribuições dolosas.

12. Um sistema diferenciador no plano típico importa para dar concretude ao mandado de determinação das normas penais, ainda que em uma perspectiva aproximativa, tendo em

vista a complexidade para atribuição da imputação da autoria em delitos cuja descrição é caracterizada predominantemente pelo resultado.

13. O sistema diferenciador também é importante para que não se desencadeie incoerências semânticas entre as fundamentações de autoria no âmbito do tipo e no âmbito da pena. Neste contexto, compreende-se como problemático pensar ao mesmo tempo autoria como espécie de contribuição principal por excelência e compreender que seja possível que sob ela incida a participação de menor importância.

14. A diferenciação entre autoria e participação culposa influi positivamente abrindo margem para a viabilidade da participação culposa de menor importância, sem incoerências discursivas na fundamentação da aplicação da pena no crime culposos.

15. No atual ordenamento jurídico-penal, o reconhecimento da participação culposa e da participação no crime culposos não demandam alteração legislativa. O reconhecimento do sistema diferenciador aplicável também a crimes culposos tem importância destacada para que o nível de contribuição das condutas típicas (principais e acessórias) e a própria configuração da manifestação da conduta para o injusto não fiquem restritas às margens estreitas da dosimetria da pena, do modo como atualmente pensada por doutrina e jurisprudência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Leonardo Augusto de Almeida. *Da Participação de Menor Importância*. Curitiba: Juruá, 2012.

ALEMANHA. *Strafgesetzbuch*, 32ª ed, Deutscher Taschenbuch Verlag, C.H. Beck, Munich, 1998. Tradução ao espanhol por Cláudia López Diaz. p. 10. Disponível em: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj\\_20080609\\_13.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf). Acesso em: 10 de março de 2019.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do Domínio do Fato*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ARGENTINA. *Código Penal de la Nación Argentina*. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>. Acesso em: 10 de março de 2019

BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: parte geral*. Trad. André Estefam. Malheiros Editores: São Paulo, [1999] 2005

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal – Parte General*. Temis: Santa Fe de Bogota, Colombia. 1996.

BARRETO, Tobias. *Mandato Criminal*. In Estudos de Direito. Lammert & C – Editores proletários. Rio de Janeiro, 1892. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

BATAGLINI, Giulio. *A Interrupção do nexo causal*. Campinas: LZN Editora, [1954] 2003.

BATISTA, Nilo. *Concurso de Agentes*. 4ª ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2008.

BAUMANN, Jurgen. *Derecho Penal – Conceptos Fundamentales y Sistema*. 4ª ed. Ed. Depalma: Buenos Aires, 1972.

BELING, Ernst v. *Esquema de Derecho Penal – La doctrina del delito-tipo*. [1930]. 2002. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002.

BIDASOLO, Corcoy. *El Delito Imprudente – Criterios de Imputación del Resultado*. 2ª ed. Editorial B de F: Buenos Aires, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. Saraiva: 2011.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito Penal – Parte Geral*. Belo Horizonte: DelRey, 2007.

BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría Mediata en Derecho Penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 4ª edição. volume 1. São Paulo: Atlas, 2015

BRASIL. Legislação Informatizada - DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - Exposição de Motivos) Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>. Acesso em: 06/07/2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 ago. 2019.

BRUNO, Aníbal. *Crimes Contra a Pessoa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

BUSSADA, Wilson. *Direito Criminal nos Tribunais – A.C – Brasiliense Coleções*. São Paulo: Brasiliense, 1991.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. *A teoria do concurso de pessoas – Uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação*. Marcial Pons, 2018.

\_\_\_\_\_. O concurso de pessoas na reforma do Código Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 241, p. 12-14., dez. 2012. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=98398](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=98398). Acesso em: 22 nov. 2019. P. 14.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas Básicas de la Teoría de La Imputación Objetiva*. 1ª ed. Madrid: Ed. Jurídicas Cuyo, 2004.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, vol. 1. Parte Geral. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011..

CARVALHO, Salo de. *Critérios para cálculo da pena-base: ponto de partida, termo médio e regras de quantificação*. In: *SENTENÇA criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Coordenação de Américo BEDÊ JUNIOR, Gabriel Silveira de Queirós CAMPOS. Salvador: JusPODIVM, 2017. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=152231](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=152231). Acesso em: 3 jan. 2020. p. 491-509.

CHILE. *Código Penal*. Núm. 2561. Santiago, Noviembre 12 de 1874. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>. Acesso em: 10 de março de 2019.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*. 4ª edição. ICPC. LumenJuris. 2005.

COLÔMBIA. *Código Penal*. Ley 599 de 24 de julio de 2000. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Penal\\_Colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Colombia.pdf). Acesso em: 10 de março de 2019.

COSTA E SILVA, Antônio José da. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. 1. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial: Superior Tribunal de Justiça, Companhia

Editora Nacional. [1930] 2004.. Companhia Editora Nacional. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial: Superior Tribunal de Justiça, [1930] 2004.

COSTA JÚNIOR, Heitor. *Teoria dos Crimes Culposos*. Rio de Janeiro: L. Juris, 1988.

DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La Autoría en Derecho Penal*. 1ª ed. Barcelona: PPU, 1991.

\_\_\_\_\_. *La Influencia de la teoría de la autoría de (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas*. Revista Nuevo Foro Penal. Vol. 7, Nº 76, enero-junio, 2011, pp. 15-48

\_\_\_\_\_. *Autoría y Participación*. Revista de Estudios de la Justicia. Nº 10. 2008. Disponível em: [http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej10/DIAZ\\_Y\\_GARCIA.pdf](http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej10/DIAZ_Y_GARCIA.pdf)

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral – 6ª ed.* – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

\_\_\_\_\_. *O concurso de pessoas*. Ciência penal, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 79-105., 1981. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=20989](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=20989). Acesso em: 2 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Reforma Penal Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

ESPAÑA. Código Penal. Aprobado por LO/1995, de 23-11; corrección de errores BOE 2-3-1996. Disponível em: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\\_20121008\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf). Acesso em: 12 de set. de 2017

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo Jose. *Resultado Lesivo e Imprudencia* – Estudios sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado. José Maria Bosch Editor: Barcelona, 2001.

\_\_\_\_\_. *La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el Derecho Penal Español*. 1997. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo e outros. *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales em Memoria del Professor José Manuel Valle Muñiz*. Editorial Arazandi: Navarra, 2001.

\_\_\_\_\_. *Autoria e Participação em Organizações Empresariais Complexas*. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Cuestiones Atuales de Derecho Penal Economico*, ed. B de F. 2009. Trad.: Vania Costa Ramos e revisão de Augusto Silva Dias. Revista *Liberdades*, nº 9 – jan/abril 2012. Disponível em: [http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=114](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=114).

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón* – Teoría del garantismo penal. Edt Trotta: Madrid, 1995.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A Co-Delinquência no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Buthasky, 1976.

FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal* – Introducción y Parte General. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 1998.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Lições de Direito Penal: parte geral – 5ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FRANK, Reinhard, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. [1907] Buenos Aires: Editorial IB de F, [1907] 2002.

FROMMEL, Monika. *Los Orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel*. Trad. de Francisco Muñoz Conde. 1989. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46350.pdf>

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral – 12ª ed*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, volume I, Tomo I. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010 [1951].

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho Penal*. 3ª ed. Editorial Tecnos: Madrid, 1990.

\_\_\_\_\_. ORDEIG, Gimbernat. *Autor y Complice en Derecho Penal*. Reimpressão. B de F: Montevideo – Buenos Aires, 2007.

\_\_\_\_\_. *Fin de Protección de la Norma e Imputación Objetiva*. ADPCP. Vol. LXI, 2008.

\_\_\_\_\_. *A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad*. Nuevo Foro Penal. n. 82, janeiro-junho de 2014.

GOMES, Luiz Flávio. In: PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal – Parte Geral*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato*. Coleção Direito Penal e Criminologia. Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís. *Dolo sem vontade*, In: Silva Dias et ali (coords.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 885-905.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 3ª edição. Editora Impetus: Rio de Janeiro, 2003.

HERNANDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La Autoria Mediata en Derecho Penal*. Granada, 1996.

\_\_\_\_\_. *Imputación Objetiva versus Dominio del Hecho*. Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, n. 2, p. 175-215., 2005. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=76066](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=76066). Acesso em: 01 out. 2019.

HIRSCH, Hans Joachim. *Sobre lo Injusto del Delito Imprudente*. Revista de Derecho Penal y Criminologia, 2ª Época, n. 16 (2005).

HORMAZABAL MALAREE, Hernan; BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. II. Edit. Trotta: Madrid, 1999.

HORTA, Frederico. *Elementos Normativos das Leis Penais e Conteúdo Intelectual do Dolo*: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

HRUSCHKA, Joachim. *Prohibición de Regreso y Concepto de Inducción*. Consecuencias. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 5, 2000. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174143>. Acesso em: 01 de março de 2019.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, vol. I, tomo II: arts. 11 ao 27. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons: Madrid, 1995.

\_\_\_\_\_. *A imputação objetiva no Direito Penal*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Crítica à teoria do domínio do fato*. Coleção estudos de Direito Penal. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. *La Imputación Penal de la Acción y de la Omisión*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gomez Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

JESUS, Damásio E. de, *Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas*. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal*, vol. I: Parte Geral. – 32ª ed.- São Paulo: Saraiva, 2011. Pgs. 464-465

JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Principios de Derecho Penal - La Ley y el Delito*. 3ª ed. Edit. Sudoamericana: Buenos Aires, 1958.

LEIRIA, Antônio José Fabrício. *Autoria e participação criminal*. São Paulo: Davidip Editores, 1974.

LEITE, Patrícia Kauark. *Causalidade e Teoria Quântica*. *Revista Scientiæ Studia*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 165-77, 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1678-31662012000100007](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-31662012000100007)

LESCH, Heiko H. *Intervención Delictiva e Imprudencia*. 1995. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46484.pdf>. Acesso em: 14 de março de 2019.

LISZT, Franz v. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F Briguiet & C. 1899.

LUZÓN PEÑA, Diego M. *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*. Tirant Lo Blanch: Madrid, 2012.

\_\_\_\_\_. *La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría em delitos dolosos e imprudentes de resultado.* 1987.

\_\_\_\_\_; DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Determinación Objetiva y Positiva del Hecho y Realización Típica como Criterios de Autoría.* Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares, 1998-1999, vol. 8, p. 53-[88].

MARTINELLI, João Paulo Orsini; SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Lições Fundamentais de Direito Penal: parte geral – 4ª ed.* São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MELLO, Sebastián Borges Albuquerque de. *O Conceito Material de Culpabilidade.* JusPodivm: Salvador, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito Penal do Inimigo*; tradução de Karyna Batista Sposato – Juruá, 2012.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General.* 8ª ed. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2010.

NORONHA, Magalhães. *Do Crime Culposos.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*, volume 1. 38ª edição, rev. e atual. por Adalberto Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado.* São Paulo: Edit. Revista dos Tribunais, 2012.

NUÑEZ, Ricardo C. *Manual de Derecho Penal – Parte General.* 4ª ed. 1999.

ORTIZ, Mariana Tranches. *Concurso de Agentes nos Delitos Especiais.* 1ª edição. São Paulo: IBCCrim, 2011.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Concurso de leyes, Error y Participación en el Delito.* 1ª ed. Madid: Cuadernos Civitas, 1991.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Autoría y Participación Imprudente en el Código Penal de 1995.* 1ª ed. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.

\_\_\_\_\_. *La impunidad de la participación imprudente en el Código Penal de 1995.* Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, n. 2, p. 217-253., 2005. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=76068](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=76068). Acesso em: 2 jul. 2019.

PIERANGELI, José Enrique. *O Crime Culposos na Dogmática Atual.* Conferência. 1994.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, parte geral. 8ª edição. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *Norma Penal como Norma de Conduta.* Revista Ciências Penais, vol. 12, jan-2010. Disponível

em:[http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luiz\\_Regis\\_Prado/Norma%20penal%20como%20norma%20de%20conduta.pdf](http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luiz_Regis_Prado/Norma%20penal%20como%20norma%20de%20conduta.pdf). Acesso em 19 de novembro de 2019

PUPPE, Ingeborg. *A Distinção entre Dolo e Culpa*. Trad. Luís Greco. Manole: Barueri, 2004.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito* – 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, parte geral, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REZNIKOWSKI, Joachim. *Direito Penal e Teoria das Normas* – Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *La Participación en el Delito: Fundamento y Límites*. Marcial Pons: Madrid, 2003.

\_\_\_\_\_. *Participación en el Delito e Imprudencia*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, núm. 9 (2002). Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24762/19623>. Acesso em: 02 de maio de 2019.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *El autor mediato en Derecho Penal español*. 1969. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2784700.pdf>

ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Autoria y participación imprudente*. Granada: Editorial Comares, 2002.

\_\_\_\_\_. *Autoria mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro a propósito de la STS 26-2-2000*. Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª época. Julio-2003, pgs. 357-407. Disponível em: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080526\\_94.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_94.pdf)

\_\_\_\_\_. *Los Criterios de Autoría en el Delito Imprudente*. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Número 75, Año 2004, Vol. 25. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5319333>.

ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. 7ª ed. Marcial Pons: Barcelona, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoría del Tipo Penal – Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico*. Trad. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalmas, [1970] 1979

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal - Parte General; Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. 2014.

\_\_\_\_\_. *Funcionalismo e Imputação objetiva no Direito Penal*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

\_\_\_\_\_. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, [1970] 2002.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do Sujeito Ativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SANCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Intervención Delictiva y Imprudencia*. Granada: Colmares, 2004.

SANTOS, Humberto Souza. *Co-autoria em Crime Culposo e Imputação Objetiva*. Barueri, SP: Manole, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. *La Teoría de la Protección del Bien Jurídico como base del Derecho Penal en la Época de la Globalización*. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal Colzoni, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, [1910] 2004.

SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*. Tipografica Edit: Buenos Aires-Argentina, 1992.

STRATENWERTH, Günther. *Heteropuesta en peligro consentida en conductas imprudentes*. Revista para el Analisis del Derecho. InDret 1/ 2013. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4121296>

STF, *Revista Trimestral de Jurisprudência*. Vol. 44. (p. 287-562), Maio, 1968. Disponível em: [http://stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/044\\_2.pdf](http://stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/044_2.pdf).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 120165/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma. Julgado em 11 fev. 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24997255/habeas-corpus-hc-120165-rs-stf/inteiro-teor-114416143?ref=serp>. Acesso em: 21 fev. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC nº 40474/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma. Julgado em 06 de dez. 2005. Dj. 13 fev. 2006. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7176895/habeas-corpus-hc-40474-pr-2004-0180020-5-stj/relatorio-e-voto-12910513>. Acesso em: 21 fev. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no HC 459137 / SC 2018/0173144-5 - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. 5ª Turma. Julgamento em 02/10/2018, dje. 11 nov. 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201801731445&dt\\_publicacao=11/10/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801731445&dt_publicacao=11/10/2018). Acesso em: 21 fev. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 212775/DF, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 23/09/2014, Dje 09 out. 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/144440330/habeas-corpus-n-212775-df-do-stj>. Acesso em: 21 fev. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1269173/TO, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, julgado em 21/11/2013, DJE 16 dez. 2013; Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24815365/recurso-especial-resp-1269173-to-2011-0179800-0-stj/relatorio-e-voto-24815367?ref=juris-tabs>. Acesso em: 21 fev. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1352043/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgado em 17/10/2013, DJE 28 nov. 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoos/doc.jsp>. Acesso em: 21 fev. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC Nº 523.247/RJ (2019/0216165-1), Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgamento em 17 set. 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/760642195/andamento-do-processo-n-523247-habeas-corpus-23-09-2019-do-stj?ref=feed>. Acesso em: 21 fev. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC Nº 398.928/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, julgamento em 22 ago. 2017. DJe. 29 ago. 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/494860471/habeas-corpus-hc-398928-sp-2017-0105385-3/relatorio-e-voto-494860499?ref=amp>. Acesso em: 21 fev. 2019.

TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. 1985. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Injusto Penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: DelRey, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Crime Culposo*. 5ª ed. – Florianópolis [SC]: Tirant lo Blanch, 2018.

TINÔCO, Antônio Luiz Ferreira. *Código Criminal do Império do Brasil Anotado*. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial, [1886] 2003.

RAMOS, Beatriz Vargas. *Do Concurso de Pessoas*: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do Código Penal Brasileiro. Belo Horizonte: Edt. DelRey, 1996.

VIANA, Eduardo. *Dolo como Compromisso Cognitivo*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Trad. de Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

\_\_\_\_\_. *La doctrina de la acción finalista, hoy*. Conferencia. 1968. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2784544.pdf>

\_\_\_\_\_. *Culpa e Delitos de Circulação*. Trad. Nilo Batista, in *Revista de Direito Penal*, nº 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, t. IV. Buenos Aires: Editora, Comercial, Industrial y Financeira, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 1ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2005.

\_\_\_\_\_ ; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. v.1. 9ª ed. São Paulo: Edt. Revista dos Tribunais, 2011.