

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-graduação em Direito

Matheus Oliveira de Carvalho

**DO FUNDAMENTO DO INJUSTO DA PARTICIPAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

Belo Horizonte

2021

Matheus Oliveira de Carvalho

## **DO FUNDAMENTO DO INJUSTO DA PARTICIPAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação desenvolvida na área de estudo Direito Penal Contemporâneo, inserida na linha de pesquisa Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito, sob orientação do Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta, apresentada por Matheus ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para obtenção do título de Mestre.

Belo Horizonte

2021

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

C331d Carvalho, Matheus Oliveira de  
Do fundamento do injusto da participação no direito brasileiro  
[manuscrito] / Matheus Oliveira de Carvalho. - 2021  
143 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais,  
Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 138- 143.

1. Direito penal - Brasil - Teses. 2. Participação - Teses. 3. Causalidade  
(Direito) - Teses. 4. Comportamento humano - Teses. 5. Responsabilidade  
penal - Teses.. I. Horta, Frederico Gomes de Almeida. II. Universidade  
Federal de Minas Gerais – Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 343.2.01 (81)



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA  
BEL. MATHEUS OLIVEIRA DE CARVALHO

Aos vinte dias do mês de agosto de 2021, às 14h30, via plataforma virtual, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora 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. Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça (Faculdade de Direito Dom Helder Câmara), para a defesa de Dissertação como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito do **Bel. MATHEUS OLIVEIRA DE CARVALHO**, matrícula nº **2019652417**, intitulada: "**DO FUNDAMENTO DO INJUSTO DA PARTICIPAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**". Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Encerradas as arguições, procedeu-se ao julgamento da banca, tendo-se verificado a seguinte nota (0 a 100) e conceito (aprovada/reprovada) atribuídos pela Banca:

**Nota: 100 Conceito: Aprovado**

Nada mais havendo a tratar, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, 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)**

DocuSigned by:

F63E2D7184764F7...

**Prof. Dr. Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça (Faculdade de Direito Dom Helder Câmara)**



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

MATHEUS OLIVEIRA DE  
CARVALHO

Assinado de forma digital por MATHEUS  
OLIVEIRA DE CARVALHO  
Dados: 2021.08.20 17:13:29 -03'00'

- **CIENTE:** Matheus Oliveira de Carvalho (Mestrando)

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>

## AGRADECIMENTOS

Todo trabalho produzido sob orientação acadêmica será, em alguma medida, obra conjunta: em alguns ou muitos lugares se terá impressa, com mais ou menos tinta, a digital do orientador. Neste caso, tem-se a mão toda do professor Frederico Horta, que, desde a primeira ponderação sobre o tema escolhido, advertiu que eu escavara até onde a pá entorta, mas que estaria lá sua generosa mão a serviço da empreitada. E também os olhos rigorosos, ainda e sempre atentos. Para o orientando, como valeu a pena! Cada alerta, questionamento e a interlocução sempre disponível. Se o texto não deixar entrever a relevância da orientação, não faltará aqui o registro: nem os primeiros passos seriam possíveis sem a segura condução do professor Frederico.

Ao professor Eugênio Pacelli, inspiração desde sempre, pelo estímulo acidental e pelo desejado, pela confiança depositada e pela instigada, pela compreensão com o tempo tirado do escritório e levado às páginas seguintes, por não se cansar de apontar o caminho da objetividade, e pelo que não caberia nestas páginas.

Aos colegas desta já saudosa caminhada acadêmica, e em especial: ao Mathias Oliveira Campos Santos, à Paula Rocha Gouvêa Brener e Regina Juncal, pelo diálogo e pela inestimável contribuição bibliográfica. Aos colegas e amigos Thiago Coelho Sacchetto e Renon Pessoa Fonseca, pelas angústias acadêmicas compartilhadas. E aos colegas de trabalho, pela dupla jornada para compensar a parcela da minha aqui depositada.

À minha mãe, exemplo de luta e cujo esforço vem traduzido em cada um dos meus, sempre e por tudo. Ao meu pai, pelo companheirismo e estímulo, cada vez mais presente. Ao Vô Sebá, também exemplo de luta, generosidade e que deixa saudade, como Vó Nene, sempre e para sempre.

À Marina, testemunha dos primeiros rabiscos e vítima bem-humorada da minha ansiedade, pelo ouvido sempre presente, pelos sorrisos de hoje e sempre, e os de amanhã.

## RESUMO

Trata-se de trabalho voltado à verificação da permeabilidade das principais teorias da participação frente ao direito brasileiro, e que parte do reconhecimento de um déficit de fundamentação particular, referido a determinadas hipóteses de instigação e auxílio psíquico, que não encontram resposta satisfatória na explicação corrente, extraída da posição francamente majoritária na doutrina e jurisprudência. O trabalho volta-se, então, ao exame da viabilidade de respostas outras, ainda com os olhos atentos à legislação nacional e especialmente orientado ao problema da causalidade da participação, que, ao final, pretende se demonstrar contornado diante da solução apresentada.

**Palavras-chave:** Participação. Causalidade psíquica. Injusto da participação. Cumplicidade. Instigação no direito brasileiro. Concurso de agentes.

## ABSTRACT

This work is aimed at verifying the permeability of the main theories of participation in Brazilian law, and which starts from the recognition of a deficit of particular foundation, referring to certain hypotheses of instigation and psychic assistance, which do not find a satisfactory answer in the current explanation, drawn from the frankly majority position in doctrine and jurisprudence. The paper then turns to the examination of the feasibility of other answers, still with an eye on national legislation and especially oriented to the problem of causality of participation, which, in the end, intends to show itself circumvented by the presented solution.

**Keywords:** Participation in a criminal offense. Psychic causality. Degrees of participation. Complicity. Instigation in Brazilian law. Abetting. Aiding.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACR	Apelação Criminal
APn	Ação Penal
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Federal Alemão)
CP	Código Penal Brasileiro
CPE	Código Penal Espanhol
CPI	Código Penal Italiano
CPM	Código Penal Militar
Des.	Desembargador(a)
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Min.	Ministro(a)
Pet.	Petição
RCCR	Recurso Criminal
Rel.	Relator(a)
RESP	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
StGB	Código Penal Alemão
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>1.1 Considerações Terminológicas Preliminares.....</b>	<b>15</b>
<b>1.2 Caso-modelo.....</b>	<b>19</b>
<b>CAPÍTULO I – SISTEMAS DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO E CONCEITO DE AUTOR .....</b>	<b>21</b>
<b>2 SISTEMAS UNITÁRIO E DIFERENCIADOR.....</b>	<b>21</b>
<b>3 CONCEITOS EXTENSIVO E RESTRITIVO DE AUTORIA.....</b>	<b>29</b>
<b>3.1 Conceito extensivo de autoria: autoria como causação do resultado .....</b>	<b>30</b>
<b>3.1.1 Teorias subjetivas .....</b>	<b>31</b>
<b>3.2 Conceito restritivo de autor.....</b>	<b>32</b>
<b>3.2.1 Teoria objetivo-formal.....</b>	<b>32</b>
<b>3.2.2 Teorias objetivo-materiais.....</b>	<b>34</b>
<b>3.2.2.1 Domínio do fato .....</b>	<b>36</b>
<b>3.3 A teoria normativa da combinação: a posição da jurisprudência alemã .....</b>	<b>43</b>
<b>3.4 Afinal, o que diz a legislação nacional acerca do concurso de agentes?....</b>	<b>43</b>
<b>CAPÍTULO II – O INJUSTO DA PARTICIPAÇÃO SUBORDINADO AO INJUSTO DO AUTOR .....</b>	<b>51</b>
<b>4 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....</b>	<b>51</b>
<b>4.1 Autorresponsabilidade .....</b>	<b>52</b>
<b>4.1.1 Acessoriedade.....</b>	<b>55</b>
<b>4.2 Teorias da corrupção .....</b>	<b>57</b>
<b>4.3 Teorias da participação no injusto alheio .....</b>	<b>60</b>
<b>4.3.1 O ataque acessório ao bem jurídico.....</b>	<b>61</b>
<b>4.3.2 Considerações críticas .....</b>	<b>63</b>
<b>4.4 A permeabilidade das teorias orientadas à acessoriedade em face da ordenação do concurso de pessoas na legislação nacional .....</b>	<b>65</b>

4.5 O injusto da participação subordinado ao injusto do autor e o Artigo 13 do Código Penal Brasileiro .....	68
4.5.1 A causalidade e sua função no tipo objetivo.....	73
4.5.2 A teoria da <i>conditio sine qua non</i> .....	75
4.5.3 A condição desvinculada de uma lei: a causalidade psicologicamente intermediada segundo Roxin .....	79
4.5.4 O nexo de determinação, de Pérez-Barberá .....	81
4.5.5 A solução proposta por Puppe .....	84
4.6 Uma razão adicional para a inviabilidade da transposição das teorias orientadas à acessoriedade ao direito nacional: equivalência das condições e participação de menor importância.....	87
4.7 Conclusão intermediária.....	89
<b>CAPÍTULO III – A PARTICIPAÇÃO COMO REALIZAÇÃO DO TIPO INSUBORDINADA À AUTORIA .....</b>	<b>92</b>
<b>5 BREVES CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS .....</b>	<b>92</b>
5.1 O injusto da participação, na compreensão de Robles Planas.....	92
5.2 Considerações críticas .....	94
5.3 A proposta unitária de Jakobs e Lesch: o delito como obra coletiva .....	96
5.3.1 <i>Considerações críticas</i> .....	101
5.4 A tese do injusto único frente ao Código Penal Brasileiro.....	103
5.5 Conclusão intermediária.....	107
<b>CAPÍTULO IV – A PARTICIPAÇÃO COMO INJUSTO AUTÔNOMO: A CONCEPÇÃO DE RENZIKOWSKI.....</b>	<b>109</b>
<b>6 BREVÍSSIMAS CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES .....</b>	<b>109</b>
6.1 A estrutura da imputação no tipo objetivo: críticas à concepção dominante .....	109
6.2 Do bem jurídico ao direito subjetivo: proteção de posições jurídicas como função do direito penal.....	113

<b>6.3 A participação como criação de um perigo: norma de comportamento x norma de sanção.....</b>	<b>116</b>
<b>6.4 Considerações críticas .....</b>	<b>119</b>
<b>6.5 O injusto autônomo da participação e a ordenação do concurso de pessoas na legislação nacional .....</b>	<b>127</b>
<b>7 CONCLUSÃO .....</b>	<b>136</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>141</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Não vai muito além do óbvio a constatação de que a imputação, nos crimes em que intervém mais de um agente, com algum grau de vinculação subjetiva, impõe dificuldades adicionais, ou, pelo menos, a reflexão acerca de questionamentos outros, irrelevantes ou impertinentes ao juízo de atribuição de determinado resultado ao autor individual. Parece inevitável, por exemplo, que, ao juízo de proporcionalidade da pena ao fato, se acrescente outro, também de proporcionalidade da pena, agora em relação àquela aplicada aos demais intervenientes.

Mas, antes e mais que isso, impõe-se uma série de questões outras, a dizer com o fundamento da imputação do resultado a cada interveniente. É necessário, assim, que se decida, em um primeiro momento, entre um modelo que estabeleça marcos penais diferenciados para contribuições delitivas que seriam, então, essencialmente diferentes, e outro, que supõe a identidade essencial entre elas, merecedoras, portanto, da mesma moldura penal. E a indagação que está por trás de uma tal escolha é a seguinte: cada interveniente comete um injusto próprio, autônomo, decorrente de uma violação do tipo (ou de um tipo) que independe de considerações referidas à conduta de outro interveniente (como, por exemplo, sua antijuridicidade, ou o início da execução delitiva), ou o que existe é um só injusto, realizado por uma determinada classe de intervenientes (autores), com a contribuição de condutas levadas a cabo por partícipes, que, então, somente interviriam em um injusto alheio?

Mais, e portanto: uma tal subordinação, ou acessoriedade, se justificaria diante do princípio da autorresponsabilidade? Dito de outro modo, atribuir a um indivíduo responsabilidade penal decorrente de um injusto alheio não violaria o princípio segundo o qual ninguém poderá responder – no âmbito da imputação jurídico-penal - pela conduta de um terceiro? De outro lado, admitida a autonomia do injusto do partícipe, como justificar a criminalização de condutas que sequer ultrapassaram a fase de cogitação da conduta típica (como o ato de reforçar uma ideia criminosa de um terceiro), diante de uma teoria do bem jurídico amplamente aceita?

Não bastasse a complexidade inerente, a normativa nacional a tratar do concurso de agentes mais confunde do que esclarece. Tudo a ressoar em uma jurisprudência que, pouco inclinada a maiores reflexões, parece caminhar de um lado a outro, sem maiores esforços de coerência ou fundamentação.

E o ponto que interessa mais de perto a este trabalho surge da constatação de um déficit de fundamentação muito particular, referente à afirmação da causalidade em um grupo de casos referentes à cumplicidade. Concretamente: naquelas hipóteses em que o indivíduo, já tendo gestado a ideia criminosa, e confessado a um terceiro, recebe deste um incentivo, um reforço claro e inequívoco no sentido do cometimento do delito, seria possível afirmar que o apoio em questão assumiria a qualidade de *conditio sine qua non* do resultado, ao modo exigido pelo artigo 13<sup>1</sup>, do Código Penal Brasileiro? Como afirmar, com certeza, que, excluída a conduta do partícipe, o crime deixaria de ocorrer?

À exceção daqueles casos em que o cúmplice fornece ao autor conhecimentos especiais, identificáveis no fato, parece, pelo menos à primeira vista, absolutamente indemonstrável a causalidade, desde a perspectiva da já aludida teoria da equivalência. Não se trata de uma demonstração em juízo que pudesse se revelar particularmente difícil, mas, e para além disso, da insondabilidade do conjunto infundável de razões, motivos, crenças, predisposições, receios e traços da personalidade do autor manifestados, consciente e inconscientemente, na decisão delitiva. Muitas vezes, sequer o próprio autor poderá conhecê-los.

Há quem afirme, contudo, que o equívoco estaria em insistir na necessidade de explicações causais, em âmbitos em que estas não seriam exigíveis<sup>2</sup>. Em síntese, a causalidade seria somente uma dentre outras categorias de explicação do resultado, todas compreendidas na ideia de um nexos de determinação. Qualquer resultado, assim, seria ontologicamente determinado por algo, mas nem tudo seria causado por algo. No que interessa, toda explicação baseada em motivos ou objetivos, como a que se deveria buscar na hipótese de fato aqui mencionada, teria sempre uma natureza probabilística, uma vez que tais dados subjetivos somente podem adquirir virtude explicativa se relacionados com leis teleológicas, necessariamente estatísticas<sup>3</sup> – ao contrário do que ocorreria com a explicação causal, de caráter universal.

---

<sup>1</sup> “Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).” BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, 31 dez. 1940, p. 2391. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>2</sup> PÉREZ BARBERÁ, Gabriel E. **Causalidad, Resultado y Determinación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006, p. 72.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 127.

Naturalmente, a permeabilidade de uma tal ideia à legislação nacional haverá de ser examinada, antes e para além de sua validade e do efetivo rendimento da solução. Exame que se fará, aliás, também em face das demais respostas ouvidas da literatura disponível acerca do que se convencionou denominar causalidade psiquicamente intermediada - a designar a relação de sentido cuja verificação se exige, tradicionalmente, entre a conduta do instigador (ou cúmplice) e o resultado.

Daí que será inevitável, repassados os contornos essenciais do concurso de agentes no direito brasileiro (Capítulo I), a incursão no igualmente tormentoso terreno da causalidade. Tudo sob o brevíssimo recorte que aqui nos interessa, e com as lentes ajustadas a este propósito. Descartados, portanto, a catalogação histórica e o inventário das diversas e inúmeras teorias - jurídicas e pré-jurídicas -, o trabalho volta a atenção para aquelas mais relevantes ao tema, sem perder de vista as linhas traçadas no artigo 13, do CP<sup>4</sup>, ponto de retorno constante desta investigação.

Inicia-se este trabalho, portanto, sobre as bases da concepção tradicional do injusto da participação (Capítulo II), amplamente majoritária na doutrina nacional, e sequer disputada na jurisprudência disponível. O que o trabalho pretende demonstrar, contudo - e é disso que se encarregará dali em diante - é que a mira talvez esteja mal ajustada, e que o problema, na verdade, pode passar ao largo da causalidade.

Passa-se, então, à releitura daqueles dispositivos essenciais da legislação nacional, agora examinados sob lentes diversas. E vai-se, enfim, ao teste de outras duas concepções do injusto da cumplicidade, uma ainda dependente da verificação de um nexo de causalidade (Capítulo III) – mas, agora, talvez demonstrável -, e outra, que supomos mais alinhada a uma interpretação coerente da lei, e que revelará a irrelevância, ou, propriamente, a impertinência de um tal juízo (Capítulo IV). E que oferece explicação mais convincente e previsível para os casos difíceis referentes à cumplicidade.

Para fins de delimitação do tema, adianta-se que não avançará o trabalho sobre quatro pontos tormentosos da dogmática do concurso de agentes, cuja discussão, bastante particular, fugiria ao propósito desta também particular investigação, quais sejam: a (i) participação nos crimes omissivos, (ii) culposos, (iii) especiais, e, tampouco, da (iv) cumplicidade através de ações neutras – discutida, aliás, somente depois de afirmada, sem maiores dificuldades, a causalidade da conduta do partícipe.

---

<sup>4</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, 31 dez. 1940, p. 2391.

Tampouco se aprofundará o trabalho no recorte jurisprudencial do assunto. Aqui, não mais por alguma complexidade que pudesse haver nesta perspectiva, mas pelo exato oposto: o registro que se faria no decorrer das páginas seguintes acerca do desenvolvimento do tema no âmbito dos tribunais brasileiros não ultrapassaria a constatação de que nenhuma destas inquietações já adiantadas é ali compartilhada. Longe de tangenciar as indagações fundamentais ao nível da dogmática, não se encontrou nos tribunais superiores sequer o registro de um julgamento em que o nexo de causalidade de um ato de cumplicidade psíquica comprovado tenha sido questionado nestas bases e assim enfrentada a questão essencial a que se propõe este estudo. Naturalmente, seria possível recolher exemplos da superficialidade com que a jurisprudência aborda o tema. Mas, seguindo o caminho da objetividade e do descarte do registro unicamente pela catalogação, optou-se pela notícia da ausência de material relevante nesse sentido.

### **1.1 Considerações Terminológicas Preliminares**

Qualquer argumento que se desenvolva na temática do concurso de agentes há de ser precedido de determinadas considerações terminológicas. São inúmeros os conceitos, e diversos os sentidos que se atribui a cada um deles. Adianta-se, então, e ainda sem a profundidade das considerações feitas mais adiante, aqueles (conceitos e sentidos) que serão aqui utilizados.

Admitida a diferenciação – no plano conceitual – entre as formas de intervenção no delito que caracterizam a autoria, e aquelas que configuram a participação sob estas últimas, é possível encontrar diversos conceitos, às vezes utilizados para designar rigorosamente a mesma coisa. Fala-se, no âmbito da participação, de instigação, induzimento, determinação, cumplicidade, auxílio, participação moral e cumplicidade psíquica, por exemplo, e com sentidos diversos na doutrina nacional.

Hungria, por exemplo, fala em duas formas de participação: material ou psíquica (moral ou intelectual)<sup>5</sup>. Dentro desta segunda categoria, estariam a determinação, a designar aquelas hipóteses em que o partícipe faz brotar no autor a resolução pela execução do delito, e a instigação, que seria a conduta que reforça ou estimula no autor uma resolução ainda não executada, embora preexistente. O auxílio,

---

<sup>5</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 1. Tomo 2. 5. ed. Rio de Janeiro: GZ, 1978, p. 412.



de outro lado, poderia tanto configurar a participação material, quando se tratar de “prestação de serviço”, ou “fornecimento de meios para a execução do crime<sup>6</sup>”, quanto a participação psíquica (intelectual, especificamente), traduzida na “ministração de instruções” para o cometimento do crime.

No que, aliás, difere de Batista, para quem o auxílio seria de natureza exclusivamente material. Neste sentido, qualquer contribuição de natureza psíquica, seja moral ou intelectual (incluindo o mero fornecimento de instruções) deveria ser considerada instigação<sup>7</sup> em sentido amplo. Dentro deste último conceito, aliás, o autor segue a mesma diferenciação proposta por Hungria, entre determinação e instigação em sentido estrito, orientada segundo a resolução delitiva seja ou não preexistente à conduta do partícipe<sup>8</sup>.

Aníbal Bruno, de outro lado, para quem as figuras essenciais da participação seriam a instigação e a cumplicidade, não diferencia a determinação da instigação em sentido estrito. Para o referido autor, instigador será aquele que determina outrem à prática de um crime, o que poderá ocorrer por meio de mandato, conselho, comando ou ameaça<sup>9</sup>. A cumplicidade, então, seria somente o auxílio material à atividade criminosa do autor, e se dividiria em cumplicidade primária, em que o auxílio prestado é indispensável à prática do crime (ao modo da cooperação necessária do direito espanhol, mais adiante aprofundada<sup>10</sup>) e cumplicidade secundária, em que a conduta do cúmplice somente facilita, em alguma medida, a execução do fato punível. Com isso, aliás, Bruno já admite, embora sem o dizer expressamente, uma modalidade de participação que escapa às exigências do artigo 13 do Código Penal.

José Cirilo de Vargas, que segue a mesma classificação adotada por Batista, e já atentando-se para o problema da causalidade que pode suscitar a noção de auxílio, adverte que a cumplicidade, “de maneira nenhuma, prescinde da relação causal. Em nosso sistema, a causalidade é fundamental, mesmo não sendo

---

<sup>6</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 1. Tomo 2. 5. ed. Rio de Janeiro: GZ, 1978, p. 412.

<sup>7</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 186.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 157 e p. 182.

<sup>9</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal Parte Geral: Fato Punível**. Tomo 2. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 179.

<sup>10</sup> Cf. item 4.5, p. 68.

suficiente”<sup>11</sup>. Posição semelhante à de Hungria, que recusará a participação a título de instigação quando o autor já esteja firmemente resolvido pela execução do delito<sup>12</sup>.

E há, ainda, a tradicional diferenciação encontrada na doutrina brasileira, por exemplo em Bitencourt, entre o induzimento, hipótese em que a ideia delitiva não tenha, ao tempo da conduta do partícipe, ocorrido ao autor do crime, e instigação em sentido estrito, quando o autor já tenha gestado a ideia, somente reforçada pelo instigador<sup>13</sup>. Pensamos, contudo, que se equivoca o autor quando afirma que o induzimento corresponderia à concepção tradicional de determinação<sup>14</sup> (adotada por Hungria e Batista). Nesta última, o que se atribui ao partícipe é a gestação da resolução delitiva, não da ideia criminosa, coisa absolutamente diversa. Veja-se, então, que é possível determinar alguém – no sentido de obter deste uma resolução - a praticar determinado fato delitivo cuja ideia já lhe tenha ocorrido anteriormente. Trata-se de hipótese de determinação, mas não de induzimento.

Mas não nos parece ser essa a questão essencial. A terminologia utilizada neste trabalho se orientará por duas questões de ordem prática, mais adiante declinadas. Trata-se de classificação bastante aproximada àquela empregada por Hungria, mas com o eixo referencial deslocado da natureza da participação – se material ou psíquica – para a questão que, aliás, é um dos pontos centrais deste trabalho: a essencialidade da conduta do partícipe em relação ao resultado. De um lado, a instigação, e, de outro, a cumplicidade.

Em síntese, falaremos de cumplicidade para referir àquelas condutas que favorecem ou promovem a conduta do autor em algum sentido – seja intelectual, moral, ou material -, sem que necessariamente sejam condição *sine qua non* do resultado. A cumplicidade material, também designada de auxílio, configura-se, por exemplo, com o fornecimento de um disfarce a alguém já determinado à prática de um furto, ou ao empréstimo de arma de fogo ao autor de um homicídio. Veja-se que

---

<sup>11</sup> VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de Direito Penal**: Parte Geral. Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 443.

<sup>12</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 1. Tomo 2. 5. ed. Rio de Janeiro: GZ, 1978, p. 413.

<sup>13</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. Tomo 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 573-574.

<sup>14</sup> Busato também afirma a equivalência dos termos em questão, ao modo do que faz Bitencourt. Cf. BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 726. Há, ainda, autores como Beatriz Camargo, que afirmarão que a “determinação” constante do artigo em questão estaria, na verdade, referida à autoria mediata. Cf. CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas**: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo, Marcial Pons, 2018. p. 42, p. 180 e p. 228 *et seq.*

a cumplicidade material pode até vir a ser condição *sine qua non* do resultado, como ocorre no segundo exemplo dado. Mas não se exige dela que o seja. E é este o ponto que nos interessa.

No que se refere à cumplicidade psíquica – intelectual ou moral -, tem-se como exemplos<sup>15</sup> o indivíduo que, ciente da resolução do autor de furtar determinada residência, o municia de informações acerca dos hábitos noturnos dos moradores. E também aquele que fomenta a prática criminosa, subsidiando o autor já resoluto do homicídio de um rival, com argumentos de âmbito moral, reforçando a resolução criminosa.

E a instigação, então, será utilizada para se referir àqueles aportes intelectuais ou morais essenciais para a resolução do autor pelo crime<sup>16</sup> - ou seja, aquelas condutas sem as quais o resultado em questão não teria ocorrido. Como exemplo, tem-se a promessa de paga por um homicídio, a ameaça que não tangencie o grau de coação moral irresistível, o conselho ou pedido de um superior hierárquico ou de alguém com uma ascendência tal sobre o executor que se revele essencial para que este último se decida pela execução.

A primeira razão para a adoção da terminologia referida reside no fato de ser essa a classificação majoritariamente adotada na Alemanha<sup>17</sup>, onde o debate encontra-se mais amadurecido diante da necessidade de diferenciação das modalidades da participação que decorre, naquele país, da previsão legal de redução obrigatória de pena para o cúmplice – mas não para o instigador. Além disso – e que não se enxergue, aqui, qualquer reconhecimento de inferioridade da produção acadêmica nacional -, parece, de todo, recomendável um esforço de unificação da ciência do direito penal, ou pelo menos de uma teoria do delito universal.

De outro lado, segundo já se adiantou, a causalidade da participação encontra neste trabalho espaço de proeminência. Daí que, também por esta razão, parece absolutamente relevante que o eixo da distinção entre as figuras da participação

---

<sup>15</sup> Roxin apresenta dois exemplos ilustrativos de cumplicidade psíquica: a) o do indivíduo que oferece motivos adicionais para a prática do crime, b) e daquele que remove aqueles últimos receios que ainda ocorrem a quem já esteja decidido à prática delitiva. ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General: Especiales formas de aparición del delito**. Tomo 2. Madri: Civitas, 2014, p. 282.

<sup>16</sup> Mesmo sentido utilizado por CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas**: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 301.

<sup>17</sup> Neste sentido: ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General: Especiales formas de aparición del delito**. Tomo 2. Madri: Civitas, 2014, p. 276 e CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas**: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 301.

esteja assim orientado – segundo a causalidade, nos termos em que posta no direito nacional, ou seja, de acordo com a teoria da *conditio sine qua non*.

Esta **é**, então, a nomenclatura adotada neste trabalho, e que em nada compromete a ideia ou a força das conclusões mais adiante expostas. Sempre que necessário, contudo, se fará referência às divergências terminológicas, seja na doutrina nacional, seja em relação à literatura estrangeira sobre o tema.

## 1.2 Caso-modelo

Segundo o adiantamos, a relevância prática essencial em torno da qual gravita o tema-problema aqui proposto é o da verificação da viabilidade/necessidade da afirmação do nexo de causalidade na participação, sob a ótica da legislação nacional, e tendo em vista especialmente os casos de cumplicidade psíquica. Assim sendo, não avançaremos sobre casos limítrofes que tensionariam a significação usual da instigação/cumplicidade. É dizer, não nos interessa, neste espaço, a densificação dos conceitos referidos, e, portanto, delimitar quais condutas configuram, efetivamente, ato de instigação ou cumplicidade. O esforço, portanto, foi pela eleição de um caso fácil no sentido acima destacado, o que, pensamos, termina por atuar em favor do foco almejado: a verificação do nexo de causalidade, e somente.

**Caso:** A, funcionário de determinada empresa, confia a B, amigo próximo, vice-presidente na empresa em questão, e pessoalmente responsável por sua contratação, que descobriu uma forma de falsear/manipular determinada declaração fiscal da empresa, de uma maneira tal que a decorrente redução do débito fiscal da companhia lhe rendesse um bônus significativo. B, então, apoia firmemente a iniciativa, e acresce, ainda, que a manobra também o beneficiaria (a B), e duplamente, na medida em que, de um lado, impactaria positivamente nos resultados gerais da empresa de que era vice-presidente, e, de outro, confirmaria o sucesso da indicação do amigo para o emprego. Passados alguns dias, B pergunta a A se este já havia executado o plano confidenciado, e, à negativa deste, que ainda demonstrava algum receio, insiste uma vez mais com o amigo e subordinado, reiterando seu interesse pessoal no assunto e até mesmo prometendo o esforço no sentido de sua promoção no banco se acaso levasse adiante a ideia delitativa – o que vem a ocorrer alguns meses depois, com o auxílio de C, superior imediato de A, e que, ciente do plano, veio a fornecer determinada chave de acesso a um sistema interno da empresa, sem a qual seria inviável a manipulação dos registros em questão. Também ciente do plano

delitivo, D, experiente contabilista e amigo de A, forneceu a orientação técnica necessária à execução do plano.

## CAPÍTULO I – SISTEMAS DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO E CONCEITO DE AUTOR

### 2 SISTEMAS UNITÁRIO E DIFERENCIADOR

Antes de quaisquer considerações de fundamentação da figura da participação no injusto – ou do injusto da participação -, é necessário compreender em que medida e por que faria sentido falar em autoria e participação no concurso de agentes. E, em seguida, esclarecer em que consistiria a primeira, para que, a partir dela, se tenha a medida da segunda, como aproximação inicial do problema.

Há, essencialmente, duas concepções distintas acerca da estruturação do concurso de agentes. Uma delas, partindo de uma perspectiva causalista, dirá que qualquer contribuição causal ao resultado penalmente relevante será, desde a perspectiva do tipo objetivo, equivalente. Ou seja, cada interveniente terá realizado o tipo objetivo, independentemente de qualquer consideração referida à conduta de outro agente<sup>18</sup>. Em síntese, e segundo a concepção aqui adotada, seriam essencialmente equivalentes quaisquer condutas, desde que e na medida em que traduzam, todas elas, causas do resultado<sup>19</sup>. Trata-se da visão adotada no sistema unitário.

Um sistema diferenciador, de outro lado, é aquele que dirá que autoria e participação seriam intervenções essencialmente diferentes. Parte-se, portanto, da premissa de que, nem toda contribuição causal teria a mesma relevância, desde a perspectiva do injusto. Trata-se, assim, de um sistema que exige ou pressupõe a diferenciação entre autoria e participação, ao contrário do sistema unitário, que

---

<sup>18</sup> Na concepção de Jescheck, “todo aquele que concorre, deve ser considerado autor de um fato ilícito e culpável, sem levar em conta as qualidades delitivas da contribuição dos demais participantes (dolosa ou culposa)”. JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: Parte general. Tradução de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 530.

<sup>19</sup> Nesse sentido, GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 51; CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas**: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 68; ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General**: Especiales formas de aparición del delito. Tomo 2. Madri: Civitas, 2014, p. 65; BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 37. Em sentido diverso, JESCHECK, *op. cit.*, p. 530, e LÓPEZ PEREGRÍN, María Carmen. **La complicidad en el delito**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1997, p. 47, para quem as duas características essenciais do sistema unitário seriam o rechaço do princípio da acessoriedade e a interpretação extensiva dos tipos penais, de modo a possibilitar que toda e qualquer intervenção delitiva seja considerada, diretamente, típica.

embora não a tenha por essencial pode até conviver com ela, ao nível da graduação da pena, por exemplo.

O sistema unitário formal dirá, segundo já se adiantou, que todas as contribuições ao delito terão, no plano do injusto, a mesma relevância. Independentemente da forma, proximidade com o resultado, do domínio sobre o acontecer típico, da realização ou não do verbo nuclear do tipo, todas as condutas que contribuíram para o resultado se equivaleriam, desde a perspectiva causal<sup>20</sup>. Além disso, mas pelas mesmas razões, cada conduta traduziria uma realização direta e imediata do tipo, a significar que haverá tantos injustos quantos forem os intervenientes. Fala-se, assim, de uma individualização do injusto<sup>21</sup>.

Ao lado do que se convencionou chamar sistema unitário formal<sup>22</sup>, que dispensa, em absoluto, qualquer diferenciação, inclusive conceitual, no âmbito de realização do tipo<sup>23</sup>, fala-se em um sistema unitário funcional<sup>24</sup>, que, reconhecendo ainda uma equivalência essencial entre as formas de intervenção no delito, admite que elas possam ocorrer de duas formas: a autoria imediata, a significar aquelas hipóteses em que o agente realiza, por si mesmo, o verbo nuclear do tipo<sup>25</sup>; e a autoria mediata, que se reportaria a qualquer outro tipo de contribuição delitiva<sup>26</sup> – a englobar, portanto, também as hipóteses hoje designadas como de participação. Trata-se,

---

<sup>20</sup> Nesse sentido: “Quem põe uma condição para a produção do resultado, é por este responsável. A doutrina dominante porém, dado o concurso de vários indivíduos para a prática do mesmo crime, quer distinguir entre causar e pôr uma simples condição. Quem causa é autor, e, quando causa conjuntamente com outros, coautor. Quem põe apenas uma condição é cúmplice. D’este modo a cumplicidade por assistência é convertida em co-participação não autónoma no facto de outrem. Mas como a distinção entre causa e condição é insustentável, falta igualmente a distinção entre a autoria e a cumplicidade uma firme base objectiva”. VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 361. Edição fac-similada. (Coleção História do Direito Brasileiro. Direito penal, v. 9). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496219>. Acesso em: 15 jul. 2021.

<sup>21</sup> Nesse sentido: “O credo do sistema unitário consiste na ideia de individualização do injusto, culpabilidade e pena” GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. *Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro*. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 51.

<sup>22</sup> GRECO; TEIXEIRA, *ibidem*, p. 51.

<sup>23</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva Educação, 2014, p. 58.

<sup>24</sup> GRECO; TEIXEIRA, *ibidem*, p. 50; CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação**. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 96; ALFLEN, *op. cit.* p.59.

<sup>25</sup> CAMARGO, *op. cit.*, p. 96.

<sup>26</sup> Neste sentido, o parágrafo 12 do Código Penal Austríaco: “não apenas o autor imediato realiza a ação punível, mas também qualquer um que determina alguma outrem a fazê-lo contribui de outro modo à sua execução”. Trecho citado por CAMARGO, *op. cit.*, p. 96, nota 195.

contudo, do reconhecimento de uma diferença apenas empírica, e que ainda recusa qualquer distinção substancial no âmbito da afirmação do injusto.

Como exemplos de legislações estrangeiras que acolheram – e ainda acolhem – o sistema unitário, costuma-se citar o Código Penal austríaco, o norueguês<sup>27</sup>, o italiano e o dinamarquês<sup>28</sup>. Mas veja-se que, mesmo dentro de um sistema indiscutivelmente diferenciador, como o alemão, há uma atual “tendência à autoria unitária”, sobretudo no Direito Penal Econômico, mas também na tipificação dos delitos de organização. Nessa última hipótese, e dizendo ao tipo trazido no art. 129 do StGB, pune-se, como autores e ao lado daqueles membros efetivos de uma associação criminosa, aqueles que somente favorecem, patrocina ou recrutam membros para uma associação criminosa – anulando-se, assim, qualquer diferença entre a cumplicidade e a autoria<sup>29</sup>. Observação que se estende, ainda segundo o autor, aos delitos culposos<sup>30</sup> – em que toda contribuição jurídico-penalmente relevante se converteria, automaticamente, em autoria<sup>31</sup>.

Veja-se que, quando se fala que o sistema unitário é de base causalista, quer-se com isso dizer que se parte de uma ideia de causalidade extraída da teoria da equivalência dos antecedentes causais, e não de qualquer conceito de causalidade<sup>32</sup>. Daí, então, que as teorias individualizadoras da causalidade<sup>33</sup> se afinam melhor a um sistema diferenciador.

---

<sup>27</sup> Lopez Peregrin afirma que o Código Penal norueguês, ao contrário do que ocorre com o italiano e o dinamarquês, por exemplo, tem como base do sistema unitário uma formulação ampliadora dos tipos penais, cuja redação, então, segue a seguinte fórmula: “aquele que... ou aquele que colabora para tanto...”. LÓPEZ PEREGRÍN, María Carmen. **La complicidad en el delito**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1997, p. 50, notas 34 e 35.

<sup>28</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General: Especiales formas de aparición del delito**. Tomo 2. Madrid: Civitas, 2014, p. 66; e ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva Educação, 2014, p. 66, citando, unicamente, o austríaco.

<sup>29</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 67.

<sup>30</sup> Embora seja esta, também, a posição dominante na doutrina nacional, há recentes e relevantes trabalhos defendendo a diferenciação das formas de intervenção no delito culposo. Cf., por exemplo, MARÇAL, Victor Souza. **Da participação culposa no Direito Penal Brasileiro**. 2020. 287 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/32830>. Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>31</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 68.

<sup>32</sup> Nesse sentido, BRUNO, Aníbal. **Direito Penal Parte Geral: Fato Punível**. Tomo 2. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 258; e RENZIKOWSKI, Joachin. Deveres e direitos: relação jurídica e imputação. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 77.

<sup>33</sup> Teorias cuja oposição à teoria da equivalência pautava-se, essencialmente, na distinção legal – na Alemanha - entre autoria e participação, conforme observa RENZIKOWSKI, Joachin. Fundamentação da norma e Imputação: Fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato**. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 93.



Em favor de um sistema unitário, costuma-se apontar quatro razões para sua superioridade frente a um sistema diferenciador. Em primeiro lugar<sup>34</sup>, com a afirmação da autoria de todos que de qualquer modo contribuem para o resultado, dá-se uma ampliação da punibilidade, ao ponto em que se esvaziariam as lacunas de punibilidade. De outro lado, uma vez que a ideia fundamental que anima o sistema unitário é a de que cada sujeito somente é responsável pelo próprio comportamento, fica superadas, ou pelo menos sem lugar, a crítica usualmente lançada à acessoriedade<sup>35</sup>, com base no princípio da autorresponsabilidade.

A três, aponta-se que a adoção do sistema unitário simplifica sobremaneira a disciplina do concurso de agentes, tornando dispensável todo o esforço dogmático no sentido de se distinguir as formas de autoria e participação, já no plano do injusto<sup>36</sup>. Por fim, há quem afirme que o sistema unitário, ao contrário da crença comum, seria, na verdade, mais adequado aos fins de individualização da pena que o sistema diferenciador, o qual, ao diferenciar molduras penais, acabaria por engessar o juízo de composição da pena, levando a situações às vezes desproporcionais<sup>37</sup>.

O primeiro argumento, no sentido de uma conveniência repressiva referida à supressão das lacunas de punibilidade, assenta-se, essencialmente, na seguinte suposição: o fato de existir um indivíduo autorresponsável, sobre quem recai a decisão acerca da realização de perigos criados por terceiros, impediria que se impusesse deveres a esses últimos, a quem se concederia, portanto, injustificáveis espaços abertos de liberdade<sup>38</sup>— a não ser que o fundamento para a punição deles seja autônomo, como pleiteia o sistema unitário.

---

<sup>34</sup> Greco e Leite, nesse sentido, citam BAHR. **Restriktiver und extensiver Taterschaftsbegriff**, 71 et seq, cf. GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012). In: GRECO, Luís et al. Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 174.

<sup>35</sup> Em apertada síntese do que virá mais adiante aprofundado, a acessoriedade significa, neste contexto, a derivação e conseqüente subordinação da punição do partícipe ao injusto do autor. E a crítica costumeira à referida ideia apoia-se no princípio da autorresponsabilidade e se traduz na seguinte questão: como fundamentar e fazer depender a responsabilidade de um indivíduo com base na conduta de um terceiro responsável?

<sup>36</sup> GRECO; LEITE, *op. cit.*, p. 175; ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General**: Especiales formas de aparición del delito. Tomo 2. Madri: Civitas, 2014, p. 65; CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas**: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo, Marcial Pons, 2018, pg. 36; BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 27.

<sup>37</sup> CAMARGO, *op. cit.*, p. 92.

<sup>38</sup> FRISCH, Wolfgang. **Complicidad mediante acciones neutrales**: Reflexiones sobre el fundamento penal (de la configuración del injusto) de la complicidad. **Cidade: Editora, ano**, p. 100.

Em primeiro lugar, como se verá mais adiante (Capítulo IV), o sistema diferenciador não recusa a possibilidade de fundamentação autônoma do injusto, e, portanto, contempla, em tese, respostas possíveis ao citado problema referido à autorresponsabilidade. Em segundo lugar, a crítica referida – ao sistema diferenciador – parece superável, independentemente do reconhecimento da autonomia do injusto do partícipe. É ver, no ponto, a observação de Frisch, cuja clareza e síntese de raciocínio merece registro, já nestas páginas iniciais:

A necessidade e justificação de manter espaços de liberdade abertos subsiste somente frente a uma conduta que segundo seu conteúdo de sentido possa considerar-se, por si mesma, como exercício de liberdades concedidas. Este pressuposto falta quando a conduta que, objetivamente tem um efeito favorecedor do fato, também segundo seu conteúdo de sentido está dirigida a um sucesso ou projeto delitivo. Uma conduta com tal referência de sentido delitivo participa do veredito sobre o conteúdo de sentido do fato principal – se localiza, como este, já fora do âmbito reconhecido de liberdade. Em vista da autorresponsabilidade de um autor principal, não só não existe necessidade nem justificação (frente a potencialmente ameaçados) de manter esta conduta livre, senão que seria, ademais, diretamente uma contradição de valores<sup>39</sup>

Ademais, uma visão estrita do princípio da autorresponsabilidade pode levar a situações igualmente controvertidas, como, por exemplo, na hipótese em que A, munida de punhal emprestado por B, para matar C, desiste da empreitada. Em um sistema unitário, e, portanto, admitindo-se que emprestar a arma equivaleria a matar alguém, B deveria ser punido por tentativa – o que já deixa de parecer a resposta intuitiva.

Por fim, a referência à alardeada superação de lacunas de punibilidade – genericamente consideradas - não só deixa de convencer como parece ser o principal argumento em desfavor<sup>40</sup> a um sistema unitário. Isso porque um direito penal atento ao princípio da legalidade há de ser, por definição, fragmentário<sup>41</sup>, e admitir, precisamente, tais espaços de liberdade. Estabelecer a punibilidade de quaisquer contribuições ao fato delitivo terminaria, enfim, por dissolver a ideia da tipicidade<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> FRISCH, Wolfgang. **Complicidad mediante acciones neutrales**: Reflexiones sobre el fundamento penal (de la configuración del injusto) de la complicidad, **Cidade: Editora, ano**, p. 99.

<sup>40</sup> Nesse sentido GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012). In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 176; ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General**: Especiales formas de aparición del delito. Tomo 2. Madri: Civitas, 2014, p. 65; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva Educação, 2014, p. 66.

<sup>41</sup> GRECO; LEITE, *op. cit.*, p. 174.

<sup>42</sup> Nesse sentido, ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General**: Especiales formas de aparición del delito. Tomo 2. Madri: Civitas, 2014, p. 65; GRECO; LEITE, *op. cit.*, 176; GRECO, Luís; TEIXEIRA,

No que se refere ao argumento de que o sistema unitário seria mais adequado aos fins de individualização da pena que o sistema diferenciador, parece que o problema, na verdade, estaria localizado em uma diferenciação inadequada entre autoria e participação que se possa levar a cabo em um sistema diferenciador – e não no sistema, em si mesmo considerado. Ora, uma vez constatada a menor relevância – qualitativa ou quantitativa, segundo o critério da diferenciação que se entenda mais adequado – da contribuição de determinado agente, o estabelecimento de molduras penais diferenciadas, longe de violar o princípio da individualização da pena, parece, ao contrário, ter em mente, justamente, sua concretização.

Com a devida vênia, parece bastante discutível que considerações de culpabilidade referidas ao partícipe possam assumir relevância tal que devessem, por exemplo, elevar sua pena acima da que se possa aplicar ao autor. Ademais, admitir que um sistema unitário possa ser mais vantajoso desde a perspectiva da individualização da pena parece uma aposta ingênua na ainda incipiente teoria da determinação judicial da pena<sup>43</sup>, com o claro risco de proximidade com um direito penal do autor<sup>44</sup>.

Há, contudo, um ganho inegável com a adoção do sistema unitário: a simplificação da ordenação do concurso de agentes. Desde essa perspectiva, restariam dispensados todos os esforços dogmáticos no sentido da precisa delimitação entre autoria e participação, e, junto a eles, toda uma série de questionamentos e divergências que elevam o tema à condição de um dos mais tormentosos pontos da dogmática penal<sup>45</sup>. E isso, naturalmente, não é pouco. Tanto

---

Adriano. *Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro*. In: GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 90.

<sup>43</sup> Neste sentido, GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. *Autoria e participação no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012)*. In: GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 177.

<sup>44</sup> Não deixamos de reconhecer, contudo, o esforço de fôlego recentemente assumido por parte relevante da doutrina nacional, no sentido de um desenvolvimento de uma teoria da determinação judicial da pena orientada à culpabilidade pelo fato. Cita-se, por exemplo: STOCO, Tatiana. **Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato**. São Paulo: Marcial Pons, 2019. 272 p.; e TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato**. São Paulo, Marcial Pons, 2015, 205 p.

<sup>45</sup> Por todos, GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. *Autoria e participação no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012)*. In: GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 172.

e quanto mais quando se fala de uma ciência prática, ou aplicada, como é o caso do Direito.

Mas a facilitação da aplicação do direito, ou considerações pragmáticas, isoladamente consideradas, não devem ser suficientes. Com efeito, nem a realidade dos tribunais, nem a complexidade do tema, dariam substrato a que se optasse por uma saída simplista no concurso de agentes, somente por essa razão, segundo bem observa Renzikowski<sup>46</sup>.

Além das críticas já mencionadas, referentes à dissolução dos tipos, à elevação de atos preparatórios ao nível da tentativa<sup>47</sup>, e o risco de aproximação a um direito penal do autor (decorrente da amplitude da margem de composição da pena), é comum a referência, sobretudo na doutrina brasileira, a uma diferença entre a participação e a autoria que seria “da natureza das coisas<sup>48</sup>”. Fala-se, enfim, de uma realidade pré-existente (em relação ao Direito), razão pela qual não seria dado ao legislador o poder de “suprimir da mesma feita, e com o mesmo golpe, entidades conceituais, seres de razão, e muito menos, realidades concretas e vivas<sup>49</sup>”.

O problema, contudo, com um tal argumento, bastante semelhante ao de um “uso cotidiano da linguagem<sup>50</sup>”, que apontaria também para a necessidade de diferenciação entre os aportes delitivos, é que parece igualmente viável argumentar com a naturalidade de uma opinião no sentido de que aquele que orquestrou o assalto a um banco, efetivamente, roubou, tanto quanto quem segurou uma arma em riste, enquanto outro agente anunciava o assalto. Ora, não parece exatamente intuitivo que haja duas formas de concorrer a um crime, cada uma a merecer uma moldura penal diferente. Trata-se, nos parece, de um sentido construído, segundo seja a opção legislativa que se faça em tal ou qual ordenamento. Não parece, aliás, que a linguagem cotidiana coincida com qualquer conceito restritivo de autor, por exemplo.

---

<sup>46</sup> Cf. nota 215 em CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas**: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 99.

<sup>47</sup> Nesse sentido: JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**, 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 719.

<sup>48</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal Parte Geral**: Fato Punível. Tomo 2. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 271.

<sup>49</sup> FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: [s. n.], 1947, p. 5.

<sup>50</sup> GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012). In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 177, nota 37.

De outro lado, não parece ocasional que os dois países onde mais se amadureceu o debate acerca do concurso de pessoas adotem, desde há muito, legislações que preveem, expressamente, a diferenciação entre autoria e participação. É ver, por exemplo, que o Código Penal Alemão (StGB) além de distinguir expressamente autoria, instigação e cumplicidade<sup>51</sup>, estabelece, também ali, um marco penal específico para esta última, absolutamente minudenciado<sup>52</sup>. Situação semelhante, aliás, à do Código Penal Espanhol, que também prevê a redução de pena obrigatória para os casos de cumplicidade<sup>53</sup>, cujo conceito, por lá, se extrai subsidiariamente<sup>54</sup>.

Da opção do legislador nacional, cuidaremos mais adiante. Um último registro, contudo, parece necessário. Há, na literatura nacional, alguma diversidade terminológica na definição dos sistemas de autoria e participação. É comum, por exemplo, que se denomine o sistema unitário de monista, e o diferenciador de dualista<sup>55</sup>. Trata-se, na maioria dos casos, de mera opção de estilo. Mas há, também,

---

<sup>51</sup> “§ 25. Autoria. (1) Se castiga como autor a quem cometa o fato punível, por si mesmo, ou através de outro. (2) Se vários cometem, em comunhão, o fato punível, então se castigará a cada um como autor (coautoria). § 26. Instigação (indução a delinquir) O instigador terá a mesma pena que aquela reservada ao autor. Instigador é quem tenha determinado dolosamente outro à comissão de um fato antijurídico. § 27. Cumplicidade. (1) Como cúmplice, se castigará quem tenha prestado dolosamente ajuda a outro, para a comissão de um fato doloso antijurídico. (2) A pena para o cúmplice será a mesma que aquela destinada ao autor, reduzida, contudo, conforme o § 49, inciso I”. ALEMANHA. **Strafgesetzbuch**: German Criminal Code. Criminal Code in the version published on 13 November 1998 (Federal Law Gazette I, p. 3322), as last amended by Article 2 of the Act of 19 June 2019 (Federal Law Gazette I, p. 844). Tradução nossa da versão em inglês. Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html#p0161C](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0161C). Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>52</sup> “49. Causas legais especiais de diminuição: (1) Nos casos em que se prescreve uma atenuação conforme a este preceito, para atenuação da pena rege o seguinte: 1. No lugar de uma pena privativa de liberdade perpétua, se aplicará uma pena privativa de liberdade não menor que três anos 2. Nos casos de imposição de pena privativa de liberdade, tem-se como limite máximo o valor referente a três quartos do máximo que se pode impor ao autor. Nos casos de imposição de pena de multa, vale o mesmo, no que se refere ao número máximo de importes diários. 3. O aumento mínimo de uma pena privativa de liberdade se diminui: - nos casos de um mínimo de 10 a 5 anos, a 2 anos - nos casos de mínimo de 3 a 2 anos, a 6 meses - nos casos cujo mínimo seja de 1 a 3 anos, a 3 meses - nos casos restantes, no mínimo legal”. *Ibid.*

<sup>53</sup> “Artículo 63. A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior em grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito”. ESPANHA. **Código Penal y legislación complementaria**. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado de España. p. 21. (Códigos Electrónicos). Disponível em: [https://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir\\_pdf.php?fich=038\\_Codigo\\_Penal\\_y\\_legislacion\\_complementaria.pdf](https://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf). Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>54</sup> “Artículo 28. 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. Artículo 29. Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”. *Ibid.*, p. 9.

<sup>55</sup> Nesse sentido, NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. v. 1. 37. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 217.

alguma confusão conceitual, radicada na existência de classificação outra, a dizer com a quantidade de injustos que se tem realizados no concurso de agentes: sendo um só, a teoria adotada seria o monismo, sendo dois (um praticado pelos autores, outro pelos partícipes), dualismo, e, por fim, sendo tantos injustos quantos sejam os agentes, pluralismo<sup>56</sup>. Como registro marginal, é amplamente majoritário<sup>57</sup> o entendimento de que o Código Penal brasileiro adotou, sob esta perspectiva, o sistema monista de injusto.

Consignada a pouca ou nenhuma relevância prática<sup>58</sup> de tal distinção – do título/quantidade de crimes -, adota-se, neste trabalho, a terminologia já registrada ao início (sistemas unitário/diferenciador) e com o significado também já adiantado e adiante sintetizado: sistema unitário é aquele que não diferencia autor de partícipe, ou somente o faz no plano conceitual, ao passo que um sistema diferenciador se caracteriza precisamente pela demarcação entre as figuras da autoria e da participação.

### 3 CONCEITOS EXTENSIVO E RESTRITIVO DE AUTORIA

Muitas vezes tratada em conjunto com a definição acerca do sistema de tratamento do concurso de agentes, como se tratasse de uma só e mesma coisa, fala-se, aqui, da definição de um conceito de autoria. Está-se, então, a dizer de uma autoria compreendida como realização do tipo, e cujos conceitos costuma-se dividir em dois grandes grupos: um, extensivo, a significar a extensão da realização do tipo a qualquer causação daquele resultado ali previsto, e outro restritivo, baseado, em síntese, na ideia de que o tipo contém uma proibição de ação, e não de processos

<sup>56</sup> FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: [s. n.], 1947, p. 30.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 33-34. A propósito, CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas**: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 89 *et seq.* cita extensa doutrina neste sentido.

<sup>58</sup> Nesse sentido, Beatriz Camargo, para quem as teorias monistas, dualistas e pluralísticas não seriam mais que pseudoteorias. Curiosamente, contudo, a autora, prefere se referir aos sistemas unitário/diferenciador como monista/dualista, com o que acaba contribuindo para uma tal confusão terminológica. Cf. CAMARGO, *op. cit.*, p. 67 e p. 89. Também criticam uma equivocada identificação conceitual: “O termo monismo, difundido no Brasil, nada tem a ver com a discussão sobre os sistemas de autoria e participação. A discussão entre monismo e pluralismo diz com o título da imputação em delitos praticados por vários intervenientes. Mais concretamente, trata-se da seguinte pergunta: caso vários sujeitos tomem parte em um delito, há apenas um delito em que vários sujeitos tomam parte ou há, ao contrário, tantos delitos quanto intervenientes houver? Essa discussão é, do ponto de vista teórico, duvidosa, e, de uma perspectiva prática, irrelevante”. GRECO, Luís *et al.* **Esclarecimentos terminológicos**. In: GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 14.

causais<sup>59</sup>, a significar que nem todo comportamento que causa um resultado típico realiza, efetivamente, o tipo – e somente quem realiza o tipo será autor.

### 3.1 Conceito extensivo de autoria: autoria como causação do resultado

Essencialmente, a distinção entre os conceitos extensivo e restritivo de autor tem como eixo referencial a realização do tipo objetivo. A significar, precisamente, o seguinte: assumir um conceito extensivo de autor, de base causalista, pressupõe uma leitura dos dispositivos legais que tratam da participação como redutores ou condicionantes da punibilidade por um fato já típico<sup>60</sup>, antes que se chegasse a eles (dispositivos da participação previstos na parte geral). Ao contrário, então, da ideia subjacente ao conceito restritivo de autoria, em que os mesmos dispositivos são lidos como normas de extensão da punibilidade<sup>61</sup>, sem as quais se teria a atipicidade da conduta do partícipe.

A pergunta essencial, portanto, deve ser a seguinte: excluindo-se de um código imaginário sua parte geral, e com ela os dispositivos a tratar do concurso de agentes, é possível a punição do partícipe? Sendo positiva a resposta, o conceito de autor adotado será o extensivo – caso contrário, tratar-se-ia de um conceito restritivo, o qual, como se vê, parte da ideia de que nem toda contribuição causal será típica.

Veja-se que a premissa essencial do conceito extensivo de autor é a de que todos os aportes causais se equivaleriam, e, portanto, qualquer contribuição causal deve ser tida como realização do tipo<sup>62</sup>. Nesse sentido, então, perceba-se que os partidários de um conceito extensivo de autoria, no contexto de um ordenamento jurídico como o alemão, que prevê expressamente a distinção entre autoria e

<sup>59</sup> Nesse sentido, GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. *Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro*. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 53.

<sup>60</sup> Neste sentido, *Ibid.*, p. 53; CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas**: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 114 *et seq.*

<sup>61</sup> “Também a adoção de um conceito extensivo de autor impõe certas consequências. A primeira delas é estabelecer um ponto de identidade, ou, no mínimo, aproximação entre autores e cúmplices, referidos ambos à causação do delito. [...] Derivada desta colocação fundamental, virá a consequência de que os eventuais dispositivos legais que regulem os simples casos de participação devem ser vistos como causa de limitação da punibilidade, através dos quais a lei trata menos severamente o causante-partícipe do que o causante-autor”. BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005. p. 33-34. Também nesse sentido, BRUNO, Aníbal. **Direito Penal Parte Geral**: Fato Punível. Tomo 2. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 265, nota 7.

<sup>62</sup> ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 24.

participação, ou defendem-no de *lege ferenda*, ou veem-se obrigados a situar a razão da distinção fora do tipo objetivo<sup>63</sup>. E a saída, então, foi recorrer a considerações de ordem subjetiva, como a vontade, os motivos e as intenções de cada interveniente.<sup>64</sup>

Por esta razão, embora a vocação das teorias subjetivas seja, naturalmente, a de diferenciar autor de partícipe, optou-se por situá-las no contexto de um “conceito extensivo, embora diferenciador, de autoria”<sup>65</sup>.

### 3.1.1 Teorias subjetivas

Dentre as teorias subjetivas, costuma-se destacar duas: uma teoria do dolo, e outra do interesse. Segundo a primeira, autor seria quem não reconhece outra vontade superior à sua, ao passo que o partícipe deixaria a critério do autor se o fato chegaria ou não a ser consumado.<sup>66</sup> Conquanto se lhe reconheça o mérito de abarcar um ponto de partida posteriormente desenvolvido pelas teorias objetivas<sup>67</sup> – o eixo de referência situado na ideia de controle ou domínio da situação, mas, aqui, ainda referido a um plano subjetivo -, critica-se uma tal teoria pelo menos por duas razões: para além da vagueza conceitual – o que seria, exatamente, deixar a critério de outrem? -, pode ocorrer que duas pessoas, realizando o fato delitivo conjuntamente, assumam, internamente, e cada uma delas, estar deixando a critério do outro levar ou não a cabo o plano delitivo. E, naturalmente, não poderiam ser os dois partícipes de um crime sem autor<sup>68</sup>.

Há, ainda, uma denominada teoria do interesse, ou da vontade, que dirá, em síntese, que autor será aquele que deseja o fato como próprio, ou que tenha interesse imediato no fato, enquanto o interesse do partícipe se limitará ao favorecimento de um fato alheio. Aqui, além da arbitrariedade do critério<sup>69</sup>, e, muitas vezes, a

---

<sup>63</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 24; GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 52.

<sup>64</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 65.

<sup>65</sup> Nesse sentido, GRECO; TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 52. Em sentido semelhante, BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 34.

<sup>66</sup> BATISTA, *op. cit.*, p. 67.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>68</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 68.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 69.



insondabilidade do subjetivo, fica evidente a aproximação com um direito penal do autor<sup>70</sup>. Ademais, é também intuitivo que possa ela levar a resultados altamente questionáveis. No ponto, é recorrente a menção a dois conhecidos casos da jurisprudência alemã.

O primeiro, o caso da banheira<sup>71</sup>, julgado ainda pelo Tribunal do Império Alemão, em que se condenou como autora a mãe que implorara à irmã que afogasse o filho em uma banheira, e, como partícipe, esta última, que executara o fato com as próprias, embora não imbuída do interesse direto na morte da criança. O segundo, caso Stachynskij, em que o BGH (Corte Federal Alemã) condenou, como partícipe, um agente secreto do Serviço de Inteligência Soviético pelo homicídio de dois políticos russos exilados na Alemanha, realizado a mando e no interesse deste último<sup>72</sup>.

Quanto ao último, embora nos pareça mesmo inaceitável a punição do executor direto como partícipe, não se deixa de registrar que a menção aos seus superiores como autores mediatos se afina à concepção posteriormente desenvolvida por Roxin acerca da autoria mediante domínio de aparatos organizados de poder<sup>73</sup>.

Por fim, e como registro marginal, é ver que as teorias subjetivas possuem, até hoje, alguma acolhida no BGH – equivalente, grosso modo, ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro - embora já sob fundamentação um tanto diversa<sup>74</sup>.

## 3.2 Conceito restritivo de autor

### 3.2.1 Teoria objetivo-formal

Partindo-se da premissa de que o tipo veicula proibições, e que processos causais não podem ser proibidos, mas somente ações (evitáveis pelo destinatário da norma), a teoria objetivo-formal dirá que só realiza o tipo aquele que praticar, de mão

<sup>70</sup> GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 53.

<sup>71</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 69; GRECO; TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 53.

<sup>72</sup> Constou daquela decisão que “partícipe, tanto no homicídio, quanto em qualquer outro crime, não é quem comete o fato como próprio, mas apenas quem colabora como instrumento ou auxiliar no fato alheio”. BGH 18, 87, 89, citado e traduzido por ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva Educação, 2014, p. 79.

<sup>73</sup> Para a fundamentação original da teoria, cf. ROXIN, *op. cit.*, p. 237 *et seq.*, e, para o panorama atual da discussão, na mesma obra, cf. p. 692 *et seq.* (parte acrescentada à obra em 2015).

<sup>74</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 632 *et seq.* (da Parte Final, acrescentada em 2015).

própria, a conduta ali descrita<sup>75</sup> – total ou parcialmente<sup>76</sup>. Com isso, inegavelmente, elimina-se o grave defeito das teorias subjetivas, quando postas a resolver aquelas hipóteses em que o executor direto não tenha interesse imediato no resultado delitivo. Nos casos acima descritos, por exemplo, tanto a irmã que afoga a sobrinha quanto o agente secreto seriam considerados autores.

Embora denominada objetiva, não há como deixar de reconhecer que, em uma época em que ninguém considerava incluir o dolo entre os elementos do tipo, já considerava ela o autor de um delito doloso somente quem realizava a ação típica de modo final<sup>77</sup>. E levava em conta, também, os elementos subjetivos especiais do tipo, quando presentes, como requisito da autoria, incorporando-os à descrição do delito. No ponto, aliás, dirá Roxin que “*en tanto que consigue captar acciones vivas, en lugar de pálidas abstracciones, se revela como precursora inmediata de la teoría del dominio del hecho*”<sup>78</sup>.

No Brasil, adotam-na, por exemplo, Aníbal Bruno<sup>79</sup>, Frederico Marques<sup>80</sup>, Mirabete<sup>81</sup> e Fragoso, para quem, embora com o reconhecimento dos méritos da teoria do domínio final do fato, “em correspondência com a realidade dos fatos, entendemos que deve ser mantida a chamada teoria formal-objetiva, que delimita, com nitidez, a autoria e a participação<sup>82</sup>”.

Contudo, parece evidente a fragilidade de uma tal concepção, sobretudo, frente aos casos de autoria mediata e coautoria. Quanto a estes últimos, a remissão a uma

---

<sup>75</sup> “*Se llama autor, en el sentido riguroso y técnico en que lo emplean nuestras leyes penales, aquel individuo al que se refiere inmediatamente la definición legal de una especie de delito*”. MERKEL, Adolf. **Derecho penal**: Parte general. Tradução de Pedro Dorado Montero. Buenos Aires, Montevideu: B de F, 2006, p. 197

<sup>76</sup> GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 54; ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 50.

<sup>77</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 51.

<sup>78</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 51.

<sup>79</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal Parte Geral**: Fato Punível. Tomo 2. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 265.

<sup>80</sup> MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. v. 1. ed. rev., atual. e reformulada por Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci, Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. Campinas: Millennium, 2002, p. 304.

<sup>81</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1984, p. 231.

<sup>82</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: Parte geral. 17. ed. atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 275.

execução conjunta do plano delitivo<sup>83</sup>, conquanto não pareça descartável ao senso intuitivo, se distancia, absolutamente, da ideia central de ancoragem da distinção na descrição do verbo nuclear do tipo<sup>84</sup>, cujo conteúdo acaba por ser dissolvido – na contramão da ideia essencial que anima a referida teoria.

Quanto à autoria mediata, não se explica, satisfatoriamente, por exemplo, por que razão instigar um cachorro em direção a um terceiro, que vem a falecer em razão deste ataque, constitua uma ação típica de homicídio, e instigar um menor ou um enfermo mental a tanto não tenha o mesmo significado – quando, desde a perspectiva do verbo nuclear do tipo, não parece haver diferença substancial entre tais condutas<sup>85</sup>.

No ponto, contudo, discorda-se da crítica lançada por Nilo Batista, no sentido de que uma das relevantes desvantagens da teoria em questão estaria em que “segundo tal critério, o organizador de um projeto delituoso que não seja executado diretamente por ele não pode ser considerado autor, já que, pessoalmente, não cometeu nenhum fragmento da ação típica<sup>86</sup>”. Na verdade, tampouco a teoria do domínio do fato, tida como superior por ele próprio, enxergaria a autoria na hipótese referida - salvo em um contexto bastante particular, de um aparato organizado de poder<sup>87</sup>, já acima aludido.

### 3.2.2 TEORIAS OBJETIVO-MATERIAIS

Costuma-se dizer que, segundo uma perspectiva objetivo-material, a distinção entre autoria e participação se daria segundo a relevância causal da respectiva conduta<sup>88</sup>. É dizer, e em oposição à teoria da equivalência das condições, a diferença estaria em que a conduta do autor constituiria uma causa – ou causa adequada,

<sup>83</sup> Nesse sentido são os argumentos despendidos por Beling, segundo citados por GIMBERMAT ORDEIG, Enrique. **Autor y complice en derecho penal**. Madrid: Universidad de Madrid, 1966, p. 32.

<sup>84</sup> Jakobs, por exemplo, dirá que, no roubo, seria inviável determinar o autor, naquela hipótese em que um dos agentes efetua a subtração, e outro a ameaça de violência. JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 734-735.

<sup>85</sup> Neste sentido, GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. *Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro*. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 55.

<sup>86</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 64.

<sup>87</sup> Em mais profundidade, no tópico 3.2.2.1

<sup>88</sup> Neste sentido, BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 65; ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 634.

necessária, ou relevante do resultado – ao passo que aquele que somente produzisse uma condição não essencial, desnecessária ou irrelevante ao resultado seria partícipe.

Na síntese que aqui interessa, trata-se, grosso modo, e por diversas vias<sup>89</sup>, da diferenciação entre causa – compreendida como aquele fator sem o qual o resultado não ocorreria – e condição – que seria aquele fator que, embora contribuísse para o resultado, não seria indispensável à sua produção. E um tal critério, e toda a variada ordem de considerações a ele referidas, insere-se, segundo Roxin, no contexto do que denomina teoria da necessidade do aporte causal<sup>90</sup>, que seria uma das teorias objetivo-materiais, ao lado de outras duas, mais adiante referidas.

Para além de ser altamente questionada uma tal distinção – entre causas e condições<sup>91</sup> - e aparentemente descartada pelo artigo 13 do nosso Código Penal, Batista observa que a causalidade, por só assumir relevância nos crimes de resultado, não deve ocupar o centro da distinção entre autoria e participação, sob pena, por exemplo, de restar inviabilizada a diferenciação nos crimes formais e de mera conduta, por exemplo<sup>92</sup>.

De outro lado, e ainda sob considerações de causalidade, há quem afirme que autor será aquele cuja eficácia da ação esteja imediatamente referida à lesão do bem jurídico, e partícipe aquele cuja conduta esteja voltada ao favorecimento da conduta de outro, esta sim dirigida diretamente à lesão do bem<sup>93</sup>.

Em um sentido semelhante, Frank, para quem, nos delitos de mera atividade (aqui compreendidos os crimes formais), vige o critério objetivo-formal, dirá que “a autoria pertence ao âmbito da causalidade física; a participação, ao da causalidade psíquica<sup>94</sup>”, a significar que esta última depende da intermediação de uma vontade livre, para que se atinja o bem jurídico. Aliás, é justamente na exigência de que seja

---

<sup>89</sup> Para um estudo mais aprofundado acerca dos diferentes níveis de fundamentação causais, como critérios de distinção entre autoria e participação, cf. ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 54 *et seq.*

<sup>90</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 53 *et seq.*

<sup>91</sup> Para mais sobre o tema, cf. SILVA, Eduardo Henriques da. **Direito criminal: tentativa e frustração, participação criminosa, pena conjunta e pena unitária**. Coimbra: A. Amado, 1953 p. 118 *et seq.*

<sup>92</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 66.

<sup>93</sup> FEUERBACH. **Revision der Grundsätze Und Grundbegriffe Des Positiven Peinlichen Rechts**. v. 2, 1806, p. 244, citado por ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 59.

<sup>94</sup> FRANK. *Kommentar der*, art. 47, 2, citado por ROXIN, *op. cit.*, p. 61.

livre e consciente a vontade do executor imediato, é que o autor ancora sua fundamentação acerca da autoria mediata.

Fala-se, também, e para além de quaisquer considerações de causalidade, de uma teoria da simultaneidade como critério objetivo-material de definição da autoria, a significar, em síntese, o seguinte: toda contribuição prestada no momento da execução do fato delitivo será atribuída ao agente a título de (co)autoria, enquanto os aportes realizados em momento anterior ao início da execução traduzirão atos de participação<sup>95</sup>. Assim, por exemplo, o Código Penal Uruguaio, de 1932, em seu artigo 61, inciso 3, considera autor, dentre outros, “aqueles que cooperam diretamente no momento da consumação”<sup>96</sup>.

Na medida em que tem o autor como a figura central, que detém o controle sobre a execução ou não do plano delitivo, adianta-se, aqui, um substrato relevante da ideia de domínio do fato<sup>97</sup>, segundo posteriormente desenvolvida por Roxin. O problema é que se chega, com ela, a resultados absolutamente questionáveis, como, por exemplo, a afirmação da coautoria do vigilante, no caso do assalto, ou de sua negação no caso em que o agente atrai a vítima para lugar ermo, para que outro execute o homicídio.

### 3.2.2.1 Domínio do fato

Embora já houvesse referências esparsas ao domínio do fato desde 1915<sup>98</sup>, e algum desenvolvimento, de uma perspectiva essencialmente ontológica, a partir do conceito final de ação, na década de 30<sup>99</sup>, foi na tese de habilitação de Roxin, publicada em 1963<sup>100</sup>, que a teoria do domínio do fato, qual hoje conhecida e

<sup>95</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 57.

<sup>96</sup> Conforme citado por ROXIN, *op. cit.*, p. 57, e mantido, em termos quase idênticos, pela reforma procedida pelo Decreto nº 698/1967, que permanece dispondo que serão autores “los que cooperan directamente, en el período de la consumación”. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>. Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>97</sup> ROXIN, Claus. *op. cit.*, p. 58.

<sup>98</sup> Roxin menciona que Hegler já utilizara a expressão, embora emprestando-lhe outro sentido, conectada aos fundamentos da culpabilidade, em *Die Merkmale des Verbrechens*, p. 19 *et seq.*, p. 184 *et seq.* Cf. ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 60 *et seq.*

<sup>99</sup> Para uma diferenciação mais aprofundada entre o conceito de domínio final do fato, elaborado por Welzel, e a ideia desenvolvida por Roxin, cf. ROXIN, *op. cit.*, p. 77 *et seq.*

<sup>100</sup> ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft: das nunmehr in der 8. Auflage vorliegt, ist seit seinem ersten Erscheinen*, posteriormente traduzida para o espanhol sob o título *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*.

amplamente adotada, seja em doutrina<sup>101</sup> - inclusive a nacional<sup>102</sup>, na jurisprudência<sup>103</sup>, ou em recentes propostas de reforma legislativa<sup>104105</sup>, se desenvolveu, em suas linhas essenciais.

Parte-se, aqui, de uma concepção segundo a qual o tipo penal não descreveria, por exemplo, no caso do homicídio, a conduta de causar a morte de alguém, ou tampouco a ação de matar alguém, num sentido vago da linguagem cotidiana, mas todas aquelas ações em que se manifesta o risco de morte de um terceiro, tanto nos tipos dolosos quanto nos culposos. E matar alguém, neste sentido, equivaleria, em

---

<sup>101</sup> Roxin reconhece, na edição mais recente de *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (2016), a posição de inegável hegemonia científica que a teoria alcançou nos últimos anos na Europa. ROXIN, *op. cit.*, p. 634.

<sup>102</sup> Por exemplo, GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 10, nota 24; 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: GRECO *et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 22, p. 35. No mesmo sentido, BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 69 *et seq.*; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte geral. 8. ed. Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2018, p. 353; BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 710; PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal**: Parte geral. v. 1. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 493. Também assim, e afirmando se tratar de uma “elaboração bem superior às teorias até então conhecidas, que distingue com clareza autor e executor, admitindo com facilidade a figura do autor mediato, além de possibilitar melhor compreensão da coautoria”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. Tomo 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 386.

<sup>103</sup> Para uma extensa análise acerca da jurisprudência alemã sobre o tema, confira-se a Parte Final, acrescentada por Roxin, em 2015, à obra *Autoria y dominio del hecho en derecho penal*, a partir de p. 533. De outro lado, veja-se que Enrique Bacigalupo chama atenção para o fato de que “a jurisprudência espanhola tende, de forma cada vez mais clara, a fundamentar suas decisões na teoria do domínio do fato”. BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. Tradução de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 455.

<sup>104</sup> Nesse sentido, veja-se o Anteprojeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012), cujo artigo 38, em seu § 1º, dispõe que: “Concorrem para o crime: I – os autores ou coautores, assim considerados aqueles que: a) executam o fato realizando os elementos do tipo; b) mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a realização dos elementos do tipo; c) dominam a vontade de pessoa que age sem dolo, atipicamente, de forma justificada ou não culpável e a utilizam como instrumento para a execução do crime; ou d) aqueles que dominam o fato utilizando aparatos organizados de poder. II – partícipes, assim considerados: a) aqueles que não figurando como autores, contribuem, de qualquer outro modo, para o crime; ou b) aqueles que deviam e podiam agir para evitar o crime cometido por outrem, mas se omitem”. BRASIL. Senado Federal. **Quadro comparativo do Projeto de Lei do Senado no 236, de 2012 (projeto do novo Código Penal)**. 232 p. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3518346&disposition=inline>. Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>105</sup> Recusando qualquer vantagem na adoção explícita do legislador por uma ou outra teoria em particular, GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. *Autoria e participação no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012)*. In: GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 179. Também neste sentido, embora menos inclinada à deferência legal por um ou outro critério diferenciador em particular, é ver a compreensiva proposta de alteração do referido projeto de lei, subscrita, entre outros, por Luís Greco e Frederico Horta em GRECO, Luís *et al.* **Parte Geral do Código Penal**: uma proposta alternativa para debate. 1. ed. ver. rev. e amp. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 44 *et seq.*

regra<sup>106</sup>, a criar o risco de morte de alguém, violando um dever objetivo de cuidado<sup>107</sup> – no caso do homicídio culposo -, ou dominar o risco desta morte – na hipótese de homicídio doloso.

Trata-se, portanto, de uma teoria voltada à definição da autoria nos delitos comissivos dolosos comuns, e ancora-se na ideia de domínio, essencialmente por duas razões. A um, de uma perspectiva prática, e partindo-se da premissa de que os tipos penais contêm proibições de comportamentos perigosos em face de bens jurídicos, faz sentido que se dirija essa proibição à figura central dessa realização típica, ou seja, quem domina o risco de um resultado lesivo a um bem jurídico<sup>108</sup>. Dialogar, enfim, com quem exerce o domínio sobre o risco, enfim, parece mais eficaz, tendo em vista a finalidade de proteção de bens jurídicos, aqui pressuposta.

De outro lado, assumindo-se que o direito será tão mais legítimo para punir quanto maior for a medida da liberdade reconhecida ao indivíduo<sup>109</sup>, parece irrecusável que essa se manifesta em seu grau maior, precisamente, nas ações sobre as quais se possa afirmar um domínio. Daí que pareça mesmo intuitivo que o direito tenha mais razões para responsabilizar alguém por aquilo que domina – na medida de seu maior grau de liberdade, e, portanto, de maior responsabilidade<sup>110</sup>.

E veja-se que o domínio não se precisará exercer, necessariamente, sobre a própria ação - embora seja esta, naturalmente, sua forma mais comum, aqui denominada autoria direta, ou imediata. Se matar alguém significa dominar o risco da morte de um terceiro, não há como recusar a conclusão de que, quem desfere um tiro contra outrem realizou o tipo de homicídio. Quem realiza, enfim, a conduta de própria mão será sempre autor, ainda que intervenha sob interesse alheio. E o essencial,

<sup>106</sup> Na forma omissiva, vige critério diverso, mais adiante definido.

<sup>107</sup> Observados, ainda, os critérios adicionais de imputação objetiva. Para mais sobre o tema, cf. ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2002, 383 p.

<sup>108</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 319.

<sup>109</sup> A suposição de autodeterminação seria, para Roxin, uma asserção normativa, e a significar o seguinte: constatada a acessibilidade normativa – que decorreria da capacidade psíquica de um adulto que atinga o desenvolvimento mental completo -, presume-se que o sujeito, permeável, portanto, ao comando normativo, tenha a capacidade de comportar-se conforme ele, e, assim, será culpável quando não adotar nenhuma das condutas alternativas, em princípio, psicologicamente acessíveis. Em síntese, se a capacidade psíquica de alguém está em ordem, nos sentimos autorizados a partir dessa asserção normativa de que se pode atuar livremente. ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General: Especiales formas de aparición del delito**. Tomo 2. Madri: Civitas, 2014, p. 807 *et seq.*

<sup>110</sup> Nesse sentido, GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 56.

aqui, será, à semelhança do critério objetivo-formal, o verbo que traduz a essência do tipo<sup>111</sup>. A significar, no ponto, o seguinte: ainda que fique a cargo de um só integrante de um grupo criminoso arrombar a porta de determinado estabelecimento, todos os que, efetivamente, subtraírem coisa alheia móvel, serão autores do furto.

Mas o domínio poderá se exercer, também, sobre a vontade de terceiro, e em quatro situações diversas. A um, pode-se dominar a vontade de alguém por meio da coação, quando esta atingir um nível tal que anule a liberdade de ação do indivíduo, conferindo ao coator o domínio do acontecer típico, e, portanto, a qualidade de autor mediato do delito executado pelo coagido<sup>112</sup>.

Como também será autor, e sob semelhante fundamentação, aquele que induz terceiro a erro, determinando, assim certo resultado delitivo<sup>113</sup>. Admite-se o domínio tanto na hipótese da determinação de erro de tipo, quanto do erro de proibição<sup>114</sup>.

Uma terceira forma de domínio da vontade dá-se pela utilização de um inimputável – ou semi-imputável, quando o transtorno comprometer a compreensão da ilicitude do fato - que se tornaria mero instrumento do autor mediato para a prática do crime. Veja-se que, quando A entrega um revólver a B, que, acometido por doença mental, submete-se integralmente à vontade do primeiro, não deixa ele de controlar a realização do tipo, e, portanto, é considerado autor – mediato. Note-se, contudo, que, sempre que ao executor direto reste alguma liberdade de decidir, não se pode ascender a influência ao nível do domínio da vontade, e, portanto, não se pode falar em autoria<sup>115</sup>.

Por fim, admite-se, ainda, o domínio da vontade naquelas hipóteses denominadas por Roxin de aparatos organizados de poder. Essencialmente, a configuração da autoria mediata em tais casos exige três requisitos: a) que o

---

<sup>111</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 144.

<sup>112</sup> *Ibid.* p. 148.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 173 *et seq.*

<sup>114</sup> No ponto, é ver que Schunemann, por exemplo, traz interessante ponderação, no sentido de que seria ilógico afirmar a responsabilidade do homem de trás quando incorra o agente executor em erro de proibição inevitável – caso clássico de autoria mediata, mas não quando seja este evitável. Isso porque, desde a perspectiva da parcela de culpa do homem de trás na lesão do bem jurídico, o que, de fato, interessaria à imputação dele mesmo, pouco importa a qualidade do erro em que incorre o agente executor. Bastaria, nessa perspectiva, que não tenha ele vislumbrado o equívoco. SCHÜNEMANN, Bernd. A figura jurídica do <autor por trás do autor> e o princípio dos níveis do domínio do fato. Tradução de Adriano Teixeira. In: GRECO, Luís (Coord). **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 154.

<sup>115</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 150.



mandante atue no contexto de uma estrutura organizada de poder; b) a fungibilidade do executor imediato; c) que a referida organização atue à margem da legalidade.<sup>116</sup>

Fala-se, por fim, de um domínio funcional do fato, a se reportar àqueles supostos de fato em que se desenha um plano delitivo comum, ou uma decisão comum de praticar o fato, cuja execução possa ser dividida em funções essenciais praticadas isoladamente por cada um dos coautores. Em síntese, e no já citado exemplo do roubo, em que um dos agentes constrange e o outro subtrai a coisa alheia móvel, no rigor da teoria objetivo-formal, nenhum dos dois haveria de ser considerado autor do roubo. Sob a teoria do domínio do fato, tendo os dois decidido conjuntamente pela prática do ato delitivo, para o qual ambos prestaram contribuição relevante na fase executiva<sup>117</sup>, ambos serão coautores.

Veja-se, então, que, em um determinado contexto, parece mesmo que cada interveniente, responsável por uma parte essencial do plano, domina mais que somente sua porção do fato<sup>118</sup>. Parece mesmo natural concluir que, dominando determinada parte, imprescindível para o sucesso delitivo, domina-se, em última análise, a realização do tipo. Esta, portanto, a fundamentação para a imputação recíproca das condutas, individualmente consideradas.

Para Roxin, nos crimes omissivos, como nos delitos especiais e nos chamados “delitos de mão própria inautênticos”<sup>119</sup>, mais relevante que a realização pessoal da conduta seria a concomitante violação do dever – e, assim, o fundamento essencial da imputação residiria não no domínio do acontecimento típico, mas na violação de um dever especial a que o agente esteja obrigado<sup>120</sup>.

Mas há quem aplique a teoria do domínio, inclusive no âmbito dos delitos especiais, como Jakobs<sup>121</sup> e Jescheck. Para este último, por exemplo, na hipótese em

---

<sup>116</sup> Veja-se que, embora o autor tenha sugerido, em conferência realizada em Sevilha, em 2006, a inclusão de um quarto critério, que seria a disposição consideravelmente elevada do executor para o fato, na última edição da obra em questão, de 2016, esclarece que não estava a falar de um critério autônomo para a aplicação da teoria, mas da consequência prática da manifestação daqueles três requisitos originais. Cf. ROXIN, *op. cit.*, p. 237 *passim*, p. 693.

<sup>117</sup> É esta a posição de ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 274, hoje minoritária, segundo a advertência de GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro**. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 58.

<sup>118</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 273.

<sup>119</sup> O exemplo clássico é o da deserção. Cf. ROXIN, *op. cit.*, p. 380.

<sup>120</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 343 *et seq.*

<sup>121</sup> O autor limita os delitos de infração de dever aos omissivos (quando o garante deve responder pela conservação de um bem, seja no não atuar, seja nos aportes incidentais por meio de uma conduta

que só o homem de trás reúna a qualidade exigida no tipo, por exemplo, o decisivo para a afirmação da autoria seria a verificação de um domínio normativo-psicológico<sup>122</sup> do fato. Em síntese, a relevância jurídico-penal só surgiria quando aquele, o agente qualificado, aportasse sua intenção e qualidade prevista no tipo. A dizer que a influência por ele exercida seria a juridicamente dominante, no ponto.

Schunemann, de outro lado, rejeita a teoria dos delitos de infração de dever tanto nos crimes omissivos<sup>123</sup>, quanto nos comissivos próprios<sup>124</sup> – ou especiais -, para afirmar que o critério para determinação da autoria nesses casos há de ser encontrado na relação de domínio sobre o fundamento do resultado<sup>125</sup>, algo comparável ao domínio nos delitos comissivos comuns<sup>126</sup>.

Quanto aos autênticos delitos de mão própria, Roxin reconhece que, não só seria ela insuficiente, como também o seria a ideia de violação de um dever especial extrapenal. Há, aqui, dois grupos diferentes de casos: de um lado, os denominados

---

comissiva). Quanto aos demais (nos quais se incluem os crimes especiais), o critério determinante da autoria seria o domínio do fato. JAKOBS, Günther. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Ed. 1991, p. 21-115 *apud* ROXIN, *op. cit.*, p. 728.

<sup>122</sup> O componente normativo estaria, segundo o autor, contido no dever decorrente das qualidades especiais, exigidas nos tipos dos delitos especiais, e o psicológico, no controle psíquico que o autor deve exercer sobre o cúmplice. Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: Parte general. Tradução de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 610. Zaffaroni e Batista lembram que Maurach sustenta, nessas hipóteses, que haveria um domínio normativo-psicológico do fato, em posição que se assemelha bastante à da Jescheck (Cf. nota 43). ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. v. 2. Tomo 2. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 454

<sup>123</sup> Em brevíssima síntese, à equiparação entre o agir e o não agir, seria determinante um domínio sobre uma fonte de perigo, ou sobre o desamparo do bem jurídico em questão. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia**: con una aportación a la metodología del derecho penal. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 284. Batista lembra que Welzel também fundamenta a autoria, nos crimes omissivos impróprios, no domínio (potencial) do fato. WELZEL, Hans. **Das Deutsche Strafrecht**. Berlim, 1969, p. 222 *apud* BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 85.

<sup>124</sup> Nos crimes comissivos próprios, cita o exemplo da administração desleal (§ 266, StGB), que “tipifica el ejercicio perjudicial [...] de la posición outorgada de custodia, en el sentido de dominio sobre el patrimonio ajeno, de manera que es el dominio, y no su forma jurídico-civil, lo que constituye el criterio determinante de su posición jurídico-penal de autor”. SCHÜNEMANN, Bernd. **Vom Kriminalpolitischen Nutzen und Nachteil eigenhandiger Delikte**: Ein Rehabilitierungsversuch, Jung-Festschrift, 2007, p. 881-891 *apud* ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 723.

<sup>125</sup> Em sentido semelhante, no que se refere aos delitos especiais, Gracia Martín fala na relevância de um domínio sobre a estrutura social, a significar, em apertada síntese, aquele domínio exercido pelo intraneus sobre o âmbito de proteção da norma, bastante similar ao conceito de domínio sobre o desamparo do bem jurídico proposto por Schünemann. GRACIA MARTÍN, Luís. **Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales**: el delito integrado de la actuación en lugar de otro y sus consecuencias jurídicas. Barcelona: Bosch, 1986, p. 27.

<sup>126</sup> SCHÜNEMANN, L. K. 2007, § 25, marg. 42 *apud* ROXIN, *op. cit.*, p. 727.

delitos de autor jurídico-penal (essencialmente, crimes habituais, como o rufianismo e a vadiagem); de outro, os delitos vinculados a certa conduta sem lesão de bem jurídico - o exemplo citado é a zoofilia, tipificada no § 175 do Código Penal alemão<sup>127</sup>. Para ambos, por força de lei, autor seria apenas quem realiza pessoal e diretamente o tipo, e, portanto, seria inviável tanto a coautoria quanto a autoria mediata.

Mais adiante se verá com mais profundidade o que pensamos ser o maior mérito da teoria do domínio do fato, e, de outro lado, o porquê de imaginarmos haver solução mais adequada, pelo menos em face da legislação nacional. Por ora, contudo, adianta-se as críticas que parecem de maior relevo, encontradas na literatura disponível.

Lesch, por exemplo, aponta para a fragilidade da ideia de domínio quando confrontada com a tentativa, que, para ele, significaria justamente o não dominar o fato. Para contornar, então, a conclusão de que não haveria um autor na tentativa - mas só uma tentativa de ser autor -, Roxin se vê obrigado a prever, para esses casos, um critério subjetivo de autoria: “um querer dominar o fato”, tão insondável quanto incoerente com a ideia principal da teoria, segundo Lesch<sup>128</sup>.

De outro lado, seria, ainda, contraintuitivo, e contra os “cânones sociais da imputação<sup>129</sup>”, exigir, na coautoria, uma contribuição na fase executiva. Para exemplificar, aponta para o fato de que o autor da ópera, ou o designer de um carro e de um motor inovador, não executam a obra desenhada, e, nada obstante, são invariavelmente tidos como a “figura central do acontecer”, nestes casos.

Renzikowski, de outro lado, aponta para uma incoerência que haveria no fato de Roxin argumentar com uma fundamentação normativa para a autoria mediata, fundada no princípio da autorresponsabilidade, no sentido de que a pressão exercida pelo homem de trás somente conferiria a ele o domínio do fato quando correspondesse às exigências do par. 35 do StGB, e, ao mesmo tempo negar a autorresponsabilidade, naquelas hipóteses de domínio de um aparato organizado de

<sup>127</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 386 *et seq.* e 396 *et seq.*

<sup>128</sup> LESCH, Heiko H. **Intervención delictiva e imputación objetiva**. 1. reimp. Tradução de Javier Sánchez-Vera y Gómez-Trelles. Bogotá, Universidad Externado, 1997, p. 62. A referência a Roxin se encontra na nota 128. O autor critica, ainda, as referências ontológicas em que se baseia a teoria (p. 63), bem assim o déficit de fundamentação que haveria para a imputação recíproca (p. 60), e a dependência que teria o critério do domínio, em relação a considerações referentes ao iter criminis, p. 63.

<sup>129</sup> LESCH, *op. cit.*, p. 61.

poder, sob o argumento estritamente fático, no sentido de que o controle de um aparato organizado de poder, naquelas condições, asseguraria com alta probabilidade a ocorrência do resultado<sup>130</sup>.

### 3.3 A teoria normativa da combinação: a posição da jurisprudência alemã

Embora diga-se usualmente que a jurisprudência alemã acerca do concurso de agentes é particularmente receptiva à teoria subjetiva, na verdade, o que se quer – ou que se deveria querer – dizer é que a atual jurisprudência do BGH, embora se refira à vontade do autor, não o faz com base em um dado interior, algo psicologicamente constatável, mas somente atribuível – ao autor – a partir da combinação de alguns indicadores essenciais: o grau de interesse próprio no resultado, a magnitude da intervenção e o domínio do fato, ou, pelo menos, a vontade de domínio. Combina-se, enfim, um pouco de teoria subjetiva à ideia de domínio do fato.

Escapa-se das críticas já mencionadas à teoria subjetiva, na medida em que se distancia daquela inviabilidade prática de sondar o estado psíquico do agente, mas vacila diante daqueles tipos penais cuja descrição prevê uma atuação em interesse alheio, como, por exemplo, o favorecimento real<sup>131</sup>. Nesses casos, não se há de negar a condição de autor individual a quem atue, nada obstante, em interesse de outrem.

E há outras objeções de maior envergadura. A um, não se esclarece, exatamente, por que seriam esses os dados essenciais para a afirmação de uma tal distinção. A dois, não há um parâmetro seguro, critério reitor, ou uma ordem da grandeza dos indícios, do que resulta o seguinte: como se posicionar quando, embora o grau de interesse próprio seja imenso, o domínio seja fraco? Ou o contrário. Em síntese, cada juiz poderá eleger o critério de preferência, o que faz da teoria uma porta aberta a insegurança jurídica.

### 3.4 Afinal, o que diz a legislação nacional acerca do concurso de agentes?

Até a entrada em vigor da nova parte geral do Código Penal de 1940, em 1984, e desde o Código Criminal do Império, de 1830, sempre esteve clara a opção do

<sup>130</sup> RENZIKOWSKI, Joachin. Fundamentação da norma e Imputação: Fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas**: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 96.

<sup>131</sup> Roxin cita a estafa, artigo 263 do StGB, e a receptação, art. 259. ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General**: Especiales formas de aparición del delito. Tomo 2. Madri: Civitas, 2014, p. 75.

legislador nacional acerca do modelo de concurso de agentes adotado no país – seja por um sistema diferenciador (até 1940), seja pelo unitário (a partir de então).

Veja-se que a legislação criminal de 1830 distinguia claramente entre autoria e cumplicidade, e estabelecia marcos penais diferenciados para as diferentes formas de intervenção delitiva. Nos termos do artigo 35 daquele Código, “a cumplicidade [*sic*] será punida com as penas da tentativa; e cumplicidade da tentativa com as mesmas penas desta, menos a terça parte, conforme a regra estabelecida no artigo antecedente”<sup>132</sup>.

No código de 1890, já sob regime republicano, manteve-se o sistema diferenciador, então, e como nunca, explicitado às minúcias. É ver<sup>133</sup>:

Art. 17. Os agentes do crime são autores ou cúmplices.

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, constrangimento, 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 cometer 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 sabel-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 reunem.

O Código de 1940, contudo, que teve como revisor (do anteprojeto) Hungria, a quem parecia intuitiva a eliminação “da renitente teoria da acessoriedade”, que melhor

<sup>132</sup> BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Código Criminal do Império do Brazil. Manda executar o Código Criminal. Rio de Janeiro, 16 dez. 1830. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>133</sup> BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Rio de Janeiro, 11 out. 1890. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

serviria ao “museu do direito penal<sup>134</sup>”, trouxe, no *caput* do artigo 25, a conhecida previsão no sentido de que: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas”,<sup>135</sup> típica de um sistema unitário.<sup>136</sup>

Embora já então se contestasse a integral rendição à simplificadora fórmula causalista,<sup>137</sup> não há dúvidas de que a leitura usual da norma em questão era mesmo no sentido da adesão à teoria unitária.<sup>138</sup>

Aliás, e nas letras da exposição de motivos do Código, na redação original subscrita pelo Ministro Francisco Campos, lê-se, com o peso da certeza, que “o projeto aboliu a distinção entre autores e cúmplices; todos os que tomam parte no crime são autores”.<sup>139</sup> E, mais adiante, na Exposição de Motivos da Reforma da Parte

<sup>134</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 1. Tomo 2. 5. ed. Rio de Janeiro: GZ, 1978, p. 402 e 405.

<sup>135</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm). Acesso em: 15 jul. 2021.

<sup>136</sup> Nesse sentido, RENZIKOWSKI, Joachin. Fundamentação da norma e Imputação: Fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato**. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 15.

<sup>137</sup> Na ponderação de Aníbal Bruno, “o nosso próprio Código, com a posição que tomou, se renega toda classificação a priori de formas de participação, não contesta que essa classificação seja possível e mesmo necessária, pois em outros dispositivos toma em consideração algumas daquelas formas para atenuar ou agravar a punição e utiliza mesmo expressões tradicionalmente usadas para designá-las, como instigação, determinação, auxílio”. BRUNO, Aníbal. **Direito Penal Parte Geral: Fato Punível**. Tomo 2. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 264. No mesmo sentido, ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. v. 2. Tomo 2. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 426.

<sup>138</sup> Nesse sentido, MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. v. 1. ed. rev., atual. e reformulada por Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci, Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. Campinas: Millennium, 2002, p. 312; e NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. v. 1. 37. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 217. Também Batista, no já citado estudo sobre o concurso de agentes no Direito Brasileiro, enumera mais de duas dezenas de autores nacionais na mesma linha, cf. BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 16-17, notas 42 a 60.

<sup>139</sup> Na íntegra: “Item 22: O projeto aboliu a distinção entre autores e cúmplices: todos os que tomam parte no crime são autores. Já não haverá mais diferença entre participação principal e participação acessória, entre auxílio necessário e auxílio secundário, entre a *societas criminis* e a *societas in crimine*. Quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele, no pressuposto de que também as outras forças concorrentes entraram no âmbito da sua consciência e vontade. Não há nesse critério de decisão do projeto senão um corolário da teoria da equivalência das causas, adotada no art. 11. O evento, por sua natureza, é indivisível, e todas as condições que cooperam para sua produção se equivalem. Tudo quanto foi praticado para que o evento se produzisse é causa indivisível dele. Há, na participação criminosa, uma associação de causas conscientes, uma convergência de atividades que são, no seu incidível conjunto, a causa única do evento e, portanto, a cada uma das forças concorrentes deve ser atribuída, solidariamente, a responsabilidade pelo todo”. BRASIL. **Exposição de motivos de 4 de novembro de 1940**. Sobre o decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, 01 jul. 1983. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224132/000341193.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 jul 2021.

geral, de 1984, lê-se, também sem a ponderação da dúvida, que 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”<sup>140</sup>.

A reforma de 1984, contudo, se não significou o abandono completo da visão da autoria como *causação* do resultado,<sup>141</sup> ainda traduzida naqueles persistentes termos do anterior artigo 25, agora 29, certamente emprestou novas lentes a quem se disponha a consultar as nuances. Desde então, todo aquele que concorre para o crime continua a incidir nas penas a ele cominadas, mas, agora, na medida de sua culpabilidade.<sup>142,143</sup> E se é verdade que o acréscimo parece dizer mais à medida da sanção<sup>144,145</sup> – marcos de aplicação da pena – que à definição da qualidade da contribuição delitiva, lido o aditivo em conjunto com a descrição da irrelevância penal do ajuste, da determinação ou instigação e o auxílio, quando o crime não chega a ser, pelo menos, tentado – já presente no artigo 25 da parte geral de 1940, transportado, agora, ao *caput* do artigo 31 –, parece mesmo traduzir alguma inclinação ao diálogo com as teorias diferenciadoras.<sup>146</sup> Que ganha ainda mais fôlego com a previsão de

---

<sup>140</sup> BRASIL. **Exposição de motivos nº 211, de 09 de maio de 1983**. Sobre o Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Brasília, 01 jul. 1983. 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: 15 jul 2021.

<sup>141</sup> No sentido de que o legislador de 1984 não se manifestou com convicção nem a favor da teoria unitária, nem exatamente por sua rejeição. LEITE, Alaor. **Domínio do fato ou domínio da posição?:** autoria e participação no direito penal brasileiro. Curitiba: Centro de Estudos Professor Dotti, 2016, p. 42. No sentido de que “as alterações da reforma de 1984 não mitigaram, necessariamente, o ponto de partida unitário de nossa lei”, c.f. GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012). In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato:** estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 173.

<sup>142</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>143</sup> No ponto, é ver que o Código Penal Militar de 1969 já havia incluído, em sua ordenação do concurso de agentes, uma tal matização, com o acréscimo do texto: “segundo a sua própria culpabilidade” (art. 53, par. 3º, CPM). BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Diário Oficial da União, 21 out. 1969, p. 8940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>144</sup> Nesse sentido, e recusando que a reforma de 1984 tenha resultado na adoção de uma teoria diferenciadora. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. v. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>145</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal:** Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

<sup>146</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal:** Parte geral. 8. ed. Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2018, p. 374.

redução de pena para a participação de menor importância<sup>147</sup>, também já trazida em outros termos, é verdade, no Código de 1940, art. 48, II.

A se ver, então, que na já citada exposição de motivos da reforma da Parte Geral, em 1984, não se hesitou em reconhecer que, “em completo retorno à experiência passada”,<sup>148</sup> foram incluídas “regras precisas que distinguem a autoria de participação. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas”.<sup>149</sup>

E foi ainda mais longe a redação atual do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 236 de 2012 – Anteprojeto do Novo Código Penal. Optou-se, ali, pela diferenciação expressa entre autores e partícipes, assim definidos nos incisos I e II do §1º do artigo 38,<sup>150</sup> nitidamente inspirados na teoria do domínio do fato<sup>151</sup>.

Mas, e voltados os olhos à legislação em vigor, há, ainda, quem sustente que a reforma da parte geral, no que se refere ao concurso de agentes, manteve inalterado o modelo unitário, que não se veria ameaçado por quaisquer das alterações já aqui

<sup>147</sup> Reconhecem aí uma matização da teoria unitária. BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. A teoria do domínio do fato e o Código Penal Brasileiro. **Delictae**: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, [s.l.], v. 2, n. 2, p. 83-132, jun. 2017. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/21>. Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>148</sup> Batista, no já citado estudo sobre o concurso de agentes no Direito Brasileiro (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 3-7; p. 9; p. 15-16), menciona que o Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, diferenciava entre autor e partícipe, como também o fez o Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1890. A adoção da teoria unitária consumou-se com o Código Hungria, de 1940 (embora já se tenha inclinado neste sentido o projeto de Galdino Siqueira).

<sup>149</sup> BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 jul 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/l7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>150</sup> “Art. 38. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º Concorrem para o crime: I – os autores ou coautores, assim considerados aqueles que: a) executam o fato realizando os elementos do tipo; b) mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a realização dos elementos do tipo; c) dominam a vontade de pessoa que age sem dolo, atipicamente, de forma justificada ou não culpável e a utilizam como instrumento para a execução do crime; ou d) aqueles que dominam o fato utilizando aparatos organizados de poder. II – partícipes, assim considerados: a) aqueles que não figurando como autores, contribuem, de qualquer outro modo, para o crime; ou b) aqueles que deviam e podiam agir para evitar o crime cometido por outrem, mas se omitem”. BRASIL. Senado Federal. **Quadro comparativo do Projeto de Lei do Senado no 236, de 2012 (projeto do novo Código Penal)**. 232 p. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3518346&disposition=inline>. Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>151</sup> Recusando qualquer vantagem na adoção explícita do legislador por uma ou outra teoria em particular. GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012). In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 179.



referidas<sup>152</sup>. Em sentido semelhante, mas cedendo ao aceno ao sistema diferenciador que parece ter sido embutido na norma do artigo 31<sup>153</sup> do Código, Alflen<sup>154</sup> enxerga no ordenamento nacional a adoção de um sistema unitário-funcional, a significar, segundo o autor, o seguinte: embora se reconheça a diferenciação meramente conceitual entre as formas de intervenção no delito, a punição de todas ocorre segundo a mesma moldura penal.

De nossa parte, pensamos que a intenção do legislador de 1984 veio melhor sintetizada na visão de Gama e Silva, anunciada na Exposição de Motivos do natimorto Código Hungria:

[...] o sistema unitário, que se inspira em razões de política criminal, visando a mais eficiente repressão, nunca é adotado em sua inteireza, pois isto conduziria a soluções injustas e intoleráveis. Estão sempre previstos temperamentos à equiparação dos diversos partícipes, de forma a assegurar a justa punição de cada um. Ao contrário do que diz Boekelman (*Die moderne Entwicklung der Begriffe Taterschaft und Teilnahme*, In *Strafrecht-liche Untersuchungen*. 1957, pág. 109) a concepção unitária da participação não representa necessariamente uma renúncia do legislador ao tratamento individualizado da personalidade do agente.<sup>155</sup>

Bem pode ter sido essa a intenção da reforma – a de manter uma matriz unitária, acompanhada, contudo, de corretivos de ordem político-criminal (mais adiante aprofundados) e sinalizações inequívocas de graduação da pena segundo considerações de culpabilidade individualizada. O problema, contudo, de um sistema que se inicia unitário na regra geral (art. 29), mas se vê obrigado a fazer repetidas concessões diferenciadoras<sup>156</sup>, como as já citadas, é a incoerência sistemática. Na

<sup>152</sup> CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas**: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 83.

<sup>153</sup> Veja-se que a norma em questão pode também ser lida como um mero corretivo político-criminal das consequências do sistema unitário, com a finalidade de negar a punibilidade da tentativa de participação. É a observação, por exemplo, de GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. *Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro*. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 77

<sup>154</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva Educação, 2014, p. 62.

<sup>155</sup> BRASIL. **Exposição de motivos do Decreto-lei 1.004, de 21 de outubro de 1969**. Diário Oficial da União (Seção 1, Suplemento), 21 out. 1969. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>156</sup> Neste sentido, BRUNO, Aníbal. **Direito Penal Parte Geral**: Fato Punível. Tomo 2. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 78; e FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: [s. n.], 1947, p. 79.

observação de Alaor Leite: “um tal sistema misto – que acende uma vela a deus, outra ao diabo – não mereceria o nome de sistema”<sup>157</sup>.

É nobre, não se duvida, a intenção de simplificar o modelo, que subjaz à ideia unitária trazida no artigo 29. Como também parece absolutamente justificada a ideia de equalizar a punição, de acordo com a modalidade e intensidade da intervenção delitiva, que se vê, por exemplo, na previsão da redução da pena para a participação de menor importância. Mas seria melhor que o legislador se decidisse, com convicção, por uma ideia reitora, a alinhar os dispositivos do Código em um determinado sentido.

Estamos com Batista<sup>158</sup> na afirmação de que, diante da vagueza conceitual do Código, “só nos resta a tentativa de, a partir dos dispositivos do código e de seus princípios fundamentais, empreender uma reconstrução dogmática extremamente dificultada pela pobreza da lei”. Em síntese, “reconstruir as formas típicas de autoria e participação no delito é o ingrato legado de um código penal que teria pretendido exterminá-las, oferecendo como preço uma proposição teórica inaceitável (a panacéia do princípio causal)”.

Mas veja-se que, registrados a absoluta incoerência da ordenação do concurso de agentes no Código e o fôlego exigido do intérprete, a leitura conjunta dos artigos 29, 13 e 31 do Código, afinada pela teoria da imputação objetiva, parece resolver a maioria substancial dos casos em que intervém no delito mais de um agente.

Veja-se que, quando nada, as críticas de maior relevância à adoção de um sistema unitário encontram corretivo no Código. No que diz respeito, por exemplo, à elevação dos atos preparatórios (a entrega de uma chave-mestra ao executor de um furto, por exemplo) ao nível da tentativa<sup>159</sup>, é ver que a norma trazida no artigo 31, do CP<sup>160</sup>, nos desobriga de punir o partícipe como autor de um furto tentado, quando o executor direto não levar adiante o plano delitivo.

---

<sup>157</sup> LEITE, Alaor. **Domínio do fato ou domínio da posição?**: autoria e participação no direito penal brasileiro. Curitiba: Centro de Estudos Professor Dotti, 2016, p. 35.

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. 52-53.

<sup>159</sup> “O mesmo não se pode dizer de um sistema unitário de autor fundado na causalidade e coerentemente desenvolvido. Ausente a ideia de acessoriedade, tentar participar do delito, ou seja, estabelecer uma condição que poderia levar ao resultado, já é, a rigor, tentar praticar o delito. Assim, não há diferença entre tentativa de participação e tentativa”. GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro**. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 76.

<sup>160</sup> “Art. 31 - 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)” BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial

De outro lado, ainda que não se queira enxergar no mesmo dispositivo uma norma de extensão da punibilidade, não há como negar que a descrição de determinadas formas de se concorrer ao delito amenizam substancialmente o risco de dissolução dos tipos – e da conseqüente violação ao princípio da legalidade. Por fim, parece haver no Código dispositivos suficientes a uma adequada individualização da pena, também a acomodar as críticas já registradas a uma suposta equivalência do juízo de censura aos agentes, que haveria no sistema unitário.

De tudo, então, o que interessa mesmo, e para além da definição conceitual, é agregar coerência ao sistema, por meio de uma interpretação alinhada, convincente e racional dos dispositivos, voltada à solução dos casos problemáticos. Até porque, ao legislador somente cabe “optar entre castigar todos os sujeitos com a mesma pena ou diferenciar o quantum de pena dos aportes. Tanto no primeiro, como no segundo caso, pode explicar-se o modelo legal mediante diversos modelos dogmáticos<sup>161</sup>”.

E a tarefa, aqui, então, será verificar o rendimento das diversas ordens de fundamentação acerca do injusto da participação – ponto central deste trabalho -, frente à legislação nacional.

---

da União, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>161</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. **Garantes y cómplices**: la intervención por omisión y en los delitos especiales. Barcelona: Atelier, 2007, p. 146.

## CAPÍTULO II – O INJUSTO DA PARTICIPAÇÃO SUBORDINADO AO INJUSTO DO AUTOR

### 4 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Adotando-se um conceito extensivo de autor, naturalmente não é preciso ir muito longe para que se tenha o fundamento do injusto cometido por cada um e qualquer dos intervenientes: na hipótese em que A empresta uma arma a B, que a utiliza para matar C, os dois primeiros terão realizado, imediatamente, o tipo previsto na parte especial. Adotando-se, de outro lado, um conceito restritivo de autor, e, portanto, entendendo-se que somente B é quem matou C, no exemplo acima referido, é impositivo que se responda à seguinte pergunta: por que, então, se afirmar que A, que não matou ninguém, cometeu um injusto<sup>162</sup>?

Embora, na hipótese referida, seja intuitiva a necessidade de punição a A, nem sempre o será em outras situações de concurso de agentes, como, por exemplo, o caso da prestação de serviços padronizados (como o de um taxista, por exemplo) a cliente de quem se suspeita da utilização do serviço para o cometimento de delitos. Ou, ainda, na hipótese em que alguém somente reforça em um terceiro uma decisão delitiva já por ele tomada. E a definição dos limites da imputação ao partícipe dependerá, dentre outros, do fundamento em que se apoia a afirmação do injusto daquele que não realiza, direta e imediatamente, o tipo previsto na parte especial.

Há diversas soluções, partindo das mais diversas ordens de fundamentação e voltadas, eventualmente, à solução de questões diferentes, como, muito particularmente, observa-se em relação às hipóteses de cumplicidade através de ações neutras, por exemplo. E não se aprofundará, evidentemente, em todas elas. Mas veremos as mais relevantes, e da perspectiva essencial a este trabalho: a permeabilidade delas à legislação nacional.

Entendemos seja possível separá-las em três grandes grupos, assim definidos: as teorias que pleiteiam um injusto da cumplicidade derivado e subordinado ao injusto do autor; aquelas que afirmam a existência de um só injusto, obra coletiva e

---

<sup>162</sup> É comum que se fale em fundamento do castigo da participação, como se pudesse designar algo diferente do fundamento para o castigo da autoria. Sabendo-se, contudo, que o fundamento para o castigo de qualquer interveniente é o mesmo, qual seja, a realização de uma conduta tipicamente injusta e culpável, o que interessa realmente investigar é qual seria, exatamente, o injusto cometido por cada um deles. ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito**: Fundamento y límites. Madri: Marcial Pons, 2003, p. 117.

indissociável de todos os intervenientes, que, ainda assim, eventualmente se distinguiriam quantitativa ou qualitativamente; e, por fim, a teoria que pleiteia a autonomia do injusto da participação.

É possível, naturalmente, imaginar outras tantas divisões, segundo se altere o ponto de referência e finalidade da investigação. Por aqui, partindo da suposição de que o problema esteja essencialmente localizado no âmbito da causalidade da conduta do partícipe, parece ser esta a divisão mais adequada e orientada à resposta que pensamos seja a de melhor rendimento frente ao problema – o que ficará mais claro adiante.

Começa-se, então, do grupo de teorias em que se situa aquela que goza de maior aceitação na doutrina, estrangeira e nacional, que enxerga um injusto da participação subordinado (em diferentes níveis, segundo se verá) ao injusto do autor. Antes, contudo, de descer a elas, é preciso que se conheça e se defina, com clareza, dois conceitos essenciais à compreensão do tema: o princípio da autorresponsabilidade e a acessoriedade.

#### 4.1 Autorresponsabilidade

A dar a noção da relevância do princípio da autorresponsabilidade, não só para a temática do concurso de agentes, Robles Planas<sup>163</sup> dirá que se trata do “eixo em torno do qual gira toda a imputação jurídico-penal” e de “um dos princípios mais básicos que inspiram o Direito Penal contemporâneo”. Mas veja-se que há mais de um sentido possível para o termo.

Luís Greco fala de duas acepções para autorresponsabilidade. A primeira, a dizer de um sentido mais abstrato, como princípio geral de Direito, a significar, essencialmente, que cada indivíduo somente é responsável por suas ações. Trata-se, portanto, de um sentido vinculado à ideia de autodeterminação<sup>164</sup>. A segunda, situada em um plano mais concreto, e “referida às formas de participar em um delito”, se

---

<sup>163</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito**: Fundamento y límites. Madri: Marcial Pons, 2003, p. 161-172.

<sup>164</sup> GRECO, Luís. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 206. Também em ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (Orgs.). **Estudos críticos sobre o sistema penal**: Homenagem a Juarez Cirino dos Santos por seu septuagésimo aniversário. Curitiba: LedZe, 2012. Em sentido semelhante, Robles Planas, 2003, *op. cit.*, p. 162, dirá que “o princípio da responsabilidade pelo próprio injusto tem implícita a ideia básica de que ninguém pode responder pelo injusto alheio. O fundamento deste princípio se radica na ideia mais ampla de autonomia individual, reconhecida em todo o ordenamento jurídico”.

orientaria no sentido de “determinar quais ações são atribuíveis ao próprio sujeito, e quais são atribuíveis a outros”. Em síntese, e para o mesmo autor, o princípio da “autorresponsabilidade funciona, no último plano, como uma espécie de proibição de atribuir uma ação a determinado agente quando ela puder ser atribuída, preferencialmente, a outro sujeito plenamente responsável<sup>165</sup>”.

Em sentido aproximado, Ibañez Fernandez<sup>166</sup> menciona a relevante distinção entre o princípio da responsabilidade e o da autorresponsabilidade (ou responsabilidade própria). No que interessa, este último significaria que ninguém pode ser responsável pelo que o outro faz, mas somente pelo que faz (nas linhas essenciais, o primeiro sentido apontado por Greco), enquanto o primeiro, essencialmente normativo, estabeleceria que a plena responsabilidade penal do último interveniente no fato exclui, necessariamente, a qualidade de autor de qualquer codelinqüente anterior – aqui, o segundo sentido da autorresponsabilidade, apontado por Greco.

Sobre a diversidade da terminologia encontrada na literatura – autorresponsabilidade, responsabilidade pelo próprio injusto, responsabilidade própria -, remete-se o leitor para a minuciosa catalogação trazida por Cancio Meliá<sup>167</sup>. Neste trabalho, preferiu-se o termo autorresponsabilidade, majoritário e já difundido na doutrina nacional<sup>168</sup>, utilizado indistintamente em ambos os sentidos, inegavelmente conectados.

No primeiro sentido, é ver que a afirmação da autonomia, aqui compreendida como a liberdade organizativa, ou liberdade de própria determinação, irrenunciável no Estado de Direito<sup>169</sup>, implica, como outro lado da moeda, a constatação de que cada um deve responder por sua própria organização, quando seja esta defeituosa - mas não pela organização defeituosa alheia.

O princípio tem, assim, duplo aspecto: positivo, ou fundamentador da responsabilidade, e negativo, ou excludente da responsabilidade (separação dos

<sup>165</sup> GRECO, Luís. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 216-217.

<sup>166</sup> FERNÁNDEZ IBAÑEZ, Eva. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. Granada: Comares, 2006. p. 21 *et seq.*

<sup>167</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima y imputación objetiva en derecho penal*. Barcelona: Bosch, 2001, p. 259 *et seq.*

<sup>168</sup> GRECO, Luís. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 203.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 206.

âmbitos de responsabilidade individuais<sup>170</sup>). No aspecto negativo, encontram nele fundamento a negação da responsabilidade nas hipóteses de interrupção do nexo causal e da proibição do regresso<sup>171</sup><sup>172</sup>, por exemplo. Na faceta positiva, o princípio da autorresponsabilidade suporta, substancialmente, a ideia de domínio do próprio risco<sup>173</sup>, essencial à afirmação da autoria como domínio do fato.

É com fundamento no princípio da autorresponsabilidade, em sua faceta negativa, que parte da doutrina<sup>174</sup> rejeita a figura do domínio dos aparatos organizados de poder, aqui já referida. E é também este um argumento usual em desfavor das teorias que subordinam o fundamento da punibilidade da participação a um injusto do autor – no qual o partícipe somente interviria -, conforme se verá mais adiante.

É ainda comum que se vincule a ideia de autorresponsabilidade ao princípio da culpabilidade, o que, segundo Greco<sup>175</sup>, seria equivocado, à compreensão de que a culpabilidade “já chega tarde” ao problema, já que somente “diz respeito precipuamente à imputação em um segundo nível”. Com a devida vênia, parece que o autor se refere àquela culpabilidade em sentido estrito, como categoria da teoria do delito, e não ao princípio da culpabilidade – este, segundo nos parece, em algum grau afinado à ideia de autorresponsabilidade.

Antes e até que se chegue àquela culpabilidade, é preciso que se a afirme sob uma primeira perspectiva, do princípio da culpabilidade, no sentido da vedação da responsabilização objetiva<sup>176</sup>, no âmbito penal. Com ele, interdita-se, por exemplo, a imputação, ao proprietário de determinada empresa, de resultado decorrente de conduta praticada por subordinado, ainda que no exercício de suas atribuições e em nome da empresa, à ausência de qualquer conduta causalmente relevante que se

---

<sup>170</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito**: Fundamento y límites. Madri: Marcial Pons, 2003, p. 162.

<sup>171</sup> *Ibid.* p. 163

<sup>172</sup> “[...] não se deve responder pelo comportamento inadequado de outros, ou seja, por um injusto alheio. A proibição de regresso formulada desta maneira é, como momento feral da imputação penal, a consequência de um princípio de autorresponsabilidade, compreendido em sentido normativista”. LESCH, Heiko H. **Intervención delictiva e imputación objetiva**. 1. reimp. Tradução de Javier Sánchez-Vera y Gómez-Trelles. Bogotá, Universidad Externado, 1997, p. 55.

<sup>173</sup> GRECO, Luís. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 205.

<sup>174</sup> Nesse sentido, por exemplo, JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: Parte general. Tradução de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

<sup>175</sup> JESCHECK, *op. cit.*, p. 207.

<sup>176</sup> Neste sentido, e com remissão ao princípio da *nulla poena sine culpa*, TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da Aplicação da Pena**: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 117. Em sentido similar, cf. JESCHECK, *op. cit.*, p. 561.

possa atribuir, de maneira individualizada, a ele (proprietário), ou que possa, quando nada, estar compreendida em seu âmbito de organização.

Dito de outro modo, o princípio da culpabilidade veda, nesta perspectiva, e por exemplo, a denominada responsabilidade pela ocupação de uma posição. E é neste sentido que parece inegável sua afinidade com o princípio da autorresponsabilidade, naquela acepção genérica mencionada por Greco.

No que interessa, então, a ideia de autorresponsabilidade, que “não demarca uma diferença qualitativa entre autoria e participação, mas somente uma fronteira geral de responsabilidade<sup>177</sup>”, se vincula ao objeto desta investigação desde a seguinte perspectiva: como imputar ao partícipe um resultado que é obra direta e imediata do autor, e que poderia ser por ele evitado? Trata-se, então, da segunda e mais concreta acepção do termo, também segundo a classificação de Greco.

#### **4.1.1 Acessoriedade**

Da afirmação da autorresponsabilidade como regra geral de imputação decorre um dever de fundamentação qualificado para que se pretenda punir o partícipe. Dito de outro modo, estabelecido que cada indivíduo somente pode responder, em princípio, por suas próprias ações, é necessário estabelecer e explicar qual seria o vínculo entre o partícipe e o autor que justificaria a punição daquele primeiro em virtude de um resultado que decorre imediatamente da conduta do segundo. A acessoriedade, então, trata-se “daquela regra que permite imputar um tipo a uma conduta de participação (em si mesma atípica)”<sup>178</sup>. Dita de outro modo a mesma ideia, “se se renunciasse, então, a acessoriedade, não seria possível fundamentar a responsabilidade pela parte executiva realizada por outro<sup>179</sup>”.

Ora, se é inviável, em princípio, a imputação de um resultado produzido por terceiro responsável, que detenha o poder de decisão sobre a efetiva realização do tipo (faceta negativa do princípio da autorresponsabilidade), é preciso que essa (imputação) se assente sobre um fundamento particular, que viabilize uma tal extensão da tipicidade – aqui pressuposta a adoção de um conceito restritivo de autor. E este fundamento é a acessoriedade, que revela e contém em si, então, a carga de

<sup>177</sup> LESCH, Heiko H. **Intervención delictiva e imputación objetiva**. 1. reimp. Tradução de Javier Sánchez-Vera y Gómez-Trelles. Bogotá, Universidad Externado, 1997, p. 55.

<sup>178</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito**: Fundamento y límites. Madri: Marcial Pons, 2003, p. 179/180.

<sup>179</sup> LESCH, *op. cit.*, p. 56.



subordinação da conduta do partícipe ao injusto do autor - ponto essencial das teorias da participação como intervenção no delito (alheio).

A acessoriedade pode ser compreendida, ainda, sob dois aspectos<sup>180</sup>: um denominado externo ou quantitativo, referente à necessidade de início da execução delitiva por parte do autor (para a afirmação da tipicidade da conduta do partícipe). O segundo aspecto, interno ou qualitativo, a dizer com determinadas exigências referidas à tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e até mesmo à punibilidade da conduta do autor.

No segundo aspecto, a acessoriedade variará segundo a normatização legal adotada em cada ordenamento. Veja-se, por exemplo, que o Código Penal Alemão, anteriormente à reforma de 1943, fazia referência, em seu artigo 48, à instigação a uma “ação punível”, e na prestação de ajuda ou auxílio “para a realização do delito mais grave ou menos grave” (art. 49). O que levou a doutrina alemã a defender, para a instigação, uma hiperacessoriedade – a significar, em síntese, que a punição do partícipe estava condicionada não somente à tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade do autor, mas também à sua efetiva punibilidade. E, para a punição da cumplicidade, o que se convencionou denominar acessoriedade extremada, que dispensa o requisito da punibilidade da conduta do autor, mas mantém o da culpabilidade deste<sup>181</sup>.

Posteriormente à reforma, que trouxe ao StGB a previsão da participação em condutas sem culpabilidade do autor, passou-se a defender, amplamente, a teoria limitada da acessoriedade<sup>182</sup>, para a qual basta, à punição da conduta do partícipe, a afirmação da tipicidade e antijuridicidade da conduta do autor – hoje também majoritária no Brasil<sup>183</sup>. Fala-se, ainda, em uma acessoriedade mínima, à qual seria

---

<sup>180</sup> Neste sentido, SANCINETTI, Marcelo. **Ilicito personal y participación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2001, p. 59.

<sup>181</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General: Especiales formas de aparición del delito**. Tomo 2. Madri: Civitas, 2014, p. 216.

<sup>182</sup> Roxin lembra que, nos delitos comuns, não seria tão relevante a adoção da acessoriedade limitada, porque a punição do interveniente ocorreria como autor mediato, se o executor fosse portador de enfermidade mental, agisse em estado de necessidade exculpante (na Alemanha) ou em erro de proibição inevitável – tudo isso se o terceiro conhecesse o defeito exculpante. Não o conhecendo, e também nos delitos de mão própria, que não admitem a autoria mediata, seria essencial a acessoriedade limitada, para evitar lacunas de punibilidade sensíveis – ao mesmo tempo, sem punir excessivamente. Ademais, e ainda segundo o autor, seria essencialmente correto exigir a subordinação da conduta do partícipe ao injusto típico do autor. ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General: Especiales formas de aparición del delito**. Tomo 2. Madri: Civitas, 2014, p. 216-217.

<sup>183</sup> Por todos, BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 162.

suficiente a tipicidade da conduta do autor, e cuja relevância prática, atualmente, não ultrapassa à do registro histórico.

Conforme se verá mais adiante (Capítulo IV), reside na ideia da acessoriedade a grande dificuldade das teorias que veem na participação a realização de um injusto autônomo – o que, também se verá, dependerá essencialmente da densificação legal do conceito em cada ordenamento, e de alguma compreensão prévia acerca das funções e finalidades da norma penal. No ponto, veja-se, por exemplo, que na visão de Robles Planas, “a exigência de um fato principal (acessoriedade da participação) é a razão fundamental para as teorias do fundamento autônomo do castigo da participação serem impraticáveis<sup>184</sup>”.

## 4.2 Teorias da corrupção

Antes de descer, propriamente, às teorias em questão, cumpre esclarecer a razão metodológica que nos levou a encaminhá-las já por aqui – e não no capítulo reservado às teorias que enxergam na participação um delito autônomo. Sucintamente, embora as teorias da corrupção (participação na culpabilidade e desintegração social) pleiteiem uma concepção da participação como uma lesão a um bem jurídico diverso do da autoria, elas ainda subordinam a tipicidade (do partícipe) à realização do injusto pelo autor (e, uma delas, à culpabilidade deste último). Por esta subordinação, enfim, e sem deixar de reconhecer as substanciais diferenças entre elas e aquelas teorias claramente orientadas à acessoriedade, é que se entendeu mais adequado o estudo das teorias da corrupção já neste tópico.

Há, ainda, algumas classificações diversas, dentro do que se convencionou denominar, genericamente, teorias da corrupção – assim tratadas em razão do ponto referencial de ambas estar situado na ideia de que o partícipe, em alguma medida, corrompe o autor, no sentido do cometimento da conduta criminosa. Essencialmente, e usualmente, fala-se das teorias da participação na culpabilidade (defendida por Mayer) e da desintegração social (Trescher).

Mayer parte de um conceito restritivo de autor, para distinguir duas formas de intervenção no delito, conforme o autor do fato seja ou não culpável, o que alteraria o fundamento do injusto do partícipe. Segundo ele, a participação em sentido estrito

---

<sup>184</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito**: Fundamento y límites. Madri: Marcial Pons, 2003, p. 131.

exige, até hoje (posteriormente à já citada reforma da legislação alemã), a culpabilidade do autor, que teria sido conduzido a ela pelo partícipe – neste sentido, “coculpável”<sup>185</sup>. Lopez Peregrín argumenta que não seria, a rigor e exclusivamente, uma participação na culpabilidade, já que a proposta de Mayer levaria em conta, também, o aporte causal do cúmplice para o resultado. Mas, sem dúvida, o eixo essencial da ideia é mesmo o do acordo de vontades no sentido de um fato antijurídico e necessariamente culpável do executor<sup>186</sup>.

De outro lado, e no que se refere à reforma de 1943, no ponto em que viabilizou a punibilidade de casos de intervenção em fato antijurídico de autor não culpável, Mayer refuta a compreensão dominante na doutrina alemã, argumentando que a participação em sentido estrito permaneceu exigindo a culpabilidade do autor, e seria esse seu fundamento principal. Mas, ao lado da participação em sentido estrito, a lei passou a admitir, segundo ele, uma forma de “cocaussação” do resultado, a ela análoga, somente possível quando a conduta realizada pelo partícipe tenha essencialmente o mesmo potencial lesivo que aquela do fato principal. O exemplo clássico é o do contador que aconselha o cliente a emitir uma declaração de forma ilegal. Embora o delito fiscal só possa ser cometido pelo obrigado fiscal, que, na hipótese, e segundo Mayer, agiria sem consciência da ilicitude (por erro determinado pelo contador), o dano que o contador pode produzir é essencialmente o mesmo que o obrigado, daí a equiparação e o fundamento de sua punibilidade<sup>187</sup>.

Não parecem convincentes as saídas apresentadas por Mayer. Veja-se, aliás, que a adoção de sua teoria impõe a cogitação de uma terceira forma de intervenção, unicamente para salvar seu ponto de vista, diante da previsão expressa na legislação alemã da participação à independência da culpabilidade do autor. E por meio de uma complexidade que não traz em si nenhuma vantagem aparente. De outro lado, e para além da previsão legal, a adoção da acessoriedade extrema é, já há muito, refutada inclusive em países cuja legislação não a rejeite expressamente – como, por exemplo, na Espanha, além do Brasil<sup>188</sup>.

<sup>185</sup> MAYER, AT, 1967, p. 150-155, citado por LÓPEZ PEREGRÍN, María Carmen. **La complicidad en el delito**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1997, p. 118.

<sup>186</sup> por LÓPEZ PEREGRÍN, María Carmen. **La complicidad en el delito**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1997, p. 119.

<sup>187</sup> MAYER, Rittler-Fst, 1957, p. 273, citado por LÓPEZ PEREGRÍN, *op. cit.*, p. 119.

<sup>188</sup> Nesse sentido, MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: Parte General. 4. ed. Barcelona: Reppertor, 1996, p. 392; RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. **El agente provocador**. 1978. 502 f. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1978. Disponível em: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/53994/>. Acesso em: 15 jul 2021. E, no Brasil, por todos, BATISTA, Nilo.

Gomez Rivero<sup>189</sup> lembra, ainda, que adotando-se a teoria da corrupção, não só o agente provocador – agente estatal empenhado no flagrante provocado - haveria de ser penalizado, como, nos casos de cumplicidade psíquica, ou instigação, o indutor restaria impune, quando o autor já tivesse a ideia criminosa e fosse culpável. Por fim, e em posição que recusa a validade de qualquer teoria da participação em algum grau desvinculada do resultado principal (do fato do autor), Lopez Peregrin dirá que a disposição “natural em cumprir os mandatos penais não pode ser protegida em si mesma, sem que se converta o direito penal em um instrumento paternalista e moralizante”<sup>190</sup>.

A teoria da desintegração social, até hoje defendida por Treschel para os casos de indução<sup>191</sup>, apoia-se na ideia de que o partícipe provoca a desintegração social, na medida em que coloca o autor em um conflito com a sociedade, que este próprio resolverá com a execução do delito. A teoria pretende conciliar a ideia de corrupção com a acessoriedade limitada e pressupõe, ainda, um ataque mediato ao bem jurídico<sup>192</sup>. Veja-se que o próprio Treschel reconhece que a teoria não explica, por si só, o fundamento do injusto da participação. Isso porque, no caso do indutor, exige-se, ainda, um ataque mediato ao bem jurídico lesionado diretamente pelo autor<sup>193</sup>. E, de outro, em relação ao cúmplice, considera que o fundamento da pena seria exclusivamente sua conexão causal com o resultado principal, na tentativa de conciliar sua posição com a adoção da acessoriedade limitada<sup>194</sup>.

As críticas à ideia de Treschel são muitas, e, a nosso ver, merecidas. De um lado, para manter a coerência com seu fundamento principal, a pena do indutor deveria se mover segundo o grau de desintegração do autor (se primário e sem antecedentes, a pena haveria de ser maior, por exemplo) e não de acordo com o delito efetivamente cometido por ele<sup>195</sup> – segundo prevê o ordenamento alemão (e o nosso).

---

**Concurso de agentes:** uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 162 *et seq.*

<sup>189</sup> GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. **La inducción a cometer el delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 43.

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>191</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito: Fundamento y límites**. Madri: Marcial Pons, 2003, p. 120.

<sup>192</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, María Carmen. **La complicidad en el delito**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1997, p. 121.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>194</sup> TRESCHER. **Stragfund**. 1967, p. 100 citado por LÓPEZ PEREGRÍN, *op. cit.*

<sup>195</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General: Especiales formas de aparición del delito**. Tomo 2. Madri: Civitas, 2014, p. 210.

Ademais, desde a perspectiva da desintegração, que pressupõe, em algum grau, que o autor seja uma espécie de vítima, há de se visualizar aí uma autocolocação em perigo, impunível<sup>196</sup>.

De outro lado, a se aceitar uma tal teoria, deve-se admitir, por coerência, a punibilidade daquele que induz outrem a lesioná-lo (a ele mesmo, indutor), porque a desintegração aí terá sido completa<sup>197</sup> - o que contraria a doutrina francamente majoritária a esse respeito. Por fim, parece igualmente problemático afirmar que a integração social seja um bem jurídico, cuja lesão possa justificar a punibilidade do partícipe, e que possa ser aferida anteriormente, em relação ao autor, antes da conduta do partícipe<sup>198</sup>.

Por todas as críticas já expostas e aqui endossadas, ambas as teorias foram firmemente abandonadas<sup>199</sup>, já há algum tempo.

### 4.3 Teorias da participação no injusto alheio

Robles Planas<sup>200</sup> se refere às teorias da participação em injusto alheio para reunir aquelas construções acerca da punibilidade da conduta do partícipe que, embora com alguma divergência de fundamentação, partem de uma mesma e essencial ideia: o fundamento do castigo do partícipe residiria em uma lesão somente mediata ao bem jurídico. Razão, aliás, que leva Roxin a denominá-las teorias orientadas à acessoriedade<sup>201</sup>.

Nada obstante a diversidade terminológica, apoiam-se essencialmente no raciocínio segundo o qual o partícipe nunca lesiona ou põe em perigo diretamente o bem jurídico<sup>202</sup>, mas somente participa no ataque que o autor lhe dirige. O partícipe, então, somente causaria o fato principal mediante a obtenção da decisão do autor (no caso da instigação), ou mediante o favorecimento material/intelectual/moral da realização do fato por este último (nas hipóteses de cumplicidade). Em síntese,

<sup>196</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General**: Especiales formas de aparición del delito. Tomo 2. Madri: Civitas, 2014, p. 211

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 211

<sup>198</sup> GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. **La inducción a cometer el delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 43-44.

<sup>199</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito**: Fundamento y límites. Madri: Marcial Pons, 2003, p. 120.

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 122.

<sup>201</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 213.

<sup>202</sup> "Para esta teoría, el partícipe no realiza el injusto descrito en los tipos, sino que contribuye a su realización a través de outro, tomando parte en el injusto del hecho principal" LÓPEZ PEREGRÍN, María Carmen. **La complicidad en el delito**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1997, p. 147.

portanto, e tendo a acessoriedade como eixo central<sup>203</sup> do argumento, entende-se que tanto o cúmplice como o indutor somente contribuem para a realização de um injusto alheio<sup>204</sup>, e, neste sentido, o injusto da participação se revelaria absolutamente dependente e derivado do injusto da autoria.

Trata-se da posição amplamente dominante<sup>205</sup> na doutrina alemã<sup>206</sup>, na Espanha<sup>207</sup>, e no Brasil<sup>208</sup>. E, no ponto em que demarca na conduta do autor o elemento central do injusto, é também assumida pela jurisprudência alemã, que, contudo, traz a relevo substancial particularidade no que se refere ao grau de exigência do nexa causal da conduta do partícipe - ponto essencial deste trabalho, e que, portanto, merecerá maior aprofundamento mais adiante (tópico 4.5)

#### 4.3.1 O ataque acessório ao bem jurídico

Percebendo uma falha essencial das teorias que derivam o injusto do partícipe exclusivamente do injusto do autor, seguiu-se uma teoria que parte da mesma ideia, mas acrescenta um dado relevante: a necessidade de que o bem jurídico em questão esteja protegido também em face do partícipe, cuja conduta, então, também carrega em si um conteúdo de lesão típica, ainda que acessória.

Com isso, pretende-se corrigir a falha usualmente apontada em relação à teoria anterior, no sentido de que sua adoção implicaria, por coerência, a necessidade de punição do agente provocador – ou, pelo menos, a afirmação da tipicidade da conduta,

<sup>203</sup> “[...] la accessoriedad es entendida, por tanto, como fundamento de la punibilidad del partícipe, y no (como lo era para la teoría pura de la causación) como un mero presupuesto limitador de la punibilidad”. LÓPEZ PEREGRÍN, María Carmen. **La complicidad en el delito**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1997, p. 147.

<sup>204</sup> “[...] la esencia de la participación [reside] en la motivación o en el apoyo de un injusto ajeno”. MAURACH, Reinhart. **Derecho penal**. v. 2. Atualização de Heinz Zipf e Karl Heinz Gossel. Tradução de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 325.

<sup>205</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, *op. cit.*, p. 145, traz extensa lista de referências neste sentido na nota 70.

<sup>206</sup> Neste sentido, ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General: Especiales formas de aparición del delito**. Tomo 2. Madri: Civitas, 2014, p. 213; MAURACH, Reinhart. **Derecho penal**. v. 2. Atualização de Heinz Zipf e Karl Heinz Gossel. Tradução de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 57; JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: Parte general**. Tradução de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 685.

<sup>207</sup> Com extensas referências neste sentido, é ver MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: Parte General**. 4. ed. Barcelona: Reppertor, 1996, p. 15, nota 28. Também neste sentido, BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 379.

<sup>208</sup> Embora sem a mesma classificação, mas com referências claras à necessidade de uma causação mediata do resultado, como exigência quase unânime na doutrina nacional. Conforme Batista: “Modernamente, entende-se que o fundamento da punibilidade da participação não está nem na corrupção do autor, nem na causação (pura) do resultado, e simplesmente no desvalor intrínseco da colaboração prestada a um fato socialmente intolerável: chama-se a esta teoria da promoção”. BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 156.

em tais hipóteses. Veja-se que, embora seja inegável sua contribuição efetiva para o ataque ao bem jurídico levado a cabo pelo autor/executor direto, a rejeição da punição do agente provocador é praticamente unânime na doutrina<sup>209</sup>. E isso “só se pode explicar porque (o agente provocador) não pretende atacar o bem jurídico tipicamente protegido, senão precisamente evitar sua lesão”<sup>210</sup>.

Há, é verdade, quem rejeite a punição do agente provocador, com base na exigência de um duplo dolo, ou seja, dirigido tanto ao favorecimento do fato pelo autor, quanto ao resultado típico. E isso parece essencialmente correto. Mas só faz sentido exigir esse segundo dolo se se entender que é, então, necessário um ataque autônomo ao bem jurídico. Se um dolo referido ao resultado típico é decisivo para a punibilidade do partícipe, parece irrecusável que esteja este resultado (a lesão ao bem jurídico) integrado, em algum nível, ao fundamento do injusto da participação<sup>211</sup>.

E também por essa exigência – de ataque acessório ao bem jurídico – é que se explica a impunidade da já citada hipótese da autolesão por meio da indução de um terceiro. Como no caso do agente provocador, não há, aqui, dúvidas acerca da efetividade da contribuição do indutor para o ataque do autor ao bem jurídico. Ocorre que ninguém pode atacar seu próprio corpo de forma jurídico-penalmente relevante. Ou, dito de outro modo, não há, em tais hipóteses, lesão relevante – da perspectiva do indutor - ao bem jurídico, cujo âmbito de proteção típica não abarca a autolesão.

Roxin dirá, então, que a ideia que fundamenta a necessidade de um ataque autônomo ao bem jurídico decorre de um princípio geral de imputação, segundo o qual um resultado só pode ser imputado se baseado na criação de um risco não permitido. Assim, do partícipe seria exigida a criação dolosa (um dolo independente, referido ao resultado) de um risco não permitido, a ser verificado em relação ao bem jurídico – cujo âmbito de proteção deve abarcar, também, a conduta do partícipe<sup>212</sup>.

Mas, veja-se: permanece íntegra e essencialmente verdadeira a ideia de que o injusto do partícipe decorre essencialmente do injusto do autor. Para Roxin, a acessoriedade não é somente um critério delimitador da pena, condição objetiva de punibilidade, ou tampouco um dado secundário: trata-se de exigência normativa e que atende à natureza mesma da participação, essencialmente acessória, portanto. E

---

<sup>209</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 216.

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 216.

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 215.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 215.

prova disso seria que, na Alemanha – e também no Brasil - os marcos penais (limites mínimo e máximo de pena) para o partícipe são exatamente os mesmos do autor, e estabelecidos, portanto, em relação ao fato principal<sup>213</sup>.

Em síntese, o injusto do partícipe decorreria essencialmente do injusto do autor, mas não exclusivamente. Também será necessário verificar e atestar um ataque acessório ao bem jurídico. Fala-se, portanto, em uma compreensão da participação simultaneamente derivada e autônoma. Derivada, na medida em que o mesmo injusto doloso cometido pelo autor se imputa, também, ao partícipe. E autônoma porque a imputação somente ocorrerá quando decorrente de um ataque próprio do partícipe ao bem jurídico.

#### **4.3.2 Considerações críticas**

Embora as ponderações de Roxin sejam essencialmente corretas desde a perspectiva da coerência interna do raciocínio, a ideia de um injusto unicamente do autor, no qual intervém um terceiro – partícipe -, parece inconciliável com a afirmação da autorresponsabilidade, e sob duas perspectivas.

A primeira delas, a ver com o sentido mais genérico do princípio, e a significar o seguinte: quem instiga alguém a matar não pretende, exatamente, e a rigor, “matar alguém”, nos termos do artigo 121, *caput*, do Código Penal, mas somente (pretende) que outro (o instigado) o faça. E isso é substancialmente diferente<sup>214</sup>. Convencer alguém, ainda em dúvida sobre a execução ou não de um homicídio, de que a morte da vítima será o melhor caminho parece tão diverso de ir até o encontro desta última e desferir-lhe golpes de facas até a morte, que a imputação de ambas sob a mesma rubrica (mesmo injusto típico) soa, quando nada, contraintuitivo. E, assim, somente se justificaria diante de uma razão forte, ou, pelo menos, de uma fundamentação de ordem prática que falasse em favor do maior rendimento de uma tal explicação – a qual não encontramos.

De outro lado, se a execução do fato restava inteiramente nas mãos de outrem - o autor -, que poderia simplesmente não prosseguir na execução, não parece razoável imputar ao partícipe, rigorosamente, este resultado – aquele que decorre

<sup>213</sup> ROXIN, LK, 1193, comentários prévios ao art. 26, com. marg. 4, apud LÓPEZ PEREGRÍN, María Carmen. **La complicidad en el delito**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1997, p. 154.

<sup>214</sup> Nesse sentido, ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 156.



diretamente da conduta do autor -, para o qual somente contribuiu causalmente na configuração da situação pré-típica, em que outra pessoa ainda poderia, simplesmente, não levar a cabo o plano delitivo, sequer iniciado no caso da instigação/indução<sup>215</sup>.

Estamos com Robles Planas na afirmação de que, deixando-se de atribuir “um conteúdo próprio de injusto à conduta do partícipe, não cabe a menor dúvida de que esta descrição resulta dificilmente compatível com o princípio da responsabilidade pelo próprio injusto”. Com efeito, “ninguém pode ser responsável por um injusto alheio”<sup>216</sup>.

Por fim, Bauman, também citado por Planas, dirá que admitir que o fundamento do injusto do partícipe possa residir na causação (mediata) do resultado, dentro de um conceito restritivo de autor, seria absurdo, “porque, se tanto o autor como o partícipe respondem pela causação do delito, a distinção não tem nenhum sentido”<sup>217</sup>. Em síntese, e no acréscimo do autor espanhol, “sustentar um conceito restritivo de autor e, ao mesmo tempo, a teoria da participação no injusto (em qualquer de suas modalidades) é, de todo, incompatível”<sup>218</sup>.

Em sentido semelhante, e reportando-se à identidade entre o desvalor do resultado atribuído ao autor e ao partícipe – e a proximidade daí decorrente entre as normas de comportamento violadas por um e outro -, registra-se a ponderação trazida por Renzikowski<sup>219</sup>, para quem a teoria da participação orientada pela acessoriedade não consegue se desvincular de um conceito extensivo de autor – “o que ela, em decorrência de seu aprisionamento à causalidade equivalente, certamente não seria capaz de fazer”.

No que interessa mais de perto a este trabalho, pensamos haver outra razão para a inviabilidade de uma tal concepção do injusto da participação, pelo menos em

---

<sup>215</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 132. E, em sentido semelhante, recusando a compatibilidade de uma visão do injusto do partícipe orientado à acessoriedade com o princípio da autorresponsabilidade, LESCH, Heiko H. **Intervención delictiva e imputación objetiva**. 1. reimp. Tradução de Javier Sánchez-Vera y Gómez-Trelles. Bogotá, Universidad Externado, 1997, p. 336.

<sup>216</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito: Fundamento y límites**. Madri: Marcial Pons, 2003, p. 131.

<sup>217</sup> Taterschaft und Teilnahme, Jus, 1963, p. 128, citado por ROBLES PLANAS, *op. cit.*, p. 131-132.

<sup>218</sup> ROBLES PLANAS, *op. cit.*, p. 132.

<sup>219</sup> RENZIKOWSKI, Joachin. Fundamentação da norma e Imputação: Fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas**: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 100.

face da ordenação do concurso de agentes no nosso Código Penal, segundo adiante se demonstrará.

#### **4.4 A permeabilidade das teorias orientadas à acessoriedade em face da ordenação do concurso de pessoas na legislação nacional**

Já se adiantou que a vacilante redação dos dispositivos do Código (CP) a cuidar do concurso de agentes, ao não se decidir, com clareza, por um modelo teórico ou conceito de autoria e participação, ao tempo em que deixa ao intérprete campo aberto à instalação da explicação que lhe pareça mais convincente, impõe a qualquer leitor um esforço redobrado no sentido de conferir ao sistema algum grau de coerência.

Eis, então, o primeiro esforço. E partindo daquela que parece, à primeira vista, a mais difundida leitura dos dispositivos do Código. O que adiante se verificará, em síntese, é: (i) sendo possível interpretar os dispositivos do CP como se ordenados a explicar a participação como intervenção em um delito alheio (do autor), quais seriam (ii) as vantagens de uma tal explicação, e (iii) suas desvantagens.

À saída, a ideia não parece enfrentar maiores dificuldades quando posta diante da redação trazida no *caput* do art. 29, do Código Penal, *in verbis*: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”<sup>220</sup>.

Pode-se dizer, aliás, que fala em favor da teoria o fato de que o artigo parece se referir a um só crime, no qual poderiam intervir mais de um agente – e não de tantos crimes quantos fossem seus concorrentes. É verdade que não está aí, e ainda, definido que o delito seja, essencialmente, do autor (que realizaria, efetivamente, o tipo), e que, portanto, qualquer outro que nele intervenha o faria na condição de mero partícipe, subordinado a um agente principal do acontecer típico. Mas, de outro lado, nada há no dispositivo que vá de encontro a este entendimento.

O que também parece ser o caso do parágrafo segundo – do primeiro, trataremos mais à frente - do mesmo artigo, que, inspirado em dispositivo semelhante

---

<sup>220</sup> Redação dada por BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 jul. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/17209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

do Código Penal Italiano<sup>221</sup>, dispõe: “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”<sup>222</sup>.

E o parágrafo segundo, então, somente disciplinaria a hipótese – excepcional no concurso de agentes – em que não há convergência do dolo entre os concorrentes. Nesta perspectiva, o dispositivo, de um lado, reafirmaria que a teoria entre nós adotada, no que se refere ao número de crimes praticado no concurso de agentes (e não no que diz ao título da imputação: se autoria ou participação), seria a monista, em que todos os agentes, em regra, respondem por um só crime. Excepcionalmente, contudo, na hipótese da cooperação dolosamente distinta, a imputação de cada concorrente observará seu plano delitivo particular – com a pena aumentada, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave<sup>223</sup>.

E o que interessa assentar, então, é que parece natural e plausível uma leitura do parágrafo segundo do artigo 29 que, em nada, desautoriza a teoria da participação como conduta acessória e subordinada ao injusto do autor.

De outro lado, também parece se afinar a esta perspectiva a norma trazida no artigo 30 do Código, a dispor que, “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime<sup>224</sup>”. Isso porque, ao tempo em que a incomunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal estranhas ao tipo objetivo não fragiliza, em absoluto, a ideia de acessoriedade do injusto da participação, a comunicabilidade daquelas que são elementares do crime reforça justamente a ideia de um injusto único – embora não necessariamente do autor, diga-se.

Vai-se, então, à disposição trazida no artigo 31, do CP, que dirá, sob a rubrica “Casos de impunibilidade” que “o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio,

<sup>221</sup> Artigo 116, 2ª parte: “se o crime praticado for mais grave que o desejado, a pena será diminuída em relação àquele que houver querido o crime menos grave”. Observação e tradução de FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: [s. n.], 1947, p. 63.

<sup>222</sup> Redação dada por BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 jul. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/17209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>223</sup> E, naturalmente, desde que o resultado mais grave esteja inserido na linha do desdobramento causal da atividade para a qual contribuiu. Neste sentido, HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 1. Tomo 2. 5. ed. Rio de Janeiro: GZ, 1978, p. 554.

<sup>224</sup> Redação dada por BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 jul. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/17209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”<sup>225</sup>. Há, aqui, algumas interpretações possíveis, mais e melhor aprofundadas nos capítulos seguintes. Por ora, interessa por em relevo que a permeabilidade do dispositivo à concepção da participação como subordinada ao injusto do autor exigirá a recusa de sua interpretação literal – que dirá que o início da execução da conduta prevista no tipo condiciona unicamente a punição do partícipe – em favor de uma compreensão genérica da punibilidade como consequência da realização de um injusto. Ou seja: não seriam puníveis aquelas condutas ali descritas, uma vez que sequer constituiriam um injusto.

Ultrapassado que seja o ponto, note-se que não só se repete a menção ao crime – um só crime -, como também se encontra aí escrita a ideia essencial pleiteada pela teoria em questão: a acessoriedade da participação, cuja punibilidade – genericamente considerada - está, então, condicionada ao início da execução do crime. É esta a leitura usual do artigo 31<sup>226</sup>.

Por fim, também a redação do inciso IV do artigo 62, do CP, parece falar em favor da teoria. Consta, ali, a previsão de agravamento da pena para o agente que “executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa”<sup>227</sup>. E parece, então, natural a interpretação de que existe uma classe de agentes que executa o crime (autores), e outra, que somente “nele participa”, ou seja, participa no crime (um só) executado pelo autor.

À primeira vista, portanto, a ordenação do concurso de agentes no Código Penal Brasileiro não parece se opor firmemente à ideia de cumplicidade como intervenção no crime, efetivamente realizado pelo autor. Deixou-se de mencionar o dispositivo referente à participação de menor importância, porque melhor examinado

---

<sup>225</sup> Redação dada por BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 jul. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/17209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>226</sup> Nesse sentido: “Sucedee, porém, que o texto legal brasileiro confere sede à acessoriedade, e isso no artigo 31, CP [...]” BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 163. Também assim, FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: [s. n.], 1947, p.162, para quem “a posição assumida pelo legislador brasileiro é absolutamente coerente com a doutrina da acessoriedade do concurso”.

<sup>227</sup> Redação dada por BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 jul. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/17209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

no tópico seguinte, que cuidará de demonstrar o que nos parece a fundamental objeção legal à compreensão da culpabilidade, em tais termos.

#### 4.5 O injusto da participação subordinado ao injusto do autor e o Artigo 13 do Código Penal Brasileiro

O artigo 13 do Código Penal, em sua primeira parte, enuncia que “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”<sup>228</sup>. Trata-se, é bem de ver, de regra geral de imputação, a anunciar uma das exigências da tipicidade objetiva, qual seja a causalidade, mais adiante aprofundada, e, por ora, definida, em síntese, como a relação de sentido que há de estar presente entre a conduta e o resultado.

E, ao contrário do que se tem no Código Penal Alemão, que não disciplina a relação de causalidade<sup>229</sup>, o dispositivo legal em questão prossegue avançando exatamente sobre a definição de causa, que deverá ser, então, “a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”<sup>230</sup>. Adotou-se, enfim, a teoria da *conditio sine qua non*, melhor examinada linhas à frente, mas cuja síntese é a seguinte: somente será causa do resultado aquela conduta cuja eliminação hipotética produziria, como consequência, a eliminação também do resultado.

E a razão pela qual as teorias que subordinam o injusto do partícipe ao do autor impõem a reflexão acerca de sua permeabilidade ao dispositivo legal em questão está em que todas elas – mesmo aquelas que recusam a exigência do ataque acessório ao bem jurídico – partem da ideia de que o resultado imputado ao autor é exatamente o mesmo<sup>231</sup> que se atribui, separadamente, ao partícipe<sup>232</sup> - neste último caso, com o

<sup>228</sup> Redação dada por BRASIL, **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 jul. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/l7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>229</sup> WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. 41. Ed., Heidelberg: C. F. Muller, 2011, p. 57 *apud* ROCHA, Ronan. A relação de causalidade no Direito Penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 17.

<sup>230</sup> Redação dada por BRASIL, **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 jul. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/l7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>231</sup> RENZIKOWSKI, Joachin. Fundamentação da norma e Imputação: Fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas**: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 100.

<sup>232</sup> No caso das teorias da corrupção, embora o bem jurídico lesionado pelo partícipe seja, a rigor, diverso daquele atingido pela conduta do autor, tanto na já referida teoria de Mayer quanto na ideia postulada por Trescher, são exigidos o aporte causal do cúmplice, verificado em face do resultado.

auxílio de normas de extensão da tipicidade, como aquelas trazidas nos artigos 29 e 31, e segundo um conceito restritivo de autoria.

E quando se diz que a atribuição do resultado se dá separadamente ao autor e ao partícipe quer-se, com isso, esclarecer que a visão, aqui, não será aquela de uma empreitada coletiva, cujo produto – o resultado penalmente relevante – pudesse ser atribuído ao coletivo de agentes, como corpo único, ou espécie de ente coletivo, cujo sentido será melhor aprofundado no capítulo seguinte.

O que significa dizer<sup>233</sup>, e por exemplo, que a realização do tipo objetivo do homicídio (artigo 121 do CP), no que se refere ao partícipe, dependerá – dentre outras - da verificação do nexo de causalidade entre sua conduta, individualmente considerada, e o resultado (morte), ainda que intermediados pela conduta do autor.

E veja-se: ainda que se compreenda que essa intermediação – essencial, aliás, ao conceito de participação como ato subordinado ao injusto do autor – signifique que a causalidade do partícipe deva estar referida à conduta do autor – resultado imediato da conduta do partícipe -, e não ao resultado principal, produzido pelo autor, parece não haver dúvidas quanto ao fato de que, pelo menos, aquela primeira relação de causalidade há de se verificar segundo a teoria da equivalência. Ou seja, e quando nada, na interpretação mais flexível da disposição trazida no citado artigo 13, em relação ao partícipe, deve-se exigir, para a afirmação da causalidade da conduta deste, que a exclusão hipotética dela acarrete a exclusão, também, da conduta do autor, naquela configuração concreta, e no que se refere às características que seriam determinadas pela conduta do partícipe.

Eis o exemplo da diferença que se pretende demarcar. A empresta a B uma chave que abriria a porta de uma residência, a qual este último já confessara ao primeiro que pretendia furtar. Se B, aproximando-se da residência em questão, observa que a porta fora deixada aberta, e, portanto, deixa de utilizar a chave emprestada, não será possível afirmar que o empréstimo da chave foi, imediatamente, condição *sine qua non* do resultado produzido pelo autor. De outro lado, se for possível, em tese, comprovar que o empréstimo da chave foi essencial para que o autor se resolvesse, efetivamente, pelo crime, não haveria dúvidas de que a conduta

---

Esta última, aliás, pleiteia a exigência de um ataque acessório ao bem jurídico lesionado pelo autor. Neste sentido, LÓPEZ PEREGRÍN, María Carmen. **La complicidad en el delito**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1997, p. 119.

<sup>233</sup> No que se refere aos delitos de resultado, segundo o recorte já adiantado nas linhas introdutórias do trabalho.

do partícipe poderia se ajustar à exigência trazida no artigo 13, do CP, no que se refere à resolução delitiva do autor, e, nesse sentido, mediatamente, também no que se refere ao resultado.

Mas eis o primeiro ponto para o qual se chama atenção. Não consta no Código Penal Brasileiro, pelo menos expressamente, qualquer exigência de causalidade que pudesse estar referida à participação, ou ao concurso de agentes, em particular. Ao contrário, por exemplo, do Código Espanhol<sup>234</sup>, que, no artigo 28, parágrafo 2º, dispõe que será considerada cooperação necessária – espécie de contribuição delitiva apenada sob os mesmos marcos punitivos reservados ao autor, sem a previsão de redução obrigatória - “um ato sem o qual a execução (do fato principal) não teria havido”. E, no artigo seguinte (29), enuncia que “são cúmplices os que, não se fazendo compreender no artigo anterior, cooperam com a execução do fato, com atos anteriores ou simultâneos”.

Na Espanha, então, ao mesmo tempo em que a lei exige, expressamente, que a conduta do cooperador necessário seja *conditio sine qua non* da realização da conduta típica, afasta (a lei) a mesma exigência em relação ao cúmplice não necessário - “não se fazendo compreender no artigo anterior”. É assim, com base no texto expresso da lei, que a jurisprudência assentada naquele país<sup>235</sup> se contenta com o fato de a conduta do cúmplice favorecer ou promover, sem aquela relação de essencialidade trazida na teoria da *conditio*, a conduta imediatamente típica.

Na Alemanha, embora não conste previsão semelhante nos dispositivos a cuidar do concurso de agentes, tampouco se regulamentou, segundo já se adiantou, a relação de causalidade, como regra geral de imputação. A significar, portanto, e evidentemente, que a imputação do partícipe não se encontra, pelo menos expressamente, limitada pelo enunciado da *conditio sine qua non*.

Assim é que, na observação de Lopez-Peregrin, na jurisprudência alemã, “tanto do Tribunal do Império, quanto do atual Tribunal Federal Alemão, tem se mantido constante a opinião de que a atividade do cúmplice não tem necessariamente que ser

---

<sup>234</sup> ESPANHA. **Código Penal y legislación complementaria**. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado de España. (Códigos Electrónicos). 1109 p. Disponível em: [https://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir\\_pdf.php?fich=038\\_Codigo\\_Penal\\_y\\_legislacion\\_complementaria.pdf](https://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf). Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>235</sup> Para a consulta mais aprofundada da jurisprudência espanhola a cuidar do assunto, confira-se LÓPEZ PEREGRÍN, María Carmen. **La complicidad en el delito**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1997, p. 190, nota 39.

causal”<sup>236</sup>, relativamente ao resultado do fato principal (tido aqui como aquele produzido diretamente pelo autor). Para que se tenha realizado o tipo objetivo da cumplicidade bastaria, então, que a conduta do cúmplice favoreça ou promova de algum modo a ação do autor – o que se convencionou denominar fórmula de *förderung*<sup>237</sup>, a significar, em tradução livre, promoção, suporte ou apoio.

Desenvolve-se, aqui, então, um sentido fraco de causalidade, distante da teoria da condição (*c.s.q.n.*), e que veio a possibilitar, por exemplo, a imputação, por cumplicidade, de furto consumado ao agente que fornecera ao autor a chave que abriria a porta do local onde viria a acontecer o furto, mas que sequer veio a ser utilizada, uma vez que o autor se decidira, posteriormente, por entrar pela janela. Decidiu-se, à época, que o empréstimo da chave, ainda que não tenha sido efetivamente causal, favoreceu, em algum grau, a conduta do autor<sup>238</sup>, ou, quando nada, sua resolução delitiva<sup>239</sup>, o que bastaria à imputação do furto a título de participação.

De outro lado, veja-se que, em relação à instigação - punida na Alemanha sob os mesmos marcos de punição da autoria -, embora, declaradamente, se exija a comprovação do nexos causal entre a conduta do instigador e a resolução criminosa por parte do autor, na prática, o que se observa é o alargamento desmedido do âmbito de imputação referente à instigação – por vezes, sem considerações de maior alcance acerca do problema da causalidade. Não é, aliás, por razão outra que “[...] nas últimas décadas, a doutrina alemã passou a criticar essa noção extensiva do conceito de instigação, sugerindo critérios que sejam capazes de restringir o âmbito de responsabilidade do instigador”<sup>240</sup>, embora ainda sem a devida ressonância na jurisprudência disponível<sup>241</sup>.

---

<sup>236</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, María Carmen. **La complicidad en el delito**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1997, p. 189.

<sup>237</sup> Para o aprofundamento da jurisprudência alemã sobre o tema, cf. SALAMON, Vollendete, 1968, p. 32-54 *apud* LÓPEZ PEREGRÍN, *op. cit.*, p. 190.

<sup>238</sup> Na mesma linha, o Reichsgericht, Tribunal do Império Alemão, condenou, por furto consumado, o agente que emprestou ao autor peça de roupa que, posteriormente à subtração, serviria como disfarce, com a finalidade de assegurar a posse sobre a coisa furtada. Considerou-se, então, que sequer estaria em questão o nexos de causalidade entre a conduta do cúmplice e aquela do autor, ou, menos ainda, entre a primeira e o resultado: bastaria a constatação de que a entrega da camisa havia, em alguma medida, promovido a realização do fato pelo autor (RGSt. 8, p. 267, citado por LÓPEZ PEREGRÍN, *op. cit.*, p. 191).

<sup>239</sup> RGSt. 6, p. 169, decisão de 1882, citada por LÓPEZ PEREGRÍN, *op. cit.*, p. 191.

<sup>240</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, *op. cit.*, p. 191.

<sup>241</sup> *Ibid.*, p. 260.



Segundo pensamos, a razão para o afrouxamento das exigências referidas à vinculação entre a conduta do partícipe e o resultado – ou, diretamente, entre a primeira e aquela realizada pelo autor – está, exatamente, na constatação, mais adiante aprofundada, de que as teorias da causalidade não são adequadas e nem necessárias, para a solução de algumas das hipóteses clássicas de participação.

Veja-se, por exemplo, que a teoria da *conditio sine qua non*, adotada expressamente no CP, usualmente e desde sempre tida como problemática por alargar, em demasia, as possibilidades de imputação jurídico-penal, termina por inviabilizá-la em determinadas hipóteses ilustrativas da cumplicidade psíquica. Ora, como afirmar, com certeza, que, excluído, hipoteticamente, o reforço psíquico de uma ideia delitiva já gestada pelo autor, deixaria de existir o resultado – ao modo da literal exigência trazida no artigo 13 do CP?

Em sentido diverso, embora sem se referir, expressamente, à teoria da *conditio*, Camargo, depois de discorrer extensamente sobre a possibilidade de rendimento de quaisquer influências psíquicas, desde as mais remotas no tempo, até aquelas que subjazem às ordenações estruturais do trabalho na sociedade atual, conclui precisamente o oposto do que aqui se defende. É ver:

Desta sorte, o exame de fatores que regem decisões e ações aponta para um leque enorme em extensão, diversidade e complexidade, relativamente à interação de indivíduos entre si e com o seu entorno. Sob o ponto de vista estritamente causal, porém, todos devem ser tomados em consideração na explicação de ações, o que possui consequências para a avaliação acerca da razoabilidade da tese que entende haver na criação de condições causais que influenciam as resoluções criminosas alheias um critério útil para delimitar o tipo penal objetivo da instigação.<sup>242</sup>

Começa-se então do ponto de acordo: não há mesmo, no estado atual da ciência, como sondar e individualizar as tantas e inúmeras razões que, efetivamente, participaram do processo psíquico de decisão. Não vemos, contudo, é como extrair daí que todo e qualquer componente psíquico com capacidade para orientar decisões e ações, absorvido das mais variadas interações dos indivíduos entre si e com seu entorno, deva ser, “sob o ponto de vista estritamente causal”, “tomado em consideração na explicação de ações”. Ora, quando nada, a validade de uma tal afirmação dependerá do conceito de causa adotado.

---

<sup>242</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, María Carmen. **La complicidad en el delito**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1997, p. 258.

Daí que, pelo menos em um contexto normativo em que a perspectiva causal esteja expressamente referida à teoria da equivalência das condições, não será o fato de o processo decisório ser decomponível em inúmeros, remotos e insondáveis fatores, que autorizará a afirmação no sentido de que, excluído hipoteticamente qualquer um deles, não se teria presente o mesmo resultado delitivo. Ora, é precisamente a inviabilidade da aferição dos componentes efetivamente acionados no processo de decisão humana que interdita a afirmação da essencialidade – no sentido proposto pela teoria da *conditio* – de qualquer deles.

Não é por razão outra que Vogler dirá que a teoria em questão teria sido desenvolvida com os olhos voltados às hipóteses de autoria, não se prestando à resolução de problemas atinentes à participação, especialmente aqueles referentes à cumplicidade psíquica e à participação por omissão<sup>243</sup>. Estamos com Rocha, aliás, na afirmação de que “os casos de influência psíquica representam um dos grandes desafios das teorias da causalidade, sem que até o momento tenha sido apresentada solução adequada<sup>244</sup>”.

Antes de avançarmos, contudo, para a exposição das soluções mais relevantes encontradas, e da razão porque entendemos sejam elas insuficientes, parece imprescindível a breve incursão no conceito da causalidade, sua função no tipo objetivo e no que exatamente consiste a teoria da *conditio sine qua non* – ou no que ela não consiste.

#### **4.5.1 A causalidade e sua função no tipo objetivo**

Ao se responder afirmativamente pela tipicidade objetiva de determinada conduta, o que se está a reconhecer, em relação aos delitos de resultado, é a manifestação concreta de todos aqueles elementos descritos no tipo penal, tanto aqueles referentes à ação ou omissão proibidas, quanto os relacionados ao resultado também ali previsto. Estará ainda pressuposta – na afirmação da tipicidade objetiva – a presença de alguma vinculação lógica entre conduta e resultado, o que se convencionou denominar nexos de causalidade. Por fim, também se terá concluído

---

<sup>243</sup> VOGLER, Theo. **Heinitz-Fst.** 1972, p. 296-297 *apud* LÓPEZ PEREGRÍN, María Carmen. **La complicidad en el delito.** Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1997, p. 212.

<sup>244</sup> ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no Direito Penal.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 148.

pela possibilidade de imputação objetiva daquela lesão do bem jurídico ao risco proibido criado pelo agente.

A causalidade, como se disse, não é mais que aquela relação condicional e lógica entre a conduta do agente e o resultado que se lhe pretende atribuir<sup>245</sup>. Antes que se chegue, exatamente, à opção por determinado conceito de causa, o que interessa compreender, e genericamente, é que a relação de causalidade será este nexos, ou seja, a vinculação lógica entre a conduta e o resultado<sup>246</sup>.

Trata-se, então, de instrumento de contenção primeira do poder punitivo<sup>247</sup>, a significar que a ninguém se poderá imputar o resultado de que sua conduta não tiver sido causa. Não será o fato, por exemplo, de que determinado indivíduo tenha encaminhado a um desafeto carta contendo substância tóxica com capacidade para matá-lo que justificará sua punição, se o que vier a, efetivamente, matar o correspondente for um infarto surgido na noite anterior à entrega da carta.

No ponto, aliás, é ver que, embora haja autores que afirmam que a imputação objetiva seja uma alternativa à causalidade<sup>248</sup>, a opinião dominante e aqui adotada parte da compreensão de que se tratam de coisas essencialmente distintas.

A imputação objetiva, ao contrário da causalidade, não mira a constatação da existência de conexão entre eventos, mas, e em momento posterior, a valoração daquela conexão - então já constatada - segundo critérios normativos: essencialmente, a criação de um risco proibido e realização desse risco no resultado<sup>249</sup>. Trata-se, enfim, de um limitador da relevância jurídica da causalidade,

---

<sup>245</sup> GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 18.

<sup>246</sup> Nas palavras de Ronan Rocha: “[...] assim como as demais categorias de determinação, a causalidade tem uma jurisdição limitada, pois está situada no contexto mais amplo do determinismo geral, segundo o qual a realidade não é um agregado caótico de eventos isolados, incondicionados, arbitrários, que ocorrem aqui e ali sem nenhuma conexão com outra coisa. O princípio do determinismo afirma que os eventos se produzem e condicionam de forma definidas, ainda que não necessariamente de maneira causal. Desse modo, o princípio causal não deve ser visto nem como uma panaceia, nem como um mito: é uma hipótese geral subsumida em um princípio universal de determinação e que tem uma validade aproximada em seu próprio domínio”. ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no Direito Penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 32.

<sup>247</sup> Nesse sentido: “Como se pode perceber, a causalidade assumiu inequívoco papel de garantia do cidadão contra o exercício do poder punitivo. Em vez de responder por dano causado por terceiro, o cidadão passou a ter a garantia de somente ser punido criminalmente em decorrência do fato por ele mesmo causado”. ROCHA, *op. cit.*, p. 22.

<sup>248</sup> Nesse sentido, RAMÍREZ, Juan Bustos. La imputación objetiva. In: OUVIÑA, Guillermo *et al.* **Teorías actuales en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998, p. 211.

<sup>249</sup> ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2002, p. 107.

posterior a ela, e dela essencialmente dependente<sup>250</sup>, embora composto de indagações de natureza diversa.

No plano causal, segundo a lição de Luzon-Peña, trata-se da questão “lógico-real, e não normativa, de saber se há ou não nexos de união entre a ação e o resultado. A questão axiológica do tratamento jurídico-penal dos pressupostos de fato pertence a momento posterior”<sup>251</sup>.

Em síntese, e no que aqui interessa diretamente, nos delitos de resultado, para a verificação da realização objetiva do tipo, antes e para que se afirme que a lesão do bem jurídico tutelado pode ser imputada ao agente como obra sua, é necessário constatar se a conduta a ele atribuída, efetivamente, causou o resultado. Ou seja, se está presente aquela relação condicional entre a conduta e o resultado.

Hora, então, de definir exatamente em que consistiria essa relação. Ou, dito de outro modo, sob quais condições se pode afirmar que determinada conduta causou o resultado.

#### 4.5.2 A teoria da *conditio sine qua non*

A teoria da *conditio sine qua non*, teoria da condição ou da equivalência<sup>252</sup>, foi melhor aprofundada por Von Buri, que, contudo, teve como base teórica a ideia gestada por Glaser ainda no final do século XIX<sup>253</sup>, e, além de ter sido adotada pelo Código Penal Brasileiro, também consta da legislação italiana<sup>254</sup> e espanhola<sup>255</sup>. Na

<sup>250</sup> Rocha dirá que a causalidade é pressuposto da imputação objetiva, pelas razões acima descritas, no mesmo sentido adotado por Roxin, aliás (cf. ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no Direito Penal**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 58). Jakobs, em sentido bastante aproximado, dirá que a causalidade é condição mínima para a imputação objetiva, conforme JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. Tradução da 2. ed. de André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 77.

<sup>251</sup> LUZÓN-PEÑA, Diego Manuel. **Curso de derecho penal**. 1. reimp. Madri: Universitas, 2002, p. 365. No mesmo sentido, embora compreendendo que a causalidade seja um requisito da imputação objetiva – sub-requisito da realização –, é ver FRISCH, Wolfgang. **Complicidad mediante acciones neutrales: Reflexiones sobre el fundamento penal (de la configuración del injusto) de la complicidad**, p. 50.

<sup>252</sup> Nesse sentido: “[...] A teoria da condição também é conhecida pelo nome de teoria da equivalência (Äquivalenztheorie) porque atribui a toda e qualquer condição do resultado uma importância equivalente à de cada uma das outras condições”. MENDES, Paulo de Sousa; CARMO, José. Um modelo semântico de representação da causalidade e a necessidade de critérios lógico-jurídicos na atribuição da causalidade. **Revista Liberdades**, n. 15, jan./abr. 2014, p. 75. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/20/artigo3.pdf>. Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>253</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, María Carmen. **La complicidad en el delito**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1997, p. 169. Para o aprofundamento do debate acerca da origem e antecedentes históricos da teoria da equivalência, cf. ROCHA, *op. cit.*, p. 67-71.

<sup>254</sup> ROCHA, *op. cit.*, p. 74.

<sup>255</sup> Segundo já se adiantou, o Código Penal Espanhol, no artigo 28, parágrafo 2º, dispõe que será considerada cooperação (ou cumplicidade) necessária – espécie de contribuição delitiva apenada sob os mesmos marcos punitivos reservados ao autor - “um ato sem o qual a execução (do fato principal)

Alemanha, embora não se encontre conceito legal de causa, veja-se que a teoria em questão é amplamente, e desde o Tribunal do Império, acolhida<sup>256</sup>.

Em síntese, e segundo já se adiantou, a teoria da equivalência dirá que qualquer fato sem o qual o resultado típico não se teria verificado será causa deste último. E a razão para se falar em equivalência está em que, dentre as condições do resultado, não há qualquer tipo de gradação, sendo, portanto, e todas elas, equivalentes. E nisso se diferencia, por exemplo, das teorias individualizadoras da causalidade, que, negando a equivalência entre as condições, pretendem distinguir, já no plano da causalidade, causas (constitutivas de autoria) de condições (modalidade causal de menor valor ou eficácias, e fundamentadora da cumplicidade)<sup>257</sup>.

Além de viabilizar o alargamento substancial da responsabilidade penal – do que viria a ser corretivo a teoria da imputação objetiva -, é usual a crítica no sentido de que a teoria *conditio sine qua non* falha, por exemplo, frente às hipóteses de causalidade cumulativa, quando cada uma das condições causaria o resultado. O exemplo recorrente é o das 23 punhaladas desferidas por diversos agentes em Cesar<sup>258</sup>. Assumindo que cada uma delas, individualmente considerada, seria suficiente para a morte de César, nenhuma delas seria, de acordo com a teoria da equivalência, causa do resultado, uma vez que sua exclusão hipotética não alteraria o resultado concreto.

Também é considerada problemática a questão da denominada múltipla causalidade insuficiente. No exemplo corriqueiro, A e B, com a intenção de matar C, acrescentam à sua bebida – sem que um saiba da conduta do outro - doses de veneno

---

não teria havido”. ESPANHA. **Código Penal y legislación complementaria**. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado de España. (Códigos Electrónicos). 1109 p. Disponível em: [https://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir\\_pdf.php?fich=038\\_Codigo\\_Penal\\_y\\_legislacion\\_complementaria.pdf](https://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf). Acesso em: 07 jul 2021.

<sup>256</sup> “É sabido que a teoria da equivalência se tornou jurisprudência constante do Supremo Tribunal Imperial (Reichsgericht), que existiu até 1945, e viria ainda a receber até hoje acolhimento sistemático na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Bundesgerichtshof) (cf. Kindhäuser, Urs. Zurechnung bei alternativer Kausalität. GA 3/2012, p. 134-148, p. 134, n. 2)”. MENDES, Paulo de Sousa; CARMO, José. Um modelo semântico de representação da causalidade e a necessidade de critérios lógico-jurídicos na atribuição da causalidade. **Revista Liberdades**, n. 15, jan./abr. 2014, p. 75. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/20/artigo3.pdf>. Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>257</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 210-211. Também FEUERBACH, Lehrbuch, 1847, p. 80 *et seq.* *apud* LÓPEZ PEREGRÍN, María Carmen. **La complicidad en el delito**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1997, p. 178.

<sup>258</sup> Citado, por exemplo, por JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: Parte general. Tradução de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 181; e MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: Parte General. 4. ed. Barcelona: Reppertor, 1996, p. 220.

que, embora isoladamente insuficientes para causar a morte, possuem tal eficácia se somadas. Neste caso, verificada a morte de C, e adotada a teoria da *conditio*, é de se considerar que tanto A quanto B deram causa à morte de C, uma vez que, excluída hipoteticamente qualquer dose do veneno, não permaneceria o resultado morte, embora a conduta de nenhum dos dois isoladamente consideradas tenha sido condição suficiente desse resultado.

De outro lado, no âmbito das omissões simultâneas ou paralelas, como ocorre na hipótese de órgão colegiado, o problema que se anuncia é semelhante ao que se tem na causalidade cumulativa: a exoneração recíproca, intuitivamente injusta. Imaginando-se, por exemplo, um colegiado composto de três membros, em que todos omitem o devido voto, cada um deles poderá argumentar que, mesmo que a tivessem se manifestado em favor da conduta devida, a decisão colegiada seria a mesma (tendo em vista a omissão dos demais) – e, portanto, o resultado em sua configuração concreta.

Mas a principal objeção à teoria da *conditio sine qua non*, segundo nos parece, é anterior à sua aplicação prática. Veja-se, por exemplo, que não é possível afirmar que, suprimido o disparo de projétil que veio a atingir a vítima em região vital, a morte não teria ocorrido, a não ser que se saiba, de antemão, e com base em uma lei de caráter geral, que, em situações como essa o resultado esperado é a morte da vítima.

Em síntese, a afirmação de que determinado evento se traduz em causa de certo resultado concreto pressupõe, necessariamente, outra: a de que causas dessa sorte provoquem resultados daquela classe – o que, evidentemente, parte de uma generalização. Na observação de Luís Greco, não parece possível “explicar um resultado, isto é, fundamentar a sua ocorrência, aduzir as razões que o condicionam, sem pressupor generalizações que são intrínsecas à própria ideia de que algo constitua uma razão”<sup>259</sup>.

Em sentido aproximado, mas de outra perspectiva, Paulo de Sousa Mendes dirá que “aquilo que vemos realmente não são os sinais da causa no objecto-efeito, mas a repetição dos aspectos que nos habituámos a ver naqueles objectos similares

---

<sup>259</sup> GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 58.

ao efeito que sempre se seguiram aos objectos similares”<sup>260</sup> àquele fator tido como causa.

Com efeito, simplesmente não é possível passar de um fato a outro que o suceda sem que se pressuponha, ao menos implicitamente, generalizações<sup>261</sup>, ou leis de caráter geral<sup>262</sup>. A significar, de um lado, que a teoria da equivalência é, isoladamente, inútil, na medida em que pressupõe o conhecimento de uma lei de caráter geral, e, de outro, e conseqüentemente, insuficiente nas hipóteses em que não esteja disponível uma tal lei, como, por exemplo, nos casos de influência psíquica<sup>263</sup>.

Há, naturalmente, outras e mais consistentes teorias da causalidade, das quais se deixa registro de pelo menos duas das mais relevantes: a da condição conforme uma lei geral e a teoria da condição INUS. A primeira, cuja elaboração se atribui a Engisch<sup>264</sup>, dirá que a afirmação da causalidade dependerá de que a uma determinada ação se suceda temporalmente uma modificação no mundo exterior à qual, segundo as leis naturais conhecidas, se possa dizer que esteja vinculada aquela ação<sup>265</sup>. A segunda, elaborada por John Leslie Mackie<sup>266</sup>, parte da constatação da insuficiência de uma construção do conceito de causalidade que dependa, inteiramente, de considerações referidas à necessariedade (como o faz a teoria da equivalência) ou à suficiência das ações antecedentes. E chega, resumidamente, à ideia de que a causa será todo aquele componente necessário de uma (e qualquer) condição suficiente do resultado<sup>267</sup>.

<sup>260</sup> MENDES, Paulo de Sousa. **Causalidade complexa e prova penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 137.

<sup>261</sup> “Ocorre que, também esse uso da fórmula da *conditio-sine-qua-non*, em verdade, pressupõe, ainda que de forma implícita, e, portanto, não evidente, generalizações, entre as quais a de que uma conexão entre cabeça e corpo é necessária para que um ser humano continue a viver”. GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 62.

<sup>262</sup> “A aplicação da fórmula positiva da *c.s.q.n.* pressupõe o conhecimento de leis causais gerais. As leis causais gerais podem ser leis científicas universais, leis científicas probabilísticas ou meras generalizações do senso comum”. MENDES, *op. cit.*, p. 347.

<sup>263</sup> Trata-se de “leis naturais que, até o momento, ninguém conhece e que, possivelmente, nem sequer existem”. OTTO, Harro. **Grundkurs Strafrecht: Die einzelnen Delikte**, 1977, p. 37, *apud* ROXIN, Claus. Problemas da causalidade intermediada psiquicamente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 21, n. 100, p. 258, jan./fev., 2013. Disponível em: <https://bdjur.tjdf.tj.us.br/xmlui/handle/tjdf/18073>. Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>264</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 257.

<sup>265</sup> ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no Direito Penal**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 110-115.

<sup>266</sup> Ronan Rocha, em obra reiteradamente citada neste trabalho, minudencia em que pontos a teoria de Mackie nasce da ideia de David Hume, e, essencialmente, no que ela se diferencia da obra de Hume. É ver ROCHA, *ibidem*, p. 115-116.

<sup>267</sup> Teoria inicialmente desenvolvida em MACKIE, John Leslie. Causes and conditions. **American Philosophical Quarterly**, v. 2, n. 4, p. 245-264, out. 1965. Disponível em:

Estando o direito positivo nacional vinculado, expressamente, à teoria da equivalência, não se aprofundará neste trabalho nas demais teorias da causalidade. No que se refere ao grupo de casos de influência psíquica, e nada obstante o esforço de fôlego observado na literatura disponível, não nos parece que haja em alguma delas solução convincente. Pelo menos nenhuma que se concilie com a teoria da equivalência. Seguem, então, aquelas que entendemos serem as mais relevantes ao ponto.

#### **4.5.3 A condição desvinculada de uma lei: a causalidade psicologicamente intermediada segundo Roxin**

Roxin constrói sua ideia sobre a causalidade psicologicamente intermediada, inicialmente, rebatendo a posição, sustentada por exemplo, por Jescheck e Weigend, de que “a causalidade exige uma fonte real de energia, capaz de despender força<sup>268</sup>”, o que não haveria no caso donexo de influência psíquica. Nesse sentido, também Pérez-Barberá dirá que, “se não existe nenhuma energia eficiente, nenhuma força, então não há nenhum agente causal<sup>269</sup>”.

Roxin afirma que, não só a relação de sentido entre um fato e outro subsequente é, ou pode ser, absolutamente independente de relações de energia/força em sentido material, como essa concepção contradiz a intuição da experiência cotidiana, que dirá que é plenamente possível que uma instigação, efetivamente, cause uma morte<sup>270</sup>.

E prossegue, então, com a afirmação de que o que se relaciona a uma ideia material de causalidade, vinculada à concepção de força/energia, é a ideia de causalidade como condição determinada a partir de uma lei, atribuída a Engisch, e a significar, em síntese, que a afirmação donexo causal dependeria do fato de que a uma ação tenham se seguido alterações subsequentes no mundo exterior, as quais,

---

<https://www.jstor.org/stable/20009173>. Acesso em: 15 jul 2021. Ronan Rocha observa que a versão melhor acabada da teoria da condição INUS viria anos depois, em MACKIE, John Leslie. **The Cement of the Universe: a study of causation**. Oxford: Clarendon Press, 1974.

<sup>268</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil**, 5. ed., 1996, p. 418, *apud* ROXIN, Claus. Problemas da causalidade intermediada psicologicamente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 21, n. 100, p. 253–286, jan./fev., 2013. Disponível em: <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/18073>. Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>269</sup> PÉREZ BARBERÁ, Gabriel E. **Causalidad, Resultado y Determinación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006, p. 604 *et seq.*, tradução livre.

<sup>270</sup> ROXIN, Claus. Problemas da causalidade intermediada psicologicamente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 21, n. 100, p. 256, jan./fev., 2013. Disponível em: <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/18073>. Acesso em: 15 jul 2021.



segundo leis naturais conhecidas, estavam, necessariamente, vinculadas àquela ação<sup>271</sup>.

Roxin, aliás, discorda de Engisch, para quem “o nexo causal psíquico poderia ser apreendido a partir de leis psicológicas da experiência”<sup>272</sup>. Segundo Roxin, não só não se tem experiência cotidiana disponível para definir qual seria a probabilidade, por exemplo, de alguém cometer determinado crime mediante promessa de pagamento de 500 euros, como alguma intuição nesse sentido sugeriria que a maioria das pessoas, na verdade, seguiria o Direito, recusando uma tal promessa – o que implicaria admitir a ausência de responsabilidade do indutor, em tais casos<sup>273</sup>.

Citando Harro Otto, Roxin afirma que a incapacidade da psicologia demonstrar uma sucessão de acontecimentos determinados segundo uma lei geral implicaria o reconhecimento de que a aplicação da teoria da condição adequada a uma lei às hipóteses de influência psíquica não se basearia senão em presunções. “Pois tal teoria pressupõe a aplicação de leis naturais que, até o momento, ninguém conhece e que, possivelmente, nem sequer existem”<sup>274</sup>.

E parte daí para defender, para este grupo de casos, a ideia de condições desvinculadas de uma lei. Ou seja, a manutenção da ideia de causação, mas desatrelada de qualquer conformação a leis - sejam naturais, estatísticas ou probabilísticas<sup>275</sup>. Bastaria, por exemplo, que a instigação tenha motivado (ou ocasionado) a decisão do autor, ainda que não tenha sido ela o motivo para que este, de fato, tenha agido<sup>276</sup>. Interessa, portanto, a motivação, não o motivo em si considerado. O essencial, aqui, é diferenciar a necessidade de uma condição para que aconteça o resultado – o que ainda é exigido por Roxin - da necessidade de que o resultado aconteça, se acaso presente aquela condição<sup>277</sup>.

---

<sup>271</sup> ENGLISHC, Karl. Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände. Mohr Siebeck: Erstaugabe, 1931, p. 27 *apud* ROXIN, Problemas da causalidade intermediada psiquicamente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 21, n. 100, p. 256, jan./fev., 2013. Disponível em: <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/18073>. Acesso em: 15 jul 2021, p. 257.

<sup>272</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 258.

<sup>273</sup> *Ibid.*, p. 260.

<sup>274</sup> OTTO, Harro. **Grundkurs Strafrecht**: Die einzelnen Delikte, 1977, p. 37, *apud* ROXIN, Claus. Problemas da causalidade intermediada psiquicamente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 21, n. 100, p. 258, jan./fev., 2013. Disponível em: <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/18073>. Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>275</sup> ROXIN, Claus. *op. cit.*

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 263.

<sup>277</sup> *Ibid.*, p. 264.

Veja-se, então, que permanece inalterado o problema. Excluída que seja tal exigência, persistirá a inviabilidade de se determinar se, de fato, aquela condição – a influência psíquica – foi, efetivamente, necessária, no sentido proposto pela teoria da *conditio*, para a produção do resultado<sup>278</sup>. A qual, aliás, e segundo já se adiantou, termina por pressupor, exatamente, a adoção de alguma lei de caráter geral – dispensada na proposição de Roxin -, excetuadas aquelas hipóteses em que seja, objetivamente, identificável na conduta do autor algum marcador referido à instigação/cumplicidade psíquica – os conhecimentos especiais, por exemplo.

E o próprio autor parece reconhecer o que vimos de afirmar, ao dizer que “a condição exigida será, na maior parte dos casos, uma *conditio sine qua non* – por exemplo, quando, sem a instigação, o agente jamais teria tido a ideia de praticar o fato – mas isso não é indispensável”<sup>279</sup>.

#### **4.5.4 O nexa de determinação, de Pérez-Barberá**

De acordo com Pérez-Barberá, o equívoco estaria em insistir na necessidade de explicações causais, em âmbitos nos quais estas não seriam exigíveis<sup>280</sup>. Em síntese, a causalidade seria somente uma dentre outras categorias de explicação do resultado, todas compreendidas na ideia de um nexa de determinação. Qualquer resultado, assim, seria ontologicamente determinado por algo, mas nem tudo seria causado por algo. No que interessa, toda explicação baseada em motivos ou objetivos, como a que se deveria buscar na hipótese de fato aqui mencionada, teria sempre uma natureza probabilística, uma vez que tais dados subjetivos somente podem adquirir virtude explicativa se relacionados com leis teleológicas, necessariamente estatísticas<sup>281</sup> – ao contrário do que ocorreria com a explicação causal, de caráter universal.

Segundo o autor, e em oposição a Roxin, não estaria ultrapassada a noção de causa como força, extraída da filosofia da ciência. Na ciência moderna, seria perfeitamente válida a caracterização da causa como força, aqui entendida como

---

<sup>278</sup> Nesse sentido: “ao contrário do que sustenta o professor da Universidade de Munique, não é possível saber com certeza e em todos os casos se a instigação foi, de fato, uma condição necessária do resultado”. ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no Direito Penal**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 142

<sup>279</sup> ROCHA, *op. cit.*, p. 164.

<sup>280</sup> PÉREZ BARBERÁ, Gabriel E. **Causalidad, Resultado y Determinación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006, p. 72.

<sup>281</sup> *Ibid.*, p. 127.

aquilo que pode mudar a velocidade ou as características externas de um corpo<sup>282</sup>. O que compreenderia, então, a energia, ou a capacidade de produzir trabalho em sentido físico. Daí que, uma vez que nem tudo se vincula a uma força ou energia, nem tudo poderia ser explicado sob bases causais<sup>283</sup>.

Prossegue o autor, afirmando que a teoria da condição conforme a lei estaria, essencialmente, correta, se e desde que os enunciados legais a se incluir na explicação contenham um componente genético, ou produtivo, que possa ser colocado a prova. Se não for possível comprovar esse componente genético, então a explicação causal seria insatisfatória<sup>284</sup>.

Mas, dirá o autor, de acordo com o princípio da produtividade, nada pode surgir do nada e converter-se em alguma coisa<sup>285</sup>. E, de outro lado, nos informará o princípio da regularidade que nada sucede de forma incondicional, nem completamente irregular, ou seja, de modo arbitrário. E o que afirma Pérez-Barberá é que “ambos os princípios podem ser fundidos em um só, a saber: tudo é determinado segundo leis por alguma outra coisa, e chama-se a isso de princípio da determinação, que constituiria um pressuposto filosófico da ciência”<sup>286</sup>.

O princípio causal, assim, traduziria somente uma dentre algumas categorias de determinação, como a estatística, a teleológica e a estrutural, por exemplo. Aquele - o princípio causal - se aplicaria quando a determinação se realiza em sua forma unívoca ou inequívoca por condições externas<sup>287</sup>. Essencialmente, para que se possa considerar que um enunciado seja causal, é necessário estarem presentes os seguintes requisitos: condicionalidade, univocidade, dependência unilateral do efeito em relação a causa, invariabilidade da conexão e produtividade ou natureza genética do vínculo<sup>288</sup>.

As explicações causais são nomológico-dedutivas, e partem de leis universais, ao passo em que as probabilísticas são nomológico-indutivas e partem de leis não universais. Nessas últimas, a inferência é indutiva e a conclusão não decorre

---

<sup>282</sup> PÉREZ BARBERÁ, Gabriel E. **Causalidad, Resultado y Determinación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006, p. 63.

<sup>283</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>284</sup> *Ibid.*, p. 69-70.

<sup>285</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>286</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>287</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>288</sup> *Ibid.*, p. 63.

necessariamente das premissas, mas somente se apoia nelas, em uma relação de apoio indutivo<sup>289</sup>.

Veja-se que ambas as leis são obtidas por meio de observações empíricas. O que autoriza a formulação de uma lei universal (causal) é o fato de não se dar nenhum contraexemplo, mesmo depois de repetidas observações. De outro lado, a lei probabilística se extrai da possibilidade de generalização empírica, apesar da existência de contraexemplos. E “a condição mínima para que esta possibilidade se habilite (e se justifique) radica na existência de uma relevância estatística<sup>290</sup>”, segundo Barberá.

E haveria relevância estatística “quando a presença de um dado determinado no *explanans* aumenta a probabilidade do sucesso a se explicar”. Dito de outro modo, quando a probabilidade de que o sucesso ocorra com a exclusão do dado em questão na explicação (probabilidade anterior) é menor que a probabilidade que surge com a inclusão dele (probabilidade posterior)<sup>291</sup>.

Já a determinação teleológica, ou as leis teleológicas, “sem exceção, estatísticas<sup>292</sup>”, “se caracterizam especialmente por explicar ontologicamente a ocorrência de um sucesso, em termos de razões, motivos, propósitos e objetivos”, ou seja, precisamente aqueles dados que entram em questão quando se pergunta acerca da relevância da influência psíquica.

Em síntese, Pérez-Barberá, reconhecendo a inviabilidade atual de certeza científica, nos termos em que a exige a explicação causal, dirá que a melhor opção disponível se traduz no desenvolvimento de uma ordem diversa de explicação, adequada ao grau de certeza hoje acessível, o que, naturalmente, e segundo o próprio autor admite, exigiria, quando nada, uma releitura do *in dubio pro reo*<sup>293</sup>.

---

<sup>289</sup> PÉREZ BARBERÁ, Gabriel E. **Causalidad, Resultado y Determinación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006, p. 75-76.

<sup>290</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>291</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>292</sup> *Ibid.*, p. 86-87.

<sup>293</sup> Nas palavras do autor: “Em um determinado âmbito em que esteja presente um elevado número de variáveis empíricas intervenientes, se decidimos ficar à espera de superar nosso conseqüente déficit epistêmico forte para ensaiar uma explicação, provável que tenhamos que esperar em demasia. Muito mais sensato (e necessário, na prática) é ensaiar explicações conforme o grau de déficit epistêmico assumido neste momento histórico e aceitar que, para este tempo e lugar, essa é a explicação mais perfeita possível (seja causal ou probabilística). Em um processo penal, isto tem que conduzir necessariamente a uma reformulação da compreensão tradicional do alcance do princípio do *in dubio pro reo*”. PÉREZ BARBERÁ, *op. cit.*, p. 85-86.

Naturalmente, pondera o autor, em um processo penal, deverá estar “claro que a conclusão acerca da existência de relevância estatística é segura, pois, do contrário, por império do *in dubio pro reo*, não será idônea como determinante da existência de um nexu ontológico de determinação”<sup>294</sup>.

Para além do fato de sequer postular alguma compatibilidade com a teoria da *conditio*, e de exigir, à saída, uma problemática revisão do *in dubio pro reo*, simplesmente não há evidências estatísticas suficientes acerca da efetiva influência que tal ou qual estímulo psíquico geralmente exercem sobre indivíduos - o que, na prática, elevaria substancialmente o risco de arbitrariedade no juízo de imputação jurídico-penal. Na precisa lição de Beatriz Correa Camargo, qualquer afirmação probabilística sobre a causalidade no âmbito de influências psíquicas não iria além do senso comum de que grande parte dos “potenciais autores decidir-se-ia pela ação criminosa com maior probabilidade quando uma pessoa aconselha o crime, aprova-o ou cria uma situação provocativa do que quando ela não o faz”<sup>295</sup>.

#### **4.5.5 A solução proposta por Puppe**

Atenta a algumas das já demonstradas deficiências da teoria da *conditio sine qua non*, Ingeborg Puppe, a quem também se deve o aprofundamento do conceito de resultado penalmente relevante<sup>296</sup>, retorna à mira a causalidade para desenvolver, partindo ainda da premissa inicial da teoria da condição adequada a uma lei natural - de que a causalidade seria a subsunção do caso individual a uma lei causal geral, como uma condição mínima suficiente.

Em síntese, quando se puder afirmar que a presença de determinadas condições produzirá, sempre, certo resultado, se estará diante de uma condição mínima suficiente de um resultado. Ocorre que, uma tal condição mínima compõe-se,

---

<sup>294</sup> PÉREZ BARBERÁ, Gabriel E. **Causalidad, Resultado y Determinación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006, p. 80-81.

<sup>295</sup> CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas**: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 61.

<sup>296</sup> Em brevíssima síntese, usualmente se diz, sem maiores considerações, que o resultado relevante seria aquele concretamente realizado. Puppe, então, dirá que, se tal ideia fosse bastante, seria impositivo que se considerasse causador do resultado – morte – aquele que arrasta o cadáver por dois metros, ou, por iguais razões, o indivíduo que somente chama a atenção da vítima, para cumprimentá-la, o que acaba por determinar que um projétil lançado por terceiro a acerte lateralmente na cabeça – e não frontalmente. A autora, então, propõe que o resultado penalmente relevante seja somente a modificação prejudicial de um objeto protegido pelo Direito – o que afastaria, por exemplo, a causalidade em ambos os casos. É ver PUPPE, Ingeborg. El resultado y su explicación causal en Derecho penal. **InDret**: Revista para el Análisis del Derecho, n. 4, out. 2008. Disponível em: <https://indret.com/el-resultado-y-su-explicacion-causal-en-derecho-penal/>. Acesso em: 15 jul 2021.

naturalmente, de um grande número de outras condições, sendo todas elas necessárias para essa condição mínima, e, portanto, e nesse sentido, consideradas causas do resultado<sup>297</sup>.

E a compreensão da causalidade nesses termos ganha em rendimento sobre questões significativas, dentre as quais se registra, por exemplo, a de resolver o problema da causalidade nas omissões paralelas. No que diz à hipótese da omissão em um órgão colegiado composto de três membros, a proposição funcionaria da seguinte forma: a condição mínima suficiente para a aprovação de qualquer medida seria que quaisquer dois votos fossem proferidos neste sentido. Daí que, havendo três votos no sentido de uma omissão penalmente relevante, todos serão causa do resultado, na qualidade de componentes necessários (cada um deles) de uma condição suficiente (dois votos).

E veja-se que, à primeira vista, uma tal ideia seria inconciliável com a teoria da *conditio*, que dirá que, excluído qualquer dos votos pela omissão, permaneceriam dois outros em sentido contrário, o que terminaria por produzir o mesmo resultado, levando à solução, intuitivamente equivocada, de que nenhum dos votos teria sido causa do resultado. Mas, segundo já adiantamos, existem boas razões para sustentar que a aplicação lógica da *conditio sine qua non* não dispensa que se recorra a uma lei geral, que, portanto, transcenda o caso concreto, ao modo da teoria da condição mínima.

Daí que, assentado que a *conditio sine qua non* opera como uma abreviatura de uma “implícita subsunção dos casos concretos sob o enunciado de uma lei natural”<sup>298</sup>, não parece demasiado compreender que a “ação ou omissão” mencionada no art. 13 do CP brasileiro possa se referir, na hipótese acima aludida, não ao comportamento individual do agente, mas ao comportamento decidido em conjunto pelo órgão – o que afastaria a exoneração recíproca dos membros do órgão colegiado.

---

<sup>297</sup> Nas palavras de Puppe: “Como o resultado de fato aconteceu, deve ter havido em realidade uma condição que foi suficiente para a sua ocorrência. Uma condição é suficiente para o resultado quando nós podemos indicar leis gerais (as chamadas ‘leis causais’) que sejam da seguinte natureza: sempre que estiverem presentes determinadas condições, ocorrerá um resultado de determinado tipo. Assim, uma ação será causal para um resultado quando ela se apresentar como parte necessária de uma condição suficiente do resultado conforme as leis gerais, desde que essa condição também tenha ocorrido na realidade”. PUPPE, Ingeborg. A imputação objetiva do resultado a uma ação contrária ao dever de cuidados. Tradução de Luís Greco. In: CAMARGO, Beatriz Corrêa; MARTELETO FILHO, Wagner. (Coords.). **Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 25.

<sup>298</sup> GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 63.

No que se refere, contudo, às hipóteses de influência psíquica, a autora, reconhecendo a inviabilidade de se desenvolver, neste âmbito, leis de caráter geral, afirma que seria inaplicável a ideia da condição suficiente<sup>299</sup>. Em síntese, não há como afirmar, e menos ainda precisar, qual seria o conjunto de estímulos que, somados a tais ou quais crenças e predisposições particulares, seria suficiente a acionar, ou a reforçar, determinada resolução delitiva.

Constatada uma tal inviabilidade, afirma a autora que o que restaria, e sob pena de se admitir a impunidade de toda a sorte de condutas inseridas neste âmbito – de influência psíquica -, seria contentar-se com a verificação de um incremento do risco; ou seja, desenvolver um raciocínio baseado em regras de probabilidade<sup>300</sup>.

Ainda segundo Puppe, para que seja preservado um mínimo de objetividade, “é preciso incluir todos os fatores relevantes que, em princípio, são reconhecíveis: especialmente as características do instigado, seu caráter, sua vida anterior e situação psíquica”<sup>301</sup>.

Como parece intuitivo, as mesmas críticas lançadas à proposta de Pérez-Barberá renovam-se aqui: a um, trata-se de ideia absolutamente inconciliável com a teoria da *conditio sine qua non*, expressamente adotada no artigo 13 do CP; a dois, não parece haver dados suficientes disponíveis<sup>302</sup> para que se vá além da constatação

---

<sup>299</sup> Samson afirma que seria esta a razão essencial declinada por Puppe para rejeitar sua concepção de causalidade para este particular grupo de casos em SAMSON, Erich. *Condición-INUS y concepto causal jurídico-penal*. Tradução de Marcelo Sancinetti. In: SANCINETTI, Marcelo (Org.). **Causalidad, riesgo y imputación: 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva**. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 400 *et seq.* Nesse mesmo sentido, Pérez-Barberá, também se referindo à autora aludida. Cf. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel E. **Causalidad, Resultado y Determinación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006, p. 71.

<sup>300</sup> No ponto, e em maior profundidade, eis o argumento de Stratenwerth e Puppe, segundo Luís Greco: “[...] há setores indeterminados da realidade, aos quais pertencem decisões humanas, processos microfísicos, microbiológicos, de doenças e curas, que não se subordinariam a leis causais estritas e determinísticas, de modo que, com relação a eles, não seria razoável exigir uma probabilidade próxima da certeza de evitar o resultado. Ninguém seria capaz de formular as leis deterministas que regeriam estes âmbitos da realidade. Caso não se queira, nesses campos, renunciar à imputação dos resultados danosos, outra solução não restaria senão contentar-se com um incremento do risco ou, nos crimes omissivos, com uma diminuição do risco; logo, com uma imputação baseada em leis de probabilidade, ao invés de em leis deterministas”. GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 26, nota 32.

<sup>301</sup> PUPPE, Ingeborg. **Der objektive Tatbestand der Anstiftung**. GA, 1984, *apud* nota 93 de CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação**. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 101-123.

<sup>302</sup> Ronan Rocha dirige-lhe crítica bastante semelhante em ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no Direito Penal**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 148. Também em sentido crítico, é de Beatriz Camargo a seguinte observação: “Mesmo que se tente recorrer à explicação da ação por meio de leis de probabilidade, conforme propõe Puppe, o problema não se resolve, pois quanto mais o comportamento é determinado pela personalidade, mais difícil se torna fazer afirmações gerais sobre tal probabilidade e comprová-la”. CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas: uma**

de que praticamente qualquer indivíduo verá aumentadas as chances de se resolver pela conduta criminosa, quando presente algum tipo de aprovação ou aconselhamento alheio nesse sentido.

A três, e por fim, a solução proposta por Puppe encontra óbice, segundo pensamos, no *in dubio pro reo*. Em sentido semelhante, dirá Luís Greco que “a questão que se coloca é: com que direito esse nosso desconhecimento pode reverter em desfavor do autor”<sup>303</sup>. Em síntese, parece insuficiente que a justificativa que se tenha a oferecer ao indivíduo a que se imputará o resultado diretamente provocado pela conduta do autor seja a de que, embora inviável afirmar que sua conduta fora essencial para que este resultado viesse a ocorrer – exigência legal em nosso ordenamento -, ela provavelmente aumentou as chances de ocorrência deste resultado. Não nos parece que tenha sido essa a intenção do legislador.

#### **4.6 Uma razão adicional para a inviabilidade da transposição das teorias orientadas à acessoriedade ao direito nacional: equivalência das condições e participação de menor importância**

Segundo a redação atual<sup>304</sup> do artigo 29, §1º, do Código Penal Brasileiro, “se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”. Ora, de tudo e por tudo o que se disse acerca da teoria da equivalência, acolhida no artigo 13 do Código, não vemos como conceber uma conduta de menor importância que seja, ao mesmo tempo, essencial para a configuração do resultado – no sentido de que sua exclusão hipotética implicaria a exclusão também deste. Dito de outro modo: não vemos como atribuir a uma condição *sine qua non* do resultado uma importância reduzida. E, no que interessa, parece claro que a aparente tensão entre o dispositivo em questão e aquele trazido no artigo 13 há de ser melhor examinada.

Na doutrina italiana, citada por Esther de Figueiredo Ferraz, encontram-se essencialmente duas interpretações possíveis para o artigo 114 do Código Rocco, em que se inspirou o legislador nacional, e que faz referência à possibilidade de

---

investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 61.

<sup>303</sup> GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 28.

<sup>304</sup> Conferida pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984.



diminuição da pena para o partícipe que “tenha tido importância mínima na preparação ou na execução do crime”<sup>305</sup>. A primeira, defendida, dentre outros, por Maggiore<sup>306</sup>, Grispigni<sup>307</sup> e Florian<sup>308</sup> enxerga na previsão referida uma derrogação da teoria da equivalência dos antecedentes. A segunda, assumida, por exemplo, por Ranieri<sup>309</sup>, parte da ideia de que a previsão se justifica unicamente pela menor periculosidade do agente, que demonstraria com uma conduta menos relevante uma capacidade menor de delinquir.

Na doutrina nacional, Costa e Silva e Bruno filiam-se à primeira corrente, ao passo que Hungria<sup>310</sup> e Ferraz subscrevem a leitura segundo a qual a participação de menor importância revelaria “um menor grau de periculosidade do agente”<sup>311</sup>. Eis a síntese desta última ideia, na compreensão de Ferraz:

Em suma, o abrandamento em questão há de se fundar não em uma menor influência causal, que isso constituiria contrassenso no contexto da equipolência dos antecedentes, e sim na maneira de ser da atividade desenvolvida pelo agente, no modo de sua participação, o qual poderá, conforme os casos, revelar também um menor grau de periculosidade do agente<sup>312</sup>.

De nossa parte, pensamos que, por mais permeável que a redação do dispositivo seja a subjetividades, a qualificação de determinado evento como de “menor importância” jamais abarcará aquele componente que seja imprescindível à ocorrência do resultado. Ora, como reduzir a importância daquilo de que não se pode prescindir? Ainda que se queira também enxergar aí quaisquer considerações referidas à periculosidade do agente, parece ainda impositivo que se responda à questão posta acima.

Para além, então, da inviabilidade prática de se afirmar que determinadas condutas de participação usualmente e desde sempre tidas como puníveis sejam *conditio sine qua non* do resultado, vemos no dispositivo legal da participação de

<sup>305</sup> FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: [s. n.], 1947, p. 59.

<sup>306</sup> MAGGIORE, Giuseppe. **Principii di Diritto Penale**. Tomo 2. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1951, p. 599, *apud* FERRAZ, *op. cit.*, p. 60.

<sup>307</sup> GRISPIGNI, Filippo. **Diritto Penale Italiano**. v. 2. Milano: A. Giuffrè, 1952, p. 155.

<sup>308</sup> FLORIAN, Eugenio. **Tratato di Diritto Penale**. v. 2. Milano: Dott, 1943, p. 691.

<sup>309</sup> RANIEIRI, Silvio. **Il Concorso di piú Persone in un Reato**. Milano: Dott, 1949 *apud* FERRAZ, *op. cit.*, p. 60-61.

<sup>310</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 1. Tomo 2. 5. ed. Rio de Janeiro: GZ, 1978, p. 563.

<sup>311</sup> FERRAZ, *op. cit.*, p. 62-63.

<sup>312</sup> FERRAZ, *op. cit.*, p. 62-63.

menor importância outro relevante indício de que o legislador admite, pelo menos em alguns casos, que a conduta do partícipe não seja condição *sine qua non* do resultado.

#### 4.7 Conclusão intermediária

As teorias orientadas à acessoriedade, na medida em que partem da ideia de que o resultado imputado ao autor é o mesmo que se atribui, separadamente, ao partícipe obriga a que se examine a relação de causalidade entre a conduta deste último, isoladamente considerada, e o resultado. Exame este que, nos termos do artigo 13 do Código Penal Brasileiro, orienta-se segundo a fórmula da *conditio sine qua non*.

Uma vez percebida a inviabilidade prática de se atestar que determinados aportes psíquicos sejam, efetivamente, condições *sine qua non* do resultado, tem-se, então, duas possibilidades: negar a tipicidade das condutas em questão, diante da não comprovação do nexos de causalidade, ou questionar a compreensão do injusto da participação – no direito nacional – como categoria subordinada ao injusto do autor.

A escolha pelo primeiro caminho enfrenta essencialmente dois óbices. O primeiro deles: o dispositivo trazido no artigo 31 do Código faz referência à punibilidade, ainda que condicionada, do “ajuste”, da “determinação ou instigação” e do “auxílio”. Veja-se que o fato de se ter mencionado, ali, a determinação e a instigação como figuras diferentes, e esta última separada do auxílio, parece sinalizar uma de duas compreensões diferentes.

Pode ser que a referência feita à determinação esteja a traduzir a hipótese em que o partícipe faz brotar no autor a resolução pela execução do delito, ao passo que o auxílio seria uma contribuição exclusivamente material (diversa daquela que configura a autoria) e a instigação, aquela conduta que reforça ou estimula no autor uma resolução ainda não executada, mas preexistente. Em favor desta ideia estaria o fato de que se trata da classificação adotada, por exemplo, por Batista, segundo já se adiantou. E o que interessa assentar, então, é que, pelo menos em relação à instigação assim compreendida, não se vê como comprovar, efetivamente, a relação de causalidade, nos termos do artigo 13, CP. A indicar que o Código pareceria reconhecer, em tese, a tipicidade da instigação, apesar de não ser uma contribuição propriamente causal – segundo a teoria da equivalência.

Outra possibilidade de interpretação, melhor aprofundada no capítulo seguinte, é a de que: a determinação estaria aí referida à hipótese de autoria mediata; o ajuste,

à coautoria; e a instigação e o auxílio se refeririam às duas hipóteses clássicas de participação, dentre as quais a doutrina nacional inclui, majoritariamente, aquela situação em que determinado indivíduo estimula ou reforça uma resolução delitiva já formada pelo autor – que vem a executá-la. Tudo a reforçar que, de uma forma ou de outra, a redação do dispositivo trazido no artigo 31 do CP parece nos informar que há hipóteses de participação cuja punibilidade não depende da causalidade tal qual prevista no artigo 13 do Código.

Constatação, aliás, que se reforça diante do que enxergamos como o segundo óbice à afirmação da atipicidade daquelas condutas acima referidas: a previsão da figura da participação de menor importância, por todas as razões expostas no tópico antecedente.

E veja-se que, embora seja majoritária na doutrina nacional a posição segundo a qual “a determinação, a instigação (ou o auxílio) devem ser causalmente eficazes<sup>313</sup>”, há relevantes vozes dissonantes, como a de Bruno<sup>314</sup>, Fragoso<sup>315</sup> e Batista, que afirmam ser desnecessário e “puramente retórico situar a instigação como antecedente causal do resultado, nos delitos que o possuem, pois a punibilidade da instigação não se assenta, como vimos, na causatividade<sup>316</sup>”. Em sentido semelhante, acrescenta que “não pode soar como blasfêmia a investigação de certas cumplicidades secundárias que não dispõem de conteúdo causal<sup>317</sup>”. E exemplifica com a hipótese em que “as leis físicas sobre as quais se basearia a relação causal não são ainda conhecidas ou suficientemente conhecidas pelo homem<sup>318</sup>”.

Por tudo o que se vem de dizer, enfim, e pelo menos frente ao ordenamento nacional como posto, não nos parece adequada a compreensão do injusto da participação nos termos propostos pelas teorias orientadas à acessoriedade. Isso porque, resumidamente, ao postularem a imputação do mesmo resultado ao autor e ao partícipe, terminam por inviabilizar a afirmação da causalidade de determinadas

---

<sup>313</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 1. Tomo 2. 5. ed. Rio de Janeiro: GZ, 1978, p. 413. Também neste sentido, Damásio afirma “ser necessário que a determinação e a instigação sejam eficazes em relação ao nexo de causalidade”. JESUS, Damásio E. de. **Da co-delinquência em face do novo Código Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 67.

<sup>314</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal Parte Geral: Fato Punível**. Tomo 2. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 267.

<sup>315</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte geral**. 17. ed. Atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 637.

<sup>316</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 183-184.

<sup>317</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>318</sup> *Ibid.*, p. 51.

condutas cuja tipificação parece estar prevista no artigo 31 do Código. Pelo menos no caso brasileiro, em que a teoria da equivalência é expressamente prevista no artigo 13 do CP.

E pensamos que o caso de partida deste trabalho (caso-modelo) ilustra com clareza o que se vem de afirmar. Veja-se que a verificação do nexo de causalidade entre a conduta de C (superior imediato do autor e fornecedor da chave de acesso ao sistema interno da empresa) e D (contabilista que fornece o conhecimento técnico indispensável à execução do plano delitivo) não enfrenta maiores dificuldades. Em relação a C, excluído que fosse (nos termos do artigo 13, do CP) o fornecimento da chave de acesso (conduta de C), o resultado (manipulação dos registros fiscais) não teria ocorrido. Da mesma forma, a exclusão hipotética dos conhecimentos técnicos fornecidos por D excluiria também o resultado, naquela configuração concreta.

A situação de B, contudo, é diversa. Embora esteja suficientemente claro o sentido delitivo de sua conduta, bem assim a medida de seu interesse pessoal e grau de ascendência (e, portanto, a natural influência que potencialmente exerce) sobre A, não há como afirmar que a exclusão da conduta de B (o incentivo e o oferecimento de motivos adicionais) implicaria, com certeza, a exclusão do resultado. Em síntese, ao contrário do que ocorre com C e D, em desfavor de quem é possível verificar no resultado marcadores inequívocos da conduta de ambos (a chave de acesso e os conhecimentos especiais), em relação B, é simplesmente inviável a mesma verificação: não há como determinar qual ou quais motivos/crenças/disposições efetivamente atuaram no momento da resolução delitiva, e, portanto, seria possível que exatamente o mesmo resultado ocorresse à independência da conduta de B. Daí que, pelo menos em face da redação atual do *caput* do artigo 13 do Código Penal Brasileiro, a encampar a teoria da *conditio sine qua non*, revela-se inviável a responsabilização jurídico-penal de B, se compreendido o injusto da participação nos termos propostos pelas teorias orientadas à acessoriedade.

## **CAPÍTULO III – A PARTICIPAÇÃO COMO REALIZAÇÃO DO TIPO INSUBORDINADA À AUTORIA**

### **5 BREVES CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS**

Antes de descer ao exame das duas teorias aprofundadas mais adiante, convém esclarecer dois pontos: o nome escolhido para o capítulo, e a razão para a reunião de duas ideias que, embora apresentem similaridades relevantes, divergem em pontos essenciais acerca da compreensão do injusto da participação.

Em primeiro lugar, então, veja-se que a referência à participação como realização do tipo pretende anunciar que as condutas de participação, segundo as teorias aqui examinadas, estariam contidas genericamente na proibição trazida nos tipos da parte especial, à independência de qualquer previsão trazida na parte geral. Ou seja, os dispositivos que cuidam da participação na parte geral do código não seriam normas de extensão da tipicidade, mas dispositivos que minudenciam determinadas formas de realização típica, ou que somente preveem a redução de pena para estas. E o que se quer dizer com a menção à insubordinação ao injusto da autoria é, essencialmente, e justamente pela razão exposta acima, que não teria lugar a noção de acessoriedade, nos termos trazidos no capítulo anterior.

E o que justifica a inclusão de ambas em capítulo próprio é, além da convergência teórica já referida, o fato de ambas consentirem com a possibilidade de um comportamento executivo típico global (conjunto), o que, diante da alteração do referencial da causalidade – do eu para o nós -, levanta a hipótese de estar aí uma solução para o problema que o artigo 13 do Código Penal Brasileiro impõe à fundamentação do injusto da participação.

Por esta última razão, aliás, optou-se pelo exame conjunto da permeabilidade das teorias à legislação nacional, ao final do capítulo, e posteriormente às críticas pontuais a ambas.

#### **5.1 O injusto da participação, na compreensão de Robles Planas**

De acordo com Robles Planas, cuja crítica essencial às teorias orientadas à acessoriedade já se mencionou no segundo capítulo, e cujas razões para a inviabilidade de um injusto autônomo da participação se verá mais adiante (no capítulo VI), o erro comum às teorias restritivas da autoria estaria na confusão usual entre o

juízo de fundamentação do injusto típico e o da qualificação da intervenção típica. Segundo ele, a afirmação do injusto típico independe de quaisquer considerações referidas à qualidade da intervenção típica – se autoria ou participação – e se orienta “segundo a teoria da conduta típica ou da imputação objetiva<sup>319</sup>”. Somente em um segundo momento é que se colocaria a questão da valoração das condutas de intervenção.

Em síntese, para o autor espanhol, os tipos da parte especial não descrevem condutas de autoria, mas condutas típicas em que somente concorre um interveniente – que haveria de ser, circunstancialmente, o autor. Mas sob o tipo penal também estariam compreendidas aquelas hipóteses em que intervêm no delito mais de um agente<sup>320</sup> – ali ainda não qualificados como autores ou partícipes, mas agentes de um fato único: o fato típico<sup>321</sup>. A diferenciação entre as formas de intervenção no delito, assim, somente ocorreria em um segundo passo, posterior ao juízo de imputação, e com o auxílio de regras da parte geral<sup>322</sup>.

Mas note-se que, para Robles Planas, não está implicada aí, necessariamente, a adoção de um sistema unitário<sup>323</sup>. Isso porque o autor reconhece que as regras de participação previstas na parte geral, embora não estendam o âmbito de punibilidade para além do tipo, contém uma proibição diferenciada ou específica<sup>324</sup>. Em síntese, os dispositivos da participação segregariam as condutas de cooperação já implícitas no tipo, atribuindo-lhe um menor desvalor. Relembre-se então que em um sistema unitário a quantificação do risco (menor desvalor da conduta) interessaria, exclusivamente, ao juízo de definição da pena – e jamais a uma qualificação diversa da conduta, decorrente de uma norma de proibição diferenciada.

De acordo com o autor, delimitado que seja, segundo regras de imputação objetiva, o círculo de intervenientes no delito, surgiria a necessidade de estabelecer

---

<sup>319</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito**: Fundamento y límites. Madri: Marcial Pons, 2003. p. 267.

<sup>320</sup> Neste sentido, “o comportamento executivo constitui o injusto de todos os intervenientes, em que pese o fato de que alguns não o executem por si mesmos”. ROBLES PLANAS, *op. cit.*, p. 266.

<sup>321</sup> “La responsabilidad por la intervención en el delito no surge ni de la responsabilidad del autor ni de la aportación aisladamente considerada, sino de la puesta en relación de la conducta del interviniente con el único hecho por el que hay que responder que existe: el hecho típico”. ROBLES PLANAS, Ricardo. **Garantes y cómplices**: la intervención por omisión y en los delitos especiales. Barcelona: Atelier, 2007. p. 17.

<sup>322</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. **Garantes y cómplices**: la intervención por omisión y en los delitos especiales. Barcelona: Atelier, 2007. p. 17. p. 266.

<sup>323</sup> *Ibid.*, p.269.

<sup>324</sup> *Ibid.*, p. 267.

uma ordenação ou prelação entre eles (intervenientes) – ou seja, de diferenciar autores de partícipes. No ponto, aliás, questiona a utilidade da usual discussão acerca da natureza da diferenciação entre autoria e participação: se quantitativa ou qualitativa. Isso porque, segundo o referido autor, da conduta que se possa dizer que seja quantitativamente menos relevante, também se poderá dizer, por exemplo, que seja qualitativamente diversa, na medida em que dela não se extraia o domínio do fato. Tudo dependerá, portanto, da terminologia adotada<sup>325</sup>.

A diferenciação da qualidade da contribuição delitiva, prossegue Robles Planas, passaria pelo exame dos três grandes aspectos de uma realização típica. Segundo ele, para que se tenha uma realização típica, em qualquer fato jurídico-penalmente relevante devem estar presentes: a) uma execução direta do tipo; b) a definição das características do fato, e; c) uma decisão sobre a produção do delito<sup>326</sup>. Será autor, essencialmente, aquele que configurar ou determinar decisivamente, pelo menos, um dos três elementos citados<sup>327</sup>. Ao passo que do partícipe se espera, portanto, um nível reduzido de ingerência sobre a configuração do delito<sup>328</sup>.

Neste sentido, a “cumplicidade pode se definir assim como aquela forma de intervenção no fato que deixa um importante espaço de configuração do mesmo aos demais intervenientes<sup>329</sup>”. O indutor, contudo, por deixar ao autor menor margem para a configuração do fato, seria merecedor de pena mais elevada (na Espanha)<sup>330</sup>.

## 5.2 Considerações críticas

Embora Robles Planas recuse, expressamente, as bases de um sistema unitário, pensamos que a adoção de seu modelo teórico está também sujeita à crítica usual e já aqui exposta acerca do sistema indiferenciado de autoria e participação. A rejeição de uma definição clara e particularmente delimitada do que seja a realização

---

<sup>325</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito**: Fundamento y límites. Madri: Marcial Pons, 2003. p. 269.

<sup>326</sup> *Ibid.*, p. 269-270.

<sup>327</sup> *Ibid.*, p. 270.

<sup>328</sup> Note-se que a intervenção ao nível do primeiro elemento (execução direta do tipo) habilitaria somente a autoria individual e a coautoria. Em relação ao segundo (definição das características do fato), podem estar presentes a coautoria, a cooperação necessária, a indução e a cumplicidade. Por fim, a ingerência sobre a decisão sobre a produção do delito justificaria a punição por autoria mediata ou indução. ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito**: Fundamento y límites. Madri: Marcial Pons, 2003. p. 270.

<sup>329</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito**: Fundamento y límites. Madri: Marcial Pons, 2003, p. 272.

<sup>330</sup> *Ibid.*, p. 273.

típica dissolve a função de taxatividade dos tipos, e, com isso, termina por fragilizar o princípio da legalidade. Se “matar alguém” puder ser compreendido tanto como configurar a decisão de outrem acerca de um homicídio, quanto como definir as características de uma determinada morte, não está suficientemente claro ao destinatário da norma o conteúdo da proibição que lhe é dirigida. Parece, aliás, contrariar o sentido cotidiano da linguagem que a conduta de emprestar uma arma a um terceiro que declare a intenção homicida esteja contida na norma “é proibido matar”.

Um segundo ponto que nos parece problemático está na afirmação de que os dispositivos da participação preveem normas de proibição específicas, ao passo que a imputação se dará, em um primeiro momento, à independência daqueles dispositivos. Ora, um juízo de adequação típica que recuse a utilidade de qualquer dispositivo acerca da participação perderá coerência se os tomar (dispositivos da participação) por algo mais que normas que preveem a redução da pena da participação. Em síntese: o modelo de imputação que desconsidera a diferenciação da natureza da intervenção segundo uma compreensão restritiva do tipo nos parece incompatível com o reconhecimento de normas de proibição diferenciadas para duas classes diferentes de intervenientes.

No mesmo sentido, caberia perguntar: qual seria, então, a utilidade das normas de participação em um modelo normativo como o brasileiro, em que não é prevista a redução obrigatória de pena? Parece, então, que a única saída seria se reportar à regra da acessoriedade quantitativa – segundo a qual o início da execução da conduta prevista no tipo, pelo autor, é exigido para a punição do partícipe. O problema é que uma concepção segundo a qual todos os agentes realizam conjuntamente o tipo, como a de Robles Planas, não consentiria com uma regra da acessoriedade assim disposta – que pressupõe a subordinação do injusto do partícipe ao do autor. Veja-se, aliás, que o fato de a acessoriedade não ser expressa no Código Espanhol, mas usualmente inferida de uma interpretação sistemática<sup>331</sup>, “simplifica

---

<sup>331</sup> Nesse sentido: “Sem embargo, também se pode acudir a uma interpretação sistemática dos artigos 29 e 63 do Código. Deles se pode inferir que o fato principal tem que ter alcançado, pelo menos, o estado executivo para que se possa castigar o partícipe (art. 63: <<aos cúmplices de um delito consumado ou tentado...>>). ROBLES PLANAS, Ricardo. La estructura de la intervención en el delito. **Política Criminal**, v. 15, n. 30, p. 993-1007, dez. 2020. Disponível em: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992020000200993&Ing=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992020000200993&Ing=es&nrm=iso). Acesso em: 15 jul 2021.



consideravelmente a tarefa de fazer compatíveis a acessoriedade e a responsabilidade pelo próprio injusto”<sup>332</sup>.

Trata-se, segundo pensamos, de modelo teórico que combina elementos de um sistema unitário a outros de um modelo diferenciador, mas sem se decidir com convicção por nenhum deles. Não oferece nenhuma vantagem intuitiva à temática do concurso de agentes, ao passo que traz consigo a considerável desvantagem da dissolução dos tipos e uma pouco compreensível lógica de definição da norma de proibição posterior ao juízo de imputação.

### 5.3 A proposta unitária de Jakobs e Lesch: o delito como obra coletiva

Na já conhecida perspectiva normativista de Jakobs, em que a função atribuída ao Direito penal não ultrapassaria a proteção da identidade normativa de uma determinada sociedade, o desvalor jurídico-penal não se extrai exatamente de lesões a bens jurídicos, mas da defraudação das expectativas normativas que conformam o papel do indivíduo na sociedade. Em síntese, à violação dos papéis corresponderia um sentido comunicativo de negação da norma<sup>333</sup>, o que, em alguma medida, abalaria a identidade normativa de dada sociedade. A pena, então, cumpriria a função de marginalizar aquele sentido negativo, e, assim, reafirmar a validade do ordenamento.

E há essencialmente duas classes de papéis cuja violação atrairia a responsabilidade penal, no que interessa a este trabalho. De um lado, os papéis especiais, associados a competências específicas de destinatários delimitados, e que “uma determinada pessoa tem porque deve formar junto com outras pessoas um ente comum”<sup>334</sup>. Como exemplo, o autor cita a responsabilidades dos pais diante dos filhos, e a dos agentes do Estado, no que se refere ao seu feixe de atribuições. Trata-se de “segmentos referentes a pessoas, ou a instituições que conferem à sociedade sua configuração fundamental específica<sup>335</sup>”. Nestes casos, ainda que o titular do papel atue em conjunto com um terceiro que realize pessoalmente a conduta típica, o que fundamentará a responsabilidade não será a atuação organizada coletivamente, mas

<sup>332</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. La estructura de la intervención en el delito. **Política Criminal**, v. 15, n. 30, p. 993-1007, dez. 2020. Disponível em: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992020000200993&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992020000200993&lng=es&nrm=iso). Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>333</sup> JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 74.

<sup>334</sup> JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. Tradução da 2. ed. de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 54.

<sup>335</sup> *Ibid.*, p. 54.

a competência imediata a respeito do dever pessoal violado. Daí, então, que, em regra<sup>336</sup>, a violação do dever específico gere a responsabilidade por autoria. E, bem por isso, o tutor, por exemplo, responderá pela administração infiel dos bens do tutelado tanto na hipótese em que dilapide pessoalmente a fortuna, quanto na instigação de um terceiro a tanto.

De outro lado, a responsabilidade jurídico-penal pode também surgir da violação do papel comum, que se espera de qualquer indivíduo inserido em sociedade, qual seja o de “respeitar os direitos dos demais como contrapartida ao exercício dos próprios direitos”<sup>337</sup>. Para além de um conteúdo positivo - o de constituir o indivíduo como pessoa titular de direitos -, interessa-nos, aqui, o aspecto negativo, traduzido no dever de organizar o próprio âmbito de liberdade de maneira que não produza consequências lesivas a terceiros<sup>338</sup>.

Veja-se, contudo, que a incidência do dever específico, decorrente da existência de papéis especiais, não isenta aqueles sujeitos especialmente obrigados dos deveres comuns acima referidos. Neste sentido, por exemplo, Lesch, discípulo de Jakobs, dirá que, na hipótese em que um pai empreste ao assassino do filho uma faca, aquele seria, a um só tempo, autor de um delito de infração de dever (dever específico do pai em relação à garantia de incolumidade do filho), e cúmplice em um delito de organização (violação do papel comum). A conclusão de que o pai deva ser punido unicamente pelo delito de dever se extrairá das regras do concurso de normas<sup>339</sup>.

No que diz aos denominados delitos de organização – referentes à violação do papel comum -, dirão ambos os autores (Jakobs e Lesch) que a produção de consequências lesivas decorrente da configuração defeituosa da própria organização pode ocorrer individualmente ou coletivamente – “de maneira que todos se unam em uma só obra”<sup>340</sup>. Em síntese, ao modo do que se passa com a produção de uma obra

---

<sup>336</sup> Fala-se, em regra, porque “no âmbito desses delitos, consistentes na infração de um dever, só pode haver responsabilidade a título de participação quando quem se encontra obrigado pelo dever específico carece de um elemento especial da autoria”. JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. Tradução da 2. ed. de André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 55.

<sup>337</sup> JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. Tradução da 2. ed. de André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 55.

<sup>338</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>339</sup> LESCH, Heiko H. **Intervención delictiva e imputación objetiva**. 1. reimp. Tradução de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá, Universidad Externado, 1997.

<sup>340</sup> JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. Tradução da 2. ed. de André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

coletiva, o trabalho “divide-se entre as várias pessoas que contribuiram cada qual com a sua parte. [...] No âmbito do Direito Penal, a obra cuja realização é objeto de divisão constitui um delito”<sup>341</sup>.

Mas note-se que a conduta punível seria unicamente a que tem lugar a partir do início da tentativa. E a punição do partícipe por atos anteriores a este momento parte do pressuposto de que na conduta de quem realiza atos executivos está gravada uma parte de conduta de cada um que interveio para a produção daquela obra coletiva, com aqueles traços ali manifestados. À semelhança do que se passa com os atos praticados por representante legal de sociedade empresária<sup>342</sup> – aqui análogo à fase executiva -, possibilitados pela ação conjunta dos sócios ao por meio dos atos constitutivos da sociedade em questão – fase preparatória. Para Jakobs, aquele que realiza a conduta típica pelas próprias mãos “executa a própria ação, mas, ao mesmo tempo, ao menos uma parte da ação de todos, em cujo caso a execução é ao mesmo tempo seu próprio injusto e também o injusto de cada um dos partícipes”<sup>343</sup>.

E disto resulta a seguinte concepção da acessoriedade<sup>344</sup>: a imputação do resultado àquele que somente participa da fase preparatória não se justifica na causação ou favorecimento da conduta do autor, mas porque e na medida em que a ação executiva concretizada pelas mãos do autor é também sua própria<sup>345</sup>. O injusto é único, a ação ocorre uma só vez, a partir do início da tentativa, e leva a assinatura de todos que nele intervieram – que respondem, portanto, por um injusto próprio<sup>346</sup>.

Jakobs afirma que o fato de não ser a execução de mão própria, mas o sentido delitivo do comportamento – ou a configuração defeituosa da própria organização - o que converte o injusto em injusto próprio pode ser exemplificado com o seguinte caso: supondo-se que um técnico de uma empresa, seguindo instruções superiores, abra

---

<sup>341</sup> JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. Tradução da 2. ed. de André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

<sup>342</sup> Exemplo dado em JAKOBS, JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. Tradução da 2. ed. de André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 59.

<sup>343</sup> JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. Tradução da 2. ed. de André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 58.

<sup>344</sup> Para Jakobs, a acessoriedade seria “parte da imputação objetiva. Um comportamento é acessório quando constitui uma razão para imputar o ato de execução que outro realizou; o contrário da imputação por acessoriedade é a proibição de regresso. Por conseguinte, a acessoriedade nada tem a ver com uma colaboração conhecida e desejada, com o favorecimento doloso de fatos dolosos ou com outro tipo de fatores internos”. JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. Tradução da 2. ed. de André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 68.

<sup>345</sup> JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. Tradução da 2. ed. de André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 59.

<sup>346</sup> *Ibid.*, p. 59.

determinada comporta, viabilizando o descarte de substâncias químicas em um rio, não se poderá imputar a ele o delito correspondente à contaminação da água, a não ser que esteja compreendido em seu papel a função específica de controle de descarte dos resíduos<sup>347</sup>. Não sendo o caso, e independentemente do que saiba além da sua incumbência, sua ação somente terá o significado de realização de uma tarefa limitada dentro da empresa – sem a violação de qualquer papel que lhe tenha sido atribuído.

Note-se que, na hipótese que interessa a este trabalho, ou seja, a de realização conjunta do delito, o que dará o sentido de unidade às condutas – e que possibilitará a imputação, por ato próprio, de conduta materializada por terceiro - não será a adesão subjetiva à ação dos demais intervenientes, mas aquilo que Jakobs denomina sentido de continuidade delitiva, e cuja construção de significado passa pela seguinte questão: “quando uma organização se acha estabelecida de tal modo que sua configuração tenha sentido para alcançar consequências delitivas”<sup>348</sup>? Ou, para Lesch, quando é que se poderá falar em comunidades organizativas?

Para ambos os autores, e isto vale reafirmar, não será da sondagem das intenções dos intervenientes que se ouvirá uma tal resposta. Para Lesch, por exemplo, o foco deve estar no contexto da relação objetiva das contribuições<sup>349</sup>, o que se encontrará, essencialmente, também em Jakobs. Para este último, sempre que o interveniente configurar seu comportamento segundo o plano do autor - adaptando seu âmbito de organização de acordo com as exigências práticas envolvidas na realização do injusto -, estará dissolvida a barreira de seu papel, e, assim, atribuído o sentido delitivo de sua conduta.

Ciente, talvez, da generalidade de uma tal definição, Jakobs menciona dois grupos de casos, por meio dos quais se teria com mais clareza os contornos do sentido delitivo por ele proposto. No primeiro deles, o sentido de unidade vem determinado pelo fato de que, em relação a certas condutas perigosas, é inerente um uso posterior possivelmente delitivo – do que se extrairia a comunhão, em um sentido objetivo, com aquele que venha a realizar, eventualmente, os atos executivos posteriores. Em regra, trata-se de prestações usualmente proibidas, na medida em

---

<sup>347</sup> JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. Tradução da 2. ed. de André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 60.

<sup>348</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>349</sup> LESCH, Heiko H. **Intervención delictiva e imputación objetiva**. 1. reimp. Tradução de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá, Universidad Externado, 1997, p. 62.

que constituem “colocações abstratas em perigo”<sup>350</sup>, e, por esta razão, quem as realiza não pode se distanciar das consequências delitivas posteriores. Trata-se, enfim, de uma comunhão normativa<sup>351</sup>, independentemente do nível de conhecimento ou do que intencione aquele que age em primeiro lugar. Tem-se como exemplos o de quem entrega armas de uso restrito a quem não possui a licença necessária; do fornecedor de materiais radioativos a receptores não autorizados; e daquele que subministra explosivos ou estupefacientes de circulação restrita.

O segundo grupo de casos se refere às hipóteses usuais de induzimento e cumplicidade, caracterizadas pelo fato de que o partícipe não realiza uma prestação com caráter neutro, mas configura sua pretensão de tal modo que se encaixe dentro de um contexto delitivo de comportamento. Trata-se, por exemplo, da “prestação de coisas ou serviços especificamente planejados para ter encaixe no empreendimento delitivo”, da “assessoria em empreendimentos delitivos”, e de outras “hipóteses que não estão social e geralmente previstas como adequadas”<sup>352</sup>. Segundo o referido autor, neste sentido (da adequação social) seria essencialmente diferente explicitar a alguém um modo específico de neutralizar os vigilantes de um banco, e somente explicar o funcionamento de uma fechadura normal – somente à primeira conduta seria atribuído um sentido delitivo. Da mesma forma, organizar uma rota de fuga traria consigo um significado social radicalmente diferente daquele que se atribui à entrega de um mapa da cidade. Ou, por fim, recortar, segundo orientações específicas, o cano de uma escopeta, e serrar uma barra de ferro carregam significados bastante diversos – o primeiro, socialmente reprovado, o segundo, não.

Por fim, partindo da compreensão de que “os tipos não descrevem – ao menos, em princípio - o autor, mas apenas fixam em que consiste uma perturbação social (fato penal), que pode ser realizada por vários intervenientes”<sup>353</sup>, tanto Jakobs quanto Lesch recusam qualquer diferença qualitativa entre a autoria e a participação. No contexto de um conceito extensivo de autor, a atribuição de responsabilidade dentro de determinada comunidade organizativa será idêntica para todos quanto ao seu título, e variável unicamente no que se refere às quotas de contribuição.

---

<sup>350</sup> JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. Tradução da 2. ed. de André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 66.

<sup>351</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>352</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>353</sup> LESCH, Heiko H. **Intervención delictiva e imputación objetiva**. 1. reimp. Tradução de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá, Universidad Externado, 1997, p. 42.

Em síntese, autoria e participação se definiriam segundo um exame quantitativo, e interessariam unicamente à determinação da pena – ou seja, quanto mais relevante seja a conduta dentro do contexto do injusto como um todo, mais ela se aproximaria da autoria, e mais gravemente apenada seria. Quanto menor sua importância, mais ela se inclina à participação, e, portanto, menos grave haverá de ser a pena cominada. Veja-se que, desta perspectiva, pouco ou menos importaria a imprecisão, ou a ausência de uma exata definição dos conceitos (de autoria e participação), uma vez que, no âmbito de determinação da pena, sequer se espera – ou mesmo se deseja – “a exatidão matemática<sup>354</sup>”, mas um exame contextual e gradual da contribuição delitiva.

### **5.3.1 Considerações críticas**

Ultrapassaria a pretensão deste trabalho o aprofundamento nas críticas usuais ao sistema normativista pleiteado por Jakobs e endossado por Lesch. No que interessa à temática do concurso de agentes, parece inevitável tangenciar, contudo, pelo menos uma delas. A redução do indivíduo a um coletivo de relações sociais, cujos papéis atribuídos teriam o “conteúdo positivo de constituir a própria pessoa como pessoa em direito<sup>355</sup>”, para além de conflitar com as premissas fundamentais de um estado liberal definido pelo escopo de preservação de uma dignidade pré-jurídica da pessoa humana, tem como consequência um modelo de imputação pouco intuitivo e problemático por algumas razões.

A um, passa longe de ser intuitiva a compreensão de uma obra coletiva que independa de algum grau de convergência subjetiva. No ponto, é ver que Jakobs, nada obstante cite o exemplo da constituição da sociedade empresária (caracterizada justamente pela convergência de vontades e finalidades) e da posterior realização dos atos do representante legal como produtos de uma obra coletiva, recusa a exigência de uma adesão subjetiva dos agentes como componente atributivo do sentido de unidade às condutas dos diversos agentes. E não estamos defendendo uma tal exigência (de verificação da adesão subjetiva das condutas), vale registrar. Mas, em um modelo que depende essencialmente da analogia do delito como obra coletiva,

---

<sup>354</sup> LESCH, Heiko H. **Intervención delictiva e imputación objetiva**. 1. reimp. Tradução de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá, Universidad Externado, 1997, p. 47.

<sup>355</sup> JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. Tradução da 2. ed. de André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 56.

parece inevitável o registro de que jamais se teve notícia do “sucesso de uma empresa industrial ou de uma orquestra sinfônica”<sup>356</sup> – exemplos de obra coletiva oferecidos pelo próprio autor – sem que estivesse ali presente a convergência de vontades.

Tome-se o exemplo da venda de uma arma de fogo restrita a um comprador não licenciado, estranho ao vendedor, que, jamais declarando sua intenção, posteriormente a utiliza para assassinar um terceiro. Parece pouco intuitivo visualizar aí a obra coletiva pleiteada pelo autor.

E soa ainda menos razoável imputar ao vendedor a violação da norma de proibição “não matarás”, que se extrai diretamente do tipo do homicídio. Insiste-se: auxiliar um indivíduo a “matar alguém” parece essencialmente diverso de matar alguém. Ora, se matar alguém puder compreender condutas tão diversas quanto atirar em um indivíduo, organizar uma rota de fuga para um homicida e serrar o cano de uma escopeta, pensamos que o tipo deixa de cumprir a função de taxatividade que decorre do princípio da legalidade, e passa a conter um sentido inapreensível ao destinatário da norma.

E há mais: tomar o injusto como fato único, realizado posteriormente ao início da execução da conduta pelo executor direto implica admitir que o partícipe que atua na fase preparatória não saberá, quando se decide pela realização do seu aporte ao fato, se terá ou não violado a norma de proibição contida no tipo – o que dependerá da conduta dos agentes que atuarem em seguida. Esvazia-se, portanto, qualquer pretensão de comunicação da norma com o destinatário, nestas hipóteses, fragilizando ainda mais o princípio da legalidade, que impõe, não por acaso, a adoção de modelos de proibição orientados por uma lógica *ex ante*.

De outro lado, soa incoerente a defesa de uma diferenciação quantitativa entre autoria e participação, unicamente para fins de determinação da pena, em face de um sistema como o alemão, que prevê a mesma moldura penal para o instigador e para o autor. No ponto, aliás, é ver que Lesch, excepcionando a ideia reitora do modelo proposto, diferencia qualitativamente a cumplicidade da instigação, ao argumento de que esta última, ao contrário da primeira, geraria o “autêntico motivo pelo qual se

---

<sup>356</sup> JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. Tradução da 2. ed. de André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

realiza o fato<sup>357</sup> – o que justificaria a diferença de desvalor entre as condutas, qual demarcada pela lei.

Por fim, também nos delitos de dever – em que a atribuição da responsabilidade se fundamenta na violação de um papel especial - é excepcionada a afirmação da autoria com base em um juízo quantitativo da relevância da intervenção, segundo já se adiantou. O que não parece, por si só, problemático, vale dizer. Em se tratando, contudo, de um modelo de explicação cuja adoção já postula a reformulação radical da teoria do delito, sem oferecer em troca qualquer vantagem intuitiva que vá muito além de uma pretendida coerência sistemática na recusa de relevância às estruturas lógico-reais, pensamos que a oscilação recorrente das regras – que, ora valem, e ora são substituídas por outras diametralmente opostas – desqualifica com maior razão a tese.

Em síntese, portanto, para além de padecer dos problemas usuais implicados na adoção de um conceito extensivo de autor, não enxergamos na ideia de Jakobs e Lesch vantagens substanciais que justificassem sua acolhida apesar daqueles vícios já anunciados. Conclusão, aliás, que não se altera com a colocação da questão no contexto da legislação nacional, como se verá adiante.

#### **5.4 A tese do injusto único frente ao Código Penal Brasileiro**

Segundo já se adiantou, o traço comum entre as teorias de Jakobs – subscrita e levada mais adiante por Lesch – e Robles Planas, pelo menos no que mais interessa a este trabalho, é o reconhecimento, nas palavras deste último, de que “o comportamento executivo constitui o injusto de todos os intervenientes, em que pese o fato de que alguns não o executem por si mesmos<sup>358</sup>. Ou seja, a ideia de um injusto coletivo, assumida de maneira decisiva por Jakobs, também se pode extrair do modelo proposto por Robles Planas, que dirá que “o comportamento típico executivo pode e deve compreender a todos os intervenientes no delito, conquanto que este seja objeto de repartição do trabalho<sup>359</sup>.”

Mas antes que se examine se a alteração do eixo referencial – do “eu” para o “nós” – traduz alguma vantagem efetiva frente ao dispositivo trazido no artigo 13 do

---

<sup>357</sup> LESCH, Heiko H. **Intervención delictiva e imputación objetiva**. 1. reimp. Tradução de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá, Universidad Externado, 1997, p. 48.

<sup>358</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito**: Fundamento y límites. Madri: Marcial Pons, 2003, p. 265-266.

<sup>359</sup> *Ibid.*, p. 265.



Código Penal Brasileiro, é preciso verificar a permeabilidade dos dispositivos do Código que ordenam o concurso de agentes à ideia em questão (do injusto coletivo).

Eis, então, a redação trazida no *caput* do art. 29, do Código Penal, *in verbis*: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”<sup>360</sup>. Trata-se, segundo já se adiantou, do principal – senão único – argumento no sentido de que a legislação nacional adotou um sistema unitário, qual proposto por Jakobs e Lesch, e que suporta, na mesma medida, o modelo de Robles Planas, particularmente aproximado ao modelo indiferenciado, aliás. Sinteticamente, falaria aqui em favor de ambas as teorias o fato de que o artigo parece se referir a um só crime, no qual interviriam – ou poderiam intervir - mais de um agente.

De outro lado, parece problemática a previsão trazida no parágrafo segundo do mesmo artigo – do primeiro, trataremos mais à frente -, que dispõe que “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”<sup>361</sup>. Ora, se o injusto é único, de duas, uma: ou a convergência de vontades entre os agentes será dispensada, e bastará a configuração comum objetivamente verificada para que se impute o mesmo tipo a todos – ao contrário do que prevê o dispositivo -, ou, sendo exigida a convergência de vontades para a realização do injusto único, nem haverá que se falar em realização típica, quando forem elas dissonantes.

Mas, é verdade, pode-se entender que o dispositivo, neste ponto, somente excepciona a regra geral, que seria, ainda, a de um injusto único. Nesta perspectiva, estaria reafirmado que o sistema entre nós adotado seria o unitário, em que todos os agentes, em regra, respondem pelo mesmo injusto – próprio de cada um deles. Excepcionalmente, contudo, na hipótese da cooperação dolosamente distinta, a

---

<sup>360</sup> Redação dada por BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 jul. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/l7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>361</sup> Redação dada por BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 jul. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/l7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

imputação de cada concorrente observaria seu plano delitivo particular – com a pena aumentada, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave<sup>362</sup>.

Também se ajusta a esta perspectiva o dispositivo do artigo 30 do Código, no sentido de que “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”<sup>363</sup>. Isso porque, ao tempo em que a incomunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal estranhas ao tipo objetivo não desautoriza a compreensão de um injusto coletivo, a comunicabilidade daquelas que são elementares do crime reforça justamente esta ideia (de injusto único).

No que se refere ao artigo 31, do CP, coloca-se o mesmo problema enfrentado pelas teorias orientadas à acessoriedade, examinadas no capítulo anterior. Lê-se, naquele dispositivo, sob a rubrica “Casos de impunibilidade” que “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”<sup>364</sup>. Veja-se, então, que a permeabilidade do dispositivo à concepção de um injusto único, cuja realização condiciona-se ao início da execução da conduta prevista no tipo, exigirá o descarte da interpretação literal do artigo – no sentido de que a tentativa do autor condiciona unicamente a punição do partícipe - em favor de uma compreensão da punibilidade segundo um sentido cotidiano (dissociado daquele atribuído pela teoria do delito), a dizer da consequência genérica da realização de um injusto – aí, portanto, pressuposto. Em síntese, a leitura haveria de ser a seguinte: não seria punível a participação nestes casos (que não atingem a fase executória), uma vez que não se teria, aí, a realização de qualquer injusto. Por fim, ultrapassado que seja o ponto, em favor das ideias de Jakobs e Robles Planas pode-se apontar para o fato de que se repete no artigo 31 a menção ao “crime” – um só.

À primeira vista, portanto, e embora com algum esforço de compreensão, não parece que os dispositivos do Código que estruturam o concurso de agentes recusem claramente a adoção de nenhuma das ideias aqui examinadas. A fundamental

---

<sup>362</sup> E, naturalmente, desde que o resultado mais grave esteja inserido na linha do desdobramento causal da atividade para a qual contribuiu. Neste sentido, HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 1. Tomo 2. 5. ed. Rio de Janeiro: GZ, 1978, p. 554.

<sup>363</sup> Redação dada por BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 jul. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/17209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>364</sup> Redação dada por BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 jul. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/17209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

objeção legal à compreensão da participação como intervenção de menor relevância em um injusto único – próprio de cada agente – reside, como nas teorias que a subordinam ao injusto do autor, na exigência trazida no artigo 13 do Código. É o que se pretende demonstrar adiante.

Tomando-se por já assentada a conclusão de que há determinadas condutas de participação a respeito das quais não se pode afirmar que sejam causas do resultado – no sentido da teoria da equivalência -, passa-se ao exame do dispositivo trazido no artigo 13 do Código Penal, que, em sua primeira parte, enuncia que “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”<sup>365</sup>.

Adotada a ideia do injusto como obra coletiva, defendida expressamente por Jakobs e Lesch, mas também essencialmente extraída da ideia de Robles Planas, tem-se, inegavelmente, uma nova perspectiva para a solução do problema. Pode-se pensar, agora, o seguinte: quem “deu causa” ao resultado foi o coletivo de intervenientes, ou seja, o corpo único, decomponível em tantos quantos sejam os agentes que tenham contribuído para o delito, mas diverso de cada um, e de todos eles. Desta forma, ou seja, tomando como referência a comunidade organizativa (na terminologia de Lesch), contorna-se, em princípio, o problema da causalidade da participação, aqui já situado.

Pensamos, contudo, que soaria contraintuitivo e, neste sentido, circunstancial, que a linguagem de todo o restante das normas da parte geral do Código se reportasse a indivíduos, pessoas naturais, portanto – destinatárias únicas daquele diploma legal<sup>366</sup> - e, naquele único dispositivo, pedra de toque de toda a imputação jurídico-penal, passasse a dialogar com uma entidade normativa sequer ali – ou em qualquer lugar – expressamente descrita.

De outro lado, insiste-se na crítica, melhor dirigida à teoria em si considerada do que na sua viabilidade frente ao CP, no sentido de que a “culpabilidade é o juízo individual acerca da conduta de um autor individual: imputação em sentido moral é o

---

<sup>365</sup> Redação dada por BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 jul. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/l7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>366</sup> No ponto, é ver que a responsabilidade penal da pessoa jurídica se encontra disposta, em nosso ordenamento, unicamente na Lei 9.605/1998. Cf. BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 fev. 1998. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

juízo segundo o qual alguém é considerado autor de uma conduta [...] ao utilizar a expressão conduta, nós individualizamos”<sup>367</sup>.

Voltando, contudo, ao exame da legislação nacional, parece mesmo que uma tal leitura (que abrigasse a ideia de uma comunidade organizativa) soaria artificial e articulada com o propósito único de resolver um problema que, segundo pensamos, sequer se coloca – como se pretende demonstrar no capítulo seguinte.

## 5.5 Conclusão intermediária

A proposta de Robles Planas, embora parida do esforço de superação de críticas essencialmente corretas à teoria da participação amplamente dominante na doutrina e jurisprudência atuais, combina elementos de um sistema unitário a outros de um peculiar modelo diferenciador, mas, sem se decidir com convicção por nenhum deles, termina por produzir incoerências injustificáveis e pouco intuitivas. Essencialmente, recusa a utilidade dos dispositivos da participação ao juízo de adequação típica – no que se aproxima de um modelo unitário – e, ao mesmo tempo, postula a existência de normas de comportamento especialmente dirigidas ao partícipe, sem, contudo, esclarecer exatamente em que medida uma tal afirmação relevaria para além do juízo de graduação da pena.

Em síntese, traz consigo a considerável desvantagem da dissolução da função de taxatividade dos tipos (inerente a um conceito extensivo de autor), aliada a uma lógica pouco intuitiva de definição da norma de proibição posterior ao juízo de imputação, e que parece se dever mais a uma resistência de Robles Planas ao selo de defensor de um sistema unitário, que a uma contribuição dogmática efetiva.

Em relação à ideia de Jakobs e Lesch, para além do fato de que qualquer obra coletiva – e, portanto, todas as citadas por Jakobs como análogas ao delito praticado em concurso de agentes – pressupõe a convergência subjetiva que ambos os autores recusam em seu modelo, deve-se apontar dois problemas essenciais, no que interessa a este trabalho. O primeiro, já anunciado e comum a qualquer conceito extensivo de autor, reside em que matar alguém jamais poderá compreender condutas tão diversas quanto atirar em um indivíduo e vender uma arma de fogo de uso restrito

---

<sup>367</sup> RENZIKOWSKI, Joachin. Fundamentação da norma e Imputação: Fundamentos para um conceito restritivo de fato. *In*: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas**: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 107.

para aquele que não reúna as credenciais exigidas. Daí que qualquer modelo que parta do pressuposto de que ambas as condutas realizam o tipo, ainda que sob um raciocínio de uma obra única na qual todas as ações construam reciprocamente o significado da conduta final, esvaziará o tipo de qualquer função de taxatividade, deixando ao destinatário da norma penal um sentido inapreensível.

Qualquer pretensão, aliás, de comunicação da norma com o destinatário – o partícipe, neste caso - é anulada com a compreensão do injusto como fato único, realizado unicamente com o início da execução da conduta pelo autor. Isso porque quando o partícipe se decide pela realização do aporte ao fato, ele não saberá se terá ou não violado a norma de proibição contida no tipo – o que dependerá da conduta dos agentes que atuarem em seguida.

Retornando ao caso de partida deste trabalho, e registradas já as considerações críticas e as razões por que pensamos que a adoção de ambas as teorias aqui em questão traria consigo mais desvantagens do que qualquer contribuição aparente, note-se que a verificação do nexos de causalidade não encontraria grandes dificuldades em relação a qualquer dos agentes, uma vez que, dada a convergência subjetiva entre todos eles (A, B, C e D), bem assim o inequívoco sentido delitivo das condutas referidas, seria possível (embora sob as já lançadas críticas) que o nexos de causalidade se verificasse entre o corpo coletivo (composto, mas diferente, de todos os agentes) e o resultado atingido. Com esses contornos, portanto, seria possível (no que se refere à avaliação do nexos de causalidade) a imputação jurídico-penal de A, B, C e D, mesmo em face da redação trazida no artigo 13 do Código Penal Brasileiro.

Contudo, e uma vez mais: não enxergamos vantagens substanciais que justificassem a acolhida da teoria apesar daqueles vícios já anunciados. Tampouco e sobretudo diante do estatuto do concurso de agentes na legislação nacional, inteiramente articulado sob o modelo de imputação individual, como, aliás, pensamos que deva mesmo ocorrer. Em síntese conclusiva, a admissão do delito como obra de um corpo coletivo a quem se imputaria o resultado somente se justificaria circunstancialmente, com a finalidade única de ultrapassar a exigência trazida no artigo 13, do Código Penal, ao custo da incoerência de uma construção artificial, contingente e contraintuitiva, que, de resto, pouco ou nada acrescentaria à dogmática nacional do concurso de agentes.

## CAPÍTULO IV – A PARTICIPAÇÃO COMO INJUSTO AUTÔNOMO: A CONCEPÇÃO DE RENZIKOWSKI

### 6 BREVÍSSIMAS CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A compreensão de um injusto autônomo da participação, verificado a partir da violação de uma norma de comportamento diversa daquela contida no tipo penal – esta dirigida ao autor -, nos termos em que desenvolvida por Joachim Renzikowski, parte de um conceito restritivo de fato, formulado por Volker Haas<sup>368</sup>, e que deve ser, segundo ambos, o ponto de partida da dogmática do concurso de pessoas.

Renzikowski reorienta o eixo referencial de toda a imputação a partir da crítica à teoria do bem jurídico e a conseqüente reformulação do objeto de proteção da norma de comportamento. Tudo a resultar, no que interessa a este trabalho, na causalidade vista de outra perspectiva e, essencialmente, na compreensão de um injusto da participação que não mais se subordina ao injusto do autor, cujo juízo de imputação passa a se apoiar na violação de uma norma de comportamento diversa.

Não foi, então, ocasional, que se tenha deixado por último o registro da ideia de Renzikowski. Trata-se da proposta que, de um lado, tem a lente ajustada ao que julgamos ser o maior problema encontrado pelas principais teorias da participação frente ao direito positivo nacional – a causalidade -, e, de outro, leva a sério o compromisso com um sistema diferenciador, como parece exigir o princípio da legalidade.

#### 6.1 A ESTRUTURA DA IMPUTAÇÃO NO TIPO OBJETIVO: CRÍTICAS À CONCEPÇÃO DOMINANTE

Já se adiantou que a afirmação usual - segundo a concepção majoritariamente adotada - da tipicidade objetiva de determinada conduta, em relação aos delitos de resultado, pressupõe, em síntese, e para além da presença da conduta e resultado previstos no tipo, a afirmação de alguma vinculação lógica entre ambos, o que se convencionou denominar nexos de causalidade. Mais: uma vez reconhecida a

---

<sup>368</sup> RENZIKOWSKI, Joachin. Fundamentação da norma e Imputação: Fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas**: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 82.

causalidade da conduta, também haverá que se concluir pela possibilidade de imputação objetiva daquela lesão do bem jurídico ao agente, e em razão do risco juridicamente desaprovado que tenha sido por ele criado ou incrementado.

As muitas e consistentes críticas à teoria da equivalência<sup>369</sup> das condições, já aqui vistas e repassadas, embora ressoem em quase toda literatura disponível, não traduziram efetivamente no abandono da teoria pela doutrina majoritária. Veja-se, então, que, nada obstante se recuse, também na opinião amplamente majoritária, um conceito extensivo de autor, é praticamente unânime a adoção de um conceito de causalidade que iguala todas as condições para o resultado – em detrimento das teorias individualizadoras da causalidade, “cuja oposição à teoria da equivalência pautava-se sobretudo na distinção legal **entre** autoria e participação”<sup>370</sup>.

A correção do despropositado alargamento do juízo de tipicidade, em princípio produzido pela teoria da equivalência, se dá, ordinariamente, não pela substituição ou reconstrução do conceito de causalidade, mas com o auxílio de considerações normativas, que teriam lugar em um juízo posterior: uma valoração normativa de um nexo de causalidade já afirmado. Trata-se, segundo também já se adiantou neste trabalho, da imputação objetiva, com aqueles contornos também já aqui traçados.

E o problema, segundo Renzikowski, é que a imputação objetiva tampouco oferece qualquer critério individualizador da responsabilidade<sup>371</sup>. Quem aperta o gatilho de um revólver para matar alguém cria um risco juridicamente desaprovado para o bem jurídico tanto quanto aquele que empresta a arma para o primeiro. Substitui-se, em síntese, a equivalência das condições pela equivalência dos riscos

---

<sup>369</sup> Renzikowski apresenta duas objeções essenciais à teoria. De um lado, a igualdade de todas as condições contrariaria a lei: em síntese, é algo diverso cometer um fato típico, instigar ao cometimento deste fato, e auxiliar alguém neste sentido. De outro lado, afirma que a modalidade lógica de se ligar ambos os componentes da causalidade (causa e efeito) seria a necessariedade, ou seja, a afirmação de que de uma determinada causa decorra necessariamente certo efeito. E o problema estaria em que a teoria da equivalência somente descreve uma relação logicamente possível entre ambos. Ou seja, não há uma lei causal segundo a qual o empréstimo de uma arma de fogo tenha necessariamente a consequência de ser utilizada para matar alguém. RENZIKOWSKI, Joachin. *Fundamentação da norma e Imputação: Fundamentos para um conceito restritivo de fato*. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas**: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 89.

<sup>370</sup> RENZIKOWSKI, Joachin. *Fundamentação da norma e Imputação: Fundamentos para um conceito restritivo de fato*. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas**: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 93.

<sup>371</sup> *Ibid.*, p. 86.

não permitidos<sup>372</sup>, o que, desde a perspectiva de um conceito restritivo de autor, não altera nada.

Veja-se que a adoção da teoria da imputação objetiva não descarta a conclusão de que todos os envolvidos no delito violam a mesma norma de comportamento, que seria, essencialmente, a de não criar ou incrementar riscos não permitidos de lesão a um bem jurídico. Não é por outra razão, aliás, que Rotsch dirá que um sistema normativo-funcional do delito fundado na imputação objetiva deságua em um conceito unitário de autor<sup>373</sup>. E, também por razões semelhantes, Frisch, cuja teoria da imputação do resultado tem na criação de um risco não permitido<sup>374</sup> um dos eixos centrais, enaltece exatamente sua compatibilização ao sistema unitário austríaco<sup>375</sup>.

Diante, então, da larga acolhida da teoria da equivalência e da imputação objetiva em um país cujo ordenamento prevê expressamente diferentes formas de intervenção no delito, a doutrina alemã se vê obrigada a diferenciá-las somente em um terceiro momento, posterior ao exame da imputação objetiva. E a diferenciação em questão orienta-se, usualmente, e segundo já se disse, pela teoria do domínio do fato, amplamente majoritária na doutrina e jurisprudência alemã – bem como na brasileira.

Já fizemos referência no capítulo III (tópico 3.2.2.1) às críticas de mais relevo à teoria do domínio do fato, algumas delas, aliás, endereçadas justamente por Renzikowski. No que interessa a este ponto, contudo, reassenta-se o seguinte: a opacidade conceitual da teoria do domínio do fato (notadamente, a ausência de uma definição precisa de fato) e, sobretudo, o fato de se desenvolver sobre as bases da teoria da equivalência terminariam por resultar em um conceito de autor “apenas

---

<sup>372</sup> RENZIKOWSKI, Joachin. Fundamentação da norma e Imputação: Fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas**: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 93.

<sup>373</sup> ROTSCH, Thomas. “**Einheitstaterschaft**” statt **Tatherrschaft**: zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre. Berlim: Mohr Siebeck, 2009, p. 421 *et seq.*, *apud* RENZIKOWSKI, Joachin. Fundamentação da norma e Imputação: Fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas**: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 87, nota 30.

<sup>374</sup> Para um panorama dos traços essenciais da ideia do autor sobre a criação de riscos desaprovados e seu rendimento frente à teoria do comportamento típico, cf. FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento Típico y Imputación del resultado**. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 83-94. E, ainda, FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. (Eds.). **El sistema integral del Derecho Penal**: Delito, determinación de la pena y proceso penal. Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 193-280.

<sup>375</sup> Cf. nota 31 em RENZIKOWSKI, *op. cit.*, p. 87.



aparentemente restritivo, uma vez que, de uma perspectiva objetiva, tal conceito efetivamente abarca também a conduta do partícipe”<sup>376</sup>.

Em relação à ideia da participação orientada à acessoriedade, amplamente majoritária, endossa o autor a já citada ponderação no sentido de que ela terminaria por reafirmar um já ultrapassado conceito extensivo de autor. Pondera-se, contudo, que a crítica de Renzikowski é direcionada mais à adoção da teoria da equivalência do que à ideia em si do injusto da participação assim compreendido - que, de todo modo, dela não se desvincula. No ponto, aliás, afirma o autor que o fato de a ação principal decorrer de uma vontade livre (do autor) inviabilizaria quaisquer considerações de causalidade referidas à conduta do partícipe <sup>377</sup>.

De outro lado, e já adiantando parte da ideia de injusto da participação desenvolvida por Renzikowski, objeta o autor que a função de determinação da norma seria negligenciada por um injusto do partícipe orientado à acessoriedade, uma vez que a afirmação da antijuridicidade de sua conduta ficaria a depender de circunstâncias posteriores a ela. Em síntese, ao partícipe não seria dado conhecer o caráter antijurídico de sua conduta, no momento em que se decide por ela, o que fragilizaria a função dissuasória da norma de determinação <sup>378</sup>.

Renzikowski conclui, em síntese, que um conceito restritivo de autor deve decorrer, necessariamente, de um conceito restritivo de fato. Ou seja, antes que se chegue a uma definição de autor e partícipe, é preciso que se defina o que significa exatamente preencher um tipo penal. E, para isso, é necessário que se determine qual a função do direito penal. É a partir daí que o autor desenvolve a ideia de injusto da participação que nos interessa.

---

<sup>376</sup> RENZIKOWSKI, Joachin. Fundamentação da norma e Imputação: Fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas**: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 99.

<sup>377</sup> Em sentido semelhante, Frisch: “Deve incluir-se, decididamente, na reflexão, e desde o princípio, a circunstância de que o autor principal (potencial) é uma pessoa autorresponsável. Esta circunstância poderia ser óbice – pelo menos parcialmente – para impor deveres a sujeitos externos, pois a presença de uma pessoa autorresponsável, de cuja decisão depende a realização de perigos, em muitos contextos vale como um fato que possibilita (e inclusive torna necessário) prescindir de obrigar a terceiros e assim manter espaços de liberdade abertos”. FRISCH, Wolfgang. **Complicidad mediante acciones neutrales**: Reflexiones sobre el fundamento penal (de la configuración del injusto) de la complicidad. **Cidade: editora, ano**, p. 98.

<sup>378</sup> Em sentido semelhante, Robles Planas pergunta: “Como a antijuridicidade de uma conduta pode estar condicionada a uma conduta posterior de um terceiro?”. FRISCH, *op. cit.*, p. 150.

## 6.2 Do bem jurídico ao direito subjetivo: proteção de posições jurídicas como função do direito penal

A ideia de que o crime seria caracterizado por uma lesão de um direito subjetivo, atribuída a Feuerbach e dominante até os anos 30 do século XIX, veio a ser, gradualmente, rejeitada pela doutrina dominante, em favor da teoria do bem jurídico, formulada inicialmente por Birnbaum, para quem as normas de conduta, em vez de proibir lesões a direitos subjetivos, vedariam, na verdade, lesões a bens jurídicos. E esses seriam, resumidamente, aqueles interesses juridicamente protegidos – eis a concepção formal do termo, cunhada por Von Liszt<sup>379</sup>.

Renzikowski não deixa de registrar que uma tal concepção já é largamente considerada equivocada na doutrina atual. Roxin, por exemplo, dirá que se trata de um conceito vazio, arbitrário e “que não proporciona uma definição da qual se possa derivar conclusões acabadas<sup>380</sup>”. Mas Renzikowski afirmará que a crítica usual passa ao largo daquilo que seria o equívoco essencial da teoria: sua origem antiliberal<sup>381</sup>, que viria a desaguar em conceitos incompatíveis com aqueles que se espera sejam os reitores de um Estado liberal.

Para o autor, tampouco a adoção da teoria pessoal do bem jurídico eliminaria os traços autoritários por ele apontados como decisivos para a rejeição à ideia de bem jurídico. Neste sentido, afirma que a teoria em questão, fundada na ideia de proteção de interesses individuais em bens jurídicos, falharia já à saída, uma vez que deixa de indicar por que razão um interesse individual deveria ser digno de proteção. Mas, prossegue, o equívoco principal estaria em reservar ao Estado a função de determinar quais interesses individuais seriam merecedores de proteção – e, por consequência, quais deles não o seriam<sup>382</sup>.

Em síntese, um ordenamento jurídico assim concebido partiria de uma visão paternalista, arbitrária, e que desconsidera que, em um Estado liberal, direitos

---

<sup>379</sup> RENZIKOWSKI, Joachin. Deveres e direitos: relação jurídica e imputação. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas**: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 65.

<sup>380</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General**: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Tomo 1. Madri: Civitas, 2015, p. 58.

<sup>381</sup> RENZIKOWSKI, Joachin. Fundamentação da norma e Imputação: Fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas**: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 103.

<sup>382</sup> *Ibid.*, p. 65.

subjetivos não são atos de benevolência a serem decididos pelo soberano. O ordenamento jurídico, prossegue, deve se fundamentar desde a perspectiva do cidadão, e vista deste ponto, a função do estado não deve ir além da garantia de âmbitos de liberdade, para que cada indivíduo persiga seus interesses, sejam eles quais forem, segundo um juízo exclusivamente individual<sup>383</sup>.

A teoria do bem jurídico descreveria a proteção jurídica dos cidadãos por meio de normas “*de cima para baixo*”, determinadas por um Estado Leviatã<sup>384</sup>. Veja-se que, adotada a ideia de bem jurídico, a coletividade é que teria seu direito inobservado frente à transgressão da norma de comportamento. Ao passo que o indivíduo e o direito subjetivo ficam alijados<sup>385</sup> de qualquer consideração neste âmbito de ideias.

Renzikowski dirá, então, que uma das exigências de um Estado liberal seria justamente que a fundamentação das normas se desse “*de baixo para cima*”, a partir do indivíduo<sup>386</sup>. O objeto de proteção das normas de comportamento que protegem indivíduos, portanto, e segundo o autor referido, haveria de ser o direito subjetivo, compreendido na acepção de Savigny, como o campo de atuação da liberdade individual<sup>387</sup>. O objeto de proteção da norma seria, assim, a viabilização da persecução de interesses, não os interesses em si considerados<sup>388</sup>.

O direito subjetivo, desta perspectiva, envolveria uma dupla faculdade: de gozo e de exclusão. Em síntese, de um lado, um poder dispor do objeto, de outro, um poder de exclusão de intervenções não autorizadas na própria esfera de domínio. E, segundo Renzikowski, ambas as funções se aplicariam à vida, à incolumidade física e à liberdade, por exemplo. Fala-se, portanto, em uma autonomia privada em sentido amplo, a representar a unidade entre as posições jurídicas garantidas e a realização das preferências individuais<sup>389</sup>. Dever e direito seriam, assim, dois lados de uma moeda, descrevendo o âmbito de liberdade mutuamente traçada<sup>390</sup>.

---

<sup>383</sup> RENZIKOWSKI, Joachin. Fundamentação da norma e Imputação: Fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas**: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 65-66.

<sup>384</sup> *Ibid.*, p. 103.

<sup>385</sup> RENZIKOWSKI, Joachin. Deveres e direitos: relação jurídica e imputação. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas**: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 59.

<sup>386</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>387</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>388</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>389</sup> *Ibid.*, p. 59

<sup>390</sup> *Ibid.*, p. 58

Note-se, contudo, que no direito privado o Estado não impõe sua proteção jurídica, mas unicamente oferece ao indivíduo a possibilidade de acionar um processo de proteção jurídica<sup>391</sup>. Trata-se, aqui, somente de uma possibilidade; uma via aberta ao titular da posição jurídica protegida. O ordenamento jurídico privado visa a ideal distribuição de âmbitos de liberdade, no interesse dos indivíduos. Neste sentido, trata-se do primeiro responsável pela preservação da atribuição de direitos de direito público<sup>392</sup>. A persecução criminal entraria em jogo à independência de juízos de oportunidade do indivíduo que teve o âmbito de liberdade atingido, e somente quando a lesão seja de tal dimensão que suspenda a confiança na preservação das relações recíprocas de reconhecimento<sup>393</sup>. Dito de outro modo, estaremos diante de um delito quando a violação do direito subjetivo prejudicar não somente o indivíduo, mas também a estrutura normativa da ordem jurídica<sup>394</sup>. Exemplificando, e em resumo, com o furto, não somente o proprietário da coisa furtada é prejudicado, mas toda a ideia de propriedade privada torna-se, em alguma medida, abalada.

Seguindo no exemplo do furto, o autor prossegue com a distinção entre o injusto material e o injusto formal – ou entre o que denomina ensejo e a razão para punição: para ele, o injusto material (ou o ensejo para a punição) seria “*o estorvo da relação jurídica entre o autor e a vítima, por meio do menoscabo da propriedade*”<sup>395</sup>, ao passo que o injusto formal (a razão para punição) seria a violação do direito enquanto tal. Veja-se, então, que a mera intervenção em um objeto corpóreo alheio não interessaria ao direito penal, a não ser quando e na medida em que afetasse um direito subjetivo (ou o vínculo entre o legitimado da proteção jurídica, proprietário, e o objeto). No ponto, é ver que, se é verdade que o furto não retira o direito de propriedade, ele, naturalmente, prejudica as faculdades decorrentes da propriedade (de gozo e de exclusão)<sup>396</sup>.

Note-se que a substituição da ideia de bem jurídico pela concepção de delito como lesão de direitos subjetivos tem como consequência o abandono de uma relação dúplice (entre o agente e o interesse juridicamente protegido) em favor do

---

<sup>391</sup> RENZIKOWSKI, Joachin. Deveres e direitos: relação jurídica e imputação. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas**: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 63.

<sup>392</sup> *Ibid.*, p. 56 *passim*.

<sup>393</sup> *Ibid.*

<sup>394</sup> *Ibid.*

<sup>395</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>396</sup> *Ibid.*

reconhecimento de uma relação tríplice: entre dois sujeitos de direito e um objeto determinado. “*A relação entre o sujeito de direito e a situação fática é caracterizada pela função de gozo, enquanto a relação daquele com o outro sujeito de direito é caracterizada pela função de exclusão*”<sup>397</sup>.

E o delito seria, então, a usurpação de uma esfera jurídica alheia, a partir de uma extensão indevida e abusiva de um determinado espaço de liberdade (do agente), ao custo de outra esfera jurídica. E, para isso, não basta qualquer causação de um dano. É necessário que o agente desrespeite determinada posição jurídica protegida, considerada enquanto direito, ou seja, que atinja a função de exclusão do direito alheio<sup>398</sup>.

No que interessa à perspectiva da causalidade, veja-se que não interessa apontar a que causas se deve o estado inicial do objeto, ou, menos ainda, arrolar quais as condições que possibilitaram a conduta típica. Isso porque a conduta descrita no tipo penal será, aqui, unicamente aquela que o autor não pode realizar, uma vez que o poder decorrente (função de exclusão) do direito subjetivo em questão (afetado pela conduta) é suficiente para proibi-la. Ou, na linguagem da teoria do bem jurídico, e com as palavras de Renzikowski, “delito é, segundo esta concepção, apenas o acontecimento imediatamente anterior à lesão do bem jurídico”<sup>399</sup>.

### **6.3 A participação como criação de um perigo: norma de comportamento x norma de sanção**

Assentada esta particular compreensão do delito, veja-se que a conduta de participação (instigação ou cumplicidade), na medida em que jamais se traduzirá no acontecimento imediatamente anterior à lesão do bem jurídico, não violará exatamente a posição jurídica garantida pelo tipo<sup>400</sup>. Antes que se chegue, então, ao fundamento da punição do partícipe (juízo de incidência da norma de sanção), é necessário que se esclareça, antes e para além disso, o fundamento do injusto da participação – ou seja, é necessário afirmar e descrever em que medida seria antijurídica a conduta do partícipe. Trata-se, em síntese, da seguinte pergunta: não

---

<sup>397</sup> RENZIKOWSKI, Joachin. Fundamentação da norma e Imputação: Fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas**: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 104.

<sup>398</sup> *Ibid.*, p. 105.

<sup>399</sup> *Ibid.*, p. 106

<sup>400</sup> *Ibid.*, p. 110.

sendo exatamente aquela trazida no tipo penal, qual a norma de comportamento violada pelo partícipe?

Para Renzikowski, haveria dois gêneros de normas de comportamento: aquelas que embasam os tipos penais, voltadas unicamente ao autor<sup>401</sup>, e normas de comportamento autônomas, que não fundamentam os tipos, e que se dirigem aos partícipes. Resumidamente, “as normas de conduta que proíbem a participação apenas são compreendidas como proibições de criar um perigo”<sup>402</sup>. É dizer, a antijuridicidade da participação estará configurada quando o agente incentiva o autor a cometer um delito, ou quando lhe proporciona elementos materiais que facilitam a execução da conduta descrita no tipo. E eis o essencial: independentemente da efetiva execução da conduta delitiva pelo autor.

A ideia de Renzikowski nasce, essencialmente, da seguinte constatação: normas de comportamento, na medida em que têm a função de estimular ou desestimular determinadas condutas diante de situações concretas postas aos seus destinatários, somente podem levar em conta o momento da decisão sobre a realização ou não da conduta em questão<sup>403</sup>. É dizer que jamais pode depender de circunstâncias posteriores, que fogem ao âmbito de decisão do destinatário – como, por exemplo, o efetivo cometimento do delito pelo autor.

Nos delitos de lesão, é ver que o agente que atira com a intenção de acertar alguém viola a proibição contida no tipo do homicídio mesmo quando a vítima pretendida não é atingida. Isto porque a norma de comportamento está referida ao momento da conduta, e não à posterior ocorrência do resultado. Em relação à participação, contudo, veja-se que o partícipe não viola a posição jurídica protegida pelo tipo (na compreensão aqui adotada), mas aumenta, objetivamente, e desde uma

---

<sup>401</sup> A autoria mediata e a coautoria, para Renzikowski, traduziriam figuras de imputação autônomas. Não seriam, assim, comportamentos extraídos diretamente do tipo penal, mas categorias de imputação fundamentadas, respectivamente, no déficit de imputação do homem da frente e na imputação recíproca dos fatos. RENZIKOWSKI, Joachin. Fundamentação da norma e Imputação: Fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas**: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 107-108.

<sup>402</sup> . RENZIKOWSKI, Joachin. Fundamentação da norma e Imputação: Fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas**: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 110.

<sup>403</sup> *Ibid.*

perspectiva *ex ante*, o risco de lesão a esta posição jurídica (ou direito subjetivo), seja por meio da instigação, seja por meio da cumplicidade.

Note-se, contudo: nem toda violação de uma norma de comportamento fará incidir automaticamente a punição a ela correspondente. Ao âmbito de incidência da norma de sanção reporta-se uma carga argumentativa adicional, acerca da legitimidade da punição<sup>404</sup>, orientada por considerações referidas, por exemplo, à necessidade da pena e decisões político-criminais outras. Assim é que somente quando a conduta do partícipe tenha “*alguma forma de influência no cometimento do fato principal*”<sup>405</sup>, e, portanto, quando se confirma o potencial de perigo da participação, é que estará legitimada sua punição.

Eis, então, outro dado essencial da ideia do autor: a formulação da norma de comportamento dirigida ao partícipe como uma proibição de criar um perigo não implica a compreensão da participação como um delito de perigo – o que dispensaria, em absoluto, a verificação do início da execução da conduta típica pelo autor. Afirma Renzikowski, então, que a punição de participações sem consequências (referidas ao autor) não estaria legitimada, na medida em que, nesses casos, ter-se-ia verificado, *ex post*, que a conduta do partícipe não fora, efetivamente, perigosa para a posição jurídica protegida no tipo em questão.

Por fim, e em conclusão, veja-se que a acessoriedade, aqui, não significa que o injusto da participação derive do injusto do fato principal – no sentido de que a afirmação do primeiro dependa de um fato principal pelo menos tentado -, mas somente que a conduta do partícipe sempre esteja orientada a ele (fato do autor). Mas veja-se que não se trata de uma vinculação subjetiva. Basta à afirmação da acessoriedade a verificação de algo semelhante a um sentido delitivo da conduta – essencial, como se sabe, ao estudo das ações neutras<sup>406</sup> -, objetivamente aferido a

---

<sup>404</sup> . RENZIKOWSKI, Joachin. Fundamentação da norma e Imputação: Fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas**: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 113.

<sup>405</sup> *Ibid.*, p. 113.

<sup>406</sup> Para mais sobre o assunto, é ver KINDHÄUSER, Urs. Sobre o conceito de auxílio no direito penal. Tradução de Beatriz Corrêa Camargo e Bruno de Oliveira Moura. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 22, n. 108, p. 127-148, 2014. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5029558>. Acesso em: 15 jul 2021. Na doutrina nacional, confira-se GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 206 p.; e BRENER, Paula. **Ações neutras e limites da intervenção punível**: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice. São Paulo: Marcial Pons, 2021. 250 p.

partir da seguinte indagação: “por conta do contexto externo da ação, a sua conduta (do partícipe) somente pode ser compreendida como se ela tivesse o objetivo de instigar o autor a cometer o fato principal antijurídico ou de auxiliá-lo a cometê-lo<sup>407</sup>”?

Sinteticamente: as normas de conduta “voltadas ao partícipe podem ser teleologicamente extraídas das proibições de lesionar: porque é proibido violar a esfera jurídica alheia, não se deve também facilitar tais lesões”<sup>408</sup>. Contudo, e sabendo-se que da violação da norma de comportamento (proibição) não decorre necessariamente a aplicação da pena, para que seja punível a participação é necessário que a conduta do partícipe tenha influenciado, em alguma medida, a execução do fato principal pelo autor (também exigido, portanto).

#### 6.4 Considerações críticas

Em desfavor da concepção de Renzikowski, costuma-se apontar essencialmente um argumento central, que se decompõe em três outros, em alguma medida conectados. A ideia essencial, tal como sustentada por Robles Planas<sup>409</sup>, por exemplo, é a de que decorreria do princípio do fato que um ordenamento jurídico não pode castigar pensamentos nem intenções, mas unicamente exteriorizações perigosas ou lesivas, e, portanto, não haveria como se qualificar como não permitida aquela conduta que ainda não exterioriza uma ação típica.

Pois bem. Parece-nos correta a premissa de que parte o autor: decorre mesmo do princípio do fato (ou da exteriorização/materialização do fato) que o ordenamento jurídico não possa castigar pensamentos ou intenções. Veja-se, contudo, que as condutas que estariam compreendidas nas normas de comportamento dirigidas ao partícipe ultrapassam, todas elas, o âmbito da cogitação ou da intenção. Trata-se, obrigatoriamente, de ações exteriorizadas. E cuja punição (ou castigo, para permanecermos na linguagem trazida por Robles Planas) depende do início da exteriorização de uma ação típica (aqui referida aos tipos da parte especial).

---

<sup>407</sup> RENZIKOWSKI, Joachin. Fundamentação da norma e Imputação: Fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas**: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 111.

<sup>408</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>409</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito**: Fundamento y límites. Madri: Marcial Pons, 2003, p. 152.



De outro lado, note-se que, compreendido literalmente o argumento do autor, não há como decorrer da premissa apresentada (ordenamento não pode castigar intenções) a conclusão por ele obtida (devem ser permitidas as ações que não exteriorizam uma ação típica). Isso porque, segundo já se adiantou, uma coisa é a punição ou não de determinada conduta, e outra bem diversa é a afirmação de sua licitude (ser ou não tolerada pelo ordenamento, essencialmente). Na precisa observação de Renzikowski, nem “toda violação de uma norma de comportamento conduz automaticamente à punição, pois no âmbito da norma de sanção devem ser feitas considerações adicionais acerca da legitimidade da punição<sup>410</sup>”. Ou seja, o fato de não poder ser punida esta ou aquela conduta não significa, automaticamente, que seja ela permitida.

Mas, ainda que admitida a hipótese de que Robles Planas tenha utilizado genericamente a expressão “castigo”, pretendendo que ali se compreendesse igualmente a carga de antijuridicidade daquelas condutas que não exteriorizam os elementos previstos no tipo, estar-se-ia, então, diante de uma petição de princípio. Isso porque a permissão ou não (antijuridicidade) da conduta de participação - praticada anteriormente àquela que manifesta os elementos trazidos no tipo – é justamente o que está em questão. Em síntese, seria um argumento circular: não se pode proibir condutas pré-típicas, porque não se admite a proibição de condutas pré-típicas (segundo sua compreensão do princípio do fato).

Robles Planas, contudo, oferece três argumentos adicionais que comprovariam sua ideia. O primeiro, compartilhado por Lesch<sup>411</sup> e Jakobs<sup>412</sup>, é no sentido de que seria um contrassenso a proibição dos aportes pré-típicos realizados pelo partícipe, quando se sabe serem permitidos os mesmos atos, quando praticados pelo autor (atos preparatórios). E exemplifica: castigar ou não o ato de adquirir uma arma de fogo não pode depender da sua posterior utilização pelo próprio adquirente, ou pelo empréstimo a um terceiro (autor)<sup>413</sup>.

---

<sup>410</sup> RENZIKOWSKI, Joachin. Fundamentação da norma e Imputação: Fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas**: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 113.

<sup>411</sup> LESCH, Heiko H. Intervención delictiva e imputación objetiva. 1. reimp. Tradução de Javier Sánchez-Vera y Gómez-Trelles. Bogotá, Universidad Externado, 1997, p. 56-57.

<sup>412</sup> JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. Tradução da 2. ed. de André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 150.

<sup>413</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito**: Fundamento y límites. Madri: Marcial Pons, 2003, p. 151.

Ultrapassado uma vez mais o fato de que o autor começa por falar em proibição (norma de comportamento) e termina argumentando com a punição (norma de sanção), terá que se relevar também a fragilidade do exemplo, uma vez que a aquisição legal da arma de fogo jamais será considerada, ela mesma, uma conduta de participação. Isso porque, evidentemente, com a aquisição de um revólver ainda não se tem o auxílio a qualquer conduta de terceiro – o que somente ocorrerá com o empréstimo da arma, algo naturalmente diferente.

Mas veja-se: superadas tais questões, e compreendida a ideia central do argumento de Robles Planas, ainda parece plenamente justificável a desigualdade de tratamento conferido à conduta pré-típica (aqui e adiante sempre referida ao tipo da parte especial) e aquele conferido aos atos preparatórios (do autor). O fato de não serem punidos os atos pré-típicos executados pelo autor pode ser justificado diante da constatação de que ele conserva em seu poder a decisão de iniciar ou não a execução – a significar que a preparação do ato, em si considerada, não representa, ainda, a criação de qualquer perigo, uma vez que ainda está sob seu controle a execução ou não do ato<sup>414</sup>. A conduta do partícipe, de outro lado, já representa, de uma perspectiva *ex ante* (no momento da conduta, quando opera o efeito dissuasório da norma de comportamento), um risco, na medida em que, a partir daquele momento, foge de seu controle a decisão de iniciar ou não a execução (de uma conduta já facilitada ou incentivada) - e isso parece essencialmente mais perigoso. Quando nada, é evidentemente diverso, e, portanto, não nos parece haver o contrassenso alardeado.

De outro lado, se os atos preparatórios, isoladamente considerados, certamente são impuníveis, parece contestável que sejam exatamente permitidos. Note-se, por exemplo, que os órgãos de segurança podem – e devem - adotar medidas de polícia (de cessação da conduta) frente ao descobrimento de atos preparatórios, o que, naturalmente, não se viabiliza diante de atos permitidos. Aliás, Renzikowski apontará para o fato de que as medidas policiais pelos órgãos de segurança se viabilizam, igualmente, em face daquele que contribui com a preparação de um delito alheio – o que sinalizaria, em alguma medida, a antijuridicidade do auxílio.

O segundo argumento apresentado por Robles Planas é o de que, se a participação constitui um risco não permitido a um bem jurídico, deveria ser viabilizada

---

<sup>414</sup> MURMANN. Sobre el tipo de la complicidad en Derecho Penal, **RPJ**, n. 53, 1999, p. 160, *apud* ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito**: Fundamento y límites. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 151, nota 14.

frente a ela a legítima defesa, e também haveria de ser admitida a participação em condutas de participação – o que, ordinariamente, é recusado. Uma vez mais, não parece ter razão o autor espanhol. Veja-se que tanto no Brasil como na Espanha não basta a presença de um risco não permitido a um bem jurídico para que se habilite a possibilidade de legítima defesa. É necessário, tanto lá<sup>415</sup>, como aqui, que haja uma agressão atual ou iminente, o que nem sempre estará caracterizado diante de condutas que representam riscos a bem jurídicos. Entregar uma chave a alguém para que este assalte determinada residência não configura uma agressão atual ou iminente, por exemplo – o que não diz absolutamente nada sobre a juridicidade de uma tal conduta. Em síntese, há um largo espectro de condutas antijurídicas que não traduzem exatamente uma agressão injusta atual ou iminente.

Renzikowski lembra, ao propósito, que a doutrina majoritária se vale da previsão do estado de necessidade (defensivo) para justificar, e assim excluir a antijuridicidade, da conduta necessária a afastar o perigo da posterior realização do fato principal, desde que o perigo em questão tenha origem em uma conduta antijurídica<sup>416</sup> – sem qualquer limitação acerca de quem seja o encarregado da execução do fato principal. Ou seja, justifica-se, em tais situações, tanto a conduta praticada em desfavor do partícipe quanto em desfavor do autor – a sinalizar a antijuridicidade, pelo menos, de determinados atos de participação (e de certos atos preparatórios).

De outro lado, não se compreende exatamente em que medida o reconhecimento da antijuridicidade da participação – anteriormente ao início da execução da conduta pelo autor – implicaria a necessidade de admissão da participação na participação, como afirma Robles Planas. É de se notar que o autor não estende sua argumentação para além desta afirmação isolada, ou menos ainda esclarece em que medida seria problemático, por si só, o reconhecimento da

---

<sup>415</sup> O Tribunal Supremo de Espanha assim limitou os atos que viabilizam a legítima: “a) toda creación de un riesgo inminente para bienes jurídicos legítimamente defendibles”, creación de riesgo que la doctrina de esta Sala viene asociando por regla general a la existencia de un “b) acto físico o de fuerza o acometimiento material ofensivo”, pero también “c) cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato”. ESPANHA. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). **STS 111/2019, 5 de Marzo de 2019**. Recurso de casación 354/2018. Relatora: Min. Susana Polo Garcia. Disponível em: <https://supremo.vlex.es/vid/773169377>. Acesso em: 30 maio 2021.

<sup>416</sup> RENZIKOWSKI, Joachin. Fundamentação da norma e Imputação: Fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas**: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 112.

participação em cadeia, que depende, naturalmente, de considerações outras – de política criminal, por exemplo. De nossa parte, não nos parece sequer que o reconhecimento da autonomia do injusto da participação – nos termos pleiteados por Renzikowski – alargue uma tal possibilidade para além do que o fazem as demais teorias já examinadas. Por fim, tampouco estamos certos de que a referida afirmação esteja essencialmente incorreta e que sua viabilização falaria, por si só, em desfavor desta ou daquela teoria.

O terceiro argumento em desfavor da ideia de autonomia do injusto do partícipe, também trazido por Robles Planas sem maiores fundamentações<sup>417</sup>, seria o de que a tentativa de participação é impunível – o que, se bem compreendemos, parece embutir a seguinte crítica: se a conduta de participação, isoladamente considerada, é antijurídica, então ela deveria admitir a tentativa (o que, ordinariamente, não se admite).

Para além de não estar claro em que medida o reconhecimento da antijuridicidade de determinada conduta deva implicar a admissão da tentativa, veja-se que a viabilidade desta (tentativa) relaciona-se, por vezes, com a natureza do crime em questão e, por outras, decorre de opções político-criminais – mas jamais traduzirá consequência imediata e automática da antijuridicidade desta ou daquela conduta. E um exemplo eloquente do que se vem a dizer está precisamente nos crimes de perigo, cuja estrutura se assemelha, em algum sentido, à dos delitos de participação segundo e nos termos propostos por Renzikowski. Crimes de perigo, não por acaso, em regra não admitem a tentativa (embora, evidentemente, pressuponham a antijuridicidade da conduta). De outro lado, note-se que, na Alemanha, por exemplo, admite-se, nos termos do § 30, item 1<sup>418</sup>, a instigação tentada, conforme observa Renzikowski.

Por fim, parece necessário responder ainda ao seguinte: o que exatamente justificaria excluir do juízo de antijuridicidade da conduta do partícipe, a verificação da conduta do autor, deixando-a no âmbito da punibilidade da participação? Para além

---

<sup>417</sup> É ver ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito**: Fundamento y límites. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 152.

<sup>418</sup> “Seção 30 - Tentativa de participação. (1) Quem tentar induzir ou incitar outra pessoa a cometer uma infração penal grave incorre em pena nos termos das disposições que regem a tentativa de infração penal grave. A penalidade deve, no entanto, ser mitigada de acordo com a seção 49 (1)”. ALEMANHA. **Strafgesetzbuch**: German Criminal Code. Criminal Code in the version published on 13 November 1998 (Federal Law Gazette I, p. 3322), as last amended by Article 2 of the Act of 19 June 2019 (Federal Law Gazette I, p. 844). Tradução nossa da versão em inglês. Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html#p0161C](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0161C). Acesso em: 15 jul 2021.

disto, e na crítica de Lesch: “*se o injusto deve ser autônomo, não se entende porque para a punibilidade deva reger outra coisa*”<sup>419</sup>.

Começa-se, então, pela demonstração da fragilidade da ideia, hoje dominante, de que o início da execução da conduta principal pelo autor seja necessário à afirmação da antijuridicidade da conduta do partícipe. Note-se que, compreendida que seja a conduta do autor como parte essencial do conteúdo do injusto do partícipe, o que se está a dizer é que este, no momento de sua decisão acerca de se orientar ou não pela norma de comportamento, tem a ele dirigida a seguinte proibição: “você não pode instigar o autor a cometer determinado delito, mas somente se ele, futuramente, iniciar a execução deste delito influenciado por esta conduta de instigação”.

É dizer, no momento em que a norma de proibição tem a possibilidade de orientar o comportamento de seu destinatário, seu conteúdo ainda não está inteiramente posto. Ou, dito de outro modo, o partícipe agiria, segundo esta concepção, sem saber se está ou não violando alguma norma de comportamento. Somente com a posterior execução da conduta do autor é que se diria ao partícipe: “agora se sabe que, anteriormente, quando você instigou o autor a cometer o delito, você não poderia tê-lo feito. Mas somente agora temos certeza disso”.

Veja-se que tampouco na hipótese em que o autor se decida pelo não cometimento do crime faria sentido a justificativa que se teria para a afirmação da juridicidade da conduta do partícipe, assim sintetizada: “anteriormente, quando você instigou o autor a matar alguém, prometendo-lhe quantia em dinheiro para tanto, você não violou nenhuma norma de proibição – embora você não tivesse certeza disso naquele momento”.

Naturalmente, pode-se objetar que, adotada a concepção de Renzikowski, na prática, sabendo o partícipe que sua punição estará ainda condicionada ao início da execução da conduta pelo autor, pouco ou nada mudaria, no que se refere ao efeito motivador da norma. De uma perspectiva prática, de efetiva reorientação da conduta daquele que se sinta, eventualmente, inclinado a instigar ou a auxiliar um terceiro a pôr em marcha a realização de condutas típicas, parece mesmo que a ideia de injusto autônomo da participação não teria muito a crescer. Ganha-se, com o conceito restritivo de fato e o injusto da participação assim redesenhado, a introdução de uma

---

<sup>419</sup> LESCH, Heiko H. **Intervención delictiva e imputación objetiva**. 1. reimpr. Tradução de Javier Sánchez-Vera y Gómez-Trelles. Bogotá, Universidad Externado, 1997, p. 36.

fundamentação racional e coerente, desde a perspectiva da teoria da norma e do delito. E isto já parece bastante.

Pensamos que haja um ganho inegável de racionalidade e coerência com a adoção de uma norma de proibição assim articulada. Determinadas considerações referidas a condutas ou acontecimentos posteriores à ação do destinatário da norma se justificam de forma mais intuitiva quando dispostas a orientar o juízo de punição, e não as próprias condutas proibidas.

Condições objetivas de punibilidade estão, aliás, ordinariamente articuladas desta forma, ou seja, referidas a modificações no mundo exterior dependentes da conduta de terceiros. No ponto, é ver os exemplos da decretação da falência em relação aos delitos pré-falimentares<sup>420</sup>; da anulação do casamento, em relação aos tipos de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (art. 236, do CP); e do suicídio ou, pelo menos, da lesão corporal, no crime de induzimento ou instigação ao suicídio, na anterior redação do artigo 122 do Código Penal, posteriormente alterada pela Lei 13.968/2019.

Em síntese, pensamos que a compreensão da participação como um injusto autônomo, nos termos propostos por Renzikowski, oferece uma fundamentação mais racional tanto para a punição do partícipe, quanto para sua impunibilidade. Na primeira hipótese, ele já não poderá mais objetar sob o argumento da incerteza do conteúdo da norma de proibição no momento em que agira – uma vez que instigar ou auxiliar um terceiro a cometer determinado delito já lhe teria sido proibido, por si só. De outro lado, na hipótese em que o autor não inicia a execução da conduta principal, a absolvição do partícipe não mais estará fundada em uma contraintuitiva permissão retroativa da conduta de participação, mas na racionalidade de uma decisão político-criminal de não punir aquelas condutas que, embora tomadas como perigosas em princípio, não vieram a traduzir sequer um perigo efetivo a um direito subjetivo (ou a um bem jurídico, se assim se preferir).

Veja-se, aliás, que é exatamente pelo fato de a punibilidade ainda estar condicionada ao início da execução da conduta do autor – e desde que influenciada

---

<sup>420</sup> Eis a redação do artigo 180 da Lei n. 11.101/05: “A sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta Lei é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei”. BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal [...]. Diário Oficial da União, 28 mar. 2005. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

em alguma medida pela conduta do partícipe - que o reconhecimento da autonomia do injusto da participação sequer implica, necessariamente, uma expansão irracional de punições. É verdade que, no caso brasileiro, o reconhecimento dessa autonomia do injusto da participação justificaria a punição de condutas que, atualmente, não encontram justificativa plausível nas teorias da participação orientadas à acessoriedade (quase unanimemente aplicadas).

Mas é preciso lembrar que, justificadas ou não, condutas de instigação e cumplicidade psíquica foram e continuam sendo punidas. O que a teoria tem a oferecer, então, no ponto, é uma fundamentação racional que suporte essas condenações, algumas das quais, já o adiantamos, pensamos que sejam mesmo devidas, diante da legislação penal nacional.

De outro lado, não nos parece sequer que a transposição do resultado ao âmbito da punibilidade implicaria a necessidade de se aprofundar na extração do sentido dos verbos nucleares do tipo da participação – cuja realização, nesta hipótese, já bastaria à configuração do injusto. A uma porque instigar ou auxiliar, por exemplo, já constituíam o injusto, mesmo nas teorias orientadas à acessoriedade – que jamais se contentaram, por isso mesmo, com a mera causação da conduta do autor. Em síntese, exigir ou não o resultado – e, portanto, a verificação do nexo de causalidade – já ao nível do injusto não altera a necessidade de densificação de sentido das condutas de participação. É ver, por exemplo, que Beatriz Camargo, que defende a necessidade de verificação do nexo de causalidade para a configuração do injusto do partícipe, desenvolve extensamente um interessante conceito de instigação, mais adiante examinado. A dois, porque sequer se cogita de uma tal necessidade em relação aos crimes formais, por exemplo – que tampouco exigem o resultado para sua configuração.

Por fim, reconhece-se que a teoria do bem jurídico, nada obstante a consistência de algumas das críticas expostas, é largamente e desde há muito assentada na cultura jurídica nacional e europeia. Naturalmente, contudo, não será a aceitação ampla desta ou daquela teoria que interditará seu questionamento. Para além disso, e pelo menos no contexto e aos fins aqui intencionados, não nos parece que a ideia essencial da autonomia do injusto da participação esteja prejudicada com a adoção da teoria do bem jurídico. Isto porque toda a fundamentação trazida por Renzikowski acerca do delito como violação a posições jurídicas protegidas, ou interessa por si só à teoria da norma e do delito, ou estabelece as bases para o

desenvolvimento de um conceito restritivo de fato - que ele mesmo termina por traduzir para a gramática da teoria dominante (do bem jurídico). No ponto, é ver que a noção essencial a partir da qual o autor articula a participação é aquela da limitação do delito ao acontecimento imediatamente anterior à lesão "do bem jurídico". Ademais disso, toda a argumentação desenvolvida acerca da divisão entre normas de proibição e normas de sanção – que conformam a base desta teoria da participação – parece conviver perfeitamente com a ideia de bem jurídico.

Passa-se, agora, e enfim, ao exame da permeabilidade da legislação nacional à referida ideia – e à vantagem já anunciada de sua adoção entre nós.

### **6.5 O injusto autônomo da participação e a ordenação do concurso de pessoas na legislação nacional**

Diretamente ao ponto: a adoção da ideia de um injusto autônomo do partícipe sustenta-se frente à legislação nacional essencialmente por duas razões. De um lado, a ideia não enfrenta maior resistência em face dos dispositivos do Código Penal Brasileiro que tratam do concurso de agentes. Ao contrário, a leitura mais natural do único artigo que descreve as condutas de participação (o artigo 31) parece apontar justamente neste sentido. De outro, a compreensão da participação nestes termos reconcilia a norma do artigo 13 do Código com a sistemática do concurso de agentes, ao dispensar-lhe a incidência nas hipóteses de participação, agora suportadas por fundamentação mais convincente, ao nosso juízo.

Começa-se do primeiro ponto, cuja compreensão, aliás, facilitará a conclusão trazida no segundo. Veja-se a redação do dispositivo trazido no artigo 31 do Código, anunciado sob a rubrica "casos de impunibilidade": "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<sup>421</sup>". Ora, não fosse bastante o fato de estar ali expresso que a instigação e o auxílio "não são puníveis", deixou-se igualmente expresso que o dispositivo em questão trata de "casos de impunibilidade". É dizer, a interpretação literal, intuitiva, de terminologia reiterada (na rubrica e no

---

<sup>421</sup> Redação dada por BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 jul. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/17209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm). Acesso em: 15 jul 2021.



dispositivo) é no sentido de que o início da execução do crime traduz uma condição de punibilidade daquelas condutas de instigação, auxílio, ajuste e determinação, e não integram, portanto, o conteúdo do injusto a elas referido.

Antes de descer ao significado do “crime” aí referido – o que se fará em seguida -, é preciso compreender ao que se refere o dispositivo, quando remete aos verbos nucleares ali trazidos. Pensamos que haja, aqui, uma interpretação possível, segundo a qual o dispositivo projetaria a tradução legal da ideia de Renzikowski. Note-se que, adotado o conceito restritivo de fato, nos termos propostos pelo referido autor, somente a autoria direta é que estaria descrita nos tipos da parte especial. Ou seja, tanto a autoria mediata quanto a coautoria constituiriam figuras autônomas de imputação – análogas à participação. Em síntese, em relação a ambas, “trata-se de estabelecer se e em que medida alguém pode ser responsabilizado pela conduta de outrem<sup>422</sup>”. Neste sentido, e voltando-se ao Código Penal Brasileiro, pode-se pensar o seguinte: a descrição da autoria direta estaria nos tipos da parte especial, ao passo que, da leitura conjunta do artigo 29 (“quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”) e 31, que descreveria os “modos” de concorrer ao crime antecipados pelo legislador, se extrairia as figuras de participação (“instigação” e “auxílio”), autoria mediata (“determinação<sup>423</sup>”) e coautoria (“ajuste<sup>424</sup>”) – estas com a punibilidade condicionada ao início da execução da conduta prevista no tipo.

Note-se que, na visão corrente (amplamente majoritária), inspirada pela teoria do domínio do fato, ambas as figuras (coautoria e autoria mediata) se extraem diretamente do tipo, a partir da já referida compreensão de domínio: matar alguém equivaleria a dominar o risco da morte de alguém, o que poderia ocorrer por ato próprio de execução do homicídio, por meio de instrumento impunível ou por meio de um plano comum e a execução repartida de funções, sinteticamente. A significar que, desta perspectiva, um dispositivo como o do artigo 31 condicionaria a punibilidade de condutas já imediatamente típicas (sem o auxílio de normas da parte geral), como

---

<sup>422</sup> RENZIKOWSKI, Joachin. Fundamentação da norma e Imputação: Fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas**: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 108.

<sup>423</sup> Neste sentido, também se manifesta CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas**: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 42.

<sup>424</sup> Também Beatriz Camargo (*op. cit.*, p. 189) compreende que o termo “ajuste”, tal qual empregado na dicção do artigo 31, estaria referido à coautoria.

aquelas atribuídas ao autor, e de outras cuja tipicidade dependesse ainda de normas de extensão como aquela trazida no artigo 29. Mas, seja como for, o que realmente interessa à tese aqui defendida (da autonomia do injusto da participação) é que somente se cogitaria da necessidade de demarcar a impunibilidade de condutas que já configuram injustos típicos – e dentre estas condutas encontra-se a instigação em momento anterior ao do início da execução da conduta do autor.

Resta compreender, contudo, o que exatamente pretende dizer o dispositivo do artigo 31 quando se refere ao “crime”, que precisaria ser pelo menos tentado para que sejam puníveis as condutas ali descritas. Nossa interpretação, que, aliás, emprestaria alguma coerência à leitura conjunta dos dispositivos de concursos de agentes trazidos no Código é a de que o termo “crime” está aí empregado em um dos sentidos cotidianos da linguagem, qual seja aquele referido ao tipo penal. Neste sentido, temos o crime de lavagem de dinheiro, o crime de homicídio, o crime de furto, e daí por diante. É, aliás, também nesta acepção do termo que usualmente se pergunta: “qual crime A ou B cometeu neste cenário?” O que se pretende saber, precisamente, é: “em qual tipo penal subsume-se a conduta de A ou B”.

E temos dois indicativos disso nos artigos 30 e 31. O primeiro dispõe que “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”. Ora, o que se quer dizer aí é que aquelas circunstâncias e condições de caráter pessoal somente se comunicam quando trazidas no tipo penal que esteja em questão. O segundo (art. 31) nos informa que “se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste”. Tem-se, aí, portanto, a regra segundo a qual o indivíduo que almejava a realização de tipo penal cuja pena prevista é mais branda do que aquela trazida para o tipo penal efetivamente realizado pelos outros indivíduos será punido de acordo com aquele tipo penal por ele mirado.

Veja-se que o artigo 29 do CP, ao dispor que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”, parece também se referir ao crime no sentido aqui defendido. Isso porque, embora até seja possível a leitura do termo como se referido ao injusto culpável abstratamente considerado, parece mais intuitivo visualizar aí a referência a um tipo penal determinado, que descreve as penas “a este cominadas”. Mas note-se: ainda que se prefira a primeira leitura, nada parece desautorizar a segunda. E isso importa na medida em que o artigo se reporta a um só crime – a significar que, se

empregado o termo no sentido de injusto, estaria naturalmente fragilizada a ideia de que haveria, no concurso de agentes, dois injustos, um do autor e outro do partícipe. De outro lado, a referência a um só tipo penal em nada invalida a proposta aqui defendida, que, vale lembrar, parte do pressuposto de que somente o autor realiza efetivamente o tipo penal, qual descrito na parte especial do Código. A leitura que se faz, então, do artigo 29, e que nos parece natural e intuitiva é a seguinte: “quem, de qualquer modo, concorre para a realização de condutas descritas em determinado tipo penal, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Trata-se, neste sentido, de norma dirigida àquele indivíduo que não realiza diretamente o tipo previsto na parte especial.

Registra-se, ainda, que o reconhecimento da autonomia do injusto da participação não contrasta com a ideia de que o partícipe concorra para a realização do tipo penal pelo autor. Isso porque permanece, nesta concepção, a ideia de que o partícipe deva orientar sua conduta justamente no sentido da realização, pelo autor, da conduta descrita no tipo – este o sentido aqui defendido de acessoriedade. Neste sentido, quem auxilia um indivíduo a subtrair coisa alheia móvel, naturalmente, concorre para a subtração referida. O que, aliás, se afina com a ideia de comunicabilidade das circunstâncias pessoais, quando integrantes do tipo objetivo.

De outro lado, também parece permeável a esta ideia a redação do inciso IV do artigo 62, do CP, que prevê o agravamento da pena para o agente que “executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa”<sup>425</sup>. Compreendido o “crime” como “tipo penal”, parece natural a interpretação de que existe uma classe de agentes que “executa” o tipo penal (autores), e outra, que somente “nele participa”, ou seja, participa da realização da conduta prevista no tipo, executada pelo autor.

Mas eis o ponto que traduz, segundo pensamos, a vantagem essencial da adoção da ideia de Renzikowski frente à legislação nacional. Resumidamente, segundo já se adiantou, as normas de conduta que proíbem a participação são compreendidas pelo autor como proibições de criar um perigo. A significar que bastará à afirmação da antijuridicidade da participação que o indivíduo instigue o autor a

---

<sup>425</sup> Redação dada por BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 jul. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/17209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

cometer um delito, ou que lhe proporcione elementos materiais facilitadores da execução da conduta descrita em determinado tipo penal. E não se está, com isso, afirmando que o delito da participação esteja necessariamente articulado como um delito de perigo – cuja punibilidade dispensaria a verificação do início da execução da conduta típica pelo autor. O autor permanece exigindo, para a punição da conduta do partícipe, a verificação de sua efetiva perigosidade para a posição jurídica (ou para o bem jurídico) protegida no tipo em questão: dito de outro modo, algum grau de influência entre a conduta do partícipe e aquela realizada pelo autor.

Em síntese, e para melhor compreensão, é possível articular, com a junção, por exemplo, das normas trazidas nos artigos 29, *caput*<sup>426</sup>, 31<sup>427</sup> e 155 do Código Penal, algo como o seguinte tipo de participação: “Instigar ou auxiliar um indivíduo a subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. A punibilidade do crime, contudo, condiciona-se ao início da subtração pelo indivíduo a quem se dirige a instigação ou o auxílio”.

Uma vez que se tenha determinado, à saída, que basta à configuração do injusto da participação que o indivíduo instigue ou auxilie um terceiro a praticar aquelas condutas previstas na parte especial do Código, parece-nos que a estrutura do delito da participação se colocaria de forma bastante similar à de um delito formal<sup>428</sup> – em cujo tipo se descreve determinado resultado naturalístico, cuja verificação, contudo, não é exigida para a realização do tipo objetivo. No caso da participação, o resultado (aqui referido ao início da execução da conduta do autor) seria somente condição de punibilidade, segundo já se afirmou.

Mas veja-se que, no ponto, a analogia cumpre unicamente a função de aproximação de conceitos, visando à familiarização da ideia. O que interessa ter presente é que, excluindo-se o resultado da participação (início da execução da conduta do autor) do âmbito do injusto, escapa-se da regra trazida no artigo 13 do Código Penal, que em sua primeira parte enuncia que “o resultado, de que depende

---

<sup>426</sup> “Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”. Redação dada por BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 jul. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/l7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

<sup>427</sup> “Art. 31 - 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>428</sup> Embora na Alemanha a classificação usual seja a de delitos de atividade (em oposição aos delitos de resultado), o conceito de crime formal, nascido da doutrina italiana, já se encontra assentado, há muito, na doutrina nacional. A facilitação da compreensão, então, foi a razão da preferência pelo termo.

a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa<sup>429</sup>". Relembre-se, aqui, que o reconhecimento da existência de crimes sem resultado (formais, de mera atividade e de perigo, por exemplo) impõe como única leitura possível<sup>430</sup> do dispositivo a seguinte: "o resultado, de que dependa a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa". No caso da participação, então, não dependendo a existência do crime – mas somente sua punibilidade - de determinado resultado, a imputação passa ao largo da exigência do artigo em questão.

Trata-se, portanto, de interpretação que, além de conferir alguma coerência aos dispositivos que desenham o concurso de agentes no Código Penal Brasileiro, oferece fundamentação racional para a punição de determinadas hipóteses de participação – essencialmente, os casos de influência psíquica -, cuja imputação, de outra forma, inviabilizar-se-ia se levada a sério a disposição do artigo 13 do CP, segundo pensamos já ter demonstrado. E há mais: uma vez excluído o resultado (conduta ou fato típico do autor) da tipicidade objetiva da participação, e, com ele, a necessidade de se examinar se a conduta do partícipe é *conditio sine qua non* da ocorrência do resultado típico, passa a fazer sentido a previsão da participação de menor importância. Em síntese, desfaz-se a já demonstrada contradição havida na afirmação da menor importância de uma "conditio sine qua non", isto é; de uma conduta cuja essencialidade (e, portanto, importância) seria tal que sua hipotética exclusão eliminaria, também, o resultado imputado.

Note-se que o dispositivo do artigo 31 do Código sequer exige expressamente que o início da execução do crime (tipo penal referido ao autor) tenha sido influenciado de alguma forma pelo ajuste, determinação, instigação ou auxílio – exigência trazida por Renzikowski. Pensamos, contudo, que a previsão de condutas cujo significado se constrói sob o pressuposto de que estejam orientadas exatamente à realização daquela conduta trazida no tipo - e cujo início da execução é, ali, expressamente exigido (para a punibilidade destas) - parece sugerir, implicitamente, a necessidade da demonstração de algum grau de influência (em um sentido fraco) entre um e outro, para que se viabilize a punição. Ou, quando nada, e talvez assim mais bem descrito, determinado grau de idoneidade das condutas de participação, o que deve decorrer,

---

<sup>429</sup> BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 jul. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/l7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm). Acesso em: 15 jul 2021

<sup>430</sup> Sob pena de se admitir que não existem crimes sem resultado naturalístico.

aliás, da densificação dos conceitos de instigação e cumplicidade, segundo pensamos.

Veja-se, por exemplo, a construção de Beatriz Camargo, que, apoiada na ideia de razões operativas desenvolvida por Raz<sup>431</sup>, propõe que a instigação, no sentido jurídico-penal do termo, seja compreendida como o oferecimento de razões para agir que exijam do instigado (autor em potencial) uma atitude prática “em sentido crítico, isto é, razões que possuam força normativa, as quais irão constituir um valor, um interesse, um desejo e até mesmo uma norma de conduta com capacidade de motivar o indivíduo a agir<sup>432</sup>”. Em síntese, a instigação se faria presente em quatro grupos de casos: na promessa; na determinação em um contexto de subordinação hierárquica; no pedido; e no constrangimento que não atinja a gravidade da coação (que isentaria de responsabilidade o executor imediato)<sup>433</sup>. Em todos os casos, “é por criar esse estado de coisas, essa limitação à escolha entre alternativas de ação para o autor, que o instigador se responsabiliza criminalmente<sup>434</sup>”.

Note-se: uma coisa é examinar, *ex ante*, a idoneidade da conduta, segundo este ou aquele parâmetro; imposição que pensamos decorrer da necessidade sempre presente de extração de sentido da redação legal. Dito de outro modo, se a instigação é tipificada, é necessário que se estabeleça *o que* se tomará por ela. Outra coisa bem diversa é submeter as condutas de participação àquela análise contrafática da necessariedade, em um juízo *ex post*, nos termos propostos pela teoria da equivalência – exigência já aqui recusada.

No que se refere ao auxílio, segunda conduta de participação descrita no artigo 31 do Código, remete-se à ideia de Kindhäuser<sup>435</sup>, que, a partir do sentido apreendido pelo uso cotidiano da linguagem, vincula o auxílio à noção de finalidade. Ou seja, quem auxilia, auxilia alguém a obter determinado objetivo. Daí que, para o autor

---

<sup>431</sup> Para o desenvolvimento original da ideia, é ver RAZ, Joseph. **Practical reasons and norms**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 33 *et seq.* Para a extração da ideia, no ponto em que se baseou a autora referida, veja-se CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação**. São Paulo, Marcial Pons, 2018. p. 249 *et seq.*

<sup>432</sup> CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação**. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 291.

<sup>433</sup> *Ibid.*, p. 292.

<sup>434</sup> *Ibid.*, p. 293.

<sup>435</sup> Desenvolvida, essencialmente, em KINDHÄUSER, Urs. Sobre o conceito de auxílio no direito penal. Tradução de Beatriz Corrêa Camargo e Bruno de Oliveira Moura. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 22, n. 108, p. 127-148, 2014. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5029558>. Acesso em: 15 jul 2021.

referido, o auxílio se caracterizaria, em brevíssima síntese, pelo oferecimento de determinado elemento facilitador (material ou intelectual) da consecução daquele objetivo em particular. Assim, por exemplo, o fornecimento de uma chave-mestra àquele que declara a intenção de furtar determinada residência constituiria, neste sentido, auxílio à subtração de coisa alheia móvel, na medida em que, em um juízo *ex ante* aqui defendido – isto é, à independência da efetiva utilização da chave, no momento do furto – o fornecimento da chave facilita a consecução do plano delitivo.

No que diz respeito ao auxílio psíquico, a questão se torna mais difícil. Roxin, por exemplo, admite como condutas de auxílio (moral) não somente o oferecimento de motivos adicionais para que alguém se decida afinal pelo plano delitivo, mas também a intensificação da resolução delitiva por meio do atijamento do executor direto<sup>436</sup>. Beatriz Camargo, de outro lado, recusa tal possibilidade, à compreensão de que “o apoio moral não poupa trabalho algum ao autor do crime, o qual, de qualquer forma, acaba tendo que fazer tudo sozinho<sup>437</sup>”. Para a referida autora, seria possível o auxílio psíquico naquelas hipóteses em que o partícipe municia o autor de informações relevantes, que indiscutivelmente facilitam a consecução do plano delitivo, como, por exemplo, o já citado caso do indivíduo que “detalha ao afamado assaltante o fato de que sua vizinha irá passar um mês de viagem sem qualquer dispositivo de segurança na casa<sup>438</sup>”.

De nossa parte, olhos voltados à terminologia adotada na legislação nacional, e sem a pretensão de aprofundamento que o tema certamente merece (em outro espaço), pensamos que soaria artificial reunir sob a rubrica de auxílio aquelas hipóteses em que o indivíduo atija um terceiro, estimula-o ou reforça determinada ideia delitiva. Em síntese, pensamos que o auxílio compreenda unicamente as hipóteses de facilitação material do plano delitivo, ou do fornecimento de informações práticas que, potencialmente, também facilitem a execução da conduta típica pelo autor. Tudo segundo um juízo *ex ante*, vale insistir.

É compreensível que, na Alemanha, em que a pena reservada ao instigador é maior do que aquela prevista para o “auxiliador” (ou cúmplice), tais condutas,

---

<sup>436</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General**: Especiales formas de aparición del delito. Tomo 2. Madri: Civitas, 2014, p. 286.

<sup>437</sup> CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas**: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo, Marcial Pons, 2018. p. 305.

<sup>438</sup> *Ibid.*, p. 300-301.

naturalmente menos graves do que, por exemplo, uma promessa de pagamento para a execução de determinada conduta criminosa, sejam abrangidas sob a rubrica do auxílio (se reconhecida sua tipicidade, naturalmente). No caso da legislação brasileira, contudo, que prevê um único marco penal para a instigação e o auxílio, parece que a proximidade semântica entre o atçamento, o estímulo e o reforço se estabelece não com o auxílio, mas com a instigação. Dito de outro modo, de quem atça um terceiro à briga corporal, por exemplo, jamais se dirá que o auxiliou, mas, usualmente, que o instigou.

Com isso não se quer dizer, contudo, que qualquer conduta que se conforme ao sentido cotidiano do termo (instigação) há de ser, por isso, típica. Mas, unicamente, que o juízo de adequação há de se orientar segundo um conceito normativo de instigação, qual o já citado contributo de Beatriz Camargo, e não segundo a régua utilizada para a afirmação do auxílio. É possível, por exemplo, que o oferecimento de um motivo adicional (um reforço psíquico) constitua o oferecimento de uma razão operativa para que o autor execute o plano delitivo, caso em que se terá uma conduta de instigação, segundo o modelo referido. De modo semelhante, pode ser que o atçamento tome a forma de um pedido veiculado por um amigo ou de alguém com determinada ascendência sobre o executor direto, o que também, segundo pensamos, se adequaria ao referido conceito de instigação. De outro lado, e também para nós, o mero assentimento, aprovação, ou atçamento genérico de um terceiro ao cometimento de determinada conduta criminosa não se conformaria ao conceito normativo de instigação.

Vale renovar, contudo, o registro de que não se pretende, aqui, esgotar o tema, mas unicamente oferecer, em brevíssima síntese, o panorama do problema da densificação dos conceitos de instigação e auxílio, desde sempre relevante, mas agora colocado em relevo ainda maior, com a dispensa do exame do nexo de causalidade para a imputação das condutas de participação.



## 7 CONCLUSÃO

Aquele que se disponha a caminhar o terreno da temática do concurso de agentes na legislação nacional terá que se ver não somente com as pedras – sempre no caminho de qualquer investigação da dogmática penal, tais as complexidades inerentes -, mas deverá largar com a advertência da necessidade de óculos bem peculiares: as placas, lidas a olho desarmado, apontarão sentidos contrários, que tentarão insistentemente o intérprete a descartar algumas delas, no esforço de construção de um sentido possível. Com a lente adequada, contudo, pensamos que haja uma saída conciliatória, ou pelo menos uma que chega a bons termos com as mal redigidas instruções trazidas no mapa.

Dito de outro modo: a primeira leitura dos dispositivos do Código Penal Brasileiro parece apontar caminhos contraditórios para a solução dos problemas inerentes ao delito praticado em concurso. O ponto essencial: o artigo 29, ao dispor que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas”, ainda que, “na medida de sua culpabilidade”, revela inequivocamente uma matriz unitária, indiferenciada de autoria. E, à primeira vista, incompatível com um dispositivo como o trazido no artigo 31, que, na leitura usual, enumera as formas tradicionais de participação e condiciona a punibilidade destas ao início da execução da conduta do autor, sugerindo, também com forte evidência, a adoção de um sistema diferenciador de autoria e participação.

Daí Batista<sup>439</sup>, por exemplo, afirmar que “só nos resta a tentativa de, a partir dos dispositivos do código e de seus princípios fundamentais, empreender uma reconstrução dogmática extremamente dificultada pela pobreza da lei”. Em síntese, não será a pobreza da lei que nos fará recusá-la. O esforço, portanto, pensamos que deva ser o de construir, a partir dela, significado plausível, coerente, voltado à resolução de casos concretos, mas jamais ao custo do abandono da sistematicidade em favor de soluções unicamente práticas, mas circunstanciais e desconectadas da racionalidade de um modelo – leia-se: sistema - de imputação.

Ultrapassada que seja – voltaremos a ela em seguida – a aparente contradição entre a redação dos artigos 29 e 31 do Código, e já ao esforço de transposição das principais teorias da participação à legislação nacional, nota-se que o dispositivo do

---

<sup>439</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005. p. 52-53.

artigo 31, para além de ter recebido a rubrica de “casos de impunibilidade”, ainda dispõe expressamente que “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”. Fala-se, portanto, no início da execução da conduta do autor como condição de punibilidade, expressamente e mais de uma vez.

Por esta razão, já parece problemática a adoção de qualquer teoria da participação que tome o início da execução da conduta do autor como parte integrante do injusto da participação – e não como condição de punibilidade desta. São os casos das teorias orientadas à acessoriedade, que configuram o injusto da participação como essencialmente subordinado ao injusto do autor. Também é o caso dos modelos propostos por Jakobs, adotado por Lesch, e de Robles Planas, que pleiteiam, resumidamente e no que interessa à perspectiva agora em questão, a concepção do injusto como fato único, realizado concretamente a partir da execução da conduta do autor.

Mas sequer pensamos que esteja aí revelada a principal objeção às teorias em questão, no que diz à permeabilidade delas ao direito nacional. Diante da já adiantada dificuldade envolvida na construção de um sentido coerente ao estatuto do concurso de agentes no Código Penal Brasileiro, até pareceria aceitável alguma flexibilização da interpretação literal do artigo 31, no ponto acima referido, desde que se obtivesse, com isso, algum ganho significativo de coerência e aplicabilidade do modelo eleito. O que está longe de ocorrer, em qualquer dos casos, contudo.

Tanto as teorias que subordinam o injusto da participação ao do autor quanto aquelas que concebem o injusto como fato único enxergam na participação um delito de resultado, o que implica a necessidade de observância à norma trazida no artigo 13 do Código, a prever a adoção da teoria da equivalência das condições. E disto resulta a inviabilização da imputação em hipóteses clássicas de participação, desde há muito admitidas, inclusive no direito nacional, como típicas.

Em síntese: não há como demonstrar que a conduta de oferecer um motivo adicional ao autor para a realização da conduta criminosa seja *conditio sine qua non* do resultado. E isso decorre da insondabilidade das razões, motivos, crenças e predisposições efetivamente habilitadas no momento da tomada de decisão do autor. E menos ainda se cogita da nomeação, para além de qualquer dúvida razoável, daqueles elementos que, inconscientemente, atuaram no processo decisório. Tudo a dizer, então, que não há como afirmar, em diversos casos, que a exclusão hipotética

da conduta do partícipe – o oferecimento do motivo – implicaria o desaparecimento do resultado. E tais casos, segundo pensamos, parecem estar incluídos dentre aqueles cuja tipicidade a redação do artigo 31 parece indicar.

Veja-se, então, que as teorias orientadas à acessoriedade, francamente majoritárias na doutrina atual, pleiteiam a imputação do mesmo resultado, individualmente e em separado, ao autor e ao partícipe. Em relação a este último, segundo já demonstramos, é inviável um tal juízo de imputação, diante da inviabilidade da afirmação do nexos de causalidade entre sua conduta – do partícipe – e o resultado. De outro lado, as teorias do injusto como fato único – denominação aqui reconhecidamente simplificada - somente atenderiam à exigência do artigo 13 se conectadas a uma resposta pouco intuitiva à pergunta: quem “deu causa” ao resultado? A única saída possível seria responder: quem deu causa ao resultado foi um corpo coletivo – normativamente construído – não encontrado em qualquer outro dispositivo do Código, e que se dissolverá, para todos os efeitos de responsabilização jurídico-penal posteriores à verificação do nexos de causalidade. Solução, quando nada, circunstancial e, assim, sem lugar na construção de uma interpretação que confira coerência ao estatuto do concurso de agentes no direito nacional.

Há, contudo, uma interessante construção da teoria da participação, desenvolvida por Renzikowski a partir da contribuição inicial de Volker Haas, que oferece não somente uma explicação convincente e racional à imputação nos delitos cometidos em concurso de agentes, mas também, ao articular um injusto autônomo da participação - independente do início da execução da conduta pelo autor, e, portanto, igualmente desconectado do resultado - traduz o produto da interpretação literal e intuitiva da redação do artigo 31 do Código, ao tempo em que evita o problema que o artigo 13 impõe às demais teorias da participação. E há mais: partindo de um conceito restritivo de fato, segundo o qual autor seria somente o agente que realiza o tipo direta e imediatamente, propõe-se uma conciliação plausível entre a aparente contradição já anunciada entre os artigos 29 e 31: o primeiro seria unicamente o ponto de partida da responsabilização jurídico-penal – o limite mínimo, genericamente posto àqueles que não realizam diretamente o tipo -, ao passo que o segundo minudenciaria todos os “modos de concorrer” antevistos pelo legislador para a realização dos tipos penais: o auxílio, a instigação, o ajuste e a determinação.

Naturalmente, não se tem, aqui, o sanatório geral das dificuldades presentes na dogmática do concurso de agentes. Por exemplo, permanece em aberto o

problema das ações neutras, cuja solução parece passar pela construção do significado do sentido delitivo, ou na densificação dos conceitos de instigação e auxílio. Mas pensamos que possa estar na autonomia do injusto da participação, assim transposto à legislação nacional, um ponto de partida seguro, racional e com firme base legal para as investigações seguintes.

### **Resolução do caso-modelo com a adoção da teoria**

**Caso:** A, funcionário de determinada instituição financeira, confia a B, amigo próximo, vice-presidente na empresa em questão, e pessoalmente responsável por sua contratação, que descobriu uma forma de falsear/manipular determinada declaração fiscal da empresa, de uma maneira tal que a decorrente redução do débito fiscal da companhia lhe rendesse um bônus significativo. B, então, apoia firmemente a iniciativa, e acresce, ainda, que a manobra também o beneficiaria (a B), e duplamente, na medida em que, de um lado, impactaria positivamente nos resultados gerais da empresa de que era vice-presidente, e, de outro, confirmaria o sucesso da indicação do amigo para o emprego. Passados alguns dias, B pergunta a A se este já havia executado o plano confidenciado, e, à negativa deste, que ainda demonstrava algum receio, insiste uma vez mais com o amigo e subordinado, reiterando seu interesse pessoal no assunto e até mesmo prometendo o esforço no sentido de sua promoção no banco se acaso levasse adiante a ideia delitiva – o que vem a ocorrer alguns meses depois, com o auxílio de C, superior imediato de A, e que, ciente do plano, veio a fornecer determinada chave de acesso a um sistema interno corporativo, sem a qual seria inviável a manipulação dos registros em questão. Também ciente do plano delitivo, D, experiente contabilista e amigo de A, forneceu a orientação técnica necessária à execução do plano, à promessa do recebimento de parte do bônus em questão.

**Resolução:** Tem-se, aqui, o exemplo prático do rendimento da ideia proposta neste trabalho. Descartada a necessidade de verificação do nexo de causalidade nos casos de participação, efetivamente indemonstrável em determinadas e relevantes hipóteses de fato cuja punição o legislador aparentemente pretende afirmar, viabiliza-se, no exemplo dado, a responsabilização jurídico-penal de B, de outro modo

interditada pela leitura usual da norma trazida no artigo 29, do CP, invariavelmente indissociada daquela do artigo 13 do Código.

Em síntese, conectando-se a norma do artigo 29 à disposição trazida no artigo 31 do CP, e partindo-se assim da ideia de que é possível concorrer ao crime (compreendido como o tipo da parte especial) com contribuições não causais, a questão essencial da imputação nos casos de participação é deslocada para a densificação dos conceitos de *auxílio*, *determinação* e *instigação*. Segundo já o adiantamos, não se trata de tema esgotado neste trabalho, mas na concepção aqui defendida, a conduta de C e D parece se enquadrar na figura do *auxílio* (intelectual), ao passo que a conduta de B aparentemente se adequa ao conceito jurídico-penal de *instigação*, qual trazido por Beatriz Corrêa Camargo.

## REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. **Strafgesetzbuch**: German Criminal Code. Criminal Code in the version published on 13 November 1998 (Federal Law Gazette I, p. 3322), as last amended by Article 2 of the Act of 19 June 2019 (Federal Law Gazette I, p. 844). Tradução nossa da versão em inglês. Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html#p0161C](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0161C). Acesso em: 15 jul 2021.
- ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva Educação, 2014.
- BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. Tradução de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. v. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. Tomo 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Diário Oficial da União, 21 out. 1969, p. 8940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm). Acesso em: 15 jul 2021.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm). Acesso em: 15 jul 2021.
- BRASIL. **Exposição de motivos de 4 de novembro de 1940**. Sobre o decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, 01 jul. 1983. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224132/000341193.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 jul 2021.
- BRASIL. **Exposição de motivos do Decreto-lei 1.004, de 21 de outubro de 1969**. Diário Oficial da União (Seção 1, Suplemento), 21 out. 1969. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 15 jul 2021.
- BRASIL. **Exposição de motivos nº 211, de 09 de maio de 1983**. Sobre o Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Brasília, 01 jul. 1983. 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: 15 jul 2021.
- BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Código Criminal do Império do Brasil. Manda executar o Código Criminal. Rio de Janeiro, 16 dez. 1890. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal [...]. Diário Oficial da União, 28 mar. 2005. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 fev. 1998. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm). Acesso em: 15 jul 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Quadro comparativo do Projeto de Lei do Senado no 236, de 2012 (projeto do novo Código Penal)**. 232 p. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3518346&disposition=inline>. Acesso em: 15 jul 2021.

BRENER, Paula. **Ações neutras e limites da intervenção punível**: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice. São Paulo: Marcial Pons, 2021. 250 p.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal Parte Geral: Fato Punível**. Tomo 2. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. A teoria do domínio do fato e o Código Penal Brasileiro. **Delictae**: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, [s.l.], v. 2, n. 2, p. 83-132, jun. 2017. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/21>. Acesso em: 15 jul 2021.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas**: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo, Marcial Pons, 2018.

CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima y imputación objetiva en derecho penal**. Barcelona: Bosch, 2001.

ESPAÑA. **Código Penal y legislación complementaria**. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado de España. (Códigos Electrónicos). 1109 p. Disponível em: [https://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir\\_pdf.php?fich=038\\_Codigo\\_Penal\\_y\\_legislacion\\_complementaria.pdf](https://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf). Acesso em: 07 jul 2021

ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). **STS 111/2019, 5 de Marzo de 2019**. Recurso de casación 354/2018. Relatora: Min. Susana Polo Garcia. Disponível em: <https://supremo.vlex.es/vid/773169377>. Acesso em: 30 maio 2021.

FERNÁNDEZ IBAÑEZ, Eva. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. Granada: Comares, 2006.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: [s. n.], 1947.

FLORIAN, Eugenio. **Tratatto di Diritto Penale**. v. 2. Milano: Dott, 1943.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte geral**. 17. ed. atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRISCH, Wolfgang. **Complicidad mediante acciones neutrales**: Reflexiones sobre el fundamento penal (de la configuración del injusto) de la complicidade.

FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento Típico y Imputación del resultado**. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 83-94.

FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. (Eds.). **El sistema integral del Derecho Penal**: Delito, determinación de la pena y proceso penal. Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 193-280.

GIMBERMAT ORDEIG, Enrique. **Autor y complice en derecho penal**. Madrid: Universidad de Madrid, 1966.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. **La inducción a cometer el delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

GRACIA MARTÍN, Luís. **Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales**: el delito integrado de la actuación en lugar de otro y sus consecuencias jurídicas. Barcelona: Bosch, 1986.

GRECO, Luís et al. Esclarecimientos terminológicos. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO, Luís. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 203-216.

GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012). In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 169-202.

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: GRECO et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 47-80.

GRISPIGNI, Filippo. **Diritto Penale Italiano**. v. 2. Milano: A. Giuffrè, 1952.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 1. Tomo 2. 5. ed. Rio de Janeiro: GZ, 1978.



- JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. Tradução da 2. ed. de André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: Parte general. Tradução de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.
- JESUS, Damásio E. de. **Da co-delinquência em face do novo Código Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- KINDHÄUSER, Urs. Sobre o conceito de auxílio no direito penal. Tradução de Beatriz Corrêa Camargo e Bruno de Oliveira Moura. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 22, n. 108, p. 127-148, 2014. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5029558>. Acesso em: 15 jul 2021.
- LEITE, Alaor. **Domínio do fato ou domínio da posição?**: autoria e participação no direito penal brasileiro. Curitiba: Centro de Estudos Professor Dotti, 2016.
- LESCH, Heiko H. **Intervención delictiva e imputación objetiva**. 1. reimp. Tradução de Javier Sánchez-Vera y Gómez-Trelles. Bogotá, Universidad Externado, 1997.
- LÓPEZ PEREGRÍN, María Carmen. **La complicitad en el delito**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1997.
- LUZÓN-PEÑA, Diego Manuel. **Curso de derecho penal**. 1. reimp. Madri: Universitas, 2002.
- MACKIE, John Leslie. Causes and conditions. **American Philosophical Quarterly**, v. 2, n. 4, p. 245-264, out. 1965. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/20009173>. Acesso em: 15 jul 2021.
- MARÇAL, Victor Souza. **Da participação culposa no Direito Penal Brasileiro**. 2020. 287 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/32830>. Acesso em: 15 jul 2021.
- MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. v. 1. ed. rev., atual. e reformulada por Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci, Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. Campinas: Millennium, 2002.
- MAURACH, Reinhart. **Derecho penal**. v. 2. Atualização de Heinz Zipf e Karl Heinz Gossel. Tradução de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994.
- MENDES, Paulo de Sousa. **Causalidade complexa e prova penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- MENDES, Paulo de Sousa; CARMO, José. Um modelo semântico de representação da causalidade e a necessidade de critérios lógico-jurídicos na atribuição da causalidade. **Revista Liberdades**, n. 15, p. 73-103, jan./abr. 2014. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/20/artigo3.pdf>. Acesso em: 15 jul 2021.
- MERKEL, Adolf. **Derecho penal**: Parte general. Tradução de Pedro Dorado Montero. Buenos Aires, Montevideu: B de F, 2006.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: Parte General. 4. ed. Barcelona: Reppertor, 1996.

- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1984. 432 p.
- NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. v. 1. 37. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel E. **Causalidad, Resultado y Determinación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal: Parte geral**. v. 1. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 864 p.
- PUPPE, Ingeborg. El resultado y su explicación causal en Derecho penal. InDret: **Revista para el Análisis del Derecho**, n. 4, out. 2008. Disponível em: <https://indret.com/el-resultado-y-su-explicacion-causal-en-derecho-penal/>. Acesso em: 15 jul 2021.
- RAMÍREZ, Juan Bustos. La imputación objetiva. In: OUVIÑA, Guillermo et al. **Teorías actuales en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.
- RAZ, Joseph. **Practical reasons and norms**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- RENZIKOWSKI, Joachin. Deveres e direitos: relação jurídica e imputação. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 56-80.
- RENZIKOWSKI, Joachin. Fundamentação da norma e Imputação: Fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Direito penal e teoria das normas: Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato**. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 81-116.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. **Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales**. Barcelona: Atelier, 2007.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. La estructura de la intervención en el delito. **Política Criminal**, v. 15, n. 30, p. 993-1007, dez. 2020. Disponível em: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992020000200993&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992020000200993&lng=es&nrm=iso). Acesso em: 15 jul 2021.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito: Fundamento y límites**. Madri: Marcial Pons, 2003.
- ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no Direito Penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2000.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General: Especiales formas de aparición del delito**. Tomo 2. Madri: Civitas, 2014.
- RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. **El agente provocador**. 1978. 502 f. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1978. Disponível em: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/53994/>. Acesso em: 15 jul 2021.

SAMSON, Erich. Condición-INUS y concepto causal jurídico-penal. Tradução de Marcelo Sancinetti. In: SANCINETTI, Marcelo (Org.). **Causalidad, riesgo y imputación**: 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

SANCINETTI, Marcelo. **Ilicito personal y participación**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte geral. 8. ed. Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. A figura jurídica do <autor por trás do autor> e o princípio dos níveis do domínio do fato. Tradução de Adriano Teixeira. In: GRECO, Luís (Coord). **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia**: con una aportación a la metodología del derecho penal. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009.

SILVA, Eduardo Henriques da. **Direito criminal**: tentativa e frustração, comparticipação criminosa, pena conjunta e pena unitária. Coimbra: A. Amado, 1953.

STOCO, Tatiana. **Culpabilidade e medida da pena**: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. 272 p.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo, Marcial Pons, 2015.

VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de Direito Penal**: Parte Geral. Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006. Edição fac-similada. (Coleção História do Direito Brasileiro. Direito penal, v. 9). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496219>. Acesso em: 15 jul 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. v. 2. Tomo 2. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (Orgs.). **Estudos críticos sobre o sistema penal**: Homenagem a Juarez Cirino dos Santos por seu septuagésimo aniversário. Curitiba: LedZe, 2012.