

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
Setor de Ciências Jurídica
Faculdade de Direito

AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NO DIREITO PENAL

Curitiba
2005

ALLAN PEDROSO

AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NO DIREITO PENAL

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel.

Orientador: Prof. Dr. René Ariel Dotti.

Curitiba

2005

ALLAN PEDROSO

TERMO DE APROVAÇÃO


AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NO DIREITO PENAL

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Presidente



Professor João Gualberto Garcez Ramos



Professor Jorge Azor Pinto



Professor Rodrigo Muniz Santos

Curitiba, 1º de novembro de 2005

A Cristo, pela sua fidelidade, pelo seu amor e pela vida eterna.

“O Senhor é bom, é fortaleza no dia da angústia e conhece os que nele se refugiam” (Naum, 1;7).

Aos meus pais, Marco Antônio e Denise Maria, pelo amor incondicional que têm por mim e por todos os sacrifícios que fizeram em prol da minha felicidade.

RESUMO

O tema da autoria e da participação presta-se ao estudo do liame existente entre o agente e a conduta típica, buscando critérios para delimitar o conceito de autor em relação ao do partícipe. A teoria formal-objetiva, inserida no paradigma causal, apresentou critérios baseados exclusivamente no aspecto exterior da conduta. A teoria subjetiva, valendo-se da teoria da equivalência das condições, baseou a distinção exclusivamente na vontade do agente. A teoria vigente é a teoria do domínio do fato, que baseia a distinção entre a autoria e a participação em aspectos subjetivos e objetivos da conduta delitiva. Entretanto, essa teoria encontra grandes obstáculos quando aplicada aos delitos culposos, omissivos e próprios. Devido a essa falha, a questão referente ao concurso culposo de agentes ainda não se encontra satisfatoriamente solucionada.

Palavras-chave: Monografia. Direito. Direito Penal. Autoria e Participação.

ÍNDICE

Introdução.....	2
Parte I – O Conceito de Autor.....	5
Capítulo 1 – Teoria Formal-objetiva (conceitos unitário, restritivo e extensivo).....	5
Capítulo 2 – Teoria Subjetiva.....	9
Capítulo 3 – Teoria do Domínio do Fato.....	12
3.1 – Autoria em Roxin.....	14
3.2 – Síntese. Decorrências da formulação teórica de Roxin.....	16
3.3 – A autoria nos delitos culposos.....	17
3.5 – A teoria do domínio do fato nos delitos de domínio.....	19
Capítulo 4 – Teoria da Consideração Total.....	23
Parte II – A Co-delinquência.....	25
Capítulo 1 – Teorias sobre a co-delinquência.....	25
Capítulo 2 – A co-autoria.....	28
2.1 – Aspecto Subjetivo.....	29
2.2 – Aspecto Objetivo.....	31
2.3 – Alcance da co-autoria.....	34
Capítulo 3 – Participação.....	35
3.1 – Teorias sobre a participação.....	35
3.1.1 – Teoria da acessoriedade extremada.....	36
3.1.2 – Teoria da acessoriedade mínima.....	37
3.1.3 – Teoria da acessoriedade limitada.....	37
3.1.4 – Teoria da causação.....	38
3.1.5 – Teoria da hiperacessoriedade.....	39
3.2 – Formas de Participação.....	39

3.2.1 – Instigação.....	39
3.2.2 – Cumplicidade.....	41
3.2.3 – Participação Imprópria.....	41
Capítulo 4 – O concurso culposo de agentes.....	43
Conclusão.....	50
Bibliografia.....	54

INTRODUÇÃO

O estudo da autoria e participação tem por objeto a análise do liame existente entre o agente e o tipo penal. A pena cominada aos tipos penais recai sobre “quem mata”, “quem subtrai”, “quem obtém”, ou seja, quem realiza o tipo.

Via de regra, as ações descritas na Parte Especial dizem respeito a um só agente. Entretanto, há casos em que mais de um sujeito ativo realiza o tipo. Assim, tal qual qualquer empreendimento humano, o delito pode ser obra de uma ou mais pessoas. Cabe precisamente ao estudo da autoria e da participação perquirir qual a responsabilidade de cada interveniente no projeto delitivo.

O tema assume especial importância, pois a perquirição da natureza jurídica do vínculo existente entre o agente e a conduta descrita no tipo é corriqueiramente enfrentada na operacionalização do Direito Penal. Não é por outra razão que, desde o causalismo até a atualidade, a dogmática penal busca critérios precisos para nortear a distinção entre os aportes de maior e os de menor importância no concurso delitivo.

Entretanto, muito embora o direito penal moderno demande uma precisão conceitual compatível com sua pretensão de cientificidade, os critérios até agora utilizados são imprecisos e insatisfatórios.

Assim, o presente trabalho pretende demonstrar a evolução histórica dos critérios que procuram traçar a linha que divide a autoria da participação e expor os principais aspectos do atual estado da técnica deste capítulo do direito penal.

Não se pretende, nessa oportunidade, esgotar o tema da autoria e da participação, capítulo bastante amplo da teoria do delito. Aliás, inúmeras questões extremamente relevantes atinentes à autoria e à participação, propositadamente não serão abordadas nesse trabalho, tais como a autoria mediata, tendo em vista o caráter essencialmente pontual da natureza desse estudo.

Da mesma forma, também tendo em vista a natureza desse trabalho, não se empreenderá uma atividade de construção de novas concepções sobre o tema. O escopo da pesquisa realizada é, primordialmente, apresentar o cenário

doutrinário em que se inserem os problemas atinentes à autoria e à participação no direito penal.

A aproximação do objeto desse trabalho inicia no estudo da teoria formal-objetiva, construída sobre os pilares da teoria causal da ação. Muito embora esteja abandonada, essa teoria construiu conceitos que, embora essencialmente alterados, serviram de base às teorias até hoje vigentes.

A teoria subjetiva da ação, como antítese da teoria causal, insere-se num contexto de transição do paradigma causalista para o finalista da ação. À análise dessa teoria se seguirá o estudo da teoria hoje em vigor, qual seja, a teoria do domínio do fato, paradigma no qual nos inserimos, muito embora com modificações significativas que, entretanto, não desnaturaram a essência de sua concepção original.

A par das várias teorias que propugnaram a identificação dos critérios que traçam a linha que divide a autoria da participação, o tema envolve a análise da natureza do concurso delitivo, perquirida por três teorias: monista, dualista e pluralista. Nessa linha, o fenômeno da co-delinquência será abordado em suas manifestações mais relevantes: a co-autoria e a participação.

A análise detida das teorias que buscam critérios para diferenciar a autoria da participação, bem como daquelas que objetivam esclarecer a natureza do concurso delitivo, viabilizará uma exposição a respeito da questão da co-delinquência culposa, tema de relevantes conseqüências práticas que ainda não se encontra satisfatoriamente desenvolvido.

PARTE I – O CONCEITO DE AUTOR

Capítulo 1 – Teoria formal-objetiva (conceitos unitário, restritivo e extensivo)

A teoria formal-objetiva, na distinção entre autor e partícipe, considera os aspectos exteriores da conduta delitiva. Configura-se a autoria quando o comportamento analisado subsume-se lógico-formalmente ao texto legal do tipo penal em questão, utilizando um “uso sencillo del lenguaje de la vida”¹. Essa construção provém da dogmática alemã e teve inúmeros partidários a partir do século XIX. Passou a ser a doutrina dominante entre 1915 e 1933, tendo sido adotada por autores significantes. Apesar disso, perdeu seu prestígio, de modo que, hoje, o interesse em seu estudo é mais histórico do que prático².

A teoria em análise nos conduz a três conceitos de autor: unitário, restritivo e extensivo.

O conceito unitário de autor abstrai a acessoriedade delitiva, não empreendendo distinção alguma entre autoria e participação. Para esse conceito, “todo aquel que toma parte há de considerarse autor de um hecho antijurídico y culpable, sin tener en cuenta las cualidades delictivas de la contribución de los demás que toman parte (dolosa, imprudente, inevitable; culpable, inculpable) y sin más que um vínculo causal com el estado de desarrollo de las aportaciones de los otros (preparación, tentativa, consumación)”³.

Os conceitos restritivos e extensivos de autor constroem uma diferenciação entre autoria e participação, com base, também, em critérios formais objetivos, cada qual, entretanto, com lógicas distintas.

¹ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal*.p. 491.

² BACIGALUPO, Enrique. Idem. *Ibidem*. Nesse mesmo sentido, Noronha, E Magalhães. *Do Crime Culposo*. p. 212: “autor é o que pratica a ação típica, enunciada pelo verbo da oração: se homicídio – o que matou; se furto – o que subtraiu; se rapto – o que raptou, etc. 02

³ JAKOBS, Günter. *Derecho Penal, Parte General*, p. 719.

O conceito restritivo define autor como “el sujeto que ejecuta la acción expresada por el verbo típico de la figura delictiva⁴”. Nesses termos, é que Alberto Silva Franco formula a seguinte equação:

autoria-tipicidade
participação-atipicidade

Assim, o partícipe é aquele que pratica ações extra-tipo⁵, sendo que a extensão da tipicidade aos atos de participação se dá com base em dispositivos da Parte Geral⁶.

Já o conceito extensivo, assim como o conceito unitário, define como autor todo aquele que toma parte na execução do delito, sem abstrair, entretanto, a diferenciação entre o grau de acessoriedade das condutas. Assim, “los dispositivos de la parte especial abarcan toda forma de ‘tomar parte’; la regulación de la participación en la Parte General constituye una limitación de la responsabilidad⁷”.

Dessa forma, enquanto no **conceito extensivo** autor é todo aquele que **toma parte na execução**, sendo que a **Parte Geral** vem a **regular** a responsabilidade das condutas individualmente consideradas com base em seus graus de acessoriedade, para o **conceito restritivo** autor é somente aquele que **pratica o verbo típico**, sendo que eventuais condutas acessórias são abarcadas pelos dispositivos da **Parte Geral** que vêm a **ampliar** a tipicidade.

Nos conceitos de autor construídos com base na teoria formal objetiva, não há “zona cinzenta” entre os conceitos de autoria e participação⁸. Entretanto, a teoria objetivo-formal nos conduz a resultados nada satisfatórios, pois desconsidera os elementos subjetivos da conduta.

⁴ PIERANGELLI, José Henrique. *Concurso de Pessoas e o novo Código Penal*. p. 295

⁵ PIERANGELLI, José Henrique. *Idem*. *Ibidem*.

⁶ JAKOBS, Günter. *Op. Cit.* p. 721.

⁷ *Idem*. *Ibidem*. Também nesse sentido: BACIGALUPO, Henrique. *Op cit.* p. 491.

⁸ PIERANGELLI, José Henrique. *Op. Cit.* p. 295

Com essa construção, não é possível distinguir o autor do partícipe, já que estes também “*tomam parte*” na execução. Ademais, o conceito unitário de autor “conduce uma ampliación lingüísticamente forzada de los conceptos com que se describe la acción ejecutiva em la Parte Especial”, o que fere o princípio da tipicidade.”⁹

Efetivamente, parte considerável dos adeptos da teoria formal-objetiva entende, consoante Beling, que o conceito de autor infere-se dos tipos respectivos da Parte Especial, base da construção dos conceitos extensivo e restritivo de autor. Entretanto, esse critério é falho, sobretudo porque as condutas na Parte Especial não são descritas levando em conta mais de um autor. (Exemplo: no delito de homicídio, realiza a conduta quem mata outrem; mas dessa descrição não é possível inferir quem é o autor quando mais pessoas realizam o tipo) ¹⁰.

Assim, “pode ocorrer muitas vezes que uma pessoa se encontre à frente de toda uma operação delitiva, orientando-a integralmente e a tendo sob seu absoluto controle, e, apesar disso não execute qualquer parcela da conduta que o tipo descreve. Servirá de exemplo o chefe de uma organização mafiosa que ordena aos seus asseclas que elimine o capo de um grupo rival.”¹¹

Isso porque o sistema penal no qual se insere a teoria formal-objetiva ainda desconhecia a inserção de elementos subjetivos no estrato da tipicidade do conceito analítico de delito. A dimensão subjetiva da conduta encontrava-se na culpabilidade. Assim, o desenrolar da teoria enfrentou o problema da diferenciação entre participação e autoria buscando a distinção entre “causa” e “condição”, ou entre “execução” e “cooperação de apoio” ¹².

Um dos autores que relativizaram a teoria formal-objetiva foi Mezger. Para ele, a teoria formal-objetiva estava correta. Entretanto, paradoxalmente, afirmou que os elementos subjetivos da ilicitude também fundamentam a autoria. Nesse

⁹ JAKOBS, Günter. Op. Cit. p. 719.

¹⁰ BACIGALUPO, Henrique. Op. Cit.p. 491

¹¹ PIERANGELLI, José Henrique. Op Cit. p. 295

¹² BACIGALUPO, Henrique. Op. Cit.p. 491

ponto é que a teoria formal-objetiva deixa de refletir uma noção meramente formal-objetiva de autor¹³.

Mesmo com essa inovação, a teoria formal-objetiva não proporciona uma solução plausível aos casos em que uma pessoa se vale de outra para praticar dada ação típica (autoria mediata), o que conduziu à formulação de um novo conceito de autor: autor é todo aquele “a cuyo comportamiento se reconduce una lesión de intereses típicos, cualquiera se ala configuración exterior de su conducta¹⁴”.

Mas mesmo com esse critério, não há como diferenciar, na autoria mediata, o autor do instrumento. No caso do médico que, pretendendo eliminar um defeto, receita dose excessiva de dado medicamento ministrada por enfermeira inocente, tanto a conduta do médico quanto a da enfermeira conduzira à lesão de interesse típico.

Assim, persistem consistentes críticas contra os conceitos formulados com base na teoria objetivo-formal, dado que “a filiação da autoria à realização pessoal da atipicidade executiva não se compatibiliza com a realidade, porque omite, como diz Roxin, a consideração da estruturação do transcurso do sucesso disposta pelo homem que maneja a lei causal e a coloca a serviço de seus fins¹⁵”.

¹³ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General*. p. 444.

¹⁴ BACIGALUPO, Henrique. *Op. Cit.* p. 492

¹⁵ PIERANGELLI, José Henrique. *Op Cit.* p. 295

Capítulo 2 – Teoria subjetiva

A teoria subjetiva está calcada na dimensão volitiva da ação na distinção entre autor e partícipe. O autor é aquele que atua com *animus auctoris*, o que o distingue do partícipe, que age impelido pelo *animus socii*. O autor é aquele que quer o fato como próprio e o partícipe é aquele que quer o fato como alheio¹⁶.

Em outra variante, o critério determinante é o interesse: aquele que age em interesse próprio é autor; o que o faz em interesse alheio é partícipe¹⁷.

O ponto de partida da teoria subjetiva é a teoria da equivalência das condições, segundo a qual, sob o ponto de vista objetivo-causal, todas as condutas possuem rigorosamente a mesma importância na causação do resultado, pois, sem qualquer uma delas, o resultado não ocorreria¹⁸.

Nesses termos, a teoria subjetiva, assim como a objetivo-formal, também nos leva a um conceito extensivo de autor: “según este concepto, autor es aquel que há cocausado el resultado típico, sin necesidad de que su aportación al hecho deba consistir en una acción típica¹⁹”.

Esse conceito guarda semelhança com o conceito extensivo de autor formulado pela teoria objetivo-formal. Entretanto, para ele, tanto o autor quanto o partícipe seriam autores, mas “a incorporación de disposiciones penales especiales para la participación demuestra que estas formas de colaboración, en el marco del concepto de autor, deben ser tratadas de um modo diverso al de la autoría mesma²⁰”. E o critério diferenciador está na análise do *ánimo* do agente, ou seja, na dimensão subjetiva da conduta.

A revogada Parte Geral do Código Penal, por inspiração de Néelson Hungria²¹, adotou a teoria subjetiva, sob o fundamento de que “quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado

¹⁶ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol 1. p. 395.

¹⁷ JAKOBS, Günter. *Op. Cit.* p. 701.

¹⁸ ANTONELISEI, F. *Manuale di Diritto Penale* .p. 555

¹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. p. 699.

²⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas. *Idem Ibidem*.

²¹ HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. p. 396

responsável pela totalidade dele, no pressuposto de que também as outras forças concorrentes entraram no âmbito de sua consciência e vontade”. (Item 22, Exposição de Motivos).

Apesar de relativamente prestigiada pela dogmática penal do século XIX, a doutrina, de forma quase unânime, assevera que a teoria subjetiva está fadada ao fracasso: basta pensar nos casos em que o autor age com interesses altruístas²². Além disso, como afirma Pierangeli:

“Ao equiparar, para os fins penais, autor e cúmplice, esta teoria rompe com um dos mais sagrados postulados do direito penal moderno: o princípio da legalidade, ou como assinala Mirabete ‘tal conceito viola o princípio da *nulla poena sine legge*’ por considerar toda causação do resultado como autoria, em princípio punível, para só depois estabelecer as limitações do citado princípio²³. Efetivamente – e isto é extremamente grave num direito penal de garantias – rompendo com os limites impostos pelo tipo legal, cria-se uma clara insegurança para os direitos humanos²⁴.”

Além dessa falha, a doutrina aponta outros casos em que a teoria subjetiva não nos leva a resultados satisfatórios:

“A crítica aponta dois problemas principais da teoria subjetiva de autor: critérios baseados em fenômenos psíquicos, como *vontade*, ou *ânimo* de autor ou de partícipe, não são determináveis diretamente e, portanto, são imprecisos; em tipos que excluem autoria mediata (delitos de mão-própria, por exemplo), sujeitos não-qualificados não podem ser autores e sujeitos qualificados não podem ser apenas partícipes, por mais que queiram o fato como próprio ou alheio, respectivamente²⁵.”

²² BACIGALUPO, Henrique. Op. Cit.p. 493.

²³ MIRABETE em PIERANGELI. Op cit. p. 264.

²⁴ PIERANGELLI, José Henrique. Op Cit. p. 294

²⁵ CIRINO,Juarez. Modema teoria do fato punível. p. 278.

A Suprema Corte Alemã adotou, por muito tempo, a teoria subjetiva. Aos poucos, passou a aplicá-la com “incrustações” de elementos objetivos, até que a evolução doutrinária alcançou a teoria do domínio do fato²⁶.

²⁶ BACIGALUPO, Henrique. Op. Cit.p. 493.

Capítulo 3 – Teoria do domínio do fato

A teoria do domínio do fato (também conhecida como teoria material objetiva ou, ainda, teoria final objetiva) é a teoria dominante na atualidade. Sua elaboração encontra antecedentes na doutrina latina que, entretanto, não a desenvolveu, de forma adequada. Como precursor remoto, aponta-se Pellegrino Rossi, mas foi elaborada por Welzel, em 1939.²⁷

O prestígio alcançado pela teoria do domínio do fato durante o século XX decorreu principalmente:

- das incoerências pragmáticas da teoria subjetiva e da conseqüente necessidade de inserção de elementos objetivos na determinação do conceito de autor²⁸;

- da adoção do paradigma finalista, que analisa a conduta em suas dimensões objetivas e subjetivas;

- das contradições encontradas no conceito causal de ação²⁹;

- da necessidade de uma concepção teórica a respeito do tema mais condizente com Estado Democrático de Direito, que demanda, principalmente no Direito Penal, uma formulação científica mais clara e precisa da lei³⁰.

A teoria do domínio do fato representa a síntese dialética da teoria objetivo-formal e da teoria subjetiva.

Maurach aponta como elemento comum das teorias do domínio do fato e objetivo-formal o rechaço à distinção entre autor e partícipe com base em elementos meramente subjetivos, pois reconhecem o papel dominante da delimitação do “acontecer” objetivo, que, sobremaneira, aponta a verdadeira “distribuição de forças entre os distintos colaboradores³¹”.

²⁷ PIERANGELLI, José Henrique. Op Cit. p. 294

²⁸ MAURACH, Reinhart; *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat.* 314.

²⁹ MAURACH, Reinhart; Idem. Ibidem.

³⁰ MAURACH, Reinhart; Idem. Ibidem.

³¹ MAURACH, Reinhart; Idem. p. 315.

Evidentemente, a teoria subjetiva não dispensou completamente a utilização de critérios objetivos na delimitação da autoria frente à participação, pois incluiu, em seu paradigma teórico, a teoria da equivalência das condições. Entretanto, não impôs como requisito à formação da “vontade de autor” um efetivo “comportamento de autor”³².

O ponto de partida da teoria do domínio do fato é o conceito restritivo de autor formulado pela teoria objetivo-formal, em sua conexão com o tipo legal. A autoria configura-se somente pela realização objetiva da ação típica³³.

Assim, a prática da dimensão típica-objetiva é condição necessária à autoria delitiva. Mas não é condição suficiente. E nesse ponto reside a inovação da teoria do domínio do fato, que busca o elemento “material” peculiar a todas as formas de autoria que as distinga da participação. Esse elemento é, precisamente, o domínio do fato, presente na conduta do autor e ausente na do partícipe³⁴.

Nesses termos, a teoria do domínio do fato funda-se no “conceito restritivo de autor, porque vincula o conceito de autor à ação do tipo legal e, por outro lado, à teoria subjetiva de autor, porque incorpora a vontade como energia produtora do acontecimento típico, mas supera os limites daquelas teorias porque considera a ação na sua estrutura subjetiva e objetiva, pressuposta no controle do fato típico e necessária para mostrar o fato como obra do autor: subjetivamente, a vontade criadora do fato típico; objetivamente, o significado da contribuição concreta para o fato típico”³⁵. O domínio final do fato é, pois, a conjugação do domínio objetivo do fato (elemento objetivo) e a vontade de dominá-lo (elemento subjetivo).

Assim, “senhor do fato é aquele que o realiza na forma final, em razão de sua decisão volitiva. A conformação do fato mediante a vontade de realização que dirige na forma planejada é o que transforma o autor em senhor do fato. Nos delitos dolosos, é autor somente aquele que mediante uma condução, consciente

³² JAKOBS, Günter. Op. Cit. p. 740.

³³ JESCHECK, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas. Op. Cit. . p. 702.

³⁴ MAURACH, Reinhart; op cit. p. 315.

³⁵ CIRINO, Juarez. Op. Cit. p 279

do fim do acontecer causal em direção ao resultado típico, é senhor sobre a realização do tipo³⁶.

A doutrina nacional majoritária aplica a teoria do domínio do fato a todos os delitos, dolosos ou não. Mas em sua formulação original, o elemento “domínio final do fato” pressupõe, em sua dimensão objetiva, o efetivo domínio do fato e, sob o ponto de vista subjetivo, a correspondente vontade do domínio fático da prática delituosa. Esta, entretanto, só existe em condutas comissivas dolosas³⁷.

Assim, a teoria do domínio do fato vem se demonstrando incapaz de traçar com precisão científica os limites entre autoria e participação em alguns delitos de estruturação peculiar, especificamente os delitos especiais, os delitos de omissão e os culposos.

Com o objetivo de corrigir essa imperfeição, Roxin propôs, em 1963, distinguir os delitos de domínio do fato dos delitos de infração de dever³⁸. A autoria, nos delitos de infração de dever, não estaria vinculada ao agente que domina a ação, mas a quem incumbe um determinado dever jurídico lesionado.

3.1 – A autoria em Roxin

A influência do pensamento de Roxin no que diz respeito à autoria e participação tem repercutido enormemente, dentro e fora da Alemanha. A aproximação teórica da estruturação do conceito de autor em Roxin pode ser feita por meio da análise de seis princípios que a sintetizam³⁹.

1º- o autor é a figura central do “sucesso”. Segundo esse princípio, autor é o realizador, aquele que realiza dirigidamente obra típica que lhe é atribuída.

³⁶ CALLEGARI, André Luís. Breves Anotações sobre o Concurso de Pessoas. p. 457/458.

³⁷ MAURACH, Reinhart; op cit. p.314.

³⁸ ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft* apud RIEZU, Antonio, Cuerda; CONLLEDO, Miguel, Díaz, García; BOTTKE, Wilfried; KNUT, Amelung; BELEZA, Teresa, Pizarro. *Fundamentos de um Sistema Europeo del Derecho Penal*. p. 312

³⁹ RIEZU, Antonio, Cuerda; CONLLEDO, Miguel, Díaz, García; BOTTKE, Wilfried; KNUT, Amelung; BELEZA, Teresa, Pizarro. *Fundamentos de um Sistema Europeo del Derecho Penal*. p. 312

Possui “competência prioritária sobre um fato típico⁴⁰”, enquanto o partícipe, ao contrário, possui competência secundária;

2º - nos delitos de domínio, o domínio do fato é constitutivo da autoria. Só há autor onde há domínio. A linguagem do cotidiano põe em evidência essa relação: autor é aquele que tem a “soberania da causação dirigida”, a “soberania da configuração⁴¹”. Quem não configura o fato soberanamente somente com ele colabora. Este é o partícipe, em contraposição à figura do autor.

3º - o domínio do fato é um conceito que precisa de concreção e há de se referir diretamente ao tipo penal em questão. Quem tem domínio tem domínio sobre algo. Esse algo deve ser a conduta descrita no tipo, com todas as suas particularidades.

4º - os três princípios anteriores alcançam uma síntese entre o método ontológico e teleológico. Essa síntese nos permite posicionar como critério determinante a “utilização crítica da linguagem”, critério que está bastante próximo da sistemática adotada pelo *common law* na solução dos problemas atinentes à delimitação entre autoria e participação. Para este sistema, a diferenciação entre autor e partícipe se dá mediante um *common sense analysis*, que traz a essa problemática uma influência intuitiva da linguagem do cotidiano. Assim, expressões comuns como “soberania sobre a ação”, “arquiteto do feito”, entre outras, trazidas do cotidiano, induzem-nos à diferenciação entre autor e partícipe.

5º - nos delitos ditos “especiais”, o domínio do fato não é constitutivo da autoria. A utilização indutiva da linguagem cotidiana calcada no senso comum não nos permite chegar ao conceito de “autor” nos delitos de omissão e especiais. Não há, nesses delitos, uma soberania de configuração, um poder diretivo do autor sobre o fato. Há uma “infração de dever” que embasa a aplicação da pena.

É necessário salientar que, para Roxin, não é a infração do dever em si que embasa a pena. Na verdade, a punição do descumprimento do dever pelo

⁴⁰ RIEZU, Antonio, Cuerda; CONLLEDO, Miguel, Díaz, García; BOTTKE, Wilfried; KNUT, Amelung; BELEZA, Teresa, Pizarro. Idem. Ibidem.

⁴¹ RIEZU, Antonio, Cuerda; CONLLEDO, Miguel, Díaz, García; BOTTKE, Wilfried; KNUT, Amelung; BELEZA, Teresa, Pizarro. Idem. Ibidem.

descumprimento do dever está intimamente relacionada com um direito penal autoritário, não informado pelo princípio teleológico e em desacordo com o Estado Democrático de Direito. Assim, o fundamento da punição, mesmo nos delitos de infração do dever, é a lesão do bem jurídico⁴².

6º - nos delitos especiais, é a infração de um dever que determina a autoria, o que também é válido para os delitos omissivos impróprios.

3.2 – Síntese. Decorências da formulação teórica de Roxin.

A síntese desses princípios nos leva à seguinte formulação teórica: “*para todos los grupos de delitos, el ejercicio efectivo y actual de la soberanía de configuración, la “causación dirigida” – *Bewerkung* – del hecho típico, es esencial para la admisión de la autoría*”⁴³.

Dessa “síntese”, Roxin⁴⁴ extrai que o elemento comum entre os delitos dolosos e culposos é a lesão de uma “norma de confirmação fática⁴⁵”. A partir daí, Roxin conclui que só pode responder por um veredicto de “autor do feito”, num delito imprudente, aquele que tem “competencia del hecho – *Tatzuständigkeit* -, com igual función de integración-prevención, cuando outro, em uma situación equiparable, “habría actuado mejor” y él se há comportado infringiendo su deber de cuidado individual de forma reprochable⁴⁶”.

Nesses termos, a diferenciação entre autor e partícipe nos delitos imprudentes não pode ser feita com base no “domínio do fato”, precisamente

⁴² RIEZU, Antonio, Cuerda; CONLLEDO, Miguel, Díaz, García; BOTTKE, Wilfried; KNUT, Amelung; BELEZA, Teresa, Pizarro. Idem. p. 340.

⁴³ ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft* apud RIEZU, Antonio, Cuerda; CONLLEDO, Miguel, Díaz, García; BOTTKE, Wilfried; KNUT, Amelung; BELEZA, Teresa, Pizarro. Idem. p. 315.

⁴⁴ ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft* apud RIEZU, Antonio, Cuerda; CONLLEDO, Miguel, Díaz, García; BOTTKE, Wilfried; KNUT, Amelung; BELEZA, Teresa, Pizarro. Idem. Ibidem.

⁴⁵ ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft* apud RIEZU, Antonio, Cuerda; CONLLEDO, Miguel, Díaz, García; BOTTKE, Wilfried; KNUT, Amelung; BELEZA, Teresa, Pizarro. Idem. Ibidem.

⁴⁶ ⁴⁶ ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft* apud RIEZU, Antonio, Cuerda; CONLLEDO, Miguel, Díaz, García; BOTTKE, Wilfried; KNUT, Amelung; BELEZA, Teresa, Pizarro. Idem. Ibidem.

porque as noções de “soberania sobre o fato”, o “realizar dirigidamente a obra típica” contém uma energia propulsora intencional que é absolutamente peculiar ao elemento volitivo doloso.

Com efeito, a necessidade de diferenciação entre os delitos de infração de dever e os de domínio não é inspirada por uma ordem de axiomas ou imperativos metapositivos. Trata-se de uma exigência lógica da própria mecânica dos tipos delitivos. Alguns deles descrevem ações ou resultados reprovados pelo legislador. Outros descrevem infrações de deveres extrapenais. Inclusive, à configuração destes últimos, muitas vezes, é absolutamente indiferente a forma de atuação do agente (ex: omissão de socorro – CP, 345)⁴⁷.

3.3 – A autoria nos delitos culposos

Como se sabe, nos crimes culposos, a energia propulsora da ação do autor não se dirige à lesão do bem jurídico. Esta ocorre como efeito colateral de uma lesão a dado dever de cuidado. Assim, como assinalado, não há domínio do fato. Aliás, **a causação do resultado no delito culposo se dá pela falta do domínio do fato: se o agente dominasse plenamente a ação executada, seria ela um indiferente penal, pois dirigida, por definição, a um fim atípico.**

É precisamente por isso que Roxin embasou a autoria em fundamentos distintos, explicando a autoria culposa dentro do paradigma dos delitos de infração de dever. Entretanto, retratou-se, afirmando que, na verdade, os delitos culposos encontram-se na esfera dos delitos de domínio⁴⁸.

Mas, efetivamente, não há como estabelecer um conceito unitário de autor, ou seja, “um conceito único que sirva tanto para os delitos culposos como para os delitos dolosos, pois tratam-se de dois tipos de delitos que gravitam em duas órbitas bem diferenciadas, em planos absolutamente diversos, ou, se

⁴⁷ ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft* apud RIEZU, Antonio, Cuerda; CONLLEDO, Miguel, Díaz, García; BOTTKE, Wilfried; KNUT, Amelung; BELEZA, Teresa, Pizarro. Idem. p. 340.

⁴⁸ RIEZU, Antonio, Cuerda; CONLLEDO, Miguel, Díaz, García; BOTTKE, Wilfried; KNUT, Amelung; BELEZA, Teresa, Pizarro. Idem. Ibidem.

preferirem, em substratos distintos⁴⁹”. Autor culposo não tem o domínio do fato. É “causador⁵⁰”.

Assim, pode-se sustentar, como o faz Welzel, que não há diferença entre autoria e participação nos delitos culposos. Tanto o autor quanto o partícipe são causadores que serão punidos, entretanto, com critérios distintos, tendo em vista a medida que contribuíram para o resultado. Ambos são autores.

Nesse mesmo sentido, explica André Luis Callegari:

“Autor de um delito culposo é todo o que, mediante uma ação que lesiona o grau de cuidado requerido no âmbito de relação, produz de modo não doloso um resultado típico. Todo o grau de concausação a respeito do resultado típico produzido não dolosamente, mediante uma ação que não observa o cuidado requerido no âmbito de relação, fundamenta a teoria no respectivo delito culposo. Por esta razão não existe, no âmbito dos delitos culposos, a diferença entre autoria e participação”⁵¹.

Sustentando o mesmo posicionamento, argumenta Jakobs:

En la imprudência falta el conocimiento de que la acción está relacionada con el resultado. Por consiguiente, en caso de actuar conjunto de varias personas, la distribución de acciones, es decir, el ajuste de una acción con la acción de outro, sólo puede afectar al comportamiento, sin referencia al resultado: em caso de (como máximo) imprudência por parte de todos, no está claro para ninguno de los intervinientes cómo va a acabar el suceso. La ley renuncia, por ello, a graduar las formas de intervención y otorga el mismo tratamiento a todas las causaciones imprudentes o (em la omisión) a todos los comportamientos consistentes em no haber impedido el resultado. No se diferencian las clases de causación (uno mismo, mediante otros, com otros, em participación), sino que se iuniformizan todos los partícipes. El resultado cabe denominarlo autoria em el sentido de los delitos imprudentes⁵²”.

⁴⁹ PIERANGELLI, José Henrique. Op Cit. p. 308

⁵⁰ PIERANGELLI, José Henrique. Idem Ibidem.

⁵¹ CALLEGARI, André. Op. Cit. p. 463.

⁵² JAKOBS, Günter. Op. Cit. p. 788/789.

Com outras palavras, explica Jeschek:

“De ahí que autor del delito imprudente es todo aquel que, com infracción del cuidado necesario em el trafico jurídico, coopera a la realización del tipo(...) En conclusión, tampoco existe diferencia entre la autoría y la participación en la imprudencia consciente⁵³.”

Assim, muito embora Roxin tenha passado a entender que os delitos culposos não se enquadram nos *Pflichtedelikte*, mas na categoria dos delitos de domínio, a tendência da doutrina atual é adotar **fundamento “causal-extensivo”** que nos conduz a um **conceito unitário de autor nos delitos imprudentes**, suprimindo, diante da culpa, a distinção entre autor e partícipe.

3.4 – A teoria do domínio do fato nos delitos de domínio

Para os chamados “delitos de domínio”, a delimitação da autoria em face da participação já era definida com base na especificação de um elemento inserido no próprio dolo do agente. Para Maurach, o domínio do fato, nos delitos comissivos dolosos, consiste na “direção final do acontecimento típico por parte do autor, no ‘ter-nas-mãos’ o curso típico dos acontecimentos, ao qual se estende o dolo”⁵⁴. Assim, “se pode reconhecer o domínio do fato a todo aquele que pode inibir, deixar ocorrer, ou interromper a realização do resultado completo⁵⁵”.

Nenhuma dessas formulações, entretanto, é suficiente à definição precisa da autoria, pois na “co-autoria”, por exemplo, nenhum dos co-autores possui o fato em suas mãos. Cada um dos co-autores tem força para realizar “menos que a autoria delitiva única”⁵⁶. Ademais, a fórmula segundo a qual detém o domínio do fato aquele que pode inibir, deixar correr ou interromper a realização do delito

⁵³ JESCHECK, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas. Op. Cit. . p. 704/705.

⁵⁴ MAURACH, Reinhart; op cit. p. 315.

⁵⁵ MAURACH, Reinhart; Idem Ibidem.

⁵⁶ JAKOBS, Günter. Op. Cit. p. 741.

também é insuficiente, pois o partícipe necessário, mesmo não sendo autor, pode fazer cessar a atividade delitiva⁵⁷.

Para Jackobs, a questão só pode ser superada com a análise da divisão do trabalho empreendida no concurso delitivo. Assim, propõe a decomposição do conceito de domínio do fato nos seguintes estratos:

- *domínio do fato formal*, vinculado à realização da ação executiva descrita no tipo;

- *domínio do fato material vinculado à possibilidade de decisão acerca da realização da atividade delitiva*;

- *domínio do fato material vinculado à configuração do fato*.

Num crime realizado por um único autor, o agente decide acerca da prática delitiva e a realiza com uma dada configuração. À medida que outros agentes atuam em concurso, suas atribuições na divisão do trabalho podem se dar sob múltiplas configurações. E a caracterização da autoria se dá quando há, por parte do agente, domínio de pelo menos um desses âmbitos da configuração delitiva que embasa a responsabilidade pelo fato.⁵⁸

É de se notar que, na concepção de Jakobs, é irrelevante se o delito é praticado sob forma de ação omissão. A formulação assume novos contornos, de modo que existem delitos que são praticados mediante a *organização* da intervenção do agente e os que decorrem da lesão de um dever jurídico decorrente da *posição institucional* do agente. Assim, os delitos tidos como “de domínio” na sistemática de Roxin correspondem aos delitos “organizacionais” (que podem ser de ação ou omissão). Por outro lado, os delitos de dever traduzem-se, em Jakobs, nos delitos institucionais, pois sua punibilidade baseia-se na lesão de deveres institucionais⁵⁹. Para Bacigalupo, entretanto, a matriz da distinção é basicamente a mesma em Roxin e em Jakobs⁶⁰.

⁵⁷ JAKOBS, Günter. Op. Cit. p. 741

⁵⁸ JAKOBS, Günter. Idem p. 742

⁵⁹ JAKOBS, Günter. Idem Ibidem.

⁶⁰ BACIGALUPO, Enrique. Op cit. p. 498.

Na determinação da autoria, é essencial a correspondência entre domínio do fato e vontade. Havendo incongruência entre as dimensões objetiva e subjetiva da conduta, configura-se ou uma hipótese de erro de tipo ou de tentativa. Assim, se o agente deseja dominar dada prática delitiva, mas não o consegue por circunstâncias alheias à sua vontade, configurando o elemento subjetivo da conduta típica, sem a correspondente realização do elemento objetivo respectivo, há a possibilidade de configuração de um delito tentado. Por outro lado, o efetivo domínio da prática delitiva, sem o correspondente elemento subjetivo, pode configurar o erro de tipo.

Capítulo 4 – Teoria da Consideração total

A teoria da consideração total foi formulada originariamente por Schmildhäuser, que propõe a determinação da autoria com base num critério puramente intuitivo. O ponto de partida é um conceito empírico de autor, uma categoria aberta, a ser preenchida pelo “senso comum”. A partir dela, será autor “el que de acuerdo com el respectivo tipo de ilícito sea autor del mismo em una consideración total; y partícipe (inductor o cómplice) el que, de acuerdo com los elementos de una inducción y la complicidad em relación al correspondiente tipo de ilícito, es partícipe em una consideración total⁶¹”.

A operacionalização dessa teoria se dá da seguinte forma: nos casos em que, intuitivamente, a distinção entre autoria e participação é clara, afasta-se a necessidade de qualquer indagação teórica a respeito. Naqueles em que a linha que divide a autoria da participação não é, *a priori*, intuitivamente precisa, empreende-se uma “consideração total” sobre todos os momentos decisivos do delito⁶².

A teoria de Schmildhäuser prima pela análise tanto dos elementos objetivos exteriores do delito quanto do ânimo dos agentes. Assim, a consideração total abarca, sob o prisma objetivo:

- a presença no local do crime
- proximidade temporal entre a contribuição e o resultado
- importância da contribuição para a superveniência do resultado
- configuração do delito no lugar e no tempo
- a necessidade da colaboração⁶³.

Sob o ponto de vista subjetivo, a análise da autoria leva em consideração:

- interesse mediato ou imediato no delito
- planejamento e eleição do objeto do delito

⁶¹ Schmildhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Apud. BACIGALUPO, Enrique. Op cit. p. 498.

⁶² Schmildhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Apud. BACIGALUPO, Enrique. Idem Ibidem.

⁶³ Schmildhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Apud. BACIGALUPO, Enrique. Idem Ibidem.

- importância pessoal do agente em relação aos demais colaboradores⁶⁴.

O mérito de Schmildhäuser está, sem dúvida, na originalidade de sua formulação. Entretanto, contundentes críticas se lhe colocam, principalmente no que diz respeito ao princípio da legalidade. Com efeito, a imprecisão dos critérios (ou melhor, a ausência deles) abre uma ampla gama de possibilidades para o julgador, o que é incompatível com a taxatividade ínsita a um direito penal democrático⁶⁵.

A partir dessa crítica, a aplicação dessa teoria queda-se bastante prejudicada. Não existem casos em que a delimitação entre autoria e participação seja absolutamente clara. E diante da incerteza, não fornece critério algum para a solução do problema⁶⁶.

⁶⁴ Schmildhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Apud. BACIGALUPO, Enrique. Idem Ibidem.

⁶⁵ Schmildhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Apud. BACIGALUPO, Enrique. Idem Ibidem.

⁶⁶ Schmildhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Apud. BACIGALUPO, Enrique. Idem Ibidem.

PARTE 2 – A CO-DELINQUÊNCIA

Capítulo 1 – Teorias sobre a co-delinquência

O fenômeno da co-delinquência é analisado sob o ponto de vista de três teorias: as teorias dualista, pluralista e monista.

Para a teoria pluralista, não há concurso de delitos no fenômeno da co-delinquência, mas *simultaneidade* de práticas delitivas. Cada agente pratica um delito autônomo. Assim, o problema da co-delinquência não é resolvido à luz da estrutura do concurso de agentes, mas do concurso de delitos⁶⁷. Nesses termos, afirma-se que o partícipe pratica um *delito de concurso*, distinto do delito principal.

A teoria dualista adota uma posição intermediária: a co-delinquência engendraria a realização de dois delitos autônomos: um realizado pelos partícipes primários e outro pelos secundários. O dualismo procura distinguir o “líder” ou os “líderes” dos liderados. “O líder é sempre o supremo responsável de todos os movimentos coletivos; é quem tem a idéia do crime, é quem arregimenta os companheiros para a *societas sceleris* (associação criminosa), é quem estimula, anima, ameaça e intimida os vacilantes que querem recuar no meio da caminhada, é quem fica com a maior parte dos proveitos obtidos, enfim, é ele o motor central de toda a ação. Por isso, nos complôs subversivos e nos crimes políticos as autoridades tratam de prender logo os ‘cabeças’, sabendo que, sem sua liderança, a massa perde o entusiasmo. Argumentam: só um homem – Hitler – desencadeou a II Guerra Mundial, na qual morreram cerca de 40 milhões de pessoas.”⁶⁸

Numa analogia bastante precisa, José Rosa compara a estratégia delitiva dualista a uma empresa “na qual há a figura de um gerente, diretor ou chefe e a atividade delituosa, na qual as forças convergentes para atuação de tal interesse constituem a ‘empresa’, na qual os mesmo materiais necessários para a execução

⁶⁷ ROSA, Antônio José M. Feu. Do Concurso de Pessoas.p. 250.

⁶⁸ ROSA, Antônio José M. Feu. Idem. Ibidem.

do delito representam o capital, enquanto o empresário é aquele que se propõe o fim, que escolhe os meios idôneos, que organiza, coordena as diversas energias que devem cooperar para conseguir o fim⁶⁹”.

Para a teoria monista, a unidade do crime persiste mesmo diante da existência de mais agentes. Embora tenha vários adeptos, argumenta-se “não ser compreensível, se várias condutas dão existência a um crime só, como pode ser este atribuído mais a uns e menos a outros: como podem concorrer para um crime pessoas não revestidas da qualidade constitutiva e como podem ser punidos os co-partícipes, se houver inimizabilidade do autor principal⁷⁰”. Sustentando a mesma posição, Manzini afirma que “este conceito se funda mais sobre critérios de oportunidade política e sobre o elemento psicológico (vontade comum) do que sobre critérios objetivamente etiológicos. Pode ser, e até admitimos, que este sistema seja conveniente sob o aspecto penal, mas não consideramos exata a base científica que se lhe há querido assinar⁷¹”.

Apesar das críticas que se colocam à teoria monista, é ela a de maior prestígio. Efetivamente, diante da unidade do plano delitivo e do resultado é inafastável a idéia de unicidade do delito.

Assim posiciona-se Noronha, E. Magalhães:

“É ir de encontro à realidade negar que o delito é somente um, embora várias as ações ou os atos, todos eles convergindo para fim único⁷². (...) ‘Praticado por um só ou por vários indivíduos, o delito é sempre único. Porque, na co-delinquência, cada ato individual adquire significado, adquire valor jurídico penal, pelas relações que mantém com as outras condutas convergentes⁷³. Cindi-los, separá-los do todo que é o crime único, não nos parece possível⁷⁴”.

O nosso Código adotou a teoria monista. “Equipara, em princípio, o artigo 29, todos os que intervêm no delito, quem de qualquer modo concorre para ele,

⁶⁹ ROSA, Antônio José M. Feu. *Idem.* *Ibidem.*

⁷⁰ NORONHA, Magalhães E. *Do Crime Culposos.* p. 212

⁷¹ apud ROSA, Antônio José M. Feu. *Op cit.* 251.

⁷² NORONHA, Magalhães E. *Op. cit.* p. 212.

⁷³ NORONHA, Magalhães E. *Idem.* p. 213

⁷⁴ NORONHA, Magalhães E. *Idem.* *Ibidem.*

mitigando, contudo, seus efeitos, pois estabelece fórmulas pelas quais a punição de cada um está condicionada ao seu grau de culpabilidade. Note-se, e tal observação é relevante e necessária: o Código Penal não diz que todos os concorrentes nos crimes sejam autores, mas sim que todos respondem pelo resultado, na medida de sua participação”⁷⁵.

⁷⁵ NORONHA, Magalhães E. Código Penal, v. I. P. 207.

Capítulo 2 – A co-autoria

Atualmente, a definição de co-autoria calca-se na teoria do domínio do fato. A teoria formal-objetiva definia co-autor como todos aqueles que deram causa ao resultado, ou como todos aqueles que praticam o verbo típico, nos termos já analisados. Já a teoria subjetiva, definia co-autor como todos agentes que desejam o fato como próprio, ou como todos aqueles que têm interesse na prática delitiva⁷⁶.

Além de todos os inconvenientes dessas teorias acima analisados, não há possibilidade de, com base em seus preceitos, distinguir a co-autoria da mera “autoria plúrima”. Para essas teorias, a co-autoria é caracterizada quando há duas ou mais pessoas, numa prática delitiva, que realizam o verbo típico ou querem o fato como próprio. Não há, nessa construção, exigência de um “conluio criminoso” ou de uma “decisão delitiva comum”, características essenciais da co-autoria delitiva, como adiante se verá⁷⁷.

A doutrina atual define a co-autoria como sendo uma “divisão do trabalho” entre vários agentes que faz possível a prática do delito, facilita-o, ou diminui substancialmente os riscos de sua frustração⁷⁸. Trata-se da “concorrência querida, consciente e com divisão do trabalho de vários autores, com o fim de obter o mesmo resultado típico^{79, 80}”. As diversas tarefas dos agentes no empreendimento delitivo estão conectadas pela divisão de tarefas acordadas na decisão conjunta.

A co-autoria configura-se quando um ente coletivo é titular do domínio do fato. Esse ente coletivo é formado pelos agentes co-autores que, se individualmente considerados, não teriam o domínio curso delitivo.

Em outras palavras, os aportes delitivos não seriam autonomamente suficientes ao projeto criminoso, cuja realização depende de sua coordenação.

⁷⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas. Op. Cit. . p. 726.

⁷⁷ MAURACH, Reinhart; op cit. p. 368.

⁷⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas. Op. Cit. . p. 726.

⁷⁹ MAURACH, Reinhart; op cit. p. 367.

⁸⁰ Nesse mesmo sentido, Bacigalupo, p. 501.

Assim, pode-se dizer que a característica peculiar à co-autoria é a atribuição da direção final da prática delitiva a um *conjunto de pessoas*. Fazem parte desse conjunto todo aquele cujo aporte possibilite e fundamente a realização objetiva do tipo, de modo que a decisão da prática delitiva também dependa de sua vontade⁸¹.

Dessa forma, “la coautoría reclama junto a los eventuales elementos subjetivos especiales. La comisión em común de la respectiva lesión al bien jurídico, entendida como la participación em el dominio del hecho del ente colectivo delictivo, mediante uma concurrencia divisória del trabajo em sentido expuesto (...)”⁸².

Assim, o que vem a embasar a imputação na co-autoria não é o princípio da acessoriedade, mas a “imputação recíproca imediata de todos os aportes ao fato realizados no marco da resolução delitiva comum⁸³”. Não é a “participação em fato alheio” que embasa a imputação do fato aos co-autores. Todas os aportes individuais são considerados equivalentes e o todo delitivo é imputado em sua inteireza a todos os agentes⁸⁴. Os casos de erros são regidos pelas regras gerais. A assimetria típica entre a dimensão objetiva e subjetiva da ação traduz-se, para cada autor, em tentativa ou erro de tipo.

Como se vê, tendo em vista que a punibilidade da co-autoria reside na imputação recíproca dos aportes individuais dos agentes, as teorias objetivo-formal e subjetiva são insuficientes à aproximação teórica do concurso de autores, pois desconsidera a influência recíproca das ações perpetradas.

2.1 – Aspecto Subjetivo

Sob o aspecto subjetivo, a configuração básica da co-autoria se dá com a cooperação consciente e querida⁸⁵ consubstanciada na “decisão delitiva comum”.

⁸¹ MAURACH, Reinhart; op cit. p. 368.

⁸² MAURACH, Reinhart; op cit. p. 367.

⁸³ JESCHECK, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas. Op. Cit. . p. 726..

⁸⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas. Op. Cit. . p. 726..

⁸⁵ MEZGER, Edmund. Op. cit p. 311.

Consiste ela no querer o objeto do delito, na energia propulsora da realização dos aportes à ação comum⁸⁶. A resolução delitiva comum ou conluio delitivo é o que embasa a imputação recíproca dos aportes individuais. Traduz-se no ajuste prévio ou contemporâneo à prática delitiva que divide as funções desempenhadas pelos diversos agentes no projeto criminoso.

A resolução delitiva comum decorre da antecipação do resultado por todos os co-autores, de modo que a conduta praticada seja fruto de uma atividade unificada⁸⁷. Nesse sentido, fala-se numa “conexão de vontades” entre os co-autores⁸⁸. É necessário que essa divisão evidencie que o resultado do esforço comum com base nela direcionado “pesa sobre todos os intervenientes”⁸⁹. Essa conexão de vontade diz respeito à prática comum da conduta que lesa o bem jurídico, nos termos da divisão de trabalho⁹⁰.

A decisão delitiva comum pode ser anterior ou contemporânea à conduta. Se posterior ao início da execução, configurar-se-á a autoria sucessiva⁹¹, que designa “el caso em que alguien participa co-dominando el hecho em um delito que ya há comenzado a ejecutarse”⁹². Contra essa posição, Jakobs sustenta que não há autoria sucessiva, de modo que a decisão delitiva comum deve ser prévia ou contemporânea à prática delitiva⁹³.

Há casos, porém, em que um agente colabora intensamente para o resultado de um delito sem o conhecimento de quem o realmente executa. Exemplo: alguém ministra sonífero em vítima que será assassinada a golpes, deixando no quarto instrumento adequado ao homicídio, tudo sem o conhecimento do homicida. Nesses casos, evidentemente, o agente não será autor, por não praticar o verbo típico; não será co-autor, por ausência do domínio do fato e não

⁸⁶ MAURACH, Reinhart; op cit. p. 379.

⁸⁷ MAURACH, Reinhart; op cit. p. 367..

⁸⁸ MAURACH, Reinhart; op cit. p. 379..

⁸⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas. Op. Cit. . p. 730.

⁹⁰ MAURACH, Reinhart; op cit. p. 383.

⁹¹ MEZGER, Edmund. Op. cit. p. 311.

⁹² BACIGALUPO, Enrique. Op cit. p. 504.

⁹³ JAKOBS, Günter. Op Cit. p. 759.

será autor mediato, por falta de subordinação do executor. Assim, para Jakobs, nessas hipóteses deve-se contentar com a mera “decisão de ajustar-se” do agente como fundamento de configuração da autoria⁹⁴.

2.2 – Aspecto Objetivo

A dimensão objetiva consiste na prática, por cada agente, de uma parcela delitiva, cada qual com seu significado funcional dentro do todo, de modo que cada ação seja essencial à realização do plano delitivo conjunto. É precisamente a relevância e essencialidade do aporte objetivo que lhe confere “efeito objetivo co-fundante” do domínio coletivo do fato⁹⁵.

Isso, aliado à decisão delitiva comum, confere ao autor domínio funcional sobre o delito⁹⁶. Assim, “este requisito está siempre presente cuando cualquiera de los intervinientes, sobre la base de la resolución delictiva comum, realiza de própria mano y de forma plenamente responsable um elemento del tipo⁹⁷”.

Dessa forma, à realização da dimensão objetiva da co-autoria não é necessária a prática de todos elementos típicos por todos os co-autores. Se houve a realização do tipo na conduta perpetrada, de forma que o “mosaico delitivo” preencha os elementos típicos⁹⁸, todos os agentes que praticaram qualquer elemento do tipo passam a ser co-autores (justamente pelo princípio da imputação recíproca dos aportes delitivos, cujo fundamento radica na decisão delitiva comum)⁹⁹.

⁹⁴ JAKOBS, Günter. Op Cit. p. 759.

⁹⁵ MAURACH, Reinhart; op cit. p. 367.

⁹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas. Op. Cit. . p. 726.

⁹⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas. Op. Cit. . p. 731.

⁹⁸ MAURACH, Reinhart; op cit. p. 371.

⁹⁹ JAKOBS, Günter. Op Cit. p. 745.

Aliás, argumenta-se, inclusive, que a contribuição do co-autor pode ser objetivamente atípica, desde que tenha participado da decisão delitiva comum e tenha contribuído significativamente para a realização do fato¹⁰⁰.

Nesse sentido, mesmo que dado co-autor tenha praticado uma ação meramente preparatória, por exemplo, a realização do tipo lhe será imputada se seu aporte ao delito seja “co-fundante” do domínio do fato coletivo lesivo do bem jurídico tutelado¹⁰¹.

Há que se ponderar, entretanto, que, se o agente presta colaboração à preparação da prática criminosa, só será ele co-autor se tiver participado da decisão delitiva comum. Assim, o aporte aos atos de preparação anterior à tomada da decisão delitiva comum não atribui ao agente o caráter de co-autor, pois não tinha ele domínio do fato. Falta-lhe a decisão comum delitiva, pressuposto da imputação recíproca do mosaico típico. Se sua contribuição for imprescindível, será ele considerado cooperador necessário¹⁰².

A doutrina, em geral, fala em essencialidade ou relevância do aporte delitivo, como critérios que nos permitem caracterizar a contribuição delitiva do autor. Entretanto, Bacigalupo afirma que o aporte objetivo empreendido pelo autor, para a configuração da co-autoria, deve ser absolutamente imprescindível à realização do delito.

A imprescindibilidade, para ele, há de ser perquirida com base na clássica fórmula de supressão mental do aporte objetivo do co-autor, consagrada na teoria da *conditio sine qua non*. Se, diante da ausência do aporte, a prática delitiva seria frustrada, há co-autoria. Há que se ponderar, entretanto, que não é necessário que o aporte deva ser considerada *absolutamente* imprescindível. Basta que a ausência do aporte dificulte ou tome praticamente inviável a prática delitiva diante das circunstâncias do caso concreto¹⁰³.

¹⁰⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas. Op. Cit. . p. 732 e MAURACH, Reinhart; op cit. p. 371..

¹⁰¹ MAURACH, Reinhart; op cit.p. 373-374.

¹⁰² BACIGALUPO, Enrique. Op cit. p. 503.

¹⁰³ BACIGALUPO, Enrique. Idem. p. 502.

Mas, para parte da doutrina, essencialidade objetiva pode ser, entretanto, dispensada nos casos em que se verifica o “domínio aditivo” do fato, em que as condutas praticadas realizam a lesão completa do bem jurídico, sem que sejam elas absolutamente essenciais. Esta formulação conceitual foi construída especificamente para solucionar casos como o de um pelotão de fuzilamento em que vários soldados desferem tiros contra o executado, cuja morte é causada pelo disparo de alguns membros do pelotão, e não de todos¹⁰⁴.

2.3 – Alcance da co-autoria

Nesses termos, a co-autoria encontra os seguintes limites conceituais^{105, 106}:

- só pode ser co-autor quem reúne as características típicas necessárias à qualidade de autor. Assim, nos crime próprios, não pode ser co-autor outro que não o agente descrito no tipo. Ainda, não há co-autoria nos delitos de mão-própria¹⁰⁷.

- a responsabilidade dos agentes só alcança a parcela objetiva simétrica à decisão delitiva comum. Os excessos são individualmente punidos.

- a ausência de tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade de qualquer colaborador não exclui a co-autoria no que diz respeito aos demais agentes, mesmo que a conduta atípica, jurídica ou inculpável signifique aporte essencial ou relevante ao todo delitivo.

- questão controversa consiste na diferenciação entre o aporte delitivo do partícipe e do co-autor. O critério a ser utilizado, que será oportunamente analisado, é o da “subordinação”. Se o agente é subordinado, não exercendo

¹⁰⁴ MAURACH, Reinhart; op cit. p. 377.

¹⁰⁵ A questão da co-autoria culposa será oportunamente analisada. JESCHECK, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas. Op. Cit. . p. 729..

¹⁰⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas. Idem Ibidem.

¹⁰⁷ MAURACH, Reinhart; op cit. p. 370.

domínio sobre o plano delitivo, ele será partícipe. Nessa questão, aplicam-se os termos da teoria do domínio do fato, no que diz respeito à distinção entre autoria e participação¹⁰⁸.

¹⁰⁸ BACIGALUPO, Enrique. Op.cit.. p. 502

Capítulo 3 – Participação

O conceito de participação está intimamente atrelado ao conceito de autor. Não é idealizado autonomamente como uma “formulação em si”. Trata-se de uma categoria essencialmente residual em relação à autoria. Partícipe é aquele que contribui à prática delitiva sem reunir as qualidades de autor.

Nesses termos, a noção de participação é trazida de forma bastante precisa por Zaffaroni: “Partícipe é aquele que concorre no injusto e é alcançado pela proibição típica, sem ser autor¹⁰⁹”. Efetivamente, o conceito de partícipe deve ser formulado de forma negativa: os agentes que concorreram à prática delitiva sem reunirem as condições de autor são partícipes.

Essas condições, esclarece Jakobs, podem referir-se à falta do domínio do fato ou à falta das características necessárias à configuração da autoria, nos casos dos delitos próprios. Assim, a participação não forma um tipo autônomo, mas um “tipo de referência”¹¹⁰.

A dependência da participação em relação à autoria não reside apenas no plano conceitual. A idéia de participação é ontologicamente dependente da autoria. “Participar é ligar-se a algo, é associar-se, é tomar parte em alguma atividade¹¹¹”.

Assim, a aproximação do estudo da participação pode ser empreendida com base nessas duas noções: residualidade conceitual e dependência conceitual e ontológica.

3.1 – Teorias sobre a participação

¹⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. p. 585. edição de 1985.

¹¹⁰ JAKOBS, Günter. *Op Cit.* p. 794.

¹¹¹ PIERANGELLI, José Henrique. *Op Cit.* p. 270.

Muito embora a idéia de participação, sob o ponto de vista conceitual e ontológico, seja essencialmente dependente, é sustentável que a conduta do partícipe, sob o ponto de vista típico, tenha um desvalor autônomo. Embora intimamente vinculadas, parte da doutrina sustenta que o conteúdo do injusto da conduta do partícipe é independente e desagregada da conduta do autor. Essa doutrina, entretanto, não possui respaldo consistente e na doutrina nacional não há quem a defenda¹¹².

Assim, a dependência da participação em relação à autoria também se encontra no plano do desvalor da conduta. O desvalor da conduta do partícipe não está desagregada da conduta do autor. Eis a base da formulação da teoria da acessoriedade.

A teoria da acessoriedade não é unívoca. Divide-se em três correntes. Todas sustentam a dependência da conduta do partícipe em relação à do autor, entretanto em graus diferentes.

3.1.1 – Teoria da acessoriedade extremada

A teoria da acessoriedade extremada postula que todos os estratos analíticos delitivos da conduta do partícipe são dependentes dos correspondentes estratos analíticos delitivos da conduta do autor. Assim, a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade da conduta do partícipe estão, cada uma, vinculadas à tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade da conduta do autor¹¹³.

Essa teoria está intimamente relacionada à teoria formal-objetiva e à teoria causal da ação. Para essa teoria, o dolo e a culpa encontram-se na culpabilidade. Assim, a adoção da teoria da acessoriedade extremada é mero desenrolar lógico do paradigma causal¹¹⁴.

A teoria da acessoriedade extremada insere-se no mesmo paradigma da teoria da corrupção, que embasa a punição da conduta do partícipe na

¹¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op cit.* p. 585. edição de 1985.

¹¹³ PIERANGELLI, José Henrique. *Op Cit.* p. 270.

¹¹⁴ PIERANGELLI, José Henrique. *Op Cit.* P. 270.

culpabilidade da conduta do autor. Assim, a conduta do partícipe será reprovável na medida da reprovabilidade da conduta do autor¹¹⁵.

Entretanto, a par de todas as críticas anteriormente analisadas que se colocam contra a teoria objetivo-formal e à formulação causal da ação, a teoria da acessoriedade nos conduz a resultados insatisfatórios diante do estado de inculpabilidade do autor, do qual aproveitar-se-ia o partícipe¹¹⁶.

3.1.2 – Teoria da acessoriedade mínima

A teoria da acessoriedade mínima preceitua que a dependência da conduta do partícipe em relação ao do autor circunscreve-se à tipicidade. Também é embasada na teoria formal-objetiva, especificamente no conceito restritivo de autor por ela formulado. Como autor é aquele que pratica o verbo típico, a antijuridicidade da conduta do autor é irrelevante à antijuridicidade da conduta do partícipe¹¹⁷. Mas, como se sabe, a tipicidade da conduta é meramente indicativa do injusto. Dessa forma, essa teoria nos leva a resultados absurdos: quem ajuda outrem a praticar delito em legítima defesa seria punido.

Entretanto, entre nós vige a teoria do domínio do fato, que nos conduz a solução distinta.

3.1.3 – Teoria da acessoriedade limitada

A teoria da acessoriedade limitada postula que a conduta do partícipe é vinculada à conduta do autor nos estratos da tipicidade e da antijuridicidade. Assim, para que haja desvalor da conduta do partícipe, é necessário que o autor pratique conduta típica e antijurídica, sendo que a culpabilidade das condutas do autor e do partícipe são independentes¹¹⁸.

¹¹⁵ JAKOBS, Günter. Op Cit. p. 794.

¹¹⁶ PIERANGELLI, José Henrique. Idem Ibidem..

¹¹⁷ PIERANGELLI, José Henrique. Idem Ibidem..

¹¹⁸ PIERANGELLI, José Henrique. Idem Ibidem..

Assim, se não ocorrer um início de uma conduta típica antijurídica, não há que se falar em participação. Se “A” paga a “B” quantia para que mate “C”, não haverá participação em homicídio se “B” simplesmente fugir com o dinheiro.

A teoria da acessoriedade limitada está intimamente relacionada à teoria da participação no ilícito, que fundamenta a punibilidade da participação. Para ela, a participação é punível devido à proibição de apoiar ou impulsionar a conduta proibida. Essa proibição consta da Parte Geral, como extensão típica das condutas descritas na Parte Especial¹¹⁹.

Essa é a teoria dominante, adotada pela maioria dos Códigos, inclusive pelo vigente entre nós.

Entretanto, recentemente tem sofrido temperamentos de vozes isoladas, porém respeitadas. Assim, nos casos em que o agente principal age em estado de necessidade exculpante, o partícipe também não seria culpável, aplicando, nessas hipóteses, a teoria extremada da culpabilidade¹²⁰.

3.1.4 – Teoria da causação

A par das teorias que pregam a acessoriedade da participação em relação à autoria, existem aquelas que postulam que a participação é um delito típico autônomo. Entre elas, está a teoria da causação. Para esta teoria, o fundamento da punibilidade da participação está no nexos causal que vincula a conduta do partícipe à realização da conduta típica. A reprovabilidade da conduta do partícipe, efetivamente, é menor do que a do autor, dado que sua posição na cadeia causal é mais longe do resultado. Assim se o que importa é o aporte causal que contribui para o resultado, desaparece o requisito da tipicidade da conduta do autor, de modo que a conduta do partícipe pode revestir-se de tipicidade independentemente da tipicidade da conduta do autor¹²¹.

¹¹⁹ JAKOBS, Günter. Op Cit. p. 795.

¹²⁰ BACIGALUPO, Enrique. Op.cit.. p. 522.

¹²¹ JAKOBS, Günter. Op Cit. p. 795.

3.1.5 – Teoria da Hiper-acessoriedade

Para essa teoria, não apenas a culpabilidade, antijuridicidade e tipicidade da conduta do partícipe depende da do autor, mas também todas as circunstâncias pessoais verificadas na conduta do agente. Assim, todas as circunstâncias pessoais configuradas na conduta do autor, comunicam-se à do partícipe.

3.2 – Formas de Participação

Doutrinariamente, entende-se que existem duas modalidades de participação: a participação própria e a imprópria.

A participação própria configura-se quando o agente empreende sua contribuição antes ou durante a prática delitiva desenvolvida pelo autor. Na participação imprópria, o partícipe pratica a ação acessória após a consumação da prática delitiva principal.

A participação própria abarca a cumplicidade e instigação. A participação imprópria traduz-se no favorecimento.

3.2.1 – Instigação

Instigador é quem contribui à formação da decisão delitiva do autor. “Es el que hace surgir em outro, cón voluntad de instigador, la resolución de cometer um hecho, y da lugar, de tal manera, a que cometa el hecho como autor”¹²². Traduz-se no incentivo, no encorajamento, no animar, impulsionar, incitar o autor à prática do projeto delitivo¹²³. Trata-se da conduta de quem faz nascer no agente o propósito delitivo¹²⁴. A instigação há de ser realizada por meio psíquico, exteriorizado sob

¹²² MEZGER, Edmund. Op. cit. p. 313.

¹²³ PIERANGELLI, José Henrique. Op. Cit. 271.

¹²⁴ MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal*. P. 203

qualquer forma (palavras, gestos, escritos), desde que não consista em mera insinuação que não seja decisiva à prática da resolução delitiva do autor¹²⁵.

Sob o ponto de vista da “essência da instigação” Mezger¹²⁶, adepto da teoria subjetiva de autor, indaga se a punibilidade do instigador decorre do fazer surgir no autor uma decisão delitiva ou da causação do delito cometido pelo instigado. São pontos de partidas distintos. Para o primeiro, o instigador seria co-autor. Para o segundo, partícipe. A diferença essencial entre ambos está, para ele, em que o instigador quer o fato como alheio; o instigado, como próprio.

A concepção de Mezger pode ser transposta para a teoria do domínio do fato da seguinte forma: o instigador é causador remoto do delito (seu “causador intelectual¹²⁷ⁿ”), pois fez surgir em outrem a resolução de empreender prática delitiva sobre qual o instigado, ao contrário do instigador, tem o domínio.

A instigação compreende a determinação e a instigação em sentido estrito. A determinação tem o condão de formar a resolução delitiva. A instigação em sentido estrito apenas desenvolve ou aperfeiçoa a resolução, que, apesar de pré-existente, não se encontra concretizada¹²⁸.

Assim, se o autor da ação principal já decidira praticar a conduta típica antes do incentivo, a instigação será atípica, pois sua configuração pressupõe seja ela decisiva à resolução delitiva. Assim, ao contrário das outras formas de participação, só existe instigação anterior à prática delitiva.

Devido à adoção da teoria da acessoriedade limitada, a instigação somente pode ser punível se o autor pratica o delito, em sua forma consumada ou ao menos tentada. Contra essa posição, sustenta Mezger que não há instigação se o delito não se consumir¹²⁹.

Em decorrência do caráter “decisivo” do incentivo na formação da resolução delitiva, o conteúdo da instigação deve ser preciso e seu destinatário

¹²⁵ PIERANGELLI, José Henrique. Op. Cit. 271.

¹²⁶ MEZGER, Edmund. Op. cit. p. 314.

¹²⁷ MEZGER, Edmund. Idem. Ibidem.

¹²⁸ CALLEGARI, André Luiz. RT. P. 462.

¹²⁹ MEZGER, Edmund. Op. cit. p. 316.

determinado. “As informações ou conselhos de caráter genérico ou impreciso, e, como tais, sem influência na resolução de cometer o crime ou até no modo de o cometer¹³⁰”.

3.2.2 – Cumplicidade

Cúmplice é aquele que coopera com a execução da prática delitiva sem ter, entretanto, a qualidade de autor. A contribuição pode ser física ou psíquica. A diferença entre a instigação e cumplicidade é que “o cúmplice (ou auxiliar) presta ajuda para realização do fato principal, e também não controla a realização do fato punível, poder exercido pelo autor¹³¹”.

O aporte do cúmplice pode se dar em qualquer momento da prática delitiva, desde a preparação até a consumação.

A cumplicidade pode ser necessária ou desnecessária. A cumplicidade necessária é aquela indispensável ao sucesso delitivo. A “desnecessária” é aquela da qual o plano principal independe, mas dela se vale, facilitando a execução do delito.

O fornecimento dos meios de execução pode configurar tanto a cumplicidade quanto a própria autoria. Assim, se “B”, previamente, fornece a “A” escada sem a qual não seria possível furtar propriedade cercada por muros altos, assume posição de cúmplice necessário. Entretanto, se “B” fornece-a a “A” durante a execução, a caracterização da conduta assume contornos distintos. “B” influencia de tal maneira a prática delitiva, que é manifesto seu domínio sobre o fato. De mero cúmplice, passou a ter em suas mãos a decisão sobre a realização do delito: a diferença entre o crime impossível ou uma desistência e o furto qualificado consumado está em suas mãos, no emprestar ou não a escada¹³².

3.2.3 – A participação imprópria – o favorecimento

¹³⁰ PIERANGELLI, José Henrique. Op. Cit. 271.

¹³¹ CIRINO, Juarez. Op. cit.. P. 298.

¹³² BATISTA, Nilo. Op cit., Rio de Janeiro, 1979, p. 85.

O favorecimento é a contribuição delitiva realizada após a consumação do crime por um agente que não tenha o domínio do fato.

A consumação formal do delito ocorre quando da realização de todos os elementos do tipo. Nesse etapa, não há mais a possibilidade de tentativa. Já a consumação *material, também chamado de exaurimento, se quando se esgotam os efeitos da prática delitiva.* Por exemplo, no caso do seqüestro, o delito encontra-se consumado com a privação da liberdade (art. 148, CP). Exaure-se, entretanto, com a obtenção do dinheiro pago a título de resgate. É entre a consumação e o exaurimento que ocorre o favorecimento.

Muito se discute a respeito da natureza do desvalor do favorecedor. É que a doutrina moderna já assentou definitivamente que terminada a execução do delito, não há possibilidade de qualquer aporte participativo. Os atos posteriores que facilitem a prossecução dos objetivos do agente principal só podem ser punidos em tipos independentes¹³³ (arts. 180, 348 e 349 do CP).

¹³³ PIERANGELLI, José Henrique. Op. Cit. 274.

Capítulo 4 – O concurso culposo de agentes

Os elementos acima expostos nos permitem analisar a questão do tratamento dogmático do concurso culposo de agentes. Apesar da doutrina nacional majoritária entender de forma cediça que não há concurso culposo de agentes, o assunto não é dos mais pacíficos.

Como se verá, se por um lado a concepção de que há possibilidade de realização de delitos culposos em concurso delitivo afronte a estrutura doutrinária do concurso de agentes, sua inadmissão nos conduz a resultados práticos no mínimo insatisfatórios, sob o ponto de vista político-criminal.

Parte da doutrina entende impossível a co-autoria nos crimes culposos devido à ausência da decisão delitiva comum. Não haveria uma distribuição funcional da prática do crime. O que pode ocorrer é uma mera “autoria acessória” que consiste na prática concorrente de dois delitos culposos independentes entre si.

Entretanto, diante da autoria acessória, desaparece a imputação recíproca das condutas praticadas pelos agentes. Assim, não configurada a co-autoria, cada agente será punido pela conduta que praticou, sem haver a formação de um “mosaico delitivo” entre suas ações.

Essa consequência pode surtir efeitos insatisfatórios no caso concreto, sob o ponto de vista político-criminal, a exemplo do seguinte caso recém enfrentado pela Corte Suprema da Espanha¹³⁴: “en una reunión campestre José deja una escopeta cargada y sin seguro; una amiga, M^a del Carmen, lê pregunta si está cargada, a lo que José responde despreocupadamente que no, por lo que M^a del Carmen apunta a um tercero, Antonio, expresando em son de broma: “Tony que te mato”, apretando el gatillo y produciendo la muerte instantánea de Antonio por efecto del disparo”.

¹³⁴ RIEZU, Antonio, Cuerda; CONLLEDO, Miguel, Díaz, García; BOTTKE, Wilfried; KNUT, Amelung; BELEZA, Teresa, Pizarro. P. 290

Em não se admitindo a possibilidade do concurso culposo, ambas as condutas seriam, a princípio, atípicas, pois as lesões ao dever de cuidado, individualmente, não seriam capaz de causar o resultado.

Assim, contra essa concepção, insurge-se a doutrina italiana. F. Antonelisei¹³⁵ sustenta que o concurso culposo, com efeito, não se trata de um concurso criminoso propriamente dito, pois este pressupõe uma divisão de trabalho rumo ao resultado. Afirma, entretanto, que há uma diferença entre o “fato culposo independente”, que se traduz na autoria acessória, e o concurso culposo, a que corresponde a co-autoria. O concurso culposo seria um concurso impróprio, *sui generis*, o que abre possibilidade à imputação recíproca do resultado, como ocorre na co-autoria.

A diferença entre o concurso delitivo culposo e a prática concorrente de condutas culposas independentes, ou, como quer Antonelisei, “concurso de causas culposas¹³⁶” seria a existência de um liame psicológico entre os agentes. Esse liame psicológico consistiria, precisamente, na vontade de realização da ação causal e na previsibilidade do resultado. Mesmo na culpa, apesar da ausência de vontade dirigida ao resultado típico, haveria consciência no concurso criminoso¹³⁷.

Nesses termos, Ferrando Mantovani estrutura o concurso culposo sobre os seguintes elementos:

- ausência de vontade de concorrer na realização do fato criminoso
- vontade de concorrer à realização da conduta contrária à norma de cuidado.
- previsão, ou previsibilidade do resultado.

E conclui:

“Il primo elemento, negativo, differenzia il concorso colposo dal doloso. Il secondo, positivo, lo differenzia dal mero concorso di azioni colpose indipendenti (il cd, concorso di colpe), in cui piú individui contribuiscono a causare lévento

¹³⁵ ANTONELISEI, F. Manuale di Diritto Penale. P. 587.

¹³⁶ ANTONELISEI, F. *idem*. *ibidem*..

¹³⁷ NORONHA, M. *op. cit.* P. 216

colposo, senza però che essi abbiano la coscienza e volontà di concorrere coll'altrui o nell'altrui azione pericolosa¹³⁸»

Nesses termos, o caso acima analisado seria solucionado mediante a imputação da prática delitiva a ambos os agentes a título de culpa.

No Brasil, Magalhães Noronha¹³⁹ sustenta que a casuística e a própria construção dogmática da culpa demonstram que é possível o concurso culposo.

Argumenta que na hipótese de dois trabalhadores da construção civil que, por descuido, derrubam uma viga que estavam segurando no topo da construção, lesionando um transeunte, lesionaram dever de cuidado do ofício que lhes era comum, que deveria ser realizado com a conjugação de suas forças. A ação, que para ele é única, bem como o resultado, foram produzidos por duas pessoas que, conjuntamente, deixaram de observar o dever de cuidado. Para ele, resta caracterizada a co-autoria.

Nessa mesma esteira, Bettiol¹⁴⁰, isoladamente, argumenta que a inadmissibilidade do concurso culposo é decorrência de um equívoco na matriz da formulação da teoria do concurso de autores: a de que a consciência e vontade de vincular sua conduta à do outro é peculiar ao dolo.

Em todos esses casos, parte da doutrina entende sustentável que há, efetivamente, um vínculo psicológico entre os causadores do resultado. Em se adotando o entendimento segundo o qual não há distinção entre o autor culposo e o partícipe, pode-se sustentar que nessas hipóteses há co-autoria: todos os agentes seriam autores (causadores) do resultado, vinculados por um liame psicológico que configuraria o aspecto subjetivo do concurso.

¹³⁸ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale – Parte Generale*. P. 557

¹³⁹ NORONHA, Magalhães E. *Do Crime Culposo*. p. 105.

¹⁴⁰ BETTIOL, in *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1930, pág. 674 apud. NORONHA. P. 106. Nesses termos, Antonelisei afirma que nada impede a concorrência em delito culposo que assuma as formas admitidas na dogmática, quais sejam, a determinação, a instigação, o auxílio, a cooperação imediata e a execução (Il Concorso di piú persone in um reato, 1949, pág. 272 (in Magalhães Noronha. P. 106).

No que tange à participação em delitos culposos, entende-se que esta não é possível, pois, como exposto, o estágio atual de evolução da teoria do domínio do fato adota o conceito unitário causal-extensivo nos delitos imprudentes na definição de autor. Assim, todos os agentes, num crime culposos, seriam autores.

Ademais, mesmo que se admita a diferenciação entre autor e partícipe nos delitos imprudentes com base no domínio do fato, a participação em delitos culposos seria conceitualmente ilógica. Argumenta-se que “não se pode estabelecer a participação num fato não previsto ou não querido¹⁴¹”.

Assim, não seria possível a participação dolosa em crime culposos, bem como a participação culposa em crime doloso, pois tanto a cumplicidade quanto a instigação pressupõem que o agente queira que o feito tenha êxito. Ademais, argumenta-se também que à configuração da participação é necessária a homogeneidade dos elementos subjetivos da conduta do autor e do partícipe.

Essa doutrina, entretanto, não é unitária. Cuerda Riezo¹⁴² entende que não é possível a formulação de um conceito unitário de autor nos delitos imprudentes. Seria contra fáctico, em sua opinião, considerar como autor o agente que, ontologicamente, pratica ação de importância nitidamente diminuta num dado concurso delitivo.

Com efeito, a adoção do conceito unitário de autor nos delitos imprudentes nos leva a resultados inequívocos: se A, praticando conduta imprudente de pouca importância em relação à de outros agentes, comete homicídio, seria punido, a princípio, de forma menos grave se o tivesse realizado sua conduta com dolo, pois aí seria considerado cúmplice. Argumenta-se, assim, que a incapacidade da teoria do domínio do fato em solucionar a distinção entre

¹⁴¹ Idem. Ibidem.

¹⁴² RIEZU, Antonio, Cuerda; CONLLEDO, Miguel, Díaz, García; BOTTKKE, Wilfried; KNUT, Amelung; BELEZA, Teresa, Pizarro. Op. cit. P. 209 e ss.

autor e participe nos delitos imprudentes não pode redundar na volta ao paradigma objetivo-formal do conceito de autor¹⁴³.

No que se refere à homogeneidade da imputação, efetivamente seria incompatível com o paradigma do injusto pessoal a imputação do fato a títulos diversos. Desse paradigma decorrem a acessoriedade da participação, bem como a unidade do injusto, fundamentos incompatíveis com a possibilidade da participação culposa em delito doloso e da participação dolosa em delito culposo, pois o injusto (uno) deve ser imputado homogeneamente aos agentes¹⁴⁴.

Entretanto, o paradigma do injusto pessoal, a acessoriedade e a unidade do injusto, especificamente no que diz respeito à sua conseqüência no tratamento da autoria e participação podem esbarrar no princípio da responsabilidade subjetiva, nos casos em que os agentes, efetivamente, praticaram delitos com dimensões subjetivas parcialmente diversas. Ex: o autor que excede imprudentemente o delito instigado pelo partícipe. Outro exemplo: autor que realiza um tipo simples (furto), mas que resulta, por imprudência do partícipe, num tipo complexo (roubo).

Nesses casos, a homogeneidade da imputação do injusto haveria de ceder diante do princípio da responsabilidade subjetiva, pois o co-delinquente deve responder pelo tipo subjetivo que efetivamente realizou.

No tocante à ausência do “liame subjetivo”, argumenta-se que é possível a coesão psíquica entre autor e partícipe nos delitos culposos.

Magalhães Noronha apresenta, nessa linha, exemplo em que se vislumbra a existência da participação em delito culposo que se refere ao passageiro que determina ao chofer que conduza o veículo acima do limite de velocidade, a fim de que chegue ao aeroporto a tempo para embarcar em seu vôo, o que causa abalroamento do qual decorre a morte ou lesão corporal de

¹⁴³ RIEZU, Antonio, Cuerda; CONLLEDO, Miguel, Díaz, García; BOTTKE, Wilfried; KNUT, Amelung; BELEZA, Teresa, Pizarro. Idem Ibidem.

¹⁴⁴ RIEZU, Antonio, Cuerda; CONLLEDO, Miguel, Díaz, García; BOTTKE, Wilfried; KNUT, Amelung; BELEZA, Teresa, Pizarro. Idem Ibidem.

transeuntes¹⁴⁵. Trata-se, nesse caso de uma participação culposa em delito culposo. Há uma instigação à lesão de do dever de cuidado que redunde na morte da vítima, resultado não desejado nem pelo autor, nem pelo partícipe.

Ainda, se, nessa mesma hipótese, o passageiro instiga o motorista a violar o limite de velocidade numa dada curva perigosa, não com o fim de não perder o vôo, mas a fim de abalroar seu desafeto que ali transitava, há que se admitir, segundo F. Alimena, a participação dolosa em delito culposo¹⁴⁶.

¹⁴⁵ NORONHA, Magalhães E. *Do Crime Culposo*. p. 105.

¹⁴⁶ *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1930, pág. 685 apud. Magalhães Noronha. Nesse mesmo sentido, Mezger entende que é possível a instigação á prática de crime culposo. P. 315.

CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito demanda uma dogmática penal *calcada em conceitos operacionais precisos que protejam o indivíduo do arbítrio estatal na aplicação da lei ao caso concreto*. Mais do que em qualquer ramo do direito, a segurança e a previsibilidade jurídicas assumem especial importância no Direito Penal.

Paradoxalmente, um dos temas de maior importância prática do Direito Penal encontra-se numa controvérsia doutrinária que parece estar longe de uma solução definitiva. Não há, no campo da autoria e da participação, soluções exatas e precisas que orientem de forma segura o intérprete na aplicação da lei penal.

A essa precisão objetivou a teoria formal na distinção entre autor e partícipe. O paradigma por ela construído obteve certo êxito, ao menos no que diz respeito à clareza do critério utilizado na distinção entre autor e partícipe. O conceito unitário e extensivo de autor, segundo o qual autor é todo aquele que contribui para a realização do crime, bem como o conceito restritivo de autor, segundo o qual autor é todo aquele que realiza o verbo típico, não deixam margem ao surgimento de qualquer “zona cinzenta” na caracterização da autoria e da participação.

Entretanto, embora preciso, o critério demonstrou-se equivocado, pois se voltava exclusivamente ao aspecto exterior da conduta do agente. Pode-se dizer que a falha está no ignorar a dimensão subjetiva da conduta. E a desconsideração do manejamento causal do agente nos leva a resultados inaceitáveis sob o ponto de vista ontológico.

A constatação dessa necessidade da análise da dimensão subjetiva da conduta conduziu a dogmática à formulação da teoria subjetiva. Contudo, a distinção entre o *animus auctoris* e o *animus socii*, base da teoria subjetiva, é imprecisa e insatisfatória. Tendências psíquicas, por si só, são de difícil constatação. Ainda, certos casos envolvendo crimes próprios, em que o agente não qualificado quer o fato como próprio, a caracterização da autoria resta

prejudicada. Ademais, a teoria mostra-se incapaz de solucionar questões elementares, como a prática de crimes altruístas.

A síntese dialética das teorias anteriores e a concepção do finalismo ensejaram a formulação da teoria do domínio do fato. Sob o ponto de vista ontológico, representou grande evolução. Entretanto, seu grau de precisão está aquém do ideal. A definição do que vem a ser “domínio do fato” não é suficientemente exata e traduz-se em conceitos vagos como “soberania de configuração” e “arquiteto do fato”. O norte na subsunção do caso concreto a esses conceitos é a indução lingüística (*common sense analysis*), método impreciso que abre margem demasiadamente extensa ao arbítrio estatal¹⁴⁷.

Além disso, a teoria do domínio do fato volta-se à distinção entre autor e partícipe nos delitos comissivos dolosos, não se prestando à solução do problema nos delitos culposos, próprios e omissivos. É que a idéia do domínio sobre a atividade delitiva é inerente ao dolo e inexistente nos crimes culposos e omissivos. Nos delitos próprios, a teoria nos conduz a resultados insatisfatórios quando o agente que não possui as características típicas do autor domina o fato, ao contrário daquele que as possui.

Diante dessa insuficiência conceitual, apontam-se duas soluções: a adaptação do conceito de domínio do fato aos delitos culposos, próprios e omissivos ou a formulação de um novo conceito que venha a orientar a diferenciação entre autor e partícipe nessas espécies delitivas.

A doutrina, com razão, aponta a artificialidade da adaptação do conceito de domínio de fato aos delitos não comissivos dolosos. Efetivamente, é

¹⁴⁷ A mesma crítica, aliás, dirige-se contra a teoria da consideração total. Efetivamente, a idéia da avaliação indutiva concreta da divisão entre autoria e participação é atraente, principalmente devido à possibilidade de elaboração de decisões mais equânimes e coerentes com as vicissitudes do caso concreto. A distinção entre autor e partícipe estaria vinculada, acima de tudo, à sensibilidade do aplicador da lei. Trata-se, pois, de um método muito mais tópico do que sistêmico. Entretanto, essa formulação põe em risco o postulado da taxatividade, pois viabiliza uma flexibilização demasiadamente ampla do alcance da descrição típica.

no mínimo defensável a crítica segundo a qual há uma impropriedade técnica nos chamados “delitos de infração de dever”, dado que todos os delitos, em última análise, redundam na infração de um dever. Entretanto, não parece razoável o entendimento segundo o qual no delito culposo o agente tem o domínio do fato sobre a lesão do dever de cuidado, por exemplo. Daí a necessidade da formulação de um conceito de autor distinto no campo dos delitos não comissivos dolosos.

Assim, para os delitos culposos, formula-se um conceito que retoma a definição unitária de autoria. Nesses termos, a lesão culposa do bem jurídico mediante a ação de vários agentes não engendra a configuração da participação, nem tampouco da co-autoria, mas tão somente da autoria acessória, devido à ausência da decisão delitiva comum. Adotar-se-ia, nesse particular, a teoria “pluralista” do concurso de agentes, segundo a qual a conduta de cada agente configura um delito independente.

Ocorre que na autoria acessória desaparece a imputação recíproca do resultado típico. Assim, a lesão de um bem jurídico causada por condutas culposas individualmente atípicas jamais poderia ser punida, solução indiscutivelmente insatisfatória sob o ponto de vista político-criminal.

Dessa forma, no âmbito da co-autoria, sustenta-se a existência de um vínculo psicológico entre agentes que agem culposamente que, muito embora não consista na decisão delitiva comum, seria capaz de engendrar a imputação recíproca e formar o mosaico delitivo que se subsumiria ao tipo.

Entretanto, por mais que se possa defender a existência de uma previsibilidade do resultado, de uma ausência de vontade para o resultado e de uma vontade de lesão do dever de cuidado na dimensão subjetiva da conduta de cada agente, é indefensável a tese de que sempre haverá uma conexão entre elas. Se A e B imprudentemente deixam cair uma viga do topo de uma construção sobre um transeunte, as dimensões subjetivas das condutas de ambos, consistentes na lesão do dever de cuidado, embora concomitantes, são absolutamente independentes. Não há como se estabelecer um liame entre essas vontades.

A questão assume contornos mais complexos quando o concurso delitivo em que haja o elemento culposo na dimensão subjetiva de um ou mais agentes envolve aportes de partícipes.

Nesses casos, a adoção do conceito unitário de autor nos levaria a soluções que afrontam o princípio da responsabilidade subjetiva. Se “A”, na qualidade de autor, e “B”, na qualidade de partícipe, pretendem praticar dolosamente delito de furto, mas “B”, por imprudência, comete excesso que redunde na realização do delito de roubo, a teoria unitária extensiva do conceito de autor nos delitos culposos nos levaria a resultados absurdos. “A” seria autor do delito de furto e “B” seria partícipe do delito de furto e autor do delito de roubo.

Por outro lado, é ontologicamente inaceitável romper o vínculo de acessoriedade existente entre a conduta do autor e a do partícipe, o que só seria viável mediante a adoção da teoria da causação, que é incompatível com o paradigma finalista. Ademais, é inegável a necessidade de uma divisão de trabalho na configuração da participação, cuja existência é impossível de se sustentar nos delitos culposos.

Assim se coloca o atual estado da técnica da autoria e da participação no direito penal, cujas lacunas apontam a necessidade de aprimoramento dogmático tendente à formulação de critérios mais seguros, precisos e previsíveis, compatíveis com a cientificidade do direito penal moderno.

Bibliografia

ANTOLISEI, F. *Manuale di Diritto Penale*. 16 ed. Milano: AG, 2003.

BACIGALUPO, Enrique; *Derecho Penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria Geral do Delito*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CALLEGARI, André Luís. Breves Anotações sobre o Concurso de Pessoas. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 761, p. 454/471, 1999.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto Penale. Parte Generale*. 4. ed. Bologna: Zanichelli Editore, 2003.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1956.

JAKOBS. Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamento y teoría de la imputación*. 2ªed. Madrid: MarcialPons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. 5 ed. Granada: Editorial Comares, S.L, 1996.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. 5 ed. São Paulo: RT, 2001.

LINHARES, Marcello Jardim. *Co-autoria (O concurso de pessoas do art. 29 da nova Parte Geral do Código Penal)*. *Direito Penal Aplicado*. 3 ed. Rio de Janeiro: Ainde, 1987.

LISTZ, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*. 2.ed. Madrid: Réus, 1929.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale – Parte Generale*. 4 ed. Padova: Cedam, 2001.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz; *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*. Trad. Jorge Bofill Gensch. 7. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.

MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEZGER, Edmundo. *Derecho Penal. Libro de Estudio. Tomo I. Parte General*. 6. ed. Buenos Aires: El Foro, 1994.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MUÑOZ, Conde, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Porto Alegre, Fabris, 1988.

NORONHA, Magalhães E. *Do Crime Culposos*. 3 ed. São Paulo, Saraiva, 1973.

_____. *Direito Penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PIERANGELLI, José, Henrique. O Concurso de Pessoas e o Novo Código Penal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 673, p. 261/286, 1991.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol 1. 3 ed. São Paulo: RT, 2002.

RIEZU, Antonio, Cuerda; CONLLEDO, Miguel, Díaz, García; BOTTKE, Wilfried; KNUT, Amelung; BELEZA, Teresa, Pizarro. *Fundamentos de um Sistema Europeo del Derecho Penal*. BARCELONA: J.M. BOSCH EDITOR S.A. 1995.

ROSA, Antônio José M. Feu. Do Concurso de Pessoas. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 634, p. 243/261, 1988.

ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7. ed. Berlin: Gruyter, 2000,

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl Zaffaroni; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 4 ed. São Paulo: RT, 2002.