



Concurso de Agentes é, sem favor algum, a melhor obra monográfica que já se escreveu na América sobre o assunto. Seu autor não apenas deu tratamento completo às figuras da autoria, da co-autoria e da participação, como também elucidou, de maneira magistral, e com ampla referência doutrinária, a questão fundamental da distinção entre autoria e participação, ponto de partida de toda a elaboração teórica.

J. MESTIERI

ISBN 85-7387-739-1



Registro: 010075

Visite nosso site:
www.lumenjuris.com.br

Nilo Batista

CONCURSO DE AGENTES

Nilo Batista

CONCURSO DE AGENTES

Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria
e da Participação no Direito Penal Brasileiro

3ª edição

341.534
B33c
2005
ex.:1
010075

Lumen  Juris Editora

20.075

Tribunal de Justiça - ES
 Biblioteca
 D.ª Maria Maira

CONCURSO DE AGENTES

Tribunal de Justiça - ES
Biblioteca
O. H. Moraes Matos

Nilo Batista é uma das mais autênticas e vigorosas vozes universais da atual geração de jornalistas.

Two Views

LUMEN JURIS

www.lumenjurus.com.br

EDITORES

João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Freitas Câmara
Amilton Bueno de Carvalho
Augusto Zimmermann
Eugênio Rosa
Fauzi Hassan Choukr
Firly Nascimento Filho
Flávia Lages de Castro
Flávio Alves Martins
Francisco de Assis M. Tavares
Geraldo L. M. Prado
Gustavo Sénéchal de Goffredo
J. M. Leoni Lopes de Oliveira
Letácio Jansen
Manoel Messias Peixinho
Marcos Juruena Villela Souto
Paulo de Bessa Antunes
Salo de Carvalho

CONSELHO CONSULTIVO

Álvaro Mayrink da Costa
Antonio Carlos Martins Soares
Aurélio Wander Bastos
Cinthia Robert
Elida Séguin
Gisele Cittadino
Humberto Dalla Bernardina
de Pinho
José dos Santos Carvalho Filho
José Fernando de Castro Farias
José Ribas Vieira
Marcello Ciotola
Marcellus Polastri Lima
Omar Gama Ben Kauss
Sergio Demoro Hamilton

Rio de Janeiro

Av. Londres, 491 – Bonsucesso
Rio de Janeiro – RJ – CEP 21041-030
C.N.P.J.: 31.661.374/0001-81
Inscr. Est.: 77.297.936
TEL.: (21) 3868-5531 / 2564-6319
Email: lumenjurus@msm.com.br /
Home Page: www.lumenjurus.com.br

São Paulo

Rua Primeiro de Janeiro, 159
Vila Clementino – São Paulo, SP
CEP 04044-060
Telefone: (11) 5908-0240

Rio Grande do Sul

Rua Cap. João de Oliveira Lima, 160
Santo Antonio da Patrulha –
Pitangueiras
CEP 95500-000
Telefone: (51) 662-7147

Brasília

SHC/Sul C L 402 – Bloco B – Lj 35
Asa Sul – Brasília – DF
CEP 70236-520
Telefone (61) 3225-8569

NILO BATISTA

*Professor Titular de Direito Penal da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro
e da Universidade Candido Mendes.
Presidente do Instituto Carioca de Criminologia.*

341.5334
B333C
2005/3.ed.

CONCURSO DE AGENTES

Uma Investigação sobre os Problemas
da Autoria e da Participação
no Direito Penal Brasileiro

3ª edição

Autor: BATISTA, NILO
Título: CONCURSO DE AGENTES
(341.5334 B333c)
Registro: 010075 Ex.: 1



EDITORA LUMEN JURIS
Rio de Janeiro
2005

Copyright © 2005 by Nilo Batista

Produção Editorial
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
manifestadas nesta obra.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

*O! glücklich wer noch hoffen kann
Aus diesem Meer des Irrthums aufzutauchen.
Was man nicht weiss das eben brauchte man,
Und was man weiss kann man nicht brauchen.*

Goethe

Sumário

Nota Introdutória à 3ª edição	ix
Prefácio	xiii
Nota Prévia à 1ª edição	xv
Capítulo I – O panorama brasileiro	1
Capítulo II – A causalidade questionada.....	27
Capítulo III – A distinção entre autoria e participação.....	57
Capítulo IV – Autoria direta	75
Capítulo V – Co-autoria	99
Capítulo VI – Autoria mediata	127
Capítulo VII – Participação: instigação e cumplicidade	155
Índice Analítico.....	191
Bibliografia.....	197

Nota Introdutória à 3ª edição

Retomar um texto de dogmática jurídico-penal escrito há um quarto de século deveria ser um mero e frio exercício de razão. Tratar-se-ia apenas de compatibilizá-lo à nova disciplina legal e acrescer-lhe a literatura produzida no período. Esta é, digamos assim, a parte mais simples, e posso assegurar ao leitor que as inovações – tímidas, embora progressistas – do reformador de 1984 sobre autoria e participação estão consideradas nesta segunda edição, à qual igualmente se incorporaram diversos estudos, brasileiros e estrangeiros, que vieram a lume após a primeira, datada de 1979.

As coisas se complicam um pouco quando se comece a duvidar de que alguns retoques, aqui e ali, justifiquem o papel e a tinta que a nova edição consumirá. Não estou renegando, como recentemente foi moda na República, aquilo que escrevi. Ao contrário, mantenho-me fiel às opções teóricas perfilhadas, e, de resto, outro não terá sido o merecimento deste livro – sem embargo do generoso julgamento de meu amigo Prof. Dr. João Mestieri – senão o pioneirismo, no Brasil, em adotar, incondicionalmente e buscando extrair todas as consequências possíveis, o critério do *domínio do fato* para caracterizar a autoria nos crimes comissivos dolosos. Tal critério já fora, anteriormente, mencionado de forma ligeira, como no estudo do precocemente desaparecido Fabrício Leiria (p. 124) e na monografia de Damásio (p. 41), não porém experimentado e manejado teoricamente. Este percurso fica bem ilustrado com a constatação de que somente duas décadas depois Damásio se converteria ao domínio do fato (Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas, S. Paulo, 1999, ed. Saraiva), con-

versão importantíssima em vista da ampla influência de seu magistério.

Não obstante a coerência teórico-metodológica, o livro de cinco lustros atrás seria hoje estruturalmente diverso. Procurarei ilustrar com dois exemplos essa estranha reclamação tardia de um jurista contra sua própria obra, e ambos os exemplos se referirão ao conceito de *domínio do fato*.

Em primeiro lugar, caberia ter explorado a genealogia do conceito de *domínio do fato*. O mapa da mina já estava na obra fundamental de Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft* (pp. 60 ss), mas importava também saber se o conceito primitivo, introduzido por Hegler em 1915 e aproveitado por Frank, como nos informou Baratta (*Antinomie Giuridiche e Conflitti di Coscienza*, Milão, 1963, ed. Giuffrè, p. 30), a partir da 15ª edição de seu Comentário, circulara na literatura brasileira. Como se sabe, o conteúdo inicial do conceito de *domínio do fato* se reportava ao âmbito da culpabilidade, mais propriamente ao processo de subjetivização daquele terceiro elemento, que da normalidade das circunstâncias nas quais atuara o sujeito passara logo à normalidade de sua motivação e chegava então a um "domínio do fato" sinalizador da liberdade na atuação. Em 1956, precisamente a partir de Frank, Aníbal Bruno mencionava esta acepção do "domínio do fato" (Direito Penal, Rio, ed. Forense, t. 2ª, p. 99) – ao que saiba, pela primeira vez no Brasil.

O emprego da expressão "domínio do fato", tanto nesta primeira acepção (que pretendia exprimir a liberdade do sujeito) quanto na acepção welzeliana que a colocaria no centro da teoria do autor (caracterizado como *senhor* da realização do tipo) não me satisfazia inteiramente – e aqui já estamos na segunda reclamação. Parecia-me evidente uma origem privatística, associável aos atributos jurídicos exclusivistas do direito de propriedade. Só assim se poderia entender o "domínio do fato", seja como metáfora da

liberdade de atuação, seja como característica de um sujeito que é *senhor* do acontecimento típico: no primeiro caso, a reprovação da vontade livre supõe que terceiros não interfiram, viciando-a; no segundo caso, os poderes do *senhor* da realização do tipo só podem ser eventualmente compartilhados com um *condômino* (co-autor).

Como todos os colegas latino-americanos de minha geração, li a conferência que Welzel pronunciou em 1971, na Universidade de Córdoba. Não quero referir-me a qualquer outra passagem desta conferência (já nos anos setenta eu não acreditava muito numa espécie de "teoria pura do delito", ideologicamente neutra, e o tempo só fez agravar tal descrença) senão a um pormenor, constante de suas últimas linhas, que me maravilhou. Welzel afirmava que teria sido melhor falar em *ação cibernética* do que em *ação finalista*, argumentando que não o fizera porque Wiener publicou seu trabalho mais de uma década após a formulação do primeiro finalismo: era tarde. A segunda palavra do título do livro de 1948 de Norbert Wiener (*Cybernetics, or Control and Communication in the Animal and the Machine*) me sugeriu algumas curtas andanças interdisciplinares, após as quais estava disposto a propor a fórmula "*controle do fato*". Deixo para um mestrando imaginativo experimentar as virtudes do conceito de *controle do fato*, por exemplo na autoria mediata, o que de um lado nos libertaria da artificialidade de pressupor um *domínio da vontade* (ou uma propriedade do desejo, diriam dogmáticos que leram Legendre), e de outro nos confrontaria com algumas das graves questões morais apenas esboçadas em outro trabalho do próprio Wiener (Cibernética e Sociedade – o Uso Humano de Seres Humanos, trad. J. P. Paes, S. Paulo, 1968, ed. Cultrix). Quem sabe o conceito de *controle do fato* poderia ser confortavelmente transposto para a autoria dos crimes culposos, mais ou menos no sentido recentemente proposto de "domínio objetivo do fato" (Rodrí-

guez Mourullo) ou de "domínio potencial do fato" (Luzón Peña)? Boa sorte, mestrando imaginativo.

De resto, mantenho o título Concurso de Agentes, apesar da alteração de 1984 no Título IV da Parte Geral. "Concurso de Pessoas" é sem dúvida superior à redação de 1940, "Da Co-autoria"; para um livro que não admite concurso na omissão, entretanto, não há motivos para prestigiar a piadinha de Kirchmann.

Por fim – e esta seria mais uma reclamação contra a primeira edição de meu livro – procurei incorporar algumas decisões judiciais. Desde que este admirável grupo de colegas paulistas, sob a regência de Mestre Alberto Silva Franco, empreendeu a grande sistematização da jurisprudência criminal brasileira, os instrumentos e as pistas para um levantamento temático passaram a ser mais facilmente acessíveis. É claro que a informatização dos tribunais foi útil para esta facilitação. Em 1935, Welzel não dispunha da palavra cibernética; nos anos setenta, os tribunais brasileiros não estavam informatizados. Complacência, leitor.

Nilo Batista

Prefácio

O professor Nilo Batista, fazendo publicar a presente monografia, mais uma vez enriquece a dogmática brasileira de obra marcada pela seriedade e fertilidade científicas.

O tema do concurso de agentes é, sem dúvida, um dos mais difíceis de quantos a Parte Geral pode apresentar, à guisa de desafio, ao doutrinador. Percorrendo a literatura brasileira especializada, o curioso leitor perceberá, com certa perplexidade, que o instituto da autoria não mereceu, entre nós, estudo aprofundado, visando o equacionamento sistemático de todos os seus matizes. As obras gerais, os tratados, os manuais, igualmente descaram do tratamento da matéria, quando não se limitam a um enfadonho repetir de velhas fórmulas do classicismo e à exegese gramatical dos artigos do Código. E, reconhecem todos, o crime, como fato do homem...

O *Concurso de Agentes* é, sem favor algum, a melhor obra monográfica que já se escreveu na América sobre o assunto. Seu autor não apenas deu tratamento completo às figuras da autoria, da co-autoria e da participação, como também elucidou, de maneira magistral, e com ampla referência doutrinária, a questão fundamental da distinção entre autoria e participação, ponto de partida de toda a elaboração teórica. Demais disso, dá-nos o autor o prazer de percorrer com segurança os difíceis caminhos da construção teórica da figura da autoria mediata, além de analisar várias circunstâncias especiais do ponto de vista típico, como que testando os posicionamentos gerais sobre o tratado. Menção particular merece ainda o estudo (ou julgamento) do papel da causalidade na teoria do concurso

de agentes, cousa que o autor realiza logo no início do trabalho, para depois acomodar logicamente, na estrutura legislativa brasileira, as modernas conquistas da dogmática internacional.

O tratamento teórico do concurso de agentes, posto que feito de maneira profunda e exaustiva, não retirou da obra o seu feitio didático, pois que a cada linha se encontra o didata consagrado; nem a reunião de soma considerável de informação científica tornou a leitura da monografia pesada ou desagradável, para tanto contribuindo o recurso às exemplificações, o que vem em socorro não só da didática como da boa técnica de exposição.

Nilo Batista reúne em si, em alto grau, as virtudes do professor de Direito Criminal, do advogado e do crítico, e assim produziu obra predestinada a indicar o caminho às futuras criações legislativas e doutrinárias sobre a matéria.

J. Mestieri

Nota Prévia à 1ª edição

O trabalho que se segue, e constituiu modesta dissertação de mestrado, não almeja mais do que colaborar na vulgarização de imponente contribuição doutrinária, por desgraça bastante menosprezada entre nós.

Talvez a teoria do concurso de agentes, da qual Welzel disse ser o banco de provas da teoria do delito, seja o aspecto mais negligenciado pela doutrina brasileira que se elaborou sobre o código de 1940. Isto se explica pela paupérrima disciplina que tal código deferiu à matéria, o que está muito ligado a certas idiossincrasias do fulgurante Nelson Hungria a respeito do tema.

A causalidade assumiu um papel que em nenhum outro sistema jamais lhe foi concedido, e tornou-se o centro de gravidade de qualquer questão atinente a autoria e participação, mesmo nos casos em que, tratando-se de modelo monossubjetivo, nenhuma função poderia ela desempenhar. O concurso de agentes se afastava, assim, do injusto típico, e passava a gravitar em torno da causalidade. Uma consequência – a atribuição da mesma escala penal para autores e partícipes – viu-se convertida em princípio. Um princípio – o da reserva legal – era reduzido a pó, pela absurda interpretação daquilo que seria a regra extensiva mais ampla e ilimitada de todo o direito penal moderno: o artigo 25. Aferrava-se a doutrina a um critério formal-objetivo na definição da autoria, e contentava-se com a pura causatividade na participação. A exposição de motivos do código enterrava a acessoriedade, e a pena brilhante de Hungria lhe dispensava ácido discurso fúnebre. Os problemas tormentosos da co-delinquência na omissão eram

simplistamente equacionados; quanto à participação por omissão em crimes comissivos dolosos, só se oferecia a linha falaz da posição de garantidor. Supunha-se dispensável a arquitetura da autoria mediata. Como os italianos (cujo código possui expresso dispositivo a respeito) implantavam o concurso de agentes no crime culposos, cuidávamos (sem qualquer imposição legal) de seguir essa lição. Muitos textos esmeravam-se, à míngua de incursões mais atraentes, em advertir que não se devia confundir o concurso de agentes com o concurso de crimes... Instalava-se, no terreno, um comodismo doutrinário, e, o que é pior, daí derivaria um comodismo judicial: afinal, se se admite a absurda e inconstitucional interpretação vigente do artigo 25, não há maiores dificuldades em identificar responsabilidade criminal em qualquer nível de colaboração ou mesmo proximidade.

Neste mar de erros, em que se imergia a doutrina e a experiência judiciária brasileiras, não se buscava apreender e adaptar toda uma teorização já a meio formulada; ao contrário, optava-se por uma indevida utilização de apetrechos teóricos conhecidos, como a causalidade, hipertrofiados e desviados de suas reais tarefas. Como na passagem do Fausto, não sabíamos aquilo de que exatamente precisávamos, e sabíamos aquilo que não sabíamos usar.

Contudo, a ferro e fogo, o pensamento penal brasileiro sobrevivia à letra mortífera do código. Não se distinguem autores e partícipes? Lá estava o gênio de Aníbal Bruno esmiuçando distinções, classificando, reconstruindo. Estava morta a acessoriedade? Ei-la rediviva das cinzas do artigo 27, Fênix que não escapa ao arguto exame de Costa e Silva. E se produzem artigos, e se editam monografias, e as obras gerais mais autorizadas procuram romper a sentença capital de 1940 sobre a matéria.

De qualquer forma, o estágio alcançado pela questão da autoria e da participação não está, no Brasil, à altura do

desenvolvimento que aqui obteve a teoria do delito. Se o presente trabalho estimular mais fecundas elaborações em torno do assunto, terá cumprido uma tarefa que em verdade estava acima de seu projeto.

Alguns débitos devem ser aqui consignados. Devo aos companheiros do Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, queridos companheiros, proveitosas trocas de idéias, cessão de obras de difícil acesso (Heleno Fragoso e suas raras monografias alemãs; Heitor Costa Júnior e sua paixão pelos sebos), e uma definida e maravilhosa instigação à feitura do trabalho. Devo a meu secretário Francisco de Assis Leite Campos a esmerada (e penosa) datilografia dos originais.

Os professores João Mestieri, Hélio Tornaghi e Benjamin de Moraes Filho, examinadores da dissertação, fizeram observações críticas pelas quais estou muito agradecido, e que foram quase todas incorporadas ao texto da presente edição.

Nilo Batista

I – O Panorama Brasileiro

1. O Código Imperial de 1830. 2. O Código Penal de 1890. 3. O movimento de reforma: o projeto João Vieira de Araújo (1893), o projeto Galdino Siqueira (1913), os projetos Sá Pereira (1927-28), o projeto Alcântara Machado (1938). 4. O Código Penal de 1940. 5. O Código Penal de 1969. 6. Um precedente legislativo discutível: o código norueguês de 1902. 7. Subsistência dos problemas que o legislador de 1940 pretendeu ter expurgado, especialmente: a causalidade como critério central e único da disciplina do concurso de agentes; a teoria da acessoriedade; a classificação das formas de participação; e a autoria mediata. 8. A reforma na Parte Geral de 1984.

1. A primeira legislação criminal brasileira,¹ o Código Criminal do Império do Brasil,² contemplava e discernia autores (art. 4º) e cúmplices (arts. 5º e 6º). Eram considerados autores aqueles que cometessem, constrangessem ou mandassem alguém cometer crimes (art. 4º); eram considerados cúmplices todos os mais que diretamente concorressem para se cometer crimes (art. 5º) ou ainda, ao sabor do pensamento penal de sua época, aqueles que praticassem receptação de coisas obtidas por meios criminosos (art. 6º, § 1º) ou uma forma imperfeita de favorecimento pessoal, consistente em dar asilo ou ceder sua casa para reunião de malfeitores, com ciência de que cometem ou pretendem cometer crimes (art. 6º, § 2º). Os crimes de imprensa, sob bem demarcado regime de responsabilidade

1 Evidentemente se renuncia aqui a qualquer exame sobre a experiência penal dos aborígenes e sobre as Ordenações Filipinas, e ainda sobre o direito que regeu no Brasil holandês. Para o primitivo direito indígena, cf. João Bernardino Gonzaga, *O Direito Penal Indígena à Época do Descobrimento do Brasil*, S. Paulo, ed. Max Limonad; Clóvis Bevilacqua, *Instituições e Costumes Jurídicos dos Indígenas Brasileiros ao Tempo da Conquista*, in *Criminologia e Direito*, 1896, pp. 221 ss; Juarez Tavares, *Entwicklung und gegenwärtiger Stand des brasilianischen Strafrechts*, in *ZStW* 84/4, 1972, pp. 414 ss; Nilo Batista, *Práticas penais no direito indígena*, in *RDP* 31/75 ss. Quanto às Ordenações Filipinas, não possuíam – como de resto, comum nas leis de sua época – sequer um embrião de parte geral (cf. Eduardo Correia, *Direito Criminal*, Coimbra, 1971, v. I, p. 103), onde se inserisse alguma norma sobre concurso de agentes. O desconhecimento – repita-se, comum para a época – da idéia de reserva legal (cf. Augusto Thompson, *Esboço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro*, S. Paulo, 1976, p. 88) tornava a rigor dispensável essa preocupação. Anote-se, contudo, que às vezes formas de participação vinham agregadas à própria descrição da conduta principal. Veja-se o seguinte exemplo (Livro V, título VI, 5): “se algum fizesse conselho e confederação contra o Rei e seu Stado, ou tratasse de se levantar contra elle, ou para isso desse ajuda, conselho e favor” (cf. *Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, Recopiladas per Mandado d'El-Rei D. Philippe O Primeiro, Coimbra, 1865, t. III, p. 170). A propósito do direito penal no Brasil holandês, cf. Ruy Rebello Pinho, *História do Direito Penal Brasileiro, Período Colonial*, S. Paulo, 1973, pp. 107 ss.

2 De 16 de dezembro de 1830.

sucessiva, mereciam uma disciplina especial (arts. 7^a, 8^a e 9^a) que excluía a cumplicidade. Era a cumplicidade punida com a pena da tentativa (art. 35), o que significava uma redução de um terço sobre a pena cominada ao delito consumado. Duas agravantes interessavam ao concurso de agentes: a paga ou promessa de recompensa (art. 16, § 11) e o prévio ajuste (art. 16, § 17). Uma atenuante dizia respeito a nosso assunto: ter o agente praticado o crime sob ameaça (art. 18, § 7^a).³

- 3 Art. 49 – São criminosos, como autores, os que commetterem, constringerem ou mandarem alguém commetter crimes. Art. 5^a – São criminosos, como complices, todos os mais que directamente concorrerem para se commetter crimes. Art. 6^a – Serão também considerados complices: § 1^a – Os que receberem, occultarem ou comprarem cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o fôro ou devendo sabel-o em razão da qualidade ou condição das pessoas de quem as receberão ou comprarão; § 2^a – Os que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos ou roubadores, tendo conhecimento de que commettem ou pretendem commetter taes crimes. Art. 7^a – Nos delictos de abuso da liberdade de comunicar os pensamentos, são criminosos, e por isso responsáveis: § 1^a – O impressor, gravador ou lithographo, os quaes ficarão isentos de responsabilidade, mostrando por escripto obrigação de responsabilidade do editor, sendo esta pessoa conhecida, residente no Brazil, que esteja no gozo dos direitos politicos, salvo quando escrever em causa propria, caso em que se não exige esta última qualidade; § 2^a – O editor que se obrigou, o qual ficará isento da responsabilidade, mostrando obrigação pela qual o autor se responsabilise, tendo este as mesmas qualidades exigidas no editor, para escusar o impressor; § 3^a – O autor que se obrigou; § 4^a – O vendedor e o que fez distribuir os impressos ou gravuras, quando não constar quem é o impressor, ou este for residente em paiz estrangeiro, ou quando os impressos e gravuras já tiverem sido condemnados por abuso e mandados supprimir; § 5^a – Os que communicarem por mais de quinze pessoas os escriptos não impressos, se não provarem quem é o autor, e que circularão com o seu consentimento; provando estes requisitos, será responsável sómente o autor. Art. 8^a – Nestes delictos não se dá cumplicidade; e para o seu julgamento os escriptos e discursos em que forem commettidos serão interpretados segundo as regras da boa hermeneutica, e não por phrases isoladas e deslocadas. Art. 16 – São circumstancias aggravantes: § 11 – Ter o delinquente commetido o crime por paga ou esperança de al-

Tal sistema era, de forma geral, bem visto pela doutrina da época. Paula Pessoa, referindo-se à solução do código penal francês de 1810, que parificara autores e cúmplices, dizia que “tornar responsável o cúmplice equiparando-o ao autor (...) seria confundir papéis diferentes, tornando odiosa a ação da lei”.⁴ Contudo, João Vieira de Araújo considerava existir entre autores e cúmplices mera distinção quantitativa, sendo ela “puramente nominal” e não correspondendo “à realidade das cousas”.⁵

À autoria direta era equiparada a instigação, conhecida pelos tratadistas, face aos termos empregados pela lei, por mandato criminal.⁶ Deve-se a Tobias Barreto importante estudo sobre a matéria.⁷

A previsão das formas participativas *ex post facto* do art. 6^a não pode causar surpresa: dispositivos semelhantes se faziam presentes no código francês de 1810 (art. 61) e espanhol de 1822 (arts. 12 e 17). A receptação e o favorecimento estavam ainda subordinados à disciplina da participação criminal,⁸ e a doutrina mais refinada falava no

guma recompensa; § 17 – Ter precedido ajuste entre dois ou mais individuos para o fim de commetter-se o crime. Art. 18^a – São circumstancias attenuantes dos crimes: § 7^a – Ter o delinquente commettido o crime aterrado de ameaças. Art. 35 – A cumplicidade será punida com as penas de tentativa; e a cumplicidade da tentativa com as mesmas penas desta, menos a terça parte, conforme a regra estabelecida no artigo antecedente.

- 4 Código Criminal do Império do Brasil, Rio, 1885, p. 26.
5 Código Criminal Brasileiro, Comentário Filosófico-Científico, Recife, 1889, pp. 137 e 139.
6 “Mas o mandato criminal compreende a *ordem*, inclusive o *constrangimento* declinado positivamente no art. 4^o, a *instigação* e o *conselho*” – João Vieira de Araújo, op. cit., p. 138.
7 Do Mandato Criminal, in Estudos de Direito, Rio, 1892, ed. Laemmert, p. 223 ss.
8 É bem verdade que outras legislações já haviam liberado a receptação e o favorecimento de sua antiga subordinação à teoria da participação. As-

"*delinquente accessorio dopo il delitto*", ainda que o classificasse e tratasse pelo só objetivo de demonstrar-lhe a inconsistência.⁹ Também aqui a doutrina reagia: considerava Paula Pessoa que, "sendo impossível cooperar ou tomar uma parte qualquer em um crime consumado, não se concebe uma cumplicidade subsequente".¹⁰

Por outro lado, intuíra-se o caráter acessório da participação. No estudo de Tobias Barreto, isto fica claro pelo menos em duas passagens: quando entre "exigências conceituais do mandato" inclui ele que o mandatário "tenha cometido a ação respectiva", e quando, argumentando em torno da tentativa do mandato, observa que o código não fez dele "um crime autônomo e independente da ação principal".¹¹ De forma menos elaborada, Paula Pessoa: "não há cumplicidade quando o fato principal escapa à sanção penal".¹²

sim, a *Constitutio Criminalis Theresiana*, de 1768 (arts. 3º, 12 e 102, 1) e o Código austríaco de 1787, de D. José II (art. 6º). No direito espanhol, o problema persistiu até recentemente (código de 1944, arts. 12, 3º e 17; hoje, superado pelos arts. 27 ss. CP 1995), bem como em algumas legislações latino-americanas de influência espanhola. Para análise pormenorizada do assunto, cf. Rodriguez Devesa, *Derecho Penal Español*, P.G., Madri, 1976, p. 695 ss, em comparação com Muñoz Conde - García Arán, *Derecho Penal*, P.G., Valência, 1996, ed. T. lo Blanch; Novoa Monreal, *Derecho Penal Chileno*, Santiago, 1966, v. II, p. 219 ss. O problema se coloca, igualmente, no "cúmplice posterior ao fato" (*accessory after the fact*) do direito anglo-americano; cf. L.B. Curzon, *Criminal Law*, Londres, 1973, p. 38; Wayne R. La Fave e Austin W. Scott Jr, *Handbook on Criminal Law*, St. Paul, 1972, p. 522 ss.

9 Assim, Carmignani, *Elementi di Diritto Criminale*, trad. Filippo Ambrosoli, Milão, 1882, p. 103. Carrara dizia que o favorecimento encontra sede na teoria da participação "*più per analogia, che per un principio di stretta pertinenza*" (*Grado nella Forza Fisica del Delitto*, in *Opuscoli di Diritto Criminale*, Prato, I, 1885, v. I, p. 567).

10 Op. cit., p. 27.

11 Op. cit., pp. 241 e 245. Observe-se que estamos respeitando a terminologia de Tobias Barreto; onde está "mandato", dir-se-ia modernamente instigação.

12 Op. cit., p. 27.

2. O Código Penal de 1890¹³ manteve o sistema anterior, consignando em seu art. 17 que os agentes do crime seriam autores ou cúmplices. Eram considerados autores aqueles que diretamente resolvessem e executassem o crime (art. 18, § 1º); os instigadores, sobre cuja atividade havia previsão casuística (art. 18, § 2º); aqueles que em doutrina se conhecem por cúmplices necessários (art. 18, § 3º); e aqueles que executassem diretamente o crime por outrem resolvido (art. 18, § 4º). Eram considerados cúmplices os que, não tendo resolvido ou provocado o crime, fornecessem instruções para sua execução ou a ela prestassem auxílio (art. 21, § 1º); os que, antes ou durante a execução, promettessem ao autor auxílio para fugir, ocultar ou suprimir instrumentos e provas do crime (art. 21, § 2º); os receptadores (art. 21, § 3º) e "encobridores" (art. 21, § 4º). Uma regra especial a respeito de mandato (em sentido estrito) criminal responsabilizava como autor o mandante por qualquer outro delito que fosse meio ou consequência do crime pactuado (art. 19); tal responsabilidade não prevaleceria se o mandante retirasse "a tempo sua cooperação no crime" (art. 20). Para os crimes de imprensa, instituía-se uma responsabilidade solidária (art. 22) entre o autor, o dono da tipografia ou jornal e o editor, que alcançava os gerentes e administradores da sociedade ou companhia a que pertencesse o periódico ou a gráfica (art. 22, § 1º); a cumplicidade era expressamente afastada dessas hipóteses (art. 23), embora aos proprietários do órgão divulgador ou da tipografia só se aplicasse a pena de multa.¹⁴ Entre as circunstâncias agravantes encontramos a

13 Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil, de 11 de setembro de 1890.

14 Toda a disciplina do Código Penal de 1890 referente a concurso de agentes alcançou, íntegra, a Consolidação das Leis Penais, menos a parte re-

paga ou promessa de recompensa (art. 39, § 10) e o prévio ajuste (art. 39, § 13); entre as atenuantes, contava-se a coação física vencível ou por ameaças (art. 42, § 7º) e a obediência hierárquica (art. 42, § 8º). A exemplo do código imperial, a cumplicidade era punida com as penas da tentativa, o que importava redução de um terço (art. 64); se a lei impusesse pena especial à tentativa, nenhuma redução se operaria pela cumplicidade.¹⁵

ferente à responsabilidade por crimes de imprensa. O decreto nº 24.776, de 14 de julho de 1934, nos seus arts. 26 ss, derogava a disciplina do Código. Tais disposições foram consolidadas por Vicente Piragibe (cf. Consolidação das Leis Penaes, aprovada e adaptada pelo Dec. nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, Rio, 1935, p. 11).

- 15 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 hierárquica; § 3º – Os que, antes e durante a execução, prestarem auxílio, sem o qual o crime não seria cometido; § 4º – Os que directamente executarem o crime por outrem resolvido. Art. 19 – Aquelle que mandar, ou provocar, alguém a cometer crime, é responsável como autor: § 1º – Por qualquer outro crime que o executor cometer 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 instruções para cometê-lo, e prestarem auxílio á sua execução; § 2º – Os que antes ou durante a execução prometterem ao criminoso auxílio para evadir-se, occultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar os seus vestígios; § 3º – Os que receberem, occultarem, ou comprarem, cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo sabel-o, pela qualidade ou condições das pessoas de quem as houverem; § 4º – Os que derem asilo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como taes e o fim para que se reúnem. Art. 22 – Nos crimes de abuso da liberdade de manifestação do pensamento são solidariamente responsáveis: a) o autor; b) o dono da typographia, ou jornal; c) o editor. § 1º – Si a typographia, litographia, ou jornal pertencer a entidade collectiva, sociedade ou companhia, os gerentes ou administradores serão solidariamente responsáveis para todos os efeitos legais. (...) Art. 23 – Nestes crimes não se dá cumplicidade, e a

Infelizmente, matéria tão rica e diversificada não recebeu da doutrina o tratamento que em profundidade a esclarecesse. Galdino Siqueira, embora anotando a dependência que a problemática do concurso de agentes guarda da solução que a tal problema consigne o direito positivo,¹⁶ adotara a lição parificadora de João Vieira de Araújo, sem fundamentação convincente.¹⁷ De qualquer forma, alguns avanços podem ser percebidos. Instala-se a discussão entre teorias diferenciadoras objetivas e subjetivas;¹⁸ critica-se a inserção da cumplicidade posterior ao delito como forma participativa¹⁹ e a falta de regra expressa sobre comunicabilidade de circunstâncias.²⁰ Galdino Siqueira trabalha, sem mencioná-lo expressamente, com a idéia de acessoriedade, ao situar

acção criminal respectiva poderá ser intentada contra qualquer dos responsáveis solidários, a arbitrio do queixoso. (...) Art. 39 – São circunstancias agravantes: § 10 – Ter o delinquentes cometido o crime por paga ou promessa de recompensa; § 13 – Ter sido o crime ajustado entre dois ou mais individuos. Art. 42 – São circunstancias atenuantes: § 7º – Ter o delinquentes cometido o crime impellido por ameaças ou constrangimento physico vencivel; § 8º – Ter o delinquentes cometido o crime em obediencia á ordem de superior hierarchico. Art. 64 – A cumplicidade será punida com as penas da tentativa e cumplicidade da tentativa com as penas desta, menos a terça parte. Quando, porém, a lei impuzer á tentativa pena especial, será applicada integralmente essa pena á cumplicidade.

16 Direito Penal Brasileiro, PG., Rio, 1932, p. 206.

17 Adotara aliás, com singular literalidade. Escrevia João Vieira de Araújo, em 1889: "É visto pois que não há diferença entre uma forma e outra senão de quantidade e não de qualidade (...). Caminhe um pouco mais o complice e será autor, retrahase este e não será mais do que um complice" (op. cit., p. 137). Proclamava Galdino Siqueira, em 1932: "Em definitiva, é uma distincção meramente empirica, meramente quantitativa. Caminhe um pouco mais o complice e será autor, retraia-se este e não será mais do que um complice" (op. cit., p. 206).

18 Galdino Siqueira, op. cit., pp. 205 e 207.

19 Galdino Siqueira, op. cit., p. 209; Estevam Lobo, *Autoria Collectiva e Cumplicidade*, Rio, 1897, p. 19.

20 Galdino Siqueira, op. cit., p. 209; Estevam Lobo, op. cit., p. 55.

como requisito da punibilidade da participação que ela "se refira a uma acção punível como crime", acrescentando que tal conduta "não tem por si só character illicito, só o adquirindo pela ligação à infracção".²¹ Por vias metodologicamente discutíveis, nega-se a possibilidade de participação em crimes culposos.²²

Na aferição da cumplicidade necessária, levava-se em conta o aporte trazido ao crime "nas circunstâncias e na ocasião em que se realizou, por aquela forma em que se verificou".²³ Como lembra Basileu Garcia,²⁴ discutia-se se a enumeração das formas de instigação era taxativa ou exemplificativa, considerando-se que o "conselho" não se incluía nas previsões do art. 18, § 2º.²⁵ Desconhecia-se a autoria mediata.²⁶

21 *Ibidem*. Refratário à idéia de acessoriedade, Macedo Soares considerava que "a provocação e determinação" são expressões da "autoria intelectual e constituem princípio de execução do crime" (Codigo Penal Commentado, Rio, 1910, p. 45).

22 Galdino Siqueira traz em seu abono a opinião de Viveiros de Castro. Op. cit., p. 217 ss.

23 Basileu Garcia, Instituições de Direito Penal, S. Paulo, 4ª ed., v. I, t. I, p. 365. Este autor realiza interessante estudo sobre o concurso de agentes no Código de 1890. No que respeita à cumplicidade necessária, idêntica era a opinião de Galdino Siqueira, op. cit., p. 235.

24 Op. cit., p. 363.

25 Dispondo de um texto legal consideravelmente mais pobre, que só previa o mandato, porém de instrumental teórico mais apurado, Tobias Barreto já solucionara a questão, em 1882, data de seu Do Mandato Criminal, cit., p. 237.

26 Apesar do acesso possível à obra de von Liszt, traduzida em 1899 por José Hygino, a "autoria intelectual" dos autores que versaram o Código de 1890 nunca se distanciou muito da instigação. Cf. Franz von Liszt, Tratado de Direito Penal Alemão, trad. José Hygino Duarte Pereira, Rio, 1899, v. 1, p. 356. Frise-se que Tobias Barreto formulou hipótese clara de autoria mediata, sem empregar tal designação, porém usando pioneiramente (1882) o termo "*instrumento*" (op. cit., p. 243).

3. O projeto de código penal de 1893, de autoria de João Vieira de Araújo, ao contrário do que se poderia esperar face às tendências parificadoras já manifestadas por seu autor, mantinha o sistema diferenciador;²⁷ não só mantinha, como teve ardorosamente defendida a estrutura proposta, na famosa polêmica com João Monteiro.²⁸ A mais importante contribuição deste projeto residiu em conter, pela primeira vez, regras sobre a comunicabilidade das circunstâncias, de confessada inspiração no art. 66 do código italiano de 1889.²⁹

O projeto de 1913, de Galdino Siqueira, inaugura a direção parificadora entre nós.³⁰ A exposição de motivos procura amarrar a teoria da participação à teoria da equivalência dos antecedentes causais,³¹ e invoca os

27 Art. 15 – São autores os executores e cooperadores immediatos do facto punível, assim como aquelle que tiver determinado outrem a commettel-o. Art. 16 – São complices todos os mais que concorrerem para o crime, facilitando-o. Art. 17 – O culpado por algum facto de co-delinquencia será considerado autor e não complice, si sem o seu concurso o crime não se tivesse podido realizar. Art. 18 – Serão também considerados complices: § 1º – Os que receberem, occultarem ou comprarem cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo saber-o em razão da qualidade ou condição das pessoas de quem as houveram; § 2º – Os que habitualmente derem asylo a assassinos e roubadores, ou prestarem sua casa à reunião d'estes, sabendo que commettem ou pretendem commetter mortes ou roubos (João Vieira de Araujo, Codigo Penal Commentado Theorica e Praticamente, Rio, 1896, p. 119).

28 O Projecto do Codigo Penal e a Faculdade de São Paulo, Recife, 1895.

29 Art. 36 – As circunstancias e as qualidades inherentes às pessoas, pelas quaes se agrava a pena de algum dos co-delinquentes, autores ou complices, communicam-se áquelles que as conheciam no momento em que concorreram para o crime; mas a pena será diminuida de um sexto, em cada um de seus grãos. Art. 37 – As circunstancias materiaes que agravam a pena, ainda que façam mudar a figura do crime, communicam-se áquelles que as conheciam no momento em que concorreram para elle (cf. Estevam Lobo, op. cit., p. 55).

30 Projecto de Codigo Penal Brasileiro, Rio, 1913.

31 "Ora, já vimos que não há que distinguir entre causa e condições na produção de um evento, e assim todos os co-delinquentes são causa, e, portanto, autores do crime (...)" – Projecto, cit., p. 44.

precedentes legislativos do código da Noruega de 1902 e da segunda forma do projeto de código federal suíço, e o precedente científico do congresso de Lintz (1895) da União Internacional de Direito Penal.³² O seu art. 99 tem a seguinte redação: "São agentes do crime os que tiverem determinado outrem a commettel-o, os executores e os que por outro meio tiverem concorrido scientemente para sua realização".³³

Em sua versão primitiva (1927), o projeto de Sá Pereira estabelecia, no art. 46: "Autor de crime não é somente aquelle que o executa, como também o que determina outrem a executá-lo ou por qualquer modo concorreu para que elle se executasse". O art. 47 determinava que a responsabilidade se fixasse e a pena se graduasse considerando a temibilidade de cada delinquente, os motivos que o conduziram ao crime, e a importância de sua participação nele, critério que mereceu o aplauso de Asúa.³⁴ Na segunda versão (1928), o dispositivo básico tem a seguinte forma: "Responderá pelo crime, como se o houvera cometido, aquelle que determinou alguém a commettel-o, ou á execução do mesmo prestou assistência (art. 129, nº 5). As relações, qualidades e circunstancias especiaes, que favoreçam ou prejudiquem a algum dos coautores, aos

³² Projecto, cit., p. 45.

³³ O art. 42 estabelecia que "concorrendo varios agentes no conmetimento de um crime, serão punidos com a mesma pena, salvo o disposto no art. 7º e o effeito de circunstancias pessoasas". Além desses dispositivos, o art. 10 previa a responsabilidade nos crimes de imprensa, sem valer-se da construção *par cascades* com raízes no código imperial, mas liberando o editor e o impressor se "provada a ausência de dolo" (!); além disso, encontraremos as agravantes da paga ou esperança de recompensa e do prévio ajuste (art. 20, §§ 4º e 5º). O conteúdo do art. 18 não pode seriamente ser considerado como regra sobre comunicabilidade de circunstancias.

³⁴ Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, B. Aires, 1964, v. I, p. 1.335.

demais não se communicam".³⁵ O art. 129, que corresponde ao que poderíamos chamar de critérios para a fixação de uma pena base, determinava que o juiz atendesse à importância da participação no crime. Dentre as atenuantes, contemplava-se a hipótese em que o sujeito agisse "sob a pressão da obediência natural ou da dependência" (art. 130, XI).

O projeto de Alcantara Machado, de 1938, concentrou os dispositivos concernentes ao concurso de agentes no capítulo II do título III, sob a denominação equívoca "Da co-autoria" (arts. 18 ss). Ali encontraremos uma relação de condutas de autoria e participação, equiparadas com respeito à pena cominada, porém conjugadas a um sistema agravador/atenuador específico.³⁶ Nos cinco incisos do

³⁵ Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil - Projecto Apresentado ao Governo pelo Desembargador Virgilio de Sá Pereira, Rio, 1928, p. 10 (art. 38). Após a revisão, a matéria sediou-se no art. 29, com redação ligeiramente alterada: "Responde pelo crime, como se o houvera cometido, quem tiver determinado ou instigado o seu autor a cometel-o, para com ele concorrido ou á sua execução prestado assistencia. Na co-autoria as relações, qualidades e circunstancias de caráter pessoal são incomunicáveis".

³⁶ Art. 18 - Incorrerão nas penas cominadas para o crime, com as modificações constantes dos arts. 19 e 20: I - quem o houver diretamente resolvido e executado; II - quem tiver instigado ou determinado alguém a executá-lo; III - quem executar o crime resolvido por outrem; IV - quem, antes ou durante a execução, prestar auxílio, sem o qual o crime não seria cometido; V - quem de outra maneira participar da preparação ou execução do crime. § 1º - Salvo expressa disposição em contrário, não serão puníveis, quando o crime não for cometido, o ajuste entre duas ou mais pessoas, ou a instigação para cometel-o. Em qualquer desses casos, porém, poderá o juiz aplicar medida de segurança ao que participar do ajuste ou fizer a instigação. § 2º - São incomunicáveis entre os partícipes: I - as circunstancias pessoais de que resultem atenuação ou agravação do crime, ou isenção, diminuição ou aumento da pena; II - as circunstancias reais de que o partícipe não tiver conhecimento, a menos que sejam elementos constitutivos do crime ou sirvam para lhe facilitar a execução. § 3º - No crime culposos, se o evento resultar da ação ou omissão de mais de um agente, cada um deles ficará sujeito à pena estabele-

art. 18 se compendiam a autoria direta, a instigação, a cumplicidade necessária (incisos I a IV) e uma fórmula extensiva que abrangia cumplicidade e co-autoria (inc. V). Surgia a medida de segurança pré-delitual para o ajuste e determinação que não resultem em execução do crime (art. 18, § 1º), de evidente inspiração no art. 115 do código italiano de 1930. Regulamentava-se a comunicabilidade das circunstâncias (art. 18, § 2º). À controvertida "atenuante" da participação em crime menos grave (art. 20, inc. II), onde se punia resultado sem dolo, opunha-se uma curiosa agravante de participação em crime mais grave (art. 19, inc. III), com a qual se impedia a punição de dolo sem resultado. A exemplo do que já sucedera nos projetos Galdino Siqueira e Sá Pereira, a receptação e o favorecimento não eram mais tributários da disciplina do concurso de agentes.

4. O código penal de 1940, inspirando-se confessadamente no código italiano de 1930 quanto à orientação adotada,³⁷ conferiu-nos as normas mais simplificadas que jamais regeram a matéria no desenvolvimento histórico do

cida para o crime. Art. 19 – A pena será aumentada: I – para quem promover ou organizar a cooperação no crime ou dirigir a atividade dos partícipes; II – para quem instigar ou determinar a cometer o crime (art. 18, nº II) pessoa sujeita a sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; III – para quem houver querido participar de crime mais grave do que o cometido, não devendo, porém, a pena imposta exceder o máximo da cominada para o primeiro; IV – para quem houver executado o crime, no caso do art. 18, nº III, mediante paga ou promessa de recompensa. Art. 20 – A pena será diminuída: I – para quem, no caso do art. 18, nº V, tiver participação de somenos importância na preparação ou execução do crime; II – para quem houver querido participar de crime menos grave do que o cometido, não podendo, porém, a pena imposta ser inferior ao mínimo da cominada para aquele (cf. Alcantara Machado, Projeto do Código Criminal Brasileiro, Rio, 1938, p. 46).

37 "É o sistema do Código italiano". Cf. Exposição de Motivos, nº 22.

direito penal brasileiro. Adotando a censurável denominação "Da Co-autoria", o título IV da Parte Geral continha três artigos.³⁸ No primeiro deles, dominando a disciplina, estatuiu-se um conceito extensivo, de base causal, de autoria (art. 25); no segundo, regulamentava-se a comunicabilidade das circunstâncias (art. 26); no terceiro, estipulava-se a impunidade da participação em hipóteses nas quais não sobrevém execução, ressaltando-se a aplicação da medida de segurança, nos termos do art. 76, parágrafo único (art. 27). Ingressavam ainda no domínio de nosso interesse as disposições a propósito de erro de fato provocado por terceiro³⁹ e coação irresistível e obediência hierárquica.⁴⁰ A isto se agregava o sistema agravador específico do art. 45, e duas atenuantes: a cooperação de somenos importância e a participação em crime menos grave.⁴¹

A coluna de sustentação teórica da posição assumida pelo Código consistia no seguinte raciocínio: adotada ex-

38 Art. 25 – Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas. Art. 26 – Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. Art. 27 – 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 (art. 76, parágrafo único).

39 Art. 17, § 2º – Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

40 Art. 18 – Se o crime é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

41 Art. 45 – A pena é ainda agravada em relação ao agente que: I – promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II – coage outrem à execução material do crime; III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa. Art. 48 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena: II – ter sido de somenos importância sua cooperação no crime; parágrafo único – Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até a metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido.

pressamente que fora, no art. 11, a teoria da equivalência dos antecedentes, não havia como fugir, na disciplina do concurso de agentes, à inexorável parificação, que desta forma seria imperativa consequência lógica da posição anteriormente assumida, no tratamento legal da causalidade.⁴²

Este raciocínio foi absolutamente dominante na doutrina brasileira. Ei-lo em Hungria,⁴³ em Lyra,⁴⁴ em Costa e Silva,⁴⁵ em Aníbal Bruno,⁴⁶ em Fragoso,⁴⁷ em Frederico Marques,⁴⁸ em Mestieri,⁴⁹ em Magalhães Noronha,⁵⁰ em

Basileu Garcia,⁵¹ em Bento de Faria,⁵² em Salgado Martins,⁵³ em Lyra Filho – Cernicchiaro,⁵⁴ em Brito Alves,⁵⁵ em Evandro Lins e Silva.⁵⁶ Os autores que, antes da reforma de 1984, versaram monograficamente o assunto, ofereciam poucas reservas a este raciocínio: assim Damásio E. de Jesus,⁵⁷ assim Esther de Figueiredo Ferraz;⁵⁸ não obstante, adotara-o plenamente Fabrício Leiria.⁵⁹ Largo curso teve o raciocínio nos manuais destinados a estudantes.⁶⁰

- 42 Rezava a Exposição de Motivos, numa de suas passagens mais repetidas (nº 22): "Não há nesse critério de decisão do projeto senão um corolário da teoria da equivalência das causas, adotada no art. 11".
- 43 "Todos os partícipes são autores, pois todos cooperam na realização do crime com igual eficiência causal" – cf. Comentários ao Código Penal, Rio, 1958, v. I, t. I, p. 405.
- 44 "O art. 25 do Código Penal está, assim, ligado ao art. 11" – cf. Expressão mais Simples do Direito Penal, Rio, 1976, p. 109.
- 45 "Assim, a doutrina da equivalência das condições leva, logicamente, à parificação de todos os concorrentes do crime" – cf. Comentários ao Código Penal Brasileiro, S. Paulo, 1967, p. 154. Narra Hungria ter sido Costa e Silva o autor da "simplificada redação do preceito sobre co-autoria" (cf. Nelson Hungria, Costa e Silva Penalista, in Novas Questões Jurídico-Penais, Rio, 1945, p. 311).
- 46 "Da equivalência das condições segue-se a equivalência, em princípio, da responsabilidade de todos os que põem uma condição para que o fato ocorra" – cf. Direito Penal, PG., Rio, 1959, v. I, t. 2º, p. 258.
- 47 "A lei penal brasileira resolveu em termos simples a questão da co-delinquência, partindo da teoria da equivalência dos antecedentes, adotada quanto à relação de causalidade" – cf. Lições de Direito Penal, PG., S. Paulo, 1977, p. 273.
- 48 "O princípio da causalidade é a base principal da construção dogmática da co-delinquência" – cf. Tratado de Direito Penal, S. Paulo, 1965, v. II, p. 312.
- 49 "Esta posição está intimamente relacionada com o fato de o Código haver esposado, no art. 13, a teoria da equivalência dos antecedentes" – cf. Teoria Elementar do Direito Criminal, Rio, 1971, p. 250.
- 50 "A orientação do legislador de 1940 impunha-se em face da teoria da *conditio sine qua non*, pela qual tudo quanto concorre para o resultado é causa" – cf. Direito Penal, S. Paulo, 1978, v. I, p. 217.

- 51 "Esse preceito apareceu como consequência de ter sido adotada a teoria da equivalência das condições" – cf. op. cit., p. 373.
- 52 "Estabelecido o concurso de causas para tal ocorrência, pouco importando sua natureza, o evento deve ser imputado a todos quantos com a própria ação contribuíram para determiná-lo" – cf. Código Penal Brasileiro Comentado, Rio, 1961, v. II, p. 246.
- 53 "O nosso direito positivo considera igualmente autores todos os concorrentes na produção de um delito, apresentando-se tal posição como simples corolário da teoria da *conditio sine qua non* que esposou, no tocante à causalidade" – cf. Direito Penal, S. Paulo, 1974, p. 271.
- 54 "De um lado, harmonizam-se com nosso direito positivo, que adotou a teoria da *conditio sine qua non* (ou da equivalência) não distinguindo entre causa e condição do evento" – cf. Compêndio de Direito Penal, PG., S. Paulo, 1973, p. 231.
- 55 "Do mesmo modo que todas as condições são, em geral, causa do crime, também todos os concorrentes da infração penal são autores da mesma, não se podendo, assim, distinguir entre autor e co-autores" – cf. Direito Penal, PG., Recife, 1977, p. 496.
- 56 "O problema da co-autoria no Código Penal está intimamente vinculado à teoria da causalidade adotada no art. 11" – cf. Co-autoria, in Revista Brasileira de Criminologia, Rio, 1952, nº 21, p. 12.
- 57 "Acatada a teoria da equivalência dos antecedentes, quem dá causa ao evento é considerado autor" – cf. Da Co-delinquência em face do Novo Código Penal, S. Paulo, 1976, p. 9. No mesmo sentido, em seu Tratado de Direito Penal, S. Paulo, 1978, p. 366. "Todavia, a doutrina tem exagerado na questão da influência do tema da causalidade no problema da co-delinquência" – *ibidem*.
- 58 "A expressão 'de qualquer modo' convida a um comodismo funesto em consequências" – cf. A Co-delinquência no Direito Penal Brasileiro, S. Paulo, 1976, p. 12.
- 59 "Como decorrência de haver adotado, no seu artigo 11, a teoria unitária da equivalência das condições, nosso Código Penal parifica os vários participantes do concurso de agentes em uma só categoria" – cf. Autoria e Participação Criminal, S. Paulo, 1974, p. 81.
- 60 Cf. Nelson Pizzotti Mendes, Direito Penal, S. Paulo, 1974, p. 129 (em sintoma, aliás, com o pensamento expressado em Do Concurso de Agentes à luz

Os elaboradores do Código – e, no particular, percebe-se o influxo da apaixonada posição de Hungria – supunham repudiar, pela adoção do conceito indiferenciado de autor, “a ilógica e insuficiente ficção segundo a qual, no sistema tradicional, o cúmplice acede à criminalidade do autor principal”.⁶¹ Pretendia-se expurgar do direito brasileiro a acessoriedade da participação. Na mesma ordem de idéias, imaginava-se sem “utilidade a famosa teoria do *autor mediato*”, e afugentava-se a “perplexidade” dos juízes convocados a deliberar sobre o caráter necessário da cumplicidade.⁶² No que tange às circunstâncias, entendia a Exposição de Motivos que aquelas, mesmo de caráter subjetivo, que influenciasses “sobre o *nomen juris* da infração”, entender-se-iam “necessariamente” aos partícipes.

Como veremos no desenvolvimento do presente trabalho, nenhuma das proposições teóricas contidas na Exposição de Motivos do Código de 1940 alcançou aceitação unânime, ou viu-se demonstrada de forma irrefutável. Mesmo os autores que admitiam o fundamento da *Urheberschaft* identificável no art. 25 como “decorrência lógica”, “corolário” da teoria da equivalência dos antecedentes, reagiram a elas, de modo mais ou menos conseqüente.

5. Baseado no projeto Nélson Hungria, de 1963, foi promulgado em 1969 um novo Código Penal, cuja vigência foi sucessivamente adiada, até ser ele finalmente revogado.⁶³ Tal código sofrera alterações em 1973,⁶⁴ mas seria des-

da Tipicidade Penal, in *Justitia*, S. Paulo, 1972, v. 79, p. 71); Walter de Abreu Garcez, Curso Básico de Direito Penal, S. Paulo, 1972, p. 210; Paulo Roberto Leite Ventura, Direito Penal Resumido, Rio, 1972, p. 43.

61 Exposição de Motivos, nº 22.

62 *Idem*.

63 Promulgado pelo Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, o CP 1969 seria revogado pela Lei nº 6.578, de 11.out.78.

64 Lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973.

cartado a partir de importante alteração do Código de 1940,⁶⁵ que advertiu para as vantagens de reformar o diploma anterior.

Fundamentalmente, repetia-se no código de 1969 a mesma disciplina do código de 1940, em tema de concurso de agentes, que nele era a denominação do título, sem dúvida mais apropriada. A grande novidade era a regra do § 1º do art. 35, primeira parte, segundo a qual a punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade; contrapartida natural, eliminava-se a controvertida “atenuante” da participação em crime menos grave. O sistema agravador/atenuador, disperso no código anterior, consolidava-se em torno dos dispositivos básicos.⁶⁶ Na Exposição de Motivos, da lavra de Heleno Fragoso, uma inquietação: “é possível que a unificação de todas as formas de participação e autoria seja, a rigor, incompatível com um Direito Penal da Culpa”.⁶⁷

6. Alguns autores costumam mencionar o código norueguês de 1902 como fonte inspiradora da orientação

65 Através da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977.

66 Art. 35 – Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas. § 1º – A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade. Não se comunicam, outrossim, as condições ou circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. § 2º – A pena é agravada em relação ao agente que: I – promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II – coage outrem à execução material do crime; III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa. § 3º – A pena é atenuada em relação ao agente cuja participação no crime é de somenos importância.

67 Exposição de Motivos do Código de 1969, nº 18.

adotada entre nós pelo legislador de 1940. Assim, Costa e Silva afirma que "o exemplo veio do código norueguês e vai a pouco e pouco se alastrando";⁶⁸ Hungria proclama que "depois do exemplo do código norueguês (...) o critério da equiparação dos concorrentes ao crime tornou-se tendência do direito penal moderno".⁶⁹ Não nos parece tão tranqüila a influência apontada.

Reza o art. 58 do código penal norueguês de 1902 que, "se diversas pessoas colaboraram num objetivo punível, a pena pode ser estabelecida abaixo do mínimo previsto, ou pertencer a uma classe mais benigna quanto a elas, se essa colaboração foi essencialmente provocada por sua situação de dependência face a outro dos culpados ou foi de somenos importância com respeito àquela das outras. Caso possa a pena fixar-se numa multa, assim como em matéria contravencional, ela poderá pura e simplesmente ser suprimida".⁷⁰ Tal orientação se deveu, certamente, ao influxo do pensamento do principal redator do código, Bernard Getz, que desde 1876 se insurgira contra a concepção de distintas formas de participação. Todavia, como lembra Asúa, seria exagero afirmar que Getz "*impuso del todo su criterio*".⁷¹

Desde logo se verifica que, em franca oposição ao raciocínio básico de que a qualquer contributo causal devam corresponder as penas do delito, o art. 58 do código norueguês prevê formas de cumplicidade que permitem a redução da pena aquém do mínimo legal, ou mesmo sua não aplicação.

68 Op. cit., p. 154.

69 Comentários, cit., p. 409.

70 Traduzido de versão francesa, in Marc Ancel, *Les Codes Pénaux Européens*, Paris, 1958, v. III, p. 1297.

71 Luis Jiménez de Asúa, *Autor y Participación*, in *El Criminalista*, 2ª série, B. Aires, 1960, v. IV, p. 153.

Por outro lado, a doutrina norueguesa transfere o problema da responsabilidade para a parte especial, reconhecendo que o dispositivo ora em exame "*does not reveal when cooperation is punishable*".⁷² Inúmeras previsões da parte especial constroem tipos de participação, particularmente instigação; em outros casos, a especial posição do agente, ou sua direta relação com certos deveres delimitam a responsabilidade; há, ainda, hipóteses nas quais a incriminação se arquiteta de modo tão generalizado que inclui os atos de colaboração. Veja-se em Johannes Andenaes elucidativa explanação sobre essas peculiaridades,⁷³ que tornam extremamente temerária a equiparação de tal sistema ao do Código brasileiro de 1940. Assim, o precedente legislativo claramente reconhecível é o código italiano de 1930 (arts. 110 ss.).

7. Como lembra com precisão Esther de Figueiredo Ferraz, "apesar do esforço empreendido pelo legislador penal brasileiro (de 1940) para se libertar da tradicional classificação dos agentes do crime", subsistiu no texto da própria lei "uma terminologia que supõe uma classificação subterrânea mas real, consagrada das clássicas formas de participação".⁷⁴

Com efeito, no art. 27 se estipulava a impunibilidade do instigador e do cúmplice, caso o delito não seja executado. Além de contemplar formas típicas de participação, o dispositivo trabalhava numa área que já se chamou de "chave da acessoriedade", a distinção entre atividade preparatória e atividade executiva".⁷⁵ Nas disposições do

72 Johannes Andenaes, *The General Part of the Criminal Law of Norway*, trad. Thomas P. Ogle, N. York, 1965, p. 274.

73 Op. cit., pp. 275 ss.

74 Op. cit., p. 10.

75 "(...) *distinzione che è la chiave dell'accessorietà*" – cf. Cesare Pedrazzi, *Il Concorso di Persone nel Reato*, Palermo, 1952, p. 41.

sistema agravador/atenuador (arts. 45 e 48) se encontravam, igualmente, figuras que se opunham ao nivelamento simplista do art. 25, e cuja convivência legislativa com ele requeria tratamento menos singelo do que a equação "da causalidade a responsabilidade e da culpabilidade a medida da pena".

Hungria fez o que pôde para evitar tais andanças teóricas. Em sua pena brilhante e impiedosa, a "renitente teoria da acessoriedade", que pressupunha uma "punibilidade por empréstimo ou em ricochete", deveria ser remetida "para o museu do direito penal",⁷⁶ onde ficaria numa estante ao lado "da autoria mediata".⁷⁷ "Todos os partícipes são autores", pregava ele, e assim estão resolvidos inúmeros problemas, entre os quais o "desse tormentoso auxílio necessário", que "só serve para dar dor de cabeça aos juízes".⁷⁸

Sem embargo da posição do Código de 1940, dos termos drásticos de sua Exposição de Motivos, e da opinião respeitável de Hungria, a doutrina brasileira questionou – de forma tímida, é verdade – a causalidade como critério central e único; versou a teoria da acessoriedade; construiu as formas de participação; e admitiu a autoria mediata. Com relação à causalidade, Esther Figueiredo Ferraz advertia que "aquela repercussão, aquele relacionamento e esta dependência" (referia-se à ligação participação – causalidade) "hão de ser entendidos em termos e não de maneira

76 Comentários, cit., pp. 402, 403 e 405.

77 *Idem, ibidem.*

78 *Idem*, pp. 405 e 411. A verdade é que Hungria não liberou os juízes dessa enxaqueca, pois no art. 48, inc. II, do Código por ele revisto sobrevivera o "auxílio secundário", o reverso do necessário e só compreensível por antinomia. Já tivemos oportunidade de questionar como se poderia seriamente interpretar tal atenuante "desprezando-se a contribuição da doutrina que empreende a distinção entre cumplicidade necessária e desnecessária" (cf. Nilo Batista, *Decisões Criminais Comentadas*, Rio, 1976, p. 21).

absoluta".⁷⁹ Aníbal Bruno reconhecia que, "além da causalidade, é necessário tomar em consideração, para fixar a responsabilidade penal, os outros aspectos do fato punível, como ato típico, antijurídico e culpável",⁸⁰ muito embora só considerasse, em sua apreciação, a culpabilidade, vinculando-a à medida da pena de cada partícipe. Com grande agudeza, percebera Frederico Marques que, "se a relação causal tivesse essa função absorvedora e proeminente, a tipicidade estaria reduzida a um papel subalterno, quando não inócuo".⁸¹

Com relação à teoria da acessoriedade, já afirmara Frederico Marques que "a concepção unitária do *concurso delinquentium* não faz desaparecer o caráter acessório da participação".⁸² Tal teoria, admitida por Frágoso,⁸³ é mais extensamente versada por Damásio E. de Jesus.⁸⁴ Dignas de atenção são as observações que a respeito dispensa Calmette Satyro Bonatelli.⁸⁵

Com relação à construção das formas de participação, o próprio Hungria, algo paradoxalmente, prescrevera seu estudo, afirmando que "a equiparação, em princípio, de todos os partícipes não importa desconhecer as várias formas da participação".⁸⁶ Em passagem lapidar, Aníbal Bruno lembrava que, mesmo quando os códigos fugissem a uma classificação das figuras de co-delinquência, "nem por isso deixará de ser útil prevê-las e defini-las, como realida-

79 *Op. cit.*, p. 48.

80 *Op. cit.*, p. 259.

81 Frederico Marques, Co-autoria, in *Revista Forense*, Rio, 1957, nº 173, p. 507. No mesmo sentido pronuncia-se em seu Tratado, cit., p. 308.

82 Co-autoria, cit., p. 508.

83 *Op. cit.*, pp. 274 e 277.

84 Da Co-delinquência, cit., pp. 20 ss; *Direito Penal*, cit., pp. 370 ss.

85 Dos Elementos Objetivo e Subjetivo da Co-delinquência, in *Justitia*, S. Paulo, 1972, v. 79, p. 86.

86 Comentários, cit., p. 411.

des bem precisas, inconfundíveis entre si, a cuja compreensão não podem ficar estranhas a ciência nem a justiça penal".⁸⁷ Foram as formas de participação classificadas e tratadas por Fragoso,⁸⁸ por Aníbal Bruno,⁸⁹ por Fabrício Leiria,⁹⁰ por Damásio E. de Jesus,⁹¹ entre outros. A existência de um sistema agravador/atenuador referido especificamente às condutas participativas é tomada como demonstração de que "não é irrelevante distingui-las entre si, apesar da unificação".⁹²

Com relação à autoria mediata, foi objeto de atenção dos estudiosos brasileiros,⁹³ com certa diversidade de opiniões, como será visto oportunamente. O fato a realçar, por ora, é que, ao contrário do que – tanto quanto se depreende da Exposição de Motivos – parece ter sido a intenção do legislador de 1940, o problema da autoria mediata subsistiu, inquietando a doutrina e postulando exame.

8. A reforma da Parte Geral empreendida em 1984⁹⁴ representou um importante avanço, não só no campo das penas e medidas de segurança, mas também no âmbito da teoria do delito. Embora a disciplina do concurso de agentes não tenha sofrido uma transformação notável – como, por exemplo, aquela que se deu quanto ao erro – é fora de

dúvida que houve um aprimoramento. Desde logo, acresceu-se à regra básica parificadora, de fundo causal, uma referência à culpabilidade de cada concorrente (art. 29). A participação de menor importância (cumplicidade desnecessária), que no sistema do CP 1940 não passava de simples atenuante (art. 48, inc. II), converteu-se em minorante, causa especial de diminuição da pena (art. 29, § 1º), capaz de levar a pena aplicada abaixo do patamar mínimo sem afrontar a súmula nº 231-STJ. A hipótese de participação em crime menos grave, que antes implicava necessariamente responsabilidade objetiva (art. 48, parágrafo único), dispõe agora de solução mais atenta às exigências do princípio da culpabilidade (art. 29, § 2º). Mantiveram-se as regras sobre comunicabilidade das circunstâncias (art. 30) e sobre impunibilidade de atos preparatórios compartilhados (que interessa aos princípios da acessoriedade e da executividade – art. 31). O sistema agravador especificamente dirigido aos casos de concurso de agentes foi mantido, com leves alterações (art. 62). Interessam-nos ainda os dispositivos que versam sobre erro determinado por terceiro (art. 20, § 2º) e coação irresistível e obediência hierárquica (art. 22).⁹⁵

⁸⁷ Op. cit., p. 263.

⁸⁸ Op. cit., pp. 275 ss.

⁸⁹ Op. cit., pp. 265 ss.

⁹⁰ Op. cit., pp. 113 ss. e 157 ss.

⁹¹ Da Co-delinquência, cit., pp. 59 ss.

⁹² Luiz Dória Furquim, O Concurso de Agentes, com especial referência à Autoria Mediata, em face do Novo Código Penal, in *Justitia*, S. Paulo, 1971, v. 74, p. 68.

⁹³ Aníbal Bruno, op. cit., p. 267; Fragoso, op. cit., p. 276; Fabrício Leiria, op. cit., p. 35; Damásio E. de Jesus, Da Co-delinquência, cit., p. 36; Luiz Dória Furquim, op. cit., p. 70; etc.

⁹⁴ Através da Lei nº 7.209, de 11.jul.84. Como sua *vacatio* se demorava por 6 meses, fala-se habitualmente da "reforma de 1985".

⁹⁵ Art. 29 – Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Art. 30 – Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. 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. Art. 62 – A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II - coage ou induz outrem à execução material do crime; III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa. Art. 20 (...) § 2º – Responde pelo crime o terceiro que determina o erro. Art. 22 – Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

Se ainda sob o regime do CP 1940 os penalistas brasileiros já se insurgiam contra a camisa-de-força do simplismo causal, após a reforma de 1984 era inevitável que o nível das investigações sobre autoria e participação – acompanhando um movimento que abrangia toda a teoria do delito – se elevasse. Hungria decretara que a acessoriedade e a autoria mediata eram assuntos que deveriam repousar num “museu do direito penal”. As monografias pós-1984 versam os dois temas, como a de Rogério Greco,⁹⁶ e até mesmo os cruzam, como a de Beatriz Vargas Ramos.⁹⁷ Para simples menção exemplificativa à literatura penalística que veio a lume depois de 1984, vejamos os temas banidos por Hungria amplamente discutidos em Luiz Regis Prado,⁹⁸ Juarez Cirino dos Santos,⁹⁹ Cezar Roberto Bitencourt¹⁰⁰ e Julio Fabbrini Mirabete.¹⁰¹ A cumplicidade necessária, também banida por Hungria (para quem sua única utilidade era produzir “dor de cabeça nos juizes”) acaba versada por esta literatura mais recente ao tratar da participação de menor importância, como, por exemplo, René Ariel Dotti, que se vale de um critério formal (proximidade da conduta quanto ao núcleo do tipo) e de outro causal.¹⁰² Embora a influência da explícita adoção pelo código da teoria da *conditio* seja ainda sublinhada, como em João Mestieri,¹⁰³ já não é o único eixo – como se percebe em Jair Leonardo Lopes¹⁰⁴ –, sendo sua “insuficiência”, da qual decorre uma “simplificação do fenômeno”, denunciada por Miguel Reale Júnior.¹⁰⁵

96 Concurso de Pessoas, B. Horizonte, 2000, ed. Mandamentos, pp. 37 e 55.

97 Do Concurso de Pessoas, B. Horizonte, 1996, ed. Del Rey, pp. 40 ss.

98 Curso de Direito Penal Brasileiro, P.G., S. Paulo, 1999, ed. RT, pp. 263 ss.

99 A Moderna Teoria do Fato Punível, Rio, 2002, ed. Revan, pp. 237 ss.

100 Manual de Direito Penal, P.G., S. Paulo, 1999, ed. RT, pp. 422 ss.

101 Manual de Direito Penal, P.G., S. Paulo, 2000, ed. Atlas, pp. 225 ss.

102 Curso de Direito Penal, P.G., Rio, 2001, ed. Forense, p. 358.

103 Manual de Direito Penal, P.G., Rio, 1999, ed. Forense, 201.

104 Curso de Direito Penal, P.G., S. Paulo, 1999, ed. RT, pp. 165 ss.

105 Instituições do Direito Penal, P.G., Rio, 2002, ed. Forense, p. 314.

II – A Causalidade Questionada

9. Posição sistemática da autoria. 10. Monismo, dualismo e pluralismo como debate reflexo: concepção restritiva e concepção extensiva de autor; consequências. 11. O debate monismo e dualismo/pluralismo na doutrina brasileira. 12. Reações contra o dogma causal. 13. Reação contra a causalidade como categoria central do concurso de agentes. 14. Uma interpretação do art. 29 CP; suas relações com o art. 13 CP. 15. Causalidade e crimes de mera conduta. 16. Causalidade e crimes de perigo. 17. Causalidade e crimes omissivos. 18. Interrupção do nexo causal e a teoria do concurso de agentes. 19. Cumplicidades não causais. Desconhecimento da lei causal. Dupla causalidade. 20. Causalidade e tentativa. 21. Redimensionando a causalidade no concurso de agentes.

9. Como lembra Welzel, partindo de um conceito de injusto pessoal, a teoria do autor se dirige ao exame do centro pessoal da ação do injusto (*personales Aktionszentrum des Unrechts*).¹⁰⁶ Desde que se abandone a velha concepção causalista de injusto, que exauria seu conteúdo na lesão objetiva de um bem jurídico, e se o compreenda – para além de mera causação de um resultado – como obra de uma vontade, dotada de finalidade, orientada às vezes por certas intenções ou enriquecida por particulares tendências, não tem qualquer sentido situar-se a teoria do autor fora do injusto, como “forma de aparição” (Mezger) ou “forma de realização” (Aníbal Bruno) do fato punível. É precisamente, e apenas, o autor que “produz” o injusto;¹⁰⁷ não pode haver injusto sem autor.¹⁰⁸ Por essa via, afirma Jescheck que a teoria da participação é um pedaço da teoria do tipo (*die Teilnahmelehre ist ein Stück der Lehre vom Tatbestand*).¹⁰⁹

Assiste, pois, toda razão a Jimenez Huerta quando, criticando a tradicional concepção que vê nas regras sobre instigação e cumplicidade “causas de extensão da pena”, assevera que se deveria anotar sua natureza essencial de verdadeiros dispositivos legais amplificadores do tipo penal.¹¹⁰ Entre nós, Calmette Satyro Bonatelli afirmou o

¹⁰⁶ Hans Weizel, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlim, 1969, p. 98.

¹⁰⁷ Autor. Do lat. auctore “o que produz”, por via semi-erudita, através do arc. *outor*, refeito (cf. Antenor Nascentes, *Dicionário Etimológico Resumido*, INL, 1966).

¹⁰⁸ “No hay injusto sin autor” – cf. Eugenio Raul Zaffaroni, *Teoria del Delito*, B. Aires, 1973, p. 629.

¹⁰⁹ Hans-Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T., Berlim, 1969, p. 428. Pedrazzi (op. cit., p. 31) afirma que “come integrazione delle fattispecie criminose, il concorso personale vive ed opera sullo stesso loro piano”. Cf. ainda Blei, *Strafrecht*, A.T., Munique, 1975, p. 220.

¹¹⁰ Mariano Jimenez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, México, 1972, v. 1, p. 264.

"caráter extensivo da tipicidade originária" que possui a norma sobre concurso.¹¹¹

A idéia de concurso, consoante argumenta Latagliata, não é "conclusa em si mesma, do ponto de vista lógico", e sim constitui "mero concepto de relación" que deve integrar-se a qualquer sistema de referência. Um concurso não se aperfeiçoa em si, senão que tende a atrelar-se logicamente a um objeto conceitual que o dote de sentido. Este objeto conceitual, no concurso de agentes, é "el tipo de hecho al que se concurre".¹¹²

O estudo do concurso de agentes não pode ser desenvolvido, portanto, sem que se tenha permanentemente a atenção posta na ressonância derivada de sua colocação sistemática. A construção da figura do autor comumente corre o risco, lembrado por Dell'Andro, de ver-se desvinculada "dai requisiti formali della fattispecie",¹¹³ com graves possibilidades de violação do princípio da reserva legal.

10. O conhecido debate entre teorias monista (ou unitária), dualista e pluralista,¹¹⁴ ou seja, se, em caso de concurso de agentes, deve considerar-se um delito único (praticado por todos) ou dois delitos (um praticado pelos autores, outro pelos partícipes) ou ainda tantos delitos quantos

¹¹¹ Op. cit., p. 84.

¹¹² Angelo Raffaele Latagliata. *El Concurso de Personas en el Delito*, trad. Carlos A. Tozzini, B. Aires, 1967, p. 2. Afirma Roxin que a participação é dogmaticamente um problema do tipo (cf. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, trad. F. Muñoz Conde, Barcelona, 1972, p. 47).

¹¹³ Renato Dell'Andro, *La Fattispecie Plurisoggettiva in Diritto Penale*, Milão, 1956, p. 10.

¹¹⁴ Cf. Aníbal Bruno, op. cit., p. 261. Damásio E. de Jesus, Da Co-delinquência, cit., p. 16; Giuseppe Maggiore, *Derecho Penal*, trad. Ortégá Torres, 1972, v. II, p. 100.

autores e partícipes,¹¹⁵ na verdade não passa de uma formulação epifenomênica, que não influencia ou altera – embora possa disfarçar – o problema fundamental, que reside na concepção restritiva ou extensiva de autor.

A concepção restritiva de autor arranca do tipo: será autor aquele que "lleve a cabo la acción ejecutora legalmente tipificada".¹¹⁶ Dever-se-á levar em consideração, tanto quanto possível, na interpretação dos tipos para tal fim, a linguagem da vida cotidiana.¹¹⁷ Tal concepção é clássica. Na Itália, era adotada por Carrara, para quem "l'autore principale del delitto é colui che esegui l'atto consumativo della infrazione".¹¹⁸ Rossi considerava que os co-delinquentes principais eram aqueles que "ont pris part à l'exécution du crime".¹¹⁹ Era também tradicional na Alemanha. Em Dohna, "es autor quien personalmente concreta el tipo de um delito";¹²⁰ com fortes razões, essa é a teoria perfilhada por Beling.¹²¹

A adoção de um conceito restritivo de autor impõe algumas conseqüências. A primeira delas – e poderíamos

¹¹⁵ A mais conhecida exposição pluralística é a de Eduardo Massari, *Il Momento Esecutivo del Reato*, Pisa, 1923, pp. 198 ss.; as categorias mais discutidas, decorrentes da concepção pluralística, são a da "complicité délict distinct" (que não pode ser confundida com tipos de parte especial que contemplem basicamente formas de participação em outros, autonomamente considerados) e o famoso "reato di concorso".

¹¹⁶ Reinhart Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, trad. Cordoba Roda, Barcelona, 1962, v. II, p. 305.

¹¹⁷ Maurach, loc. cit.

¹¹⁸ Carrara, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, § 427.

¹¹⁹ Pelegrino Rossi, *Traité de Droit Pénal*, Paris, 1872, v. II, p. 184.

¹²⁰ Alexander Graf zu Dohna, *La Estructura de la Teoria dei Delito*, trad. Fontán Balestra, B. Aires, s/d., p. 93. Dohna observa que na vida nunca se diz de quem instigou terceiro a executar um ato que ele o tenha executado; ninguém chama autoria à mera ajuda (p. 94).

¹²¹ Ernst von Beling, *Esquema de Derecho Penal*, trad. Soler, B. Aires, 1944, pp. 60 e 106. Na Itália, mantém a concepção restritiva, com cerrada argumentação, Giuseppe Bettiol, *Direito Penal*, trad. Costa Jr. – Silva Franco, S. Paulo, 1971, v. II, pp. 240 ss.

dizer clássica – é que aquele que se valesse de um terceiro que obrassem sem dolo para a execução do delito não poderia ser considerado autor. Para um rigoroso *restriktiver Täterbegriff*, agrilhado à execução do fato típico, a autoria mediata deveria constituir uma *sui generis* instigação em crime culposos.¹²² A segunda delas é que os eventuais dispositivos legais que regulem os casos de simples participação devem ser vistos como causas de extensão da punibilidade, ou, numa pauta mais correta, formas de extensão da tipicidade.¹²³ A terceira será que o objetivismo extremo da concepção fará separar-se a vontade da ação, para que os fatos culposos possam ter autor dentro da mesma perspectiva de uma “neutra” produção típica do resultado. A quarta será que, sob regimes legais que apenas mais gravemente a conduta do autor, a fixação nesse critério formal pode conduzir a situações de injustiça: se é aceitável que a realização do fato típico expresse autoria, a recíproca (onde não haja realização de fato típico não pode haver autoria) levaria a soluções insuportáveis.

A concepção extensiva de autor (*extensiver Täterbegriff*), que Welzel chamou de fruto tardio da teoria da ação causal (*späte Frucht der kausalen Handlungslehre*),¹²⁴ procura relacionar a autoria com a causação da realização típica. Na Alemanha, seus principais arquitetos foram Eberhard Schmidt¹²⁵ e Mezger.¹²⁶ Este último afirma que

122 Zaffaroni, op. cit., p. 631.

123 Isto, porque as condutas participativas são em princípio impuníveis, visto que não realizam o tipo do delito (*Die Teilnahmehandlungen sind grundsätzlich straflos, da sie dem Verbrechenstypus nicht genügen* – cf. Wilhelm Hilgmann, *Die Teilnahme an der Teilnahme*, Berlim, 1908, p. 23).

124 Op. cit., p. 100.

125 Eberhard Schmidt, *Die mittelbare Täterschaft*, em Frank Festgabe, Tübingen, 1930, v. II, pp. 106 ss.

126 Edmund Mezger, *Tratado de Derecho Penal*, trad. Rodriguez Muñoz, Madri, 1949, v. II, pp. 272 ss.

“el punto de arranque científico de toda teoría jurídico-penal de la participación es la teoría de la causalidad”.¹²⁷ Na Itália, Maggiore assevera que uma sólida construção dogmática do concurso “tiene que alzarse sobre la base del principio de causalidad”;¹²⁸ Manzini observa que o crime é único (monismo) não apenas quanto ao título, mas também como resultado de dano ou de perigo, enquanto a pluralidade “si ha soltanto nelle cause che lo hanno cagionato”.¹²⁹ Entre nós, Hungria, como vimos, foi o mais entusiasmado artífice da concepção extensiva.

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: isto se fará seja numa perspectiva substancial,¹³⁰ seja numa perspectiva metodológica.¹³¹ Derivada dessa colocação fundamental, virá a consequência de que os eventuais dispositivos legais que regulem os casos de simples participação devem ser vistos como causas de limitação da punibilidade, através das quais a lei trata menos

127 Op. cit., p. 272.

128 Op. cit., p. 101.

129 *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Turim, 1950, v. II, p. 484. O raciocínio de Manzini é comprovador de nossa observação sobre a íntima relação entre o debate monismo/dualismo/pluralismo e o problema fundamental da concepção restritiva ou extensiva de autor.

130 Assim, Mezger, que justificará a possibilidade de distinguir diversas condutas participativas à base do raciocínio segundo o qual a equivalência causal não supõe ao mesmo tempo igualdade valorativa jurídica (op. cit., p. 275).

131 Assim, Eberhard Schmidt, para quem a causalidade, entendida como hipótese de trabalho jurídico-penal, não é apta para diferenciar autoria de participação, ou seja, para discernir conceitos jurídicos (*Bedeutet also die Kausalität nur eine strafrechtliche Arbeitshypothese, so versteht es sich, dass wir aus ihr nichts für die Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme, d.h. also für die Differenzierung juristischer Begriffe entnehmen können* – cf. op. cit., p. 115).

severamente o causante-partícipe do que o causante-autor.¹³² Uma consequência histórica da concepção extensiva de autor foi ter ocasionado o surgimento e evolução de uma teoria subjetiva da participação, a qual, não podendo situar na identidade causante objetiva qualquer distinção entre autor e partícipe, cuidou de pesquisar diferenças numa empostação psicológica da matéria.¹³³ Assinala-se ainda como consequência da concepção ora examinada a constatação embaraçosa de que, na linha de nivelamento por ela produzida, o protagonista do delito apareça como *"producto residual: como aquel causante que no es partícipe"*.¹³⁴ Porém aquela consequência que nos sensibiliza mais profundamente está na *"relativización de la función de garantía del tipo penal"*, para valer-nos expressão de Bacigalupo,¹³⁵ que deriva da concepção extensiva. Quando se considera a *toda e qualquer causação* de um resultado proibido como autoria, tende-se a menosprezar a exigência de que seja *toda e qualquer causação típica*, já que *"a base da autoria é o tipo legal"*.¹³⁶ Uma concepção de autoria que se vincule à causação do resultado e negligencie sobre a

132 Entendimento impossível de ser sustentado nos crimes de mão própria e nos crimes especiais próprios, onde as regras sobre participação claramente desempenham função extensiva.

133 Por certo que a teoria subjetiva da participação antecede, cronologicamente, a formulação superior do conceito extensivo do autor que ora examinamos. Von Buri, possivelmente a figura mais comprometida com a identidade dos causantes de toda a literatura jurídico-penal, procurava na subordinação da vontade do partícipe à do autor, em 1885, o sinal distintivo. Cf. Silvio Ranieri, *Il Concorso di più Persone in un Reato*, Milão, 1949, p. 11.

134 Maurach, op. cit., p. 303. Assim, Mezger define o autor como aquele que com sua ação "causou" o tipo legal, *"en tanto que su actividad no aparezca como instigación o auxilio"* (op. cit., p. 278).

135 Enrique Bacigalupo, *La Noción de Autor en el Código Penal*, B. Aires, 1965, p. 21.

136 Johannes Wessels, *Direito Penal*, trad. Juarez Tavares, P. Alegre, 1976, p. 116.

imputação objetiva deste resultado "abre" o tipo e viola o princípio da reserva legal. Por isso, tem inteira procedência a observação de Yañez-Perez, de que *"una legislación que no se oriente hacia el tipo y se aleje en demasia del llamado concepto restrictivo de autor, puede estar apartándose también de las garantías fundamentales para el individuo"*.¹³⁷

Parece evidente que a visão dualística ou pluralística do concurso de agentes só encontra um trajeto de viabilização a partir de um conceito de autor que repouse e se encerre na contribuição causal. Este conceito mecânico-causal de autor (*Urheber*) reduz o fato da co-autoria e da participação a uma constante autoria concomitante ou colateral (*Nebentäterschaft*), passível de fragmentação precisamente frente à autonomia de cada conduta (derivada da autonomia causal). É por essa angulação que pode emergir a *complicité délict distinct*; foi com base na seriação causal, que se reapresenta intacta para cada antecedente, que Massari pode conceber uma pluralidade de fatos delituosos,¹³⁸ e logo encartar a idéia do *crime de concurso*. Quando lemos em Hungria que *"a participação é punível por si mesma, como concausa do fato criminoso"*,¹³⁹ verificamos que tal colocação está a um passo de um enquadramento dualista ou pluralista do concurso de agentes, objetivo por ele veementemente indesejado.

Por outro lado, uma concepção de autoria mais vinculada ao tipo obrigará à consideração de que a punibilidade do partícipe gravita em torno de um injusto que não se exaure na conduta participativa; tal conduta alcançará relevância típica jurídico-penal se e enquanto se

137 Sergio Yañez Pérez, *Problemas Básicos de la Autoría y de la Participación en el Código Penal Chileno*, in *Rev. de Ciencias Penales*, Santiago, 1975, v. XXXIV, p. 50.

138 Op. cit., p. 191.

139 Comentários, cit., p. 407.

agregar a outra(s), não para efeito de uma "soma", e sim de uma "unificação", seja baseada na linha tradicional da acessoriedade, seja para o aperfeiçoamento da "*fattispecie tipica plurisoggettiva eventuale*" de Dell'Andro¹⁴⁰ etc.

11. Existe na doutrina brasileira certa imprecisão terminológica. O debate monismo/dualismo/pluralismo diz respeito à consideração de responderem todos os concorrentes por um só delito ou não, e tem suas raízes no título de sua responsabilidade. Tal debate espelha, em verdade, considerações logicamente anteriores, que transitam entre uma concepção restritiva ou extensiva de autor. Outra questão é adotar a lei um sistema diferenciador ou igualitário (de base causal ou não) no tratamento dos concorrentes. A confusão pode surgir quando o sistema diferenciador for designado por "dualista", e o igualitário por "monista".

Magalhães Noronha, por exemplo, afirma: "Abraçou a nossa lei a teoria unitária ou monista. Equipara, em princípio, o art. 25 todos os que intervêm no delito, quem de qualquer modo concorre para ele. Não há a distinção feita entre autor principal e secundário, entre autor e cúmpli-

140 Op. cit., p. 72. É indistigável o compromisso deste raciocínio com ideologias de inspiração totalitarista. O direito penal nazista pretendia que, no futuro, a instigação fosse concebida não como modalidade participativa, e sim "*como concurso en un delito, autónomo e independiente, esto es, como autoria*" (Oswald, *Ist die Anstiftung also Form der Teilnahme im künftigen Strafrecht aufrechtzuerhalten?*, 1935, apud Latagliata, op. cit., p. 35). O direito penal soviético "*rechaza el principio aceptado por el derecho penal burgués de la accesoriedad de la coparticipación*", e se assenta em que todos os partícipes "*son responsables sobre una misma base*" (cf. Zdravomíslav et alii, *Derecho Penal Soviético*, trad. Nina de La Mora, Bogotá, 1970, pp. 266 e 267); assim, "*autori del reato sono tutti i compartecipi*" (cf. Tomaso Napolitano, *Il Nuovo Codice Penale Soviético*, Milão, 1963, p. 118). O código italiano de 1930, fonte inspiradora direta do nosso, na matéria aqui versada e em tantas outras, era o código fascista.

ce".¹⁴¹ Ora, a parificação, especialmente de base causal, está longe de significar, por si só, a adoção de uma visão monista; bem pelo contrário, como vimos, é a partir dela que mais estão franqueados os portões teóricos para uma visão pluralística, roçados sem querer pela pena impetuosa de Hungria.

Se se quiser ignorar aquela "classificação subterrânea mas real" a que se referiu Esther de Figueiredo Ferraz, e que por vezes nem tão subterrânea é, como veremos, pode-se afirmar que o código penal de 1940 – e isso não foi modificado pela reforma de 1984 – adotou uma visão indiferenciada de autores e partícipes, baseada numa concepção extensiva da autoria de base causal. Daí não decorre logicamente que tenha optado pelo monismo (consideração de que todos concorrem num só crime); tal constatação terá que ser perquirida sobre outras bases.

Um ponto de partida residiria no emprego da vox "crime", no singular, pelo art. 29 CP, como observava Damásio E. de Jesus¹⁴² acerca do artigo 25 na redação de 1940. De maior espectro parece-nos a observação de que, em inúmeros dispositivos que regulam o assunto, o texto legal se refere a uma atividade de *convergência* que não pode ser depurada do conteúdo de vontade¹⁴³ e reduzida à mera causação: "concorre para o crime" (art. 29), "cooperação no crime" (art. 62, inc. I), "se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave" (art. 29, § 2º). E o art. 31 liquida a discussão, pois se extrai com tranquilidade que "o

141 Op. cit., p. 217.

142 Da Co-delinquência, cit., p. 17.

143 Fala-se, em doutrina, num *princípio de convergência* para expressar que a vontade dos distintos concorrentes "*se oriente a la realización conjunta del mesmo tipo penal*" (cf. Enrique Cury, *Orientaciones para el Estudio de la Teoría del Delito*, Santiago, 1973, p. 256). Há quem distinga a convergência objetiva e a subjetiva (cf. Guillermo J. Fierro, *Teoría de la Participación Criminal*, B. Aires, 1964, p. 315).

crime" nele referido é algum conceito superior – ou pelo menos diverso – das formas participativas ali contempladas.

É de evidência solar que uma *"teoria che configura il concorso criminoso di persone come pluralità di reati distinti"*¹⁴⁴ não pode conviver com tais dispositivos, por mais que a equiparação de base causal sugira o entendimento de autonomia do título de punibilidade dos concorrentes. Não é possível, a partir deles, ascender àquela construção tão cara ao pluralismo, que apresenta o ato do partícipe como um crime *condicional*, de punibilidade dependente da realização do fato principal.¹⁴⁵ O artificialismo da equiparação da execução do delito a uma condição objetiva de punibilidade do partícipe é, teoricamente, flagrante, assistindo razão a Boscarelli quando nota que tal afirmativa "equivale a dizer que a conduta do partícipe não é criminosa, e pois não constitui um delito".¹⁴⁶ Se já é teoricamente artificial, quando cotejada com os dispositivos do Código Penal brasileiro essa argumentação passa a ser desvairada.

A convicção de que se impõe, face ao texto expresso da lei penal brasileira (cujos dispositivos específicos foram acima invocados), uma visão monista do concurso de agentes será confortada pela verificação, em seguida realizada, da precariedade da causalidade como critério central de referência às condutas de autoria e participação. Tanto mais se abandone a causação derivada de condutas equivalentes, tanto mais nos aproximaremos de uma unidade lógico-jurídica, referível ao injusto do delito no qual concorreram diversas pessoas.

144 Silvio Ranieri, op. cit., p. 9.

145 Massari, op. cit., p. 207.

146 Marco Boscarelli, *Contributo alla Teoria del Concorso di Persone nel Reato*, Pádua, 1958, p. 139.

Por último, devemos assinalar a possibilidade de uma síntese dialética entre monismo e pluralismo, elaborada com perfeição por Latagliata. Afirmar ele que "o aspecto monista do concurso considera a determinação do tipo de conduta coletiva vedada, e o momento pluralista se resolve no princípio fundamental da individualidade da culpabilidade".¹⁴⁷ A cláusula acrescentada à disciplina do concurso pela reforma de 1984, segundo a qual a punibilidade de cada concorrente se determina segundo sua própria culpabilidade, parece responder a essa inclinação: monismo no injusto, pluralismo na reprovabilidade.

12. Como vimos, a quase totalidade da doutrina brasileira de forma irrestrita, e pequena fração com ligeiras reservas, faz a teoria do concurso de agentes repousar sobre a contribuição causal para o delito. Tínhamos, aí, a entronização do dogma da causalidade, que invadira e dominara a ciência do direito penal por influência ideológica do naturalismo,¹⁴⁸ e conseguiu o empobrecimento do conceito de ação, que então quase se identificou com a produção causal do resultado.

Não podem ser ignoradas, entretanto, duas linhas de reação contra esse fato. A primeira, de ordem interna, reside no poderoso movimento que, desencadeado pelos trabalhos de Welzel, alterou profundamente a fisionomia da teoria do delito, e rompeu com a dominação da causalidade, movimento que costuma rotular-se por teoria da ação final ou teoria finalista da ação. A segunda consiste na reação que, na própria área das ciências físicas, sofreu a lei da causalidade. Ainda admitindo que a causalidade seja uma categoria ontológica, como forma concreta de inter-

147 Op. cit., p. 276.

148 Latagliata, op. cit., p. 30.

dependência de fenômenos, e não uma categoria gnoseológica, como puro conceito de relação, a ela se consigna modernamente um papel bem mais limitado: "*el principio causal*" – escreve Bunge – "*refleja o reconstruye sólo algunos aspectos de la determinación. La realidad es demasiada rica para poder comprimirse de una vez para siempre en un marco de categorías elaborado en una etapa inicial del conocimiento humano y que por tanto no puede dar cuenta de la totalidad de los tipos de determinación*".¹⁴⁹ Se é verdade que o princípio causal ainda não sofreu um golpe de misericórdia na área das ciências físicas, como se supôs ter ocorrido nas primeiras formulações da mecânica quântica, também é verdade que sua "jurisdição" tem-se limitado extraordinariamente. Indiscutível é que o conceito de causalidade do qual o direito penal se apropriou já foi objeto de revisão nas suas terras de origem: a alfândega científica que tão prestamente desembarçou este produto poderia tratar de importar por igual seus modelos mais recentes.

13. Os autores que versam o concurso de agentes não se cansam de proclamar a insuficiência da causalidade para um equacionamento geral de seus problemas. A questão tem sua expressão mais simples na colocação de Asúa: "*ser causa no es aún ser autor de um hecho punible*";¹⁵⁰ de que modo se poderia afirmar que ser concausa é ser co-autor? De fato, como lembra Padovani, contribuir, mesmo dolosamente, com uma condição para o evento, não significa, por si, mesmo em tipos orientados causalmente,

149 Mario Bunge, *Causalidad – El Principio de la Causalidad en la Ciencia Moderna*, trad. Hernán Rodríguez, B. Aires, 1961, p. 367. Bunge afirma ser o causalismo uma versão primitiva, tosca e unilateral daquilo que ele chama de determinismo geral (loc. cit.).

150 Cf. *Autor y Participación*, cit., p. 158.

"executar" o tipo, ser o seu autor ("*di per sé non significa, infatti, neppure nelle fattispecie causalmente orientate, eseguire la fattispecie, esserne l'autore*").¹⁵¹ O concurso concebido como integração causal corresponde a um conceito de ação reduzido à mera causação de um resultado.¹⁵² Dell'Andro, nas rígidas linhas de seu sistema, lembra que face a um ordenamento que exerça a tutela penal mediante incriminações de tipos de conduta proibida, na ausência dos elementos típicos integrais "*la condotta concausalmente lesiva non potrebbe, da sola, ritenersi sufficientemente lesiva*".¹⁵³ Ranieri proclama que o puro critério causal é "*insufficiente per risolvere da solo i vari problemi che, per esso, vorrebbero essere soddisfatti*".¹⁵⁴ A existência de requisitos típicos, no plano da conduta a ser considerada, não pode legitimar, como ensina Spasari, uma solução ditada em termos puramente causais ("*non può legittimare una soluzione dettata in termini puramente causali*").¹⁵⁵

Os limites da intervenção causal são proclamados inclusive pelos arquitetos conseqüentes de uma concepção extensiva. Assim, Eberhard Schmidt anotava que a consideração causal nada tem a ver com a própria valoração penal, e também com a questão da responsabilidade penal, sua extensão ou limites ("*mit der strafrechtlichen Wertung selbst, mit der Frage nach der strafrechtlichen Haftung also, ihrer Ausdehnung oder Einschränkung, hat die kausale Betrachtung durchaus nichts zu tun*").¹⁵⁶

151 Tullio Padovani, *Le Ipotesi Speciale di Concorso nel Reato*, Milão, 1973, p. 26.

152 Neste sentido, Pedrazzi, op. cit., p. 38.

153 Dell'Andro, op. cit., p. 64.

154 Ranieri, op. cit., p. 20.

155 Mario Spasari, *Profili di Teoria Generale del Reato in Relazione al Concorso di Persone nel Reato Colposo*, Milão, 1956, p. 3.

156 Eberhard Schmidt, *Die mittelbare Täterschaft*, cit., p. 115.

Com sua indiscutível autoridade, Roxin assinala que uma concepção causal, se pode tornar compreensível a associação exterior ao decurso do fato, nada revela sobre a sua significação jurídica (*"Eine kausale Betrachtungsweise kann mir zwar die Verknüpfung äusserer Geschehensabläufe verständlich machen, über ihre rechtliche Bedeutung aber kann nichts aussagen"*).¹⁵⁷

14. Será efetivamente o art. 29 um corolário do art. 13? Por corolário se entende uma proposição que imediatamente se deduz de outra, já demonstrada. O art. 13 estipula: "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".

Antes de mais nada, observe-se que tal regra somente é aplicável a crimes de resultado. É verdade que, por vias metodologicamente discutíveis, uma parte da doutrina afirma que não há crime sem evento:¹⁵⁸ trata-se aí, entretanto, de um conceito jurídico, não material, de resultado, ao qual não tem como servir o princípio causal. Mesmo esses autores admitem que *"non sempre la lesione dell'interesse protetto importa il verificarsi di un mutamento nella realtà esteriore"*, como Delitala.¹⁵⁹ Afirma Manoel Pedro Pimentel que "a lei penal nem sempre contém em seu preceito primário uma exigência de resultado natural da conduta, como requisito da infração punível";¹⁶⁰ peremptoriamente,

157 Claus Roxin, *Täterschaft und Tätherrschaft*, Berlim, 1975, p. 7.

158 Entre nós, Hélio Bastos Tornaghi, em seu clássico *A Questão do Crime Formal*, Rio, 1944, p. 29; Mestieri, op. cit., p. 231.

159 Giacomo Delitala, *Il Fatto nella Teoria Generale del Reato*, Pádua, 1930, p. 171.

160 Manoel Pedro Pimentel, *Crimes de Mera Conduta*, S. Paulo, 1968, p. 46.

conclui Everardo da Cunha Luna que "existem crimes sem resultado".¹⁶¹

Nem se veja no próprio conteúdo do art. 13 um argumento em favor da onipresença do resultado. Analisando o art. 40 do Código italiano, que corresponde à primeira parte de nosso art. 13, Antolisei lecionava que "a lei não diz que todo crime tem resultado: diz que para imputar um resultado a um homem deve existir um nexó etiológico entre o próprio resultado e a conduta do homem".¹⁶² É precisamente isto que está dito na primeira parte do art. 13 do Código Penal brasileiro: quando haja um resultado, impõe-se a relação causal. A melhor redação seria: "o resultado, de que *dependa* a existência do crime (...)".

Até aí, o art. 29 é menos do que dispensável: é redundante. O próprio art. 13 teria força de expansão lógica suficiente para impedir que contribuições não-causais pudessem envolver responsabilidade criminal em hipóteses de execução coletiva de um crime de resultado.

Quanto à segunda parte do art. 13, onde reside a adoção da teoria da equivalência dos antecedentes, não tem destino mais ressonante. Ali se consagra uma forma peculiar de conceber a causalidade, que deverá ser empregada sempre – e apenas – nos estritos limites em que o

161 Everardo da Cunha Luna, *O Resultado no Direito Penal*, S. Paulo, 1976, p. 98. Evidentemente, foge ao alcance do presente trabalho uma demonstração mais exaustiva da existência de crimes sem resultado, que é hoje admitida sem maiores reservas.

162 *"La legge, infatti, non dice che ogni reato ha un evento; dice che per imputare un evento ad un uomo deve esistere un nesso eziologico tra l'evento stesso e la condotta dell' 'uomo'"* – cf. Francesco Antolisei, *La Disputa sull' Evento, in Appendice a Il Rapporto di Causalità nel Diritto Penale*, Turim, 1960, p. 303. Magalhães Noronha já assinalara: "não há dúvida de que o art. 11 só se refere aos crimes de resultado, isto é, àqueles em que o tipo não se limita à descrição de uma conduta, sem referência ao resultado da ação" (op. cit., p. 127).

princípio causal funciona.¹⁶³ Dessa forma, com ou sem o art. 29, ela influenciaria o concurso de agentes, no seu papel exclusivo de resolver a imputação do fato nos crimes de resultado.

Se se agrega à argumentação o art. 1º CP, que institui, como reflexo do mandamento constitucional, o princípio da reserva legal, a expressão "de qualquer modo" do art. 29 se problematiza. Não pode ser interpretada como um vó para fora do tipo do delito, porque seria inconstitucional. Não deve ser concebida como sinônima de "qualquer que seja o nível da eficiência causal", porque estaria ou contrariando o postulado básico da teoria da equivalência dos antecedentes, ou reduzindo-se a inútil redundância. Só pode ser entendida se conjugada às formas monossubjetivas de autoria da parte especial, e às demais formas de autoria e participação que se logre extrair da parte geral.

Ou seja: para que o dispositivo básico da disciplina do concurso de agentes no direito brasileiro não seja reconhecível como *inútil* (por constituir simples *repetição* do enunciado do art. 11), como *inconstitucional* (por violar o princípio da reserva legal) ou como intrínseca e extrinsecamente *contraditório* (por admitir diferença ou graduação na contribuição causal), é preciso reconstruí-lo em conjugação com os tipos da parte especial e os demais dispositivos que prevejam formas de participação. *Concorrer* não é sinônimo perfeito de "*concausar*". Se podem coincidir quando concorrer implica a produção simultânea de um mesmo evento (o que está longe de representar necessariamente concausalidade), afastam-se bastante quando *concorrer* significar emulação e disputa. "*Quem concorre para o crime*" não pode ser interpretado (apenas) como

163 E, mesmo assim, nem sempre. Nos crimes comissivos por omissão, por exemplo, a equivalência dos antecedentes fracassa, e é preciso operar com causalidade adequada.

"*quem se faz concausa para o crime*". Ou seja: o art. 29 CP diz que quem – de qualquer modo = seja por autoria direta, autoria mediata ou co-autoria, ou por instigação ou cumplicidade – concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas.¹⁶⁴

Aí se poderá vê-lo em sua verdadeira função: nivelar em princípio¹⁶⁵ as penas de todas as formas de concurso. Poucos exemplos melhores encontraremos para demonstrar que a lei é sempre mais sábia ou mais rica do que o legislador.

15. Colhemos, do parágrafo anterior, que há crimes sem resultado; agora verificaremos, e na lição insuspeita de um causalista da estirpe de Baumann, que "*en los delitos de simple actividad un problema de causalidad no se*

164 Como no projeto Ferri: Art. 17 – Aquele que, como autor, co-autor ou cúmplice, concorre material ou moralmente, de um modo qualquer, para o delito, ficará submetido à pena para ele fixada. Cf. Enrico Ferri, *Proyecto Preliminar de Código Penal para Itália*, trad. Cristino Escribano, Madri, 1925, p. 109.

165 Nivelar em princípio. Ninguém duvida de que, especialmente após a reforma de 1984, com a inclusão da cláusula "na medida de sua culpabilidade", só por exceção não haverá diverso merecimento de pena aplicada. Paul Perten, ao estudar as correntes que equiparavam autores e partícipes, dizia que "mesmo essa direção reconhece que quando mais de uma pessoa concorre num delito nem todos os concorrentes devem ser em idêntica medida apenados" (*nicht alle Mitwirkenden in gleichem Masse strafwürdig sind*), e que poderão existir causas, adequadamente previstas, para reduzir a pena de certos concorrentes, sob aquela de forma geral estabelecida (cf. *Die Beihilfe zum Verbrechen*, Breslau, 1918, p. 57). Os positivistas tinham idéias semelhantes. Scipio Sighele considerava natural "*che a questo diverso grado di partecipazione si faccia corrispondere diverso grado di pena*" – cf. *La Teorica Positiva della Complicità*, Turim, 1894, p. 74. O importante é ter presente que essa parificação para fins de pena (e, ainda assim, *limitadamente*, "em princípio", como vimos) essa parificação "*non equivale ad unificare le figure stesse sul piano formale della fattispecie*" (cf. Dell'Andro, op. cit., p. 12).

presenta".¹⁶⁶ A questão da relação de causalidade, ensina Antolisei, "só pode surgir nos crimes nos quais existe um resultado exterior relevante para o direito"; quando falta este resultado, e apenas a conduta do sujeito tem relevância para o direito penal, "*la questione del nesso di causalità non può nascere in alcun modo*".¹⁶⁷ É, entre nós, a opinião de Heleno Fragoso: "só nos crimes materiais surge a questão da causalidade física como fundamento da responsabilidade penal".¹⁶⁸

As conseqüências são facilmente dedutíveis. Se não há um problema causal nos crimes de mera conduta, como é que a causalidade poderia fundamentar a punibilidade de concorrentes eventuais em tais casos?

A doutrina do concurso de agentes já havia chamado atenção para isso. Dizia Pedrazzi que a visão causalista "*non si adatta alle figure delittuose prive di evento naturalistico*".¹⁶⁹ Novoa Monreal, reafirmando que uma questão de relacionamento causal só se apresenta nos crimes "que exigem a produção de um resultado externo (mudança material no mundo exterior)", conclui que só em tais casos "pode afirmar-se que a relação causal é determinante do conceito de autor".¹⁷⁰

A simplicidade da questão dispensa maior desenvolvimento. A causalidade não pode ser a base referencial do concurso de agentes nos crimes de mera conduta pela

166 Jürgen Baumann, *Derecho Penal*, trad. Conrado A. Finzi, B. Aires, 1973, p. 117. No mesmo sentido, Wessels, op. cit., p. 39.

167 Francesco Antolisei, *Il Rapporto di Causalità nel Diritto Penale*, Turim, 1960, p. 5.

168 Heleno C. Fragoso, *Conduta Punível*, S. Paulo, 1961, p. 75. No mesmo sentido em suas Lições, cit., p. 183.

169 Op. cit., p. 39.

170 Eduardo Novoa Monreal, *Algumas Considerações sobre o Concurso de Pessoas no Fato Punível*, in *Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio, 1967, v. 16, p. 17.

razão intransponível de que em tais figuras não existe o modelo físico ao qual tem aplicabilidade aquele princípio.

16. Questão semelhante é colocada pelos crimes de perigo, especialmente de perigo abstrato. A propósito do conceito de perigo, há três posições em doutrina. Para a chamada teoria subjetiva, o perigo não passa de "*una opinione umana circa la possibilità del verificarsi di un fenomeno*".¹⁷¹ Para a chamada teoria objetiva, ancorada no trabalho de von Kries, de 1888, sobre o conceito de possibilidade objetiva, o perigo participa da realidade, como "objetiva probabilidade de um resultado danoso".¹⁷² A teoria conciliatória, que teve em Rocco seu maior expositor, operando embora com a objetividade da probabilidade de resultado danoso, vincula-se ao reconhecimento pelo espírito do sujeito: a probabilidade, escreve Rocco, ainda possuindo uma existência objetiva, "*non si rivela da sè: essa ha bisogno di essere riconosciuta, cioè, giudicata*".¹⁷³

Para aqueles que adotem a teoria subjetiva, nenhuma contribuição pode trazer o princípio causal. Para aqueles que adotem a teoria objetiva, ou a conciliatória, subsistem alguns problemas, porque, como admiravelmente lembrava Rocco, só são possíveis os fenômenos não causados e sim futuros: possível é sinônimo de "causável".¹⁷⁴ Não foi por acaso que Barbero Santos aproximou os crimes de perigo abstrato dos crimes de mera conduta.¹⁷⁵

171 Frosali, R. Alberto. *Reato, Danno e Sanzioni*, Pádua, 1932, p. 57.

172 von Kries, *Über den Begriff der objektiven Möglichkeit*, Leipzig, 1888, p. 67, apud Arturo Rocco, *L' Oggetto del Reato*, Roma, 1932, p. 290.

173 Rocco, op. cit., p. 302.

174 Op. cit., p. 296. Observe-se que um desenvolvimento desse argumento conduziria antes a uma causalidade adequada do que a uma equivalência dos antecedentes.

175 Barbero Santos, *Delitos de Peligro Abstracto*, in *Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, B. Aires, 1971. A propósito, em perspectiva crítica, cf.

Descabido seria, no âmbito do presente trabalho, desenvolver os veios que generosamente se oferecem. O pouco que foi dito já esclarece que, pelo menos quanto aos crimes de perigo abstrato, nenhuma contribuição pode trazer a relação de causalidade.

17. Problema semelhante surgirá com o exame dos crimes omissivos. É conhecido o largo debate sobre a causalidade da omissão, que nasce do esforço teórico para vencer a premissa segundo a qual do nada nada pode provir (*ex nihilo nihil fit; aus nichts nur nichts entstehen*). As alternativas que se apresentaram, após um debate secular,¹⁷⁶ foram: 1. negar que exista causalidade na omissão, ainda que se o faça "resignadamente" como Mezger;¹⁷⁷ 2. adotar uma "causalidade jurídica".¹⁷⁸ Se se optar pela primeira alternativa, é forçoso concluir, com Diaz Palos, que deveremos "*renunciar a encontrar una relación de causalidad propiamente dicha en los delitos de omisión*".¹⁷⁹ Porém mesmo quando optemos pela segunda

Vincenzo Patalano, *Significato e Limiti della Dommatica del Reato di Pericolo*, Nápoles, 1975, pp. 53 ss. Também aproximando os delitos de perigo abstrato aos de mera conduta, Rodríguez Ramos, *El Resultado en la Teoría Jurídica del Delito*, in *Cuadernos de Política Criminal*, Madri, 1977, nº 1, p. 62.

176 Debate que refoge às limitações deste trabalho; para completa informação, cf., Heleno Fragoso, *Conduta Punível*, cit., pp. 43 ss.

177 Tratado, cit., v. I, p. 287: "*reconocer resignadamente que la omisión no es causal respecto al resultado*".

178 Afirma Wessels ser "insignificante o fato de que não há na omissão uma causalidade no sentido físico, pois para o modo normativo de consideração do Direito Penal não tem importância o conceito causal das ciências naturais" – op. cit., p. 162. Mario Spasari resolve o problema da causalidade na omissão enfatizando-a como violação ou inobservância de uma proibição ou de um comando (cf. *L'Omissione nella Teoria della Fattispecie Penale*, Milão, 1957, pp. 31 e 32), numa apreciação "*sotto il profilo meramente valutativo*" (p. 32).

179 Fernando Diaz Palos, *La Causalidad Material en el Delito*, Barcelona, 1954, p. 80. Welzel situa a diferença entre crimes comissivos e omissivos se-

alternativa, o momento causal será invadido por dados normativos, como vimos ocorrer com Spasari; nos crimes omissivos impróprios, a idéia de causalidade adequada há de impor-se à equivalência dos antecedentes. Também na participação por omissão encontraremos reflexos desse problema. Por isso, afirma Latagliata que "a solução do chamado concurso negativo não pode ser obtida do simples relevo da eficácia causal da conduta, e requer sempre a referência ao elemento psicológico".¹⁸⁰

Assim, mesmo sem nos valermos da categoria de *delitos de dever* (que introduzirá outro eixo teórico para a autoria), fica evidente a impossibilidade de fundamentar a disciplina do concurso de agentes na simples causalidade, quando se esteja diante de crimes omissivos.

18. Um argumento histórico que merece ser lembrado diz respeito à interrupção do nexo causal, sempre que entre a conduta participativa e a execução se coloque a livre atividade de alguém. Observa Eduardo Correia: "sendo esta actividade livre, não poderá dizer-se que o participante cause o facto punível, já que justamente a liberdade do agente intermediário *quebra, interrompe* o nexo de causalidade".¹⁸¹ Ou seja: entre o partícipe (por exemplo, o instigador) e o resultado situa-se uma vontade livre que

gundo haja ou não causalidade na conduta: "*die Unterscheidung zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikt richtet sich nach der Kausalität oder Nichtkausalität des Verhaltens*" (cf. *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 203).

180 Op. cit., p. 155. Latagliata transcreve a exata lição de Grünwald, que distingue a influência efetiva sobre o sucesso, na participação comissiva, da relação meramente "potencial" que haveria entre o partícipe omissivo e o mesmo sucesso, e se reduz, afinal, à possibilidade que tenha de intervir no acontecimento.

181 Eduardo Correia, *Problemas Fundamentais da Comparticipação Criminal*, in *Direito Criminal*, Coimbra, 1953, p. 91.

deveria, tal como ocorreria num modelo monossubjetivo, interromper o nexa de causalidade porventura ativado, descaracterizando o título de punibilidade do partícipe (contribuição causal). Mesmo uma análise de co-autoria permite questionar o fundamento da causalidade, pela consideração, sob outro prisma, da interrupção do nexa causal. Se *A*, *necandi animo*, golpeia *B* e o abandona, agonizante; e *C*, que mais tarde passa ocasionalmente pelo local, aplica o *coup de grâce*, *A* não responderá pelo resultado morte de *B*, por ter ocorrido interrupção do nexa causal mediante ação dolosa de terceiro. Ao mesmo exemplo objetivo, acrescente-se um prévio ajuste entre *A* e *C* para matar *B*, e que *C* passasse pelo local para verificar o cumprimento do acordo: eis *A* respondendo pelo resultado morte, sem qualquer transformação no quadro causal. Ou seja: reconhecer ou não a co-autoria não dependeu nada, nesta hipótese tradicional (que hoje poderia enriquecer-se com materiais teóricos da imputação objetiva), da causalidade.

19. Outro ponto de vista que deve ser trazido ao debate se refere a casos de cumplicidade nos quais não se pode vislumbrar nitidamente a contribuição causal. Observemos a exposição de Novoa Monreal.

"Não se pode esquecer" – diz ele – "que é possível prestar ajuda à realização de um delito mediante uma conduta que não seja uma condição indispensável para o resultado típico. Pode perfeitamente acontecer que alguém somente favoreça uma atuação do autor: por exemplo, acelerando a produção do resultado punível, que sem essa ajuda, de todo modo, teria chegado a ocorrer; ou então facilitando uma atuação do autor que, sem essa ajuda, sempre se teria produzido. Com isso está cooperando na atuação do delinqüente principal, porém mediante atos secundários, que não são decisivos para a produção do

delito, mas que simplesmente tornam mais rápido e fácil o resultado típico. Temos de entender, em consequência, que a relação causal não é requisito indispensável para a atuação do auxiliar ou cúmplice, pelo menos em certos casos".¹⁸²

Sem embargo da forte crítica (especialmente quanto à "aceleração do resultado") que, com arrimo na teoria da *conditio*, podem sofrer tais observações,¹⁸³ é inegável a existência de situações nas quais a afirmação do conteúdo causal de condutas participativas é duvidoso.

Isso ocorre, em primeiro lugar, quando as leis físicas sobre as quais se basearia a relação causal não são ainda conhecidas, ou suficientemente conhecidas pelo homem: o famoso caso Contergan teria, no dizer de Schöne, aberto "*los ojos a esta problemática*".¹⁸⁴ Em segundo lugar, isso ocorre nos casos de dupla causalidade, quando mais de uma condição teria conteúdo causal suficiente, casos que deságuam na chamada "autoria incerta". Ambas situações põem em cheque o "processo mental de eliminação hipotética". Dessa forma, não pode soar como blasfêmia a investigação de certas cumplicidades secundárias que não dispõem de conteúdo causal.

182 Eduardo Novoa Monreal, *Algunas Consideraciones sobre el Concurso*, cit., p. 17. Antolisei parece associar-se a esta clave de pensamento, pois, ao examinar se a ação do partícipe deve ser *conditio sine qua non* do resultado, considera muito restrito (*troppo ristretto*) o critério, e anota que não é possível excluir a responsabilidade daquele "*che ha soltanto facilitato l'opera di un altro concorrente*" (*Manuale di Diritto Penale*, P.G., Milão, 1969, p. 435). Nega que o cúmplice tenha que ser condição do resultado Ordeig (op. cit., p. 205); assim também Jescheck (op. cit., p. 460). Entre nós, Fragoso (Comentários, cit., p. 637) e Anibal Bruno (op. cit., p. 267, nota 7).

183 A primeira delas consistiria no abandono do acontecer real (concreto) em favor de um modelo causal abstrato.

184 Wolfgang Schöne, *La Protección de la Vida y la Integridad Corporal en la Reforma Penal Alemana*, trad. Sergio Yáñez Pérez, in *Revista de Ciencias Penales*, Santiago, 1973, v. XXXII, p. 159. Cf. ainda Wessels, op. cit., 41; Jescheck, op. cit., p. 190.

20. A doutrina brasileira tradicionalmente concebe a tentativa fragmentando-a em elementos objetivos (início de execução + interrupção da execução por circunstâncias diversas da vontade do agente) e subjetivo (dolo com relação a todo o tipo). Assim, Lyra,¹⁸⁵ Aníbal Bruno,¹⁸⁶ Costa e Silva,¹⁸⁷ Hungria¹⁸⁸ etc. Vê-se aí aquela constatação, que tanto influenciou a evolução da teoria do delito, segundo a qual, no dizer de Scarano, *"la tentativa tiene, ante todo, un indefectible elemento finalista que aun que no se lleve a cumplimiento, y precisamente porque no se lleva a efecto, confiere al acto un relieve evidente"*.¹⁸⁹

Assinalava Welzel que "na definição da tentativa já fracassa a doutrina causal da ação",¹⁹⁰ e isso porque – dillo Gallas – *"el injusto típico no puede ser fundamentado aqui, en ningún caso, sin recurrir al contenido final del dolo del delito"*.¹⁹¹

185 "São elementos do crime tentado: 1º – elemento subjetivo (dolo)" – cf. op. cit., p. 95.

186 "Compreende (a tentativa), portanto: (...) c – dolo em relação ao crime total" – cf. op. cit., p. 239.

187 "O elemento subjetivo é constituído pelo dolo. Este deve ser dirigido à consumação do crime" – cf. op. cit., p. 67.

188 "Como esforço consciente para um fim antijurídico, a tentativa (...)" – cf. op. cit., p. 85.

189 Luigi Scarano, *La Tentativa*, trad Romero Soto, Bogotá, 1960, p. 76.

190 Hans Welzel, *El Nuevo Sistema de Derecho Penal*, trad. Cerezo Mir, Barcelona, 1964, p. 33.

191 Wilhelm Gallas, *La Teoría del Delito en su Momento Actual*, trad. Cordoba Roda, Barcelona, 1959, p. 48. No mesmo sentido, Werner Niese: *"la acción de tentativa no puede ser determinada en modo absoluto prescindiendo del contenido de la voluntad"* (cf. *La Teoría Finalista de la Acción en el Derecho Penal Alemán*, in *Rev. de la Facultad de Derecho de México*, México, 1961, t. XI, nº 41, p. 286). Veja-se ainda Richard Busch: *"de ahí resulta que la tentativa solo puede determinarse desde el punto de vista de la voluntad del agente, es decir, solo subjetivamente"* (cf. *Modernas Transformaciones en la Teoría del Delito*, trad. Vicente Castellanos. Bogotá, 1969, p. 26).

Dessa maneira, uma hipótese de tentativa praticada por uma só pessoa não pode ser estruturada teoricamente sem que se recorra ao conhecimento e vontade, por parte do agente, com respeito ao tipo objetivo (isto é, ao dolo).

Não é concebível que na mesma hipótese de tentativa, praticada agora por mais de uma pessoa, se possa dispensar este dolo, ou "elemento subjetivo", para fundamentar o injusto da conduta na pura contribuição causal, revelada pelo início da execução. Outra vez a consideração causal se demonstra insuficiente para as amplas funções que, segundo a doutrina preponderante, lhe teriam sido deferidas pelo art. 29 CP.

21. Observa-se hoje acentuada tendência para, ao contrário do que sucedia no entendimento doutrinal majoritário brasileiro, transferir o problema da causalidade da teoria da ação para a teoria do injusto, uma vez que, na expressão de Baumann (causalista inserível nessa tendência), "o problema da causalidade só consiste na relação existente entre ação e resultado típico".¹⁹² Juarez Tavares empreendeu recentemente o melhor e mais atualizado estudo brasileiro sobre causalidade.¹⁹³

192 Op. cit., p. 116. Wessels (op. cit., p. 39) e Jeschek (op. cit., p. 186) tratam da causalidade e da imputação objetiva dentro da teoria do injusto. Cf. a excelente argumentação de Zaffaroni, op. cit., p. 108. Welzel, conquanto mencione uma "relação causal dentro do tipo" (*Kausalzusammenhang innerhalb der Tatbestände*), trata o assunto dentro da teoria da ação (op. cit., p. 45). Entre nós, este passo foi dado por Heleno Fragoso (Lições, cit., p. 182); Damásio E. de Jesus (*Direito Penal* cit., p. 235: "o terceiro elemento do fato típico é o nexo de causalidade"); Frederico Marques (*Tratado*, cit., p. 82: "a causalidade material é um problema de adequação típica").

193 *Teoria do Injusto Penal*, B. Horizonte, 2002, ed. Del Rey, 2ª ed., pp. 254 ss.

A causalidade *readquire*, assim, sua verdadeira – e modesta – função de mais elementar pressuposto e mais exterior limite da responsabilidade penal (*“die elementarste Voraussetzung und die Ausserste Grenze der strafrechtlichen Haftung”*);¹⁹⁴ a imputação objetiva irá fundar-se numa *“corrente causal adequada ao tipo”*;¹⁹⁵ e isto claro está, nos crimes de resultado.

Tal função autenticamente limitativa da imputação objetiva, que é o único desempenho do princípio causal que pode servir ao direito penal moderno, não consegue ver-se transformada numa cega e desorientada função amplificadora, para os casos de concurso de agentes. É desarrazoado supor que a utilidade do princípio causal seja *uma* para o modelo monossubjetivo, e *outra* para o plurissubjetivo. E a causalidade que não repouse no fato típico não passa de uma abstração fantasmagórica, completamente inútil.

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).¹⁹⁶

O art. 29 drasticamente estipulou que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas”. Não nos informou, todavia, *como é que* (“de qualquer modo”) se concorre para o crime. Verificada a insuficiência de um puro critério causal para solucionar essa questão (concorrer para o crime é diferente de

contribuir causalmente para o resultado); verificado que equiparar “qualquer modo” a “qualquer conduta”, para além de violar o princípio constitucional da reserva legal, significa operar com uma causalidade inútil (extratípica), 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.

194 Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 45.

195 Wessels, op. cit., p. 40.

196 Aceito tal preço, a conclusão coerente seria no sentido de que existem formas de participação atípicas (assim, Mestieri, op. cit., p. 250), o que não nos parece admissível. O tipo não é consequência, e sim *suporte* da causação (nos crimes materiais).

III – A Distinção entre Autoria e Participação

22. Importância da distinção entre autoria e participação. 23. O critério formal-objetivo. 24. Crítica e conseqüências. 25. O critério material-objetivo. 26. Crítica e conseqüências. 27. O critério subjetivo. 28. Crítica e conseqüências. 29. O critério final-objetivo. 30. Crítica e conseqüências.

22. Prescindindo da perspectiva que situa na realidade objetiva a diferença entre autor e partícipe,¹⁹⁷ verificamos que ela subsiste nos dispositivos do Código Penal que regem o concurso de agentes. Dessa diferença afirma Gimbernat Ordeig constituir "*el problema central de la teoría de la participación delictiva*".¹⁹⁸ Situando-a como ponto de partida de toda elaboração teórica que tenda a explicar a natureza da autoria, Bacigalupo consigna que tal raciocínio é admitido inclusive por aqueles que analisam direitos positivos que não distinguem as duas categorias de forma expressa.¹⁹⁹ Talvez isso se deva ao fato, lembrado por Roxin, de que "a diferença entre autoria e participação é consequência de uma decisão em favor de um direito penal que se apóia na descrição típica das condutas",²⁰⁰ como necessariamente deve ser o brasileiro, por força do princípio da reserva legal explicitamente adotado.²⁰¹

Assim, deveremos realizar uma análise das propostas teóricas que buscaram esclarecer a distinção entre autor e partícipe.

197 Afirma Asúa que os conceitos de autor, instigador e cúmplice "*son reales*" e que o legislador pode regulá-los, modificá-los parcialmente, "*pero no desconocerlos*" (*Autor y Participación*, cit., p. 159). Entre nós, Heleno Fragoso assinala que tal diferença "está na natureza das coisas" (Lições, cit., nº 274).

198 *Autor y Complice en Derecho Penal*, Madri, 1966, p. 11.

199 Op. cit., p. 15. Bacigalupo está se referindo aos autores italianos, porém já podemos ver como isso ocorre com considerável parcela da doutrina brasileira.

200 *Sobre la Autoria y Participación en el Derecho Penal*, trad. Enrique Bacigalupo, in *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho – en Homenaje al Prof L. Jiménez de Asúa*, B. Aires, 1970, p. 59.

201 Lucio Eduardo Herrera recomenda especial cuidado na elaboração das noções de autor e partícipe face a possíveis consequências que exponham a perigo a função de garantia dos tipos penais (cf. *Autoria y Participación*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, B. Aires, 1971, nº 3, p. 342).

23. Segundo um critério *formal-objetivo*, seria autor aquele que realizasse a ação executiva, a "ação principal" do delito, a ação (depois de Beling) típica. Segundo este critério, é autor aquele que realiza, com a própria conduta, o modelo legal do crime ("*colui che realizza, con la propria condotta, il modello legale del reato*").²⁰² Nessa ordem de idéias, partícipe seria aquele que "não executa o tipo legal, mas (cuja conduta) constitui tão-só uma ação prévia ou preparatória".²⁰³

Tal teoria predominou no pensamento penal alemão, do século XIX até muito recentemente, esposada, entre outros, por Merkel,²⁰⁴ von Liszt,²⁰⁵ Sauer,²⁰⁶ Dohna,²⁰⁷ Beling²⁰⁸ e Mezger.²⁰⁹ Foi também muito prestigiada na Itália, tanto sob o regime do código Zanardelli – Nocito,²¹⁰ Impallomeni²¹¹ – quanto sob o regime do código Rocco –

202 Silvio Ranieri, op. cit., p. 213.

203 Eduardo Correia, Da Participação, cit., p. 119.

204 "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" (cf. A. Merkel, *Derecho Penal*, trad. P. Dorado, Madri, s.d., p. 197).

205 "É autor, em princípio, aquele que sozinho pratica a ação executiva, que sozinho realiza o tipo legal do crime" (*Täter ist zunächst derjenige, der die Ausführungshandlung allein ausführt, den gesetzlichen Tatbestand des Verbrechens allein verwirklicht*) – cf. *Lehrbuch, des Deutschen Strafrechts*, Berlim, 1919, p. 208.

206 Pondo toda a ênfase na "acción de ejecución" (Guillermo Sauer, *Derecho Penal*, P.G., trad. Del Rosal – Cerezo, Barcelona, 1956, pp. 306 e 307).

207 Op. cit., p. 94.

208 Op. cit., p. 59.

209 Op. cit., p. 278.

210 "Le prime forme sono quelle di partecipazione alla esecuzione immediata del reato" – cf. Pietro Nocito, *Il Concorso di più Persone in uno Stesso Reato*, in *Enciclopedia Pessina*, Milão, 1904, v. V, p. 313.

211 "L'autore della esecuzione prende il nome di autore in senso proprio" – cf. Giovan Battista Impallomeni, *Istituzione di Diritto Penale*, Turim, 1911, p. 360.

Santoro,²¹² Bettiol,²¹³ Antolisei²¹⁴ –; na Suíça, tem a preferência de Logoz.²¹⁵

No Brasil, é ainda a teoria dominante. A ela aderem, entre outros, Aníbal Bruno,²¹⁶ Salgado Martins,²¹⁷ Frederico Marques,²¹⁸ Mirabete,²¹⁹ René Ariel Dotti²²⁰ e Beatriz Vargas Ramos.²²¹ Entre os finalistas brasileiros, há quem – como Mestieri – não se preocupe com a distinção;²²² há quem adote o critério formal-objetivo – como Damásio E. de Jesus até 1999 – sem ocupar-se do critério final-objetivo, que examinaremos mais tarde;²²³ e há quem, embora ocupando-se do critério final-objetivo, opte pelo formal-objetivo – como Fragoso.²²⁴ Um critério misto, que

212 É autor "*colui che consuma la lesione realizzando la fattispecie tipica*" – cf. Arturo Santoro, *Manuale di Diritto Penale*, Turim, 1958, v. I, p. 504.

213 "Podemos, portanto, considerar autor quem realiza culpavelmente com o próprio comportamento um fato previsto como crime" – cf. op. cit., p. 241.

214 *Manuale*, cit., p. 429.

215 *Est un auteur (direct, ou immédiat) non seulement celui qui commet une infraction (...) en agissant lui-même, mais aussi celui qui (...) utilise une force naturelle* – cf. Paul Logoz, *Commentaire du Code Pénal Suisse*, P.G., Neuchâtel, 1976, p. 123.

216 "Autor diz-se, em princípio, aquele que realiza a ação típica" – cf. op. cit., p. 265.

217 "Diz-se autor do delito aquele que (...) leva-o a termo de execução, realizando, com o seu comportamento, a ação típica" – cf. op. cit., p. 268.

218 Tratado, cit., p. 304.

219 Manual, cit., p. 231.

220 Curso, cit., p. 350.

221 Do Concurso de Pessoas, cit.

222 Op. cit., pp. 249 ss.

223 Damásio E. de Jesus, convertido ao finalismo na terceira edição de seu *Direito Penal*, definia autor, pura e simplesmente, como "o sujeito que executa a ação expressa pelo verbo típico da figura delitiva" (cf. op. cit., p. 365), ou seja, valendo-se estritamente do critério formal-objetivo. Como já assinalado, a partir de sua monografia *Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas*, de 1999, Damásio passa a adotar irrestritamente o critério final-objetivo.

224 "Embora essa concepção (do domínio final do fato) possa efetivamente representar mais exata caracterização da autoria, em correspondência

combina o formal-objetivo com o final-objetivo, é preconizado por Miguel Reale Júnior²²⁵ e Luiz Regis Prado.²²⁶

Como assinala Ordeig em seu formoso livro, há três linhas de fundamentação para o critério formal-objetivo. A primeira procura assentar-se em que "*la circunstancia de ejecutar el delito revela una mayor peligrosidad e reprobabilidad que el hecho de cometer un mero acto preparatorio*".²²⁷ A segunda almeja fixar-se no teor literal dos preceitos penais.²²⁸ A terceira, cifrada naturalmente nos códigos que o permitem, busca derivar o critério formal-objetivo dos textos legais referentes a autoria e co-autoria.

24. Sem dúvida – e quem no-lo diz é Roxin – o ponto de partida teórico do critério formal-objetivo, ou seja, "*la significación constitutiva de la realización del tipo para la autoría*", é totalmente exato.²²⁹ O primeiro problema que surge é o seguinte: quem realiza a ação típica? Como questiona Bacigalupo: apenas aquele que dispara sobre a vítima realiza a ação típica, ou também aquele que a subjuga para que o disparo seja feito?²³⁰

com a realidade dos fatos, entendemos que deve ser mantida a chamada teoria formal objetiva, que delimita, com nitidez, a participação e a autoria" – cf. Lições, cit., p. 275.

²²⁵ Instituições, cit., p. 316.

²²⁶ Curso, cit., p. 267.

²²⁷ Gimbernati Ordeig, op. cit., p. 22. Um aprofundamento desse raciocínio levaria à equação: o autor está para o partícipe como a lesão está para o perigo. Cf. Dell'Andro, op. cit., p. 19; Perten, op. cit., p. 95. A aproximação com um critério substancial é, então, inevitável.

²²⁸ "Para Zimmerl, seria violentar a linguagem qualificar de *matar* a entrega de uma arma destinada a um homicídio" – *apud* Gimbernati Ordeig, op. cit., p. 24.

²²⁹ Roxin, *Sobre la Autoría*, cit., p. 60.

²³⁰ Enrique Bacigalupo, *Lineamientos de la Teoría del Delito*, B. Aires, 1974, p. 116.

Para tentar contornar essa questão, procuraram os partidários do critério formal-objetivo, como pudemos ver em algumas das definições examinadas, deslocar a ênfase para a ação executiva. Assim, para Soler, "*autor es, en primer lugar, el sujeto que ejecuta la acción expresada por el verbo típico de la figura delictiva*".²³¹ Em verdade, essa posição – que traz ao debate a problemática da tentativa, vinculando o autor a atos de execução e o partícipe a atos preparatórios – pode funcionar em alguns casos, e com desempenho satisfatório. Esses casos são alguns nos quais encontramos um *executor único* assessorado por *puros partícipes*. Entretanto, quando tenhamos *co-autoria*, o problema já não obtém solução satisfatória com a simples remissão ao caráter executivo da conduta.²³²

Já então, os filiados ao critério ora em exame terão que reconhecer como suficiente para determinar a (co)autoria a simples realização de um "pedaço" da execução, de "uma" ação executiva,²³³ quando não se demitam da análise sob o argumento de uma nebulosa "execução conjunta".²³⁴ Como, com precisão, faz notar Ordeig, tais penalistas – ao afirmarem que sua teoria é a única que se põe acorde à tipicidade – sempre se esquecem de suas definições de co-autores, e apresentam exemplos de plena e cabal realização do fato típico.²³⁵ Em suma, o critério formal-objetivo

²³¹ Sebastian Soler, *Derecho Penal Argentino*, B. Aires, 1970, v. II, p. 244.

²³² Latagliata, op. cit., p. 214.

²³³ Leiria fala em "ações de execução alicerçadas em um plano comum" (op. cit., p. 130); Aníbal Bruno se refere a "divisão de tarefas" com relação à execução (op. cit., p. 266); Damásio E. de Jesus menciona que cada co-autor "contribui com sua atividade na integração da figura típica", e que "há diversos executores do tipo penal" (Direito Penal, cit., p. 368). Para posições semelhantes na doutrina alemã (Beling, Finger, Wachenfeld, Hippel), cf. Gimbernati Ordeig, op. cit., p. 32.

²³⁴ Assim, Fragoso, Lições, cit., p. 276. Salgado Martins fornece uma definição ininteligível (op. cit., p. 268). De uma "execução comum consciente" fala Sauer (op. cit., p. 324).

²³⁵ Ordeig, op. cit., 32.

se contenta, na verdade, não com a integral realização da conduta executiva, e sim com a realização de um "trecho" dessa conduta; com a mera interferência em parte da execução; seu compromisso com a tipicidade, pois, não é tão profundo quanto apregoado por seus seguidores.

Por outro lado, 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".²³⁶ Em termos de criminalidade brasileira, o "coronel" que determina a seus jagunços a eliminação do desafeto, prescrevendo-lhes local, hora, modo de execução, e fornecendo-lhes os meios, não poderia ser considerado autor do homicídio cometido, e sim mero partícipe.

Sobretudo, o critério formal-objetivo fracassa quando confrontado com a autoria mediata, na qual o autor não realiza nenhum ato de execução. Houve quem tentasse, artificialmente, dizer que o autor mediato pratica ato executivo. Von Liszt definia-o como aquele que se serve de um outro homem como instrumento (*der sich eines andern Menschen als Werkzeuges bedient*) e que através dele comete a ação executiva (*und durch diesen die Ausführungshandlung begeht*).²³⁷ No Brasil, Heleno Fragoso e Aníbal Bruno insinuam que o autor mediato realiza a ação típica através de terceiro.²³⁸ Essa posição é insustentável. Como lembra Ordeig, dar uma palmada num louco quando o desafeto está à sua frente não é realizar um ato executivo de homicídio: é o louco que realizará, neste exemplo, todos os atos executivos.²³⁹ A insatisfação com tal solução levou os partidários do critério

²³⁶ Latagliata, op. cit., p. 213.

²³⁷ *Lehrbuch*, op. cit., p. 209.

²³⁸ Aníbal Bruno, op. cit., p. 267; Heleno Fragoso, Lições, cit., p. 276.

²³⁹ Op. cit., p. 39.

formal-objetivo a destacar a autoria mediata: assim, definem sempre o autor ("em primeiro lugar", "em princípio") com base na realização da ação executiva (já vimos que, em verdade, de um só ato executivo); em seguida, procuram definir o autor mediato fundamentando-se principalmente na causação da realização da conduta típica.²⁴⁰

A crítica mais abrangente que se pode dirigir ao critério formal-objetivo consiste em que a filiação da autoria à realização pessoal da atividade executiva não se compatibiliza com a realidade, porque omite, como diz Roxin, a consideração da "estruturação do transcurso do sucesso", disposta pelo homem que maneja a lei causal e a coloca a serviço de seus fins.²⁴¹ Se pode resolver alguns problemas, e se se alimenta de uma intransigência elogiável em nível de aproximação com o tipo, não alcança formular uma solução geral satisfatória, e padece de certas contradições internas, como vimos.

25. Segundo um critério *material-objetivo*, a distinção entre autoria e participação deveria ser pesquisada sob o prisma da diferença de eficiência ou relevância causal das respectivas condutas. O nível em que se processasse tal pesquisa faria com que a distinção transitasse entre condutas causais – condutas não causais; causa – condição; causa adequada – causa inadequada; causa necessária – causa desnecessária; causa positiva – causa negativa; etc.²⁴² Versada por Frank e Binding, tal teoria foi especial-

²⁴⁰ Entre nós, até 1999, Damásio E. de Jesus, que se valera de um critério formal-objetivo na definição de autoria, partia para o critério final-objetivo, de inspiração maurachiana, ao versar a autoria mediata. Cf. Da Co-delinquência, cit., p. 41.

²⁴¹ Roxin, *Sobre la Autoria*, cit., p. 60.

²⁴² Cf. Latagliata, op. cit., p. 215. Cf. ainda Bacigalupo, *Lineamientos*, cit., p. 118; Zaffaroni, op. cit., p. 634; Lucio E. Herrera, op. cit., p. 343. Completa informação sobre a evolução teórica deste critério em Perten, op. cit., pp. 11 ss.

mente difundida por Birkmeyer; costuma-se situar suas raízes em Feurbach.²⁴³

Seu ponto de partida reside na possibilidade de perceber-se diferença de valor causal entre a atuação do autor e do partícipe.

26. O aspecto mais visivelmente vulnerável de um critério material-objetivo está, como percebe Dell'Andro, em que ele recoloca, no campo do concurso de agentes, toda a perplexidade que, na área específica da causalidade, já fora posta pelo empenho vão no diferenciar causa de condição.²⁴⁴ Este argumento tem caráter intransponível para o direito penal brasileiro, que explicitamente adotou a teoria da equivalência dos antecedentes.

Contudo, seria fácil demonstrar as falhas de tal critério, ainda quando abdicássemos do art. 13 CP. Em primeiro lugar, observaríamos que às situações de concurso de agentes desservidas pela causalidade (por exemplo, crimes de mera conduta) nenhum aporte proviria da consideração material-objetiva. E se se admite que nem sempre a causalidade está no eixo da co-delinquência, não se vê como uma observação a respeito de sua magnitude ou eficiência possa oferecer um critério distintivo entre autor e partícipe. Por outro lado, mesmo aqueles que estimassem haver na contribuição causal um ponto comum entre todas as formas participativas não pareceriam sensatos se intentassem pesquisar suas diferenças... no ponto comum.

243 Cf. Gimbernat Ordeig, op. cit., p. 115. De fato, no § 113 de seu Tratado, Feurbach graduava diferentemente a punibilidade dos autores de um crime segundo houvessem mantido "em suas mãos mais ou menos causas para a gênese da infração". Cf. Feuerbach, Paul Anselm von, *Tratado de Derecho Penal*, trad. Hagemeyer-Zaffaroni, B. Aires, 1989, ed. Hammurabi, p. 117.

244 Op. cit., p. 22. Repudiando tal critério, na mesma linha, Eduardo Correia, *Da Participação*, cit., p. 118.

O maior mérito do critério material-objetivo, em nossa opinião, está no questionamento à causalidade "absolutizada" pela equivalência dos antecedentes. A conduta de propiciar a arma pode ser considerada tão causal quanto a de ferir a vítima, mas o direito não pode esgotar a sua apreciação neste aspecto, sem um processo de quantificação física e valorativa revelador de uma diferença que não pode ser ignorada. A minorante da participação de menor importância (art. 29, § 1º, CP) demonstra que o direito brasileiro recomenda essa apreciação.

27. Para um critério subjetivo, a distinção entre autor e partícipe residiria em que o primeiro atua com *vontade de autor* (*Täterwille* ou *animus auctoris*), e deseja a ação como própria (*als eigene*), enquanto o segundo atua com *vontade de partícipe* (*animus socii*), seja de instigador ou cúmplice (*Anstifterwille* ou *Gehilfenwille*), e deseja a ação como alheia (*als fremde*).

Tal critério arranca, em verdade, da suposição de que, em decorrência da teoria da *conditio sine qua non*, seja impossível estabelecer objetivamente qualquer diferença entre autor e partícipe, e que portanto essa diferença só alcança revelar-se mediante uma investigação subjetiva. Claro está que von Buri foi um ardente partidário dessa concepção, à qual aderiram, entre outros, Bierling, o segundo Mezger, Köhler e Busch.²⁴⁵

Obteve o critério subjetivo as graças dos tribunais alemães, e dois casos são sempre lembrados. O *Reichsgericht* condenou como cúmplice uma mulher que, a instâncias da irmã, afogou numa banheira o filho ilegítimo da segunda.²⁴⁶

245 "Las formas de participación se diferencian entre sí y en relación con la autoría por el contenido de la voluntad" - cf. Richard Busch, op. cit., p. 30.

246 Maurach, op. cit., p. 338.

E, em 1962, o *Bundesgerichtshof* condenou como cúmplice o agente Staschynski, que, por determinação de um governo estrangeiro, matara a tiros (valendo-se de projéteis envenenados) dois exilados políticos que viviam na Alemanha.²⁴⁷ Nos dois casos, em linhas gerais, a argumentação se filiou à circunstância de que não havia o *animus auctoris*, e que a ação não fora desejada como própria.

28. Por certo que o critério subjetivo resolveria o problema da autoria mediata. De outro ângulo, é possível vislumbrar nele o mérito de haver enfatizado aspectos subjetivos do concurso de agentes, em oposição a uma visão mecânico-objetivista.²⁴⁸

Entretanto, as deficiências da teoria são palpáveis; dela disse Dahm ser "a doutrina de salvação para o assassino a soldo".²⁴⁹ Porém não são as soluções disparatadas a que conduz, e sim as rupturas na fundamentação que mais revelam aquelas deficiências.

Em que consistirão esses misteriosos *animi auctoris vel socii*? Em vão se tentou vinculá-los ao interesse no fato criminoso: tal expediente terminológico apenas deslocaria a questão, sem resolvê-la.

Maurach afirma que a "estereotipada" fórmula de querer o fato como próprio ou alheio representa "*un concepto carente en último término de contenido*".²⁵⁰ Bockelmann assinala que a suposição de um *animus auctoris* é "sempre problemática", e do *animus socii* diz ser "*una pura*

247 Roxin, *Sobre la Autoría*, cit., p. 56; Ordeig, op. cit., p. 52.

248 Esse possível mérito surgirá a contragosto dos subjetivistas, que partem precisamente de uma visão causal indiferenciada e abrangedora da co-delinquência; de tal premissa é que surge a necessidade de situar no subjetivo a distinção entre autor e partícipe.

249 Apud Ordeig, op. cit., p. 52.

250 Op. cit., p. 337.

ficción, no una realidad psíquica".²⁵¹ Boscarelli consigna tratar-se de uma distinção puramente "*verbale e quindi illusoria*", redutível a uma "*sovrastuttura concettuale senza fondamento nella realtà*".²⁵² De sua utilidade dogmática duvida Dell'Andro.²⁵³ E Latagliata endossa indagações irrespondíveis de Welzel: pode alguém transformar em "próprio" um fato "alheio", ou vice-versa, pela mera interferência de sua vontade? Poderá alguém se transformar de autor em partícipe, ou vice-versa, através da simples alteração de seu quadro volitivo a respeito do fato?²⁵⁴

29. Segundo um critério que chamaremos *final-objetivo*, autor será aquele que, na concreta realização do fato típico, conscientemente o *domina* mediante o poder de determinar o seu modo, e inclusive, quando possível, de interrompê-lo. Transcrevamos a definição de Maurach: "*Dominio del acto es el doloso tener las riendas del acontecimiento típico, esto es: la posibilidad, conocida por el agente, de dirigir finalmente la configuración del tipo. Dominio del acto lo tiene todo cooperador que se encuentra en la situación real, por el percibida, de dejar correr, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo*".²⁵⁵ A noção de domínio do fato (*Tatherrschaft*) é, pois, constituída por uma objetiva "disponibilidade da decisão sobre a consumação ou desistência do delito",²⁵⁶ que deve ser conhecida pelo agente (isto é, dolosa).

251 Paul Bockelmann, *Relaciones entre Autoría y Participación*, trad. Fontán Balestra, B. Aires, 1960, pp. 10 e 70.

252 Op. cit., p. 113.

253 Op. cit., p. 34.

254 Cf. Latagliata, op. cit., p. 219.

255 Op. cit., p. 309.

256 Cf. Bacigalupo, *La Noción de Autor*, cit., p. 46.

Elaborada por Welzel, e mais tarde por Gallas e Maurach, é hoje a corrente preponderante na Alemanha. Conta com o endosso, entre outros, de Roxin, Wessels, Stratenwerth e Jescheck. Logo transpôs as fronteiras germânicas para influenciar Ordeig na Espanha, Bacigalupo na Argentina, Latagliata na Itália, Yañez-Perez no Chile – para ficar em referências meramente exemplificativas.

Ao designar tal critério por *final-objetivo*, estamos tomando posição frente a considerá-lo de caráter objetivo ou objetivo-subjetivo, assunto que dividiu as opiniões. Para Gallas, Wessels e Jescheck, a noção de domínio do fato admite uma convivência de momentos objetivos e subjetivos.²⁵⁷ Como diz Ordeig, a doutrina do domínio do fato é “totalmente objetiva, no sentido que esta expressão possui tradicionalmente nas teorias da participação”. E prossegue: “aquele que tem o domínio do fato pode atuar com a vontade que bem quiser: continuará tendo o domínio do fato”.²⁵⁸ Ou, na precisa observação de Bacigalupo: “quem realmente domina o fato não pode modificar essa situação por um ato de vontade”.²⁵⁹ Verdadeiramente temos aí “um dado objetivo, que transcende o âmbito da pura subjetividade de quem obra”.²⁶⁰ A especial posição de quem tão poderosamente pode dispor sobre o *fato*, influenciando o seu *Se* e o seu *Como*²⁶¹ não se subordina a qualquer especial inclinação de sua vontade; essa posição é tão *real* e *objetiva* quanto *real* e *objetivo* é o poder do maquinista sobre a composição ferroviária que dirige.

257 Jescheck fala numa “síntese de ambas opiniões teóricas” (*eine Synthese der beiden Lehrmeinungen*) – op. cit., p. 434; na mesma clave, Wessels, op. cit., p. 120; opinião de Gallas *apud* Ordeig, op. cit., p. 125.

258 Op. cit., p. 126.

259 *La Noción de Autor*, cit., p. 48.

260 Latagliata, op. cit., p. 221. Maurach insiste também no caráter objetivo: op. cit., p. 309.

261 Wessels, op. cit., p. 120.

Está claro que essa posição de *domínio* só é concebível com a intervenção da consciência e vontade do agente: não pode haver domínio do fato sem dolo, aqui compreendido como conhecer e querer os elementos objetivos que compõem o tipo legal.²⁶²

Será desnecessário advertir que a execução direta (de própria mão) da conduta típica constitui a modalidade principal e normal de domínio do fato; nesta hipótese, fala Roxin em *domínio da ação* (*Handlungsherrschaft*).²⁶³

30. A primeira objeção que tal critério ensejaria, especialmente para a doutrina brasileira ainda aferrada a uma teoria do delito de base causal, consistiria na impossibilidade de construir-se um conceito unitário de autor para os delitos dolosos e culposos, que não poderiam ter uma só teoria da participação. Para os finalistas, não há aí qualquer motivo de espanto, e espantoso seria, isto sim, a redução a esquemas comuns de realidades tão distintas.

Como ensina Welzel, “é autor de um delito culposos quem através de uma ação que lesiona o grau de cuidado necessário no trânsito, involuntariamente produz um resultado típico. Qualquer grau de concausalidade para a involuntária produção do resultado típico através de uma ação que não atenda ao cuidado necessário no trânsito fundamenta a autoria do correspondente delito culposos. Por isso, na esfera dos delitos culposos não existe diferença entre autoria e participação”.²⁶⁴ Qualquer atividade

262 “*Vorsatz ist (...) das Wissen und Wollen der zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden objektiven Merkmale*” – cf. Jescheck, op. cit., p. 197.

263 Roxin, *Sobre la Autoría*, cit., p. 60; *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 127 ss.

264 Op. cit., p. 99. A visão peculiar que o finalismo tem dos crimes culposos pode ser estudada em Welzel, *Culpa e Delitos de Circulação*, trad. Nilo Batista, in *Rev. de Direito Penal*, Rio, 1971, v. 3, pp. 13 ss. Entre nós, cf. Heleno Fragoso, *Lições*, cit., pp. 241 ss; Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, cit., pp. 285 ss.

concausal, nessas circunstâncias, representa *autoria*. Daí que os casos de cooperação em crime culposo tenham seu estuário ou em situações de autoria colateral, ou signifiquem verdadeiramente autoria mediata.²⁶⁵

Por outro lado, procurou-se atingir a teoria do domínio do fato, dizendo-se não passar ela de "uma perífrase plástica (...) que fundamentalmente não ia muito além de velhas idéias similares".²⁶⁶ Em primeiro lugar, Ordeig lembra que precisamente o que se necessita para o exame da questão da autoria mediata – a propósito da qual aceita ele, integralmente, tal teoria – é de um critério plástico, e aquele oferecido pelo domínio do fato "é provavelmente o melhor de que jamais tenha disposto a dogmática penal", possuindo aptidão para "ser concretizado e aplicado a grupos de casos".²⁶⁷ Em segundo lugar, não se pode ignorar que a teoria do domínio do fato renuncia à aspiração de moldar um "conceito abstrato geral e superior" das formas de participação, propondo, como diz Roxin, "*una fenomenología cuya totalidad integra el sistema de la teoría de la participación*".²⁶⁸ O domínio do fato não é oferecido como conceito indeterminado ou fixo (*als unbestimmter oder fixierter Begriff*), senão como conceito aberto (*als offener Begriff*), admitindo como elementos o método descritivo (*das beschreibende Verfahren*) e a integração do regulativo (*der Einbau von Regulativen*).²⁶⁹ "A expressão regulativo deve aqui ser compreendida no sen-

265 Cf. Wessels, op. cit., p. 148. No mesmo sentido, Maurach, op. cit., p. 314. Haveria outra linha de fundamentação possível, aproximando os crimes culposos dos "crimes de dever", que serão examinados mais tarde.

266 Engisch, apud Ordeig, op. cit., p. 135.

267 Op. cit., p. 135.

268 Roxin, *Sobre la Autoría*, cit., p. 61.

269 Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., pp. 108, 119, 125.

tido de indicador de direção" (*Regulativ wird hier im Sinne von richtunggebend verstanden*).²⁷⁰

Renunciando a uma categoria central imutável e inerte de autor, o critério final-objetivo não se submete a qualquer nominalismo, e sim capitula diante das multifárias possibilidades de estruturação do decurso do fato, que pertencem à natureza das coisas. Isso lhe permitirá, dentro do sistema, uma possibilidade de deslocamento lógico inexcedível, para atender aos diversos problemas propostos. Sob uma perspectiva generalizante, a distinção autoria-participação se aproximará de seu ponto de repouso: os tipos da parte especial. Na apreciação individualizada de cada caso, corresponderá ao juiz verificar quem possuía o domínio do fato (nas suas diferentes formas de exprimir-se) e quem o não possuía, discernindo autores e partícipes.

Para o direito penal brasileiro, nenhum obstáculo teórico existe contra a utilização desse critério para os crimes comissivos dolosos.

Não nos deteremos sobre uma ainda em formação "teoria funcionalista da autoria",²⁷¹ por sua praticamente nenhuma repercussão no Brasil. Tal teoria, como se vê em Jakobs,²⁷² se apropria da distinção delitos de dever – delitos de domínio; mas o conceito de domínio do fato estará submetido ao esquema funcionalista da responsabilidade concebida como um "output em detrimento do âmbito de organização alheio": quando dois sujeitos "coordenando mutuamente seus âmbitos de organização (...) organizam

270 Roxin, *Täterschaft*, cit., p. 125. Com grande propriedade, Bacigalupo: "no es un concepto de los que es posible dar una fórmula cerrada, sino que depende de las circunstancias totales del hecho del mismo" (*Lineamientos*, cit., p. 119).

271 Cf. Barja de Quiroga, J. López, *Autoría y Participación*, Madri, 1996, ed. Akal, p. 32.

272 Cf. Günther Jakobs, *Derecho Penal*, PG., trad. C. Contreras – G. De Murrillo, Madri, 1995, ed. M. Pons, p. 718.

conjuntamente um delito" serão co-autores (se mediante "atos organizativos da mesma importância") ou partícipes (quando "contribuam com menor importância"); porém, se um dos concorrentes "submete-se ao âmbito de organização de outro", temos autoria mediata; quem desejar aprofundar-se acorra à fonte.²⁷³

²⁷³ Jakobs, op. cit., *passim*. Veja-se a implacável crítica de Zaffaroni et alii, *Derecho Penal*, P.G., B. Aires, 2000, ed. Ediar, p. 743.

IV – Autoria Direta

31. *Autoria direta. O elemento geral (domínio do fato). Elementos especiais da autoria.* **32.** *Autoria nos delitos de dever.* **33.** *Autoria nos crimes culposos. É admissível concurso de agentes em tais crimes?* **34.** *Autoria nos crimes omissivos. É admissível concurso de agentes em tais crimes?* **35.** *Autoria nos delitos especiais.* **36.** *Autoria nos delitos de mão própria.*

31. O conceito de *autoria direta* está ancorado nos tipos da parte especial, e guarda assim certa dependência da disciplina específica de cada delito. Dessa forma, um conceito geral da autoria direta importa um processo de abstração e generalização, que revelará suas insuficiências na aplicação a certos casos.

É autor direto aquele que tem o domínio do fato (*Tatherrschaft*), na forma do domínio da ação (*Handlungsherrschaft*), pela pessoal e dolosa realização da conduta típica. Por realização pessoal se deve entender a execução de própria mão da ação típica. Por realização dolosa se exprimem consciência e vontade a respeito dos elementos objetivos do tipo.

O conceito que se propõe não situa como dado essencial a subsunção da conduta ao tipo, e como decorrência o domínio do fato (na forma de domínio da ação), e sim precisamente o oposto. Não-autores podem ver suas condutas subsumíveis na descrição legal; a diferença específica a incidir sobre o gênero reside em que só o autor possui o domínio do fato. Incorpora-se assim, de modo subordinado a uma visão finalista da matéria, a contribuição incontestável do critério formal-objetivo.

Porém o domínio do fato (na forma de domínio da ação) é apenas o elemento geral do autor (*das generelle Tätermerkmal*), ao qual se deverão agregar, como ensina Welzel,²⁷⁴ os elementos especiais da autoria (*die speziellen täterschaftlichen Merkmale*). Tais elementos especiais da autoria se relacionam, por um lado, com os elementos especiais do tipo subjetivo, como a intenção (o antigo dolo específico), a tendência libidinosa nos crimes contra os costumes, e os chamados momentos de ânimo (particulares motivações etc). Assim, ao autor direto de furto – *para*

²⁷⁴ Op. cit., p. 100.

além do domínio do fato, fundado na pessoal, consciente e querida (= dolosa) subtração de coisa móvel alheia – se exige o *animus rem sibi habendi*. Por outro lado, tais elementos especiais da autoria se vinculam a requisitos objetivo-pessoais do autor, ligados a especiais posições de dever (*besondere Pflichtenstellung*), como a de funcionário público, médico, advogado ou procurador etc. Assim, a autoria direta de peculato – antes da consideração do domínio do fato, fundado na pessoal, consciente e querida (dolosa) apropriação de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tenha a posse – deverá identificar-se na pesquisa da existência de um funcionário público; e, no direito penal brasileiro, nos termos em que o define o art. 327 CP.

32. Correspondeu a Roxin desenvolver de modo refinado uma teorização em torno do que chama de delitos de dever (*Pflichtdelikte*), e cujas conseqüências rompem uma suposta vigência absoluta do domínio do fato como característica fundamental da autoria.²⁷⁵

Em oposição aos delitos de domínio (sejam eles de resultado ou de mera atividade), cujo injusto repousa no cometimento de determinada conduta, os delitos de dever extraem a ilicitude basicamente da violação de certas obrigações especiais do autor. “Não se trata – esclarece Roxin – do dever que deriva da norma de direito penal, cuja infração desata a sanção prevista no tipo. Este dever existe em todo delito”.²⁷⁶ Trata-se, em verdade, de “*un deber especial extrapenal*”²⁷⁷ que provém seja do direito privado

275 Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., pp. 352 ss; *Sobre la Autoría*, cit., p. 69; *Política Criminal*, cit., p. 49.

276 *Es ist nicht die aus der Strafrechtsnorm entspringende Pflicht gemeint, deren Missachtung die im Tatbestand vorgesehene Sanktion auslöst. Diese Pflicht besteht bei jedem Delikt* – cf. *Täterschaft*, cit., p. 354.

277 Cf. Roxin, *Sobre la Autoría*, cit., p. 69; *Política Criminal*, cit., p. 49.

ou do direito público não-penal, seja de situações sociais admitidas ou reconhecidas indiretamente pela ordem jurídica, e cuja infração é a *ratio essendi* da incriminação. Assim, por exemplo, na maior parte dos delitos especiais; nos crimes omissivos impróprios (a posição de garantidor) etc.

Em tais casos, é ainda lição de Roxin, “quem não é portador desse dever, ainda quando domine o decurso do acontecimento, apenas interessa como partícipe” (*wer nicht Träger dieser Pflicht ist, kommt, auch wenn er den Geschehensablauf beherrscht, nur als Teilnehmer in Betracht*).²⁷⁸

Ou seja: nos delitos de dever, a autoria se fundamenta na infração a esse dever, e está limitada portanto à(s) pessoa(s) a quem esse dever diga respeito. É autor, em tais casos, aquele que viola o dever extrapenal ao qual devia obediência, “*sin que interese en lo más mínimo el dominio del suceso externo*”.²⁷⁹

33. Como vimos anteriormente (nº 30), os crimes culposos não oferecem maiores dificuldades, do ponto de vista do concurso de agentes.²⁸⁰ Todo aquele que culposamente causa o resultado é autor; qualquer contribuição causal culposa para o resultado representa autoria.²⁸¹

278 *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 353.

279 Roxin, *Política Criminal*, cit., p. 49. Pode-se desde logo verificar os tormentosos problemas que se colocarão, nos delitos de dever, com respeito à autoria mediata.

280 Sobre o assunto, cf. Franz Exner, *Fahrlässiges Zusammenwirken, in Festgabe für Reinhard von Frank*, Tübingen, 1930, v. I, pp. 569 ss; Spasari, *Profili di Teoria Generale*, cit.; uma visão tradicional em Eugenio Jannitti di Guyanga, *Concorso di più Persone e Valore del Pericolo nei Delitti Colposi*, Milão, 1913.

281 Como de forma primorosa expõe Wessels, a causação culposa de um resultado é alguma coisa diversa do mero somatório causação + culpa (op. cit., p. 153). Exatamente, Juan Bustos Ramírez: “*Sólo el resultado que significa una materialización de la falta de cuidado puede ser atribuido a una acción*” (*Culpa y Finalidad*, Santiago, 1967, p. 74).

Trata-se aqui de uma decorrência inexorável da lei brasileira, que define o crime culposo mencionando um agente que "*deu causa ao resultado*" (art. 18, inc. II, CP), literalmente impondo um conceito extensivo de autoria no campo da negligência. O argumento da locução causalista legal foi também versado na doutrina alemã e espanhola.²⁸² Os riscos de uma ampliação, regressiva e incontável, na autoria dos crimes culposos podem ser conjurados por este mérito histórico do finalismo, que foi a construção da conduta típica culposa. Ou seja: autor do crime culposo é o sujeito que "*deu causa*" – tipicamente – "*ao resultado*". Nas palavras de Heitor Costa Júnior, nos crimes culposos "a autoria se fundamenta – conceito extensivo de autor – na causação de um resultado, através de uma ação contrária ao dever de cuidado".²⁸³

Nos tipos abertos dos crimes culposos, determina-se a subsunção da conduta mediante um juízo de comparação entre o procedimento do sujeito e o procedimento que, nas mesmas circunstâncias, teria uma pessoa prudente e conscienciosa.²⁸⁴ É pela *inadequação a menor* entre o procedimento do sujeito e esse procedimento *standard* que

282 Cf. Pérez Manzano, M. *Autoría y participación imprudente en el código penal de 1995*, Madri, 1999, ed. Civitas, p. 39 (frise-se que a A. rejeita tal argumento).

283 Teoria dos Crimes Culposos, Rio, 1988, ed. L. Juris, p. 111.

284 Em seu brilhante estudo sobre os crimes culposos, Juarez Tavares questionaria o uso referencial – comparativo do homem prudente e consciencioso. A conduta cuidadosa, prescreve ele, "deve ser inferida das condições concretas, existentes no momento do fato, e da necessidade objetiva, naquele instante, de proteger o bem jurídico" (Direito Penal da Negligência, S. Paulo, 1985, ed. RT, p. 137). Homenageio-o registrando a divergência, porém sigo acreditando nas virtudes metodológicas e mesmo político-criminais do homem prudente e consciencioso (cambiante, maleável e até mesmo falível) inscrito, claro está, nas "condições concretas"; prefiro-o, como indicador da conduta cuidadosa, a uma "necessidade objetiva" de proteção atual ao bem jurídico, na qual ressoa como que um espírito objetivo hegeliano que engessaria institucionalmente as sempre múltiplas e flexíveis "condições concretas".

se revela a tipicidade da conduta, cuja essência ilícita reside, assim, na violação de um dever de cuidado objetivamente aferível. Por essa linha, que foi rasgada, como vimos, pela teoria finalista, é possível aproximar os crimes culposos dos delitos de dever, e aproximar em consequência as soluções pertinentes à autoria.

Não há diferença entre autor direto e partícipe nos crimes culposos, porquanto a concausação culposa (isto é, com violação do dever objetivo de cuidado) importa sempre autoria.

No Brasil, em algum momento Heleno Fragoso espousou tal opinião: "Nos crimes culposos, em consequência, é autor todo aquele que viola o dever objetivo de cuidado a que estava adstrito, provocando, isoladamente ou em concurso com outras pessoas, o resultado típico. Como se percebe, nos crimes culposos há apenas autoria ou autoria colateral, mas não pode haver participação, porque esta é sempre a realização de conduta atípica".²⁸⁵

Sob um esquema rigoroso, pois, a implicação de mais de uma pessoa num delito culposos teria que resultar: 1. na consideração de cada qual como "*autor único sin atender a los restantes factores humanos cooperadores*";²⁸⁶ ou 2. numa hipótese de autoria colateral; ou 3. num caso de instrumento culposos (responsável como autor) atrelado a um "autor mediato" (que significa, ao cabo, uma forma heteróloga de autoria colateral).²⁸⁷ Vê-se que falta espaço lógico para o concurso de agentes.

285 Heleno Fragoso, Comentários ao Código Penal, em colaboração Nelson Hungria, Rio, 1978, v. I, t. II, p. 634. Observe-se, todavia, que Fragoso busca amparo no critério formal-objetivo ("realização de conduta atípica"), por ele adotado.

286 Maurach, op. cit., p. 308.

287 Maurach dá o seguinte exemplo: A pede a B, míope e irrefletido, que demonstre a pontaria disparando sobre um tronco, que na verdade é um homem (op. cit., p. 349). A autoria mediata de A diz respeito a um delito comissivo doloso; B é autor único de crime culposos.

É predominante, entre nós, a admissão de concurso em crime culposos,²⁸⁸ talvez pela influência da doutrina italiana, que não poderia atuar como paradigma, no caso, face à presença de expresso dispositivo (art. 113 do código penal italiano).²⁸⁹ Tomemos um dos exemplos mais diletos dessa doutrina: *A* reúne lenha para a fogueira e *B* deita-lhe fogo, resultando incêndio.²⁹⁰ *A* e *B* são autores diretos do crime de incêndio, pois cada um violou, de forma pessoal e incomunicável, o dever objetivo de cuidado imposto pelas

288 Hungria, Comentários, cit., p. 420; Aníbal Bruno, op. cit., p. 277; Costa e Silva, op. cit., p. 158; Salgado Martins, op. cit., p. 276; Roberto Lyra, op. cit., p. 115; Frederico Marques, Tratado, cit., p. 313; Esther de Figueiredo Ferraz (reformulando posição), op. cit., p. 154; Fabrício Leiria, op. cit., p. 212; Damásio E. de Jesus, Da Co-delinquência, cit., p. 52; Heleno Fragoso admite a co-autoria: explícita (Lições, cit., p. 275) e implicitamente (Comentários, cit., p. 634, onde só exclui a participação); Magalhães Noronha, Do Crime Culposos, S. Paulo, 1974, pp. 104 ss.; Joaquim de Silos Cintra, Concurso de Agentes em Crime Culposos, in Rev. Forense, Rio, 1951, v. 135, pp. 337 ss.; Miguel Reale Júnior (op. cit., p. 324); Jair Leonardo Lopes (op. cit., p. 172); Luiz Regis Prado admite apenas participação por instigação (op. cit., p. 268). Na jurisprudência, este é o entendimento predominante, embora ao custo teórico insuportável de exigir uma "vontade consciente de concorrer para uma conduta culposa" (TJES, Des. Correia Lima, in A. S. Franco et alii, cit., p. 496), ou uma "cooperação consciente de alguém na imprudência de outrem" (TACrim SP, J. Canguçu de Almeida, in A.S. Franco et alii, loc. cit.), ou ainda a "vontade consciente do co-autor na prática culposa de outrem" (TACrimSP, J. Emeric Levai, in A. S. Franco, loc. cit.), contradições que desde logo excluem toda hipótese de culpa inconsciente, e sinalizam para situações distintas do concurso de agentes. A inadmissibilidade do concurso em crime culposos foi corretamente proclamada pelo mesmo TACrimSP (J. Ricardo Couto, in A.S. Franco et alii, op. cit., p. 497). Velha decisão da Corte Suprema, da lavra de Evandro Lins e Silva, invocava a opinião de Evaristo de Moraes para negar o reconhecimento de concurso em crime culposos (HC nº 43.794).

289 Art. 113: No crime culposos, quando o resultado for causado pela cooperação de várias pessoas, cada uma delas será submetida às penas cominadas para esse mesmo crime.(...)

290 Cf. Aníbal Bruno, op. cit., p. 277; Hungria, Comentários, cit., p. 421. Este exemplo parece ter sido criado por Ferri (Princípios de Direito Criminal, trad. Luiz de Lemos d'Oliveira, S. Paulo, 1931, p. 550).

"condições concretas", e contribuiu causalmente para o resultado (teoria da *conditio*). Há como fracionar o domínio do fato que fundamenta a autoria nos delitos dolosos de ação; até com submissão ao critério formal-objetivo, é possível pensar no fracionamento da execução da conduta típica; mas não há como fracionar a necessariamente individualizada violação do dever objetivo de cuidado sobre a qual se assenta a autoria nos crimes culposos. Genialmente, Delitala observava não ser conceitualmente possível o concurso de agentes em crime culposos, e cismava: "*la colpa è qualcosa di personale e di squisitamente soggettivo*".²⁹¹

A circunstância de que inúmeros e eminentes professores – e, além dos brasileiros, citados, mencionaríamos *ad exemplum* Bettiol e Quintano²⁹² –, bem como nossos tribunais,²⁹³ admitam o concurso de agentes em crime culposos não redime o equívoco básico do raciocínio, que vai buscar em algo completamente irrelevante para o direito penal (a proximidade física de condutas desatentas ao dever objetivo de cuidado), ou em algo para ele insuficiente (a pura concausalidade), um traço de união fictício e enganoso. No surrado exemplo dos operários *A* e *B* que juntos erguem e juntos arremessam, do edifício em construção, pesada viga sem antes se certificarem da ausência de transeuntes, vindo a causar a morte de *C*, há dois autores diretos. Não seria muito diferente se se abrisse o

291 *Il Fatto nella Teoria Generale del Reato*, cit., p. 62. Delitala já sabia que "*per quanto concerne la colpa, fra complice e autore non c'è nessuna differenza*".

292 Giuseppe Bettiol, *Sul Concorso di più Persone nei Delitti Colposi*, in *Scritti Giuridici*, Pádua, 1966, v. I, pp. 15 ss.; Antonio Quintano Ripollés, *Derecho Penal de la Culpa*, Barcelona, 1958, pp. 327 ss.

293 Ampla informação em Benedito Hespanha, Co-autoria em Delito Culposos, in Rev. da Fac. de Direito de Passo Fundo, 1971, ano XVII, *apud* Fabrício Leiria, op. cit., p. 214; cf. Fragoso, Comentários, cit., p. 635; A. S. Franco et alii, op. cit., p. 496.

exemplo para a autoria colateral, e se propusesse que A e B, sem conhecimento recíproco das iniciativas, erguessem e imprudentemente arremessassem cada qual uma viga sobre o mesmo transeunte C.²⁹⁴

Por último, cremos que só uma interpretação lisamente causalista do art. 29 CP pode conduzir à afirmação de impossibilidade entre o raciocínio aqui exposto e o direito positivo. Uma interpretação menos submetida destrói essa objeção.²⁹⁵ Nega-se, pois, que nos crimes culposos haja participação, bem como co-autoria.²⁹⁶

34. A doutrina brasileira se ressentida, em geral, de um exagerado otimismo no que tange aos problemas colocados pelos crimes omissivos.²⁹⁷ Procuraremos examinar, nas linhas que se seguem, a questão – que se nos afigura extremamente complexa – do concurso de agentes (buscando conceituar a autoria direta, e questionando desde logo a possibilidade de existência de outras formas de autoria e de participação) em tais delitos. A figura da participação por omissão em crimes comissivos dolosos não interessa, por ora, e receberá tratamento a seu tempo.

Os crimes omissivos são crimes de dever; a base da responsabilidade não alcança qualquer omitente, e sim

294 A diferença que poderia existir habita um plano de repercussão predominantemente processual, e está no problema da autoria incerta, que será tratado mais tarde.

295 É procedente a opinião dominante (Fragoso, Comentários, cit., p. 635; Maurach, op. cit., p. 314) sobre a escassa importância prática deste problema, pois qualquer posição adotada (salvo a admissão de participação, em sistemas diferenciadores) conduziria à mesma solução penal.

296 "Es gibt deswegen keine Mittäterschaft bei Fahrlässigkeitstaten (...)", cf. Jescheck, op. cit., p. 451. A linha de fundamentação era, na passagem, a impossibilidade de uma comum decisão final para o fato.

297 "O concurso nos delitos de omissão não oferece, assim, qualquer dificuldade especial" – cf. Esther Figueiredo Ferraz, op. cit., p. 138; "nem há dificuldades maiores no assunto" – cf. Frederico Marques, Tratado, cit., p. 322.

aquele que está comprometido por um concreto dever de atuação.²⁹⁸ O critério do domínio do fato deverá, então, ser abandonado aqui em favor da preponderância da violação do dever. De resto, como o próprio Roxin lembra, é impossível falar-se em domínio do fato frente à estrutura dos delitos omissivos.²⁹⁹ Faltando neles uma imbricação causal no decurso do acontecimento, e uma finalidade *atual*, só seria concebível um domínio *potencial* do fato, que não poderia auxiliar muito na elucidação dos problemas emergentes do concurso de mais pessoas.³⁰⁰ Nessa perspectiva, autor direto de um crime omissivo é sempre aquele que viola o dever de atuação ao qual estava adstrito.

Como se comportam os esquemas de co-autoria, autoria mediata e da participação diante dos crimes omissivos? A doutrina brasileira, no diapasão de otimismo já referido, fornece respostas bastante singelas, admitindo a possibilidade de participação (em sentido extenso) nesses crimes,³⁰¹ com algumas exceções.³⁰² Grande diversidade de

298 Cf. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 459.

299 *Idem*, p. 463.

300 Não obstante, Welzel fundamentará neste domínio do fato (que só pode ser considerado *potencialmente*) a autoria (indistinguível da participação) na omissão imprópria: cf. *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 222.

301 Aníbal Bruno, op. cit., p. 278; Frederico Marques ("O indivíduo que deixar de fazer *quod debeat*, por instigação de terceiro, comete um crime omissivo com a participação deste"), Tratado, cit., p. 322; Fabrício Leiria ("nada obsta que dois ou mais indivíduos, em comum acordo, se omitam na prestação de socorro a uma pessoa inválida ou ferida"), op. cit., p. 223; Esther de Figueiredo Ferraz ("os crimes de omissão propriamente ditos (...) não fogem às regras comuns sobre concurso de agentes"), op. cit., p. 139; Sheila de Albuquerque Bierrenbach admite co-autoria e participação (Crimes Omissivos Impróprios, B. Horizonte, 1996, ed. Del Rey, pp. 123 ss); assim também Cezar Roberto Bitencourt (op. cit., p. 445).

302 Damásio E. de Jesus admitia participação na omissão própria, desde que mediante um atuar positivo (Da Co-delinquência, cit., p. 89); negam cabalmente a possibilidade de co-autoria e de participação Luiz Regis Prado (op. cit., p. 268) e Juarez Tavares (As Controvérsias em torno dos Crimes Omissivos, Rio, 1996, ed. ILACP, p. 86).

opiniões reina, a propósito, na doutrina alemã, da qual nos fornece um quadro analítico perfeito Bacigalupo.³⁰³ A co-autoria em tais casos é admitida por Roxin e Maurach, e negada por Welzel, Kaufmann, Grünwald e Jescheck;³⁰⁴ não são menores as desavenças a propósito de autoria mediata e participação (instigação e cumplicidade). Tentemos, de forma resumida, nos posicionar em relação a cada uma das hipóteses.

A exemplo da linha argumentativa perfilhada no exame dos crimes culposos, o dever de atuar a que está adstrito o autor do delito omissivo é infracionável. Por outro lado, como diz Bacigalupo, a falta de ação priva de sentido o pressuposto fundamental da co-autoria, que é a divisão do trabalho; assim, *"no es concebible que alguien omita una parte mientras otros omiten el resto"*.³⁰⁵ Quando dois médicos omitem – ainda que de comum acordo – denunciar moléstia de notificação compulsória de que tiveram ciência (art. 269 CP), temos dois autores diretos individualmente consideráveis. A inexistência do acordo (que, de resto, não possui qualquer relevância típica) deslocaria para uma autoria colateral, sem alteração substancial na hipótese. No famoso exemplo de Kaufmann, dos cinquenta nadadores que assistem passivamente ao afogamento do menino, temos cinquenta autores diretos da omissão de socorro. A solução não se altera se se transferem os casos para a omissão imprópria: pai e mãe que deixam o pequeno filho morrer à míngua de alimentação são autores diretos do homicídio; a omissão de um não "completa" a omissão do outro; o dever de assistência não é violado em 50% por cada

303 Enrique Bacigalupo, *Delitos Improprios de Omisión*, B. Aires, 1970, pp. 129 ss.

304 Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 469; Maurach, op. cit., p. 345; Jescheck, op. cit., p. 454; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 206; a opinião de Kaufmann e Grünwald apud Welzel, loc. cit. Entre nós, neste último sentido, Heleno Fragoso, *Lições*, cit. p. 254.

305 *Delitos Improprios de Omisión*, cit., p. 141.

qual. Da mesma forma é resolvido o caso em que se de-frota uma ação positiva que tipicamente lesiona um bem jurídico, e a omissão do garantidor desse bem, como no exemplo de Bacigalupo: o salva-vidas A olha tranqüilamente e inerte a B que empurra para a água C, que visivelmente não sabe nadar, e vem a morrer por afogamento. Não há co-autoria pensável, pela falta de um ponto comum de referência compartilhável: A é autor direto por violar o dever de garantidor; B é autor direto porque possui o domínio do fato (na modalidade de domínio da ação).

A autoria mediata nos crimes omissivos pode ser pesquisada a partir dos seguintes modelos: 1º) A, mediante expedientes que determinem o erro de B, ou com emprego de violência ou grave ameaça, impede que este último, que estava obrigado por dever especial, atue; 2º) A, garantidor, permite que B (que atua sem culpabilidade, ou sem imputabilidade etc.) lesione o bem jurídico cuja proteção lhe está cometida. O segundo modelo é claramente um caso de autoria direta; Bacigalupo frisa que *"no existe diferencia alguna entre una no intervención en un proceso de fuerzas naturales y la no intervención frente al ataque de un tercero al bien jurídico garantido"*.³⁰⁶ Com relação ao primeiro modelo, parece tratar-se de um caso de autoria direta por ação,³⁰⁷ autoria esta fundamentada no domínio do fato. Dessa forma, se A emprega violência para impedir que B salve a vida de C, que está se afogando, não é autor mediato de omissão de socorro (art. 135 CP), e sim autor direto de homicídio comissivo.³⁰⁸ A dificuldade que surge aqui, e divide as opiniões, se refere aos casos em que aquele que impede o obrigado de atuar não possua requisitos objetivo-

306 *Delitos Improprios de Omisión*, cit., p. 144; cf., no mesmo sentido, Schönke, Adolfo e Schröder, Horst, *Strafgesetzbuch – Kommentar*, Munique, 1965, p. 279.

307 Assim, Bacigalupo, *Delitos Improprios de Omisión*, cit., p. 143.

308 Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 206.

peçoais de autoria porventura exigíveis: A, não-médico, mediante artifício enganoso, ou grave ameaça, ou violência, impede que B, médico, denuncie à autoridade pública doença de notificação compulsória de que teve conhecimento. A resposta adequada cremos residir (à parte a eventual significação penal da ameaça ou violência empregadas) na impunidade de A, o que se compatibiliza com as decisões legislativas que culminam na criação dos delitos especiais, e estabelecem desse modo restrições à punibilidade que não devem ser tomadas como desafios pela imaginação dos dogmáticos; assim se evitarão soluções artificiais e equivocadas no sentido de preencher vácuos da punibilidade.

A instigação ao delito omissivo deve mais propriamente ser chamada de *dissuasão*. Através da dissuasão, o terceiro interferente procura, precisamente ao contrário do que sucede na instigação aos crimes de ação,³⁰⁹ obter com que o obrigado não atue, não observe o mandamento de agir. Se a dissuasão corresponde a uma *participação no delito omissivo*, ou se deve ser considerada na perspectiva de um *delito de ação* é assunto extremamente controvertido. À primeira proposição se filiam Roxin, Schönke-Schröder e Jescheck;³¹⁰ à segunda, Welzel, Kaufmann e Bacigalupo.³¹¹

309 Bacigalupo, fundado em Kaufmann, vê aí uma aplicação do chamado "princípio da inversão"; cf. *Delitos Impropios de Omisión*, cit., p. 131.

310 Roxin, *Täterschaft*, cit., pp. 510 ss (desenvolvendo enérgica argumentação contra a posição oposta); Schönke-Schröder, op. cit., p. 295; Jescheck, op. cit., p. 426. A possibilidade de participação por instigação é limitada a um obrar positivo: "*Da in diesen Fällen der Teilnehmerbeitrag in einem positiven Tun besteht (...)*" – cf. Schönke-Schröder, loc. cit.; "*Anstiftung (...) durch positives Tun (ist) auch bei Unterlassungsdelikten möglich*" – cf. Jescheck, loc. cit.

311 Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 206 (afirmando que a instigação nos delitos omissivos não é pensável – *ist nicht denkbar* –); a opinião de Kaufmann apud Welzel, loc. cit.; Bacigalupo, *Delitos Impropios de Omisión*, cit., p. 144 (refutando energicamente a argumentação de Roxin).

Verifica-se, desde logo, que a admissão de participação nos delitos omissivos só é concebível ao preço de subtrair-se o centro de gravidade da acessoriedade, que é, segundo entendimento completamente dominante, um fato principal doloso, do qual o autor tenha o domínio, e a respeito do qual se possa falar numa *vontade* relativamente aos elementos que expressem sua *realização*. Para contornar esse problema – verdadeiramente incontornável – Roxin propõe, para os casos de que ora nos ocupamos, uma espécie de participação que, ao fim e ao cabo, "acederia" a nada, e se caracterizaria pela ausência da violação ao dever especial que fundamenta a autoria. Para Welzel, a conduta de quem, mediante uma atividade dissuasiva, impede outrem de atuar conforme o especial dever ao qual está adstrito, corresponde a uma ação que deve ser considerada na perspectiva de um crime comissivo. O exemplo por ele exposto é o seguinte: aquele que diante de um acidente dissuade o obrigado ao socorro de sua decisão de prestá-lo, oferecendo-lhe uma quantia em dinheiro, não deve ser castigado pela instigação de omissão de socorro, e sim por homicídio. E é irresponsível o argumento que se segue: se assim não fosse, aquele que dissuadissem alguém não obrigado ao socorro (porém que a ele estivesse resolvido) deveria ficar impune, por tratar-se de participação numa omissão atípica.³¹² Na omissão imprópria, a solução fica mais evidente: quem promete uma recompensa para que o guarda do presídio "não veja" a fuga de um interno não é instigador e sim autor direto do crime previsto no art. 351 CP, tanto quanto o guarda: sua autoria se submete ao domínio do fato que possui, enquanto a do guarda se submete à violação do dever especial.³¹³ Em suma, a eficaz

312 Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 206.

313 Os problemas derivados da qualificação prevista no § 3º do art. 351 CP serão tratados quando do exame da comunicabilidade das circunstâncias.

dissuasão da observância do dever (que corresponde à omissão do dissuadido) representa na verdade autoria do delito comissivo que corresponda (*quando corresponda*).

As críticas endereçadas a esta posição foram, como mencionado, superiormente refutadas por Bacigalupo. A primeira delas se relaciona à causalidade: se se sustenta que não há causalidade entre o omitente e o resultado não evitado, como reconhecer essa causalidade entre a conduta de dissuasão e o mesmo resultado? Não impressiona a objeção. É dever legal do bombeiro em serviço impedir que o acidente elétrico (curto-circuito) por ele presenciado se converta em incêndio, pela propagação das chamas que estabelecerão o fogo perigoso; se não atua, será autor do crime do art. 250 CP; sua autoria, no esquema de omissão imprópria aí montado, se fundamenta na violação do dever especial de impedir o resultado. Deveremos negar inteiramente a causalidade entre a omissão do bombeiro e o resultado; poderemos postular uma "causalidade normativa" entre a omissão do bombeiro e o resultado; poderemos situar a última proposição na linha da condição negativa; poderemos nos remeter a uma causalidade adequada, perquirível nas relações entre a ação omitida e o resultado. Tais problemas não se colocarão se um terceiro ofereceu uma quantia em dinheiro para que o bombeiro não atuasse conforme o dever: como diz Bacigalupo, "*la disuasión en sí representa algo realmente ocurrido*", e essa condição positiva, neutralizando uma outra (ação devida), que teria impedido o resultado, é causal, e assim o demonstraria o processo de eliminação hipotética.³¹⁴ A segunda crítica procura questionar o fundamento da autoria daquele que dissuade, que não residiria nem na violação do dever nem no domínio do fato – que, então, se nega existir na situa-

³¹⁴ *Delitos Improprios de Omisión*, cit., p. 146.

ção – “regredindo-se a uma pura causatividade”. Parece-nos inegável que a conduta de dissuasão, especialmente a dissuasão eficaz (aceita), que ora nos interessa, importa em domínio do fato; é razoável supor-se que o decurso do acontecimento se alteraria caso o instigador anulasse o estímulo com o qual obteve a violação do dever por parte do obrigado. A terceira crítica se preocupa com vácuos de punibilidade, quando se trata de delitos especiais. Imagine-se o caso em que alguém dissuada o pai de prover à instrução primária de filho em idade escolar (art. 246 CP). Quem afirme inexistir participação por instigação (dissuasão) em crime omissivo, não tem como punir aquele que dissuadiu o pai como autor do crime comissivo correspondente, porque não há qualquer crime comissivo que corresponda. Já tivemos oportunidade de manifestar nossa inclinação a propósito dessa espécie de objeção. Coube ao legislador, com a criação do delito especial, circunscrever a autoria, o que significa limitar a punibilidade. O tio que deixasse de prover a educação escolar de sobrinho, órfão de pais, que com ele residisse, não seria autor, à míngua do requisito objetivo-pessoal, por mais que sua conduta, do ponto de vista da moral social vigente, fosse equiparável à do tipo legal; nem por isso alguém pensaria em castigá-lo penalmente. Só se conhece uma forma de preencher vácuos de punibilidade, e é através da própria lei penal. Desse modo, não pode sensibilizar o argumento ora examinado. Não seria descabido afirmar que a observância do dever compreende também o esquivar-se da tentação de violá-lo. A última questão que surge em tema de dissuasão se refere ao conteúdo: *quid iuris*, se aquele que dissuade se limita a prestar um esclarecimento verdadeiro sobre os riscos da empresa de salvação? Bacigalupo resolve a questão afirmando a inidoneidade de tal conduta para dominar o fato, uma vez que a lembrança de uma consequência provável da atuação do obrigado é ou poderia ser do conhe-

cimento do omitente; Kaufmann procura equacioná-la em termos de adequação social.³¹⁵ Pense-se no exemplo de quem adverte o salva-vidas sobre a excepcional potência das correntezas. Sem embargo da indiscutível procedência das considerações de Bacigalupo e Kaufmann, cremos que também se poderia pensar no princípio constitucional que Pontes de Miranda chama de *legaliteralidade* (art. 5º, inc. II, CR), que estipula ser a lei o limite único da liberdade;³¹⁶ também em solo constitucional se poderia fundear a conclusão de que não pode haver barreiras extra-legais à manifestação do pensamento. Sob outro prisma, o conhecimento dos riscos, como lembra Bacigalupo, integra o sujeito que detém posição de garantidor. No direito penal brasileiro, não pode invocar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo (art. 24, § 1º, CP). Pelo exposto, podemos concluir que a dissuasão que consista no esclarecimento, feito de boa-fé, de riscos reais pertinentes à operação de salvamento do bem não fundamenta autoria do tipo comissivo correspondente, e é impunível.³¹⁷

A cumplicidade no delito omissivo não oferece maiores dificuldades. Os autores que a admitem apressam-se, naturalmente, em circunscrevê-la à chamada cumplicidade psíquica.³¹⁸ Ora, tratando-se de cumplicidade psíquica, toda a argumentação referida anteriormente à instigação (dissuasão) tem perfeita aplicabilidade,³¹⁹ conduzindo a soluções idênticas. Por outro lado, como veremos, é discutível se o código penal brasileiro permite que se opere com

315 Bacigalupo, *Delitos Impropios de Omisión*, cit., p. 148; a opinião de Kaufmann *apud* Bacigalupo, loc. cit.

316 Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, S. Paulo, 1971, v. V, p. 1.

317 Se a informação veiculada é intencionalmente enganosa, abrir-se-ia uma chave de autoria mediata que, como já visto, conduz na realidade à autoria direta do tipo comissivo correspondente.

318 Por exemplo, Jescheck, op. cit., p. 426.

319 Cf. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, cit, p. 206.

um conceito de cumplicidade não material, o que será oportunamente tratado.

Uma observação deve ser feita com relação aos chamados delitos de omissão por comissão. Introduzidos na discussão dogmática por Overbeck, mereceriam tais situações primoroso estudo de Roxin.³²⁰ Basicamente, tais delitos se estruturam em torno do positivo impedimento da atividade devida pelo sujeito obrigado, ou, no dizer de Roxin, na "ruptura da causalidade salvadora posta em marcha". O modelo fundamental é o do próprio obrigado (ou, sob regime de omissão imprópria, garantidor) que, tendo iniciado a atividade devida (por exemplo, arremessado a corda ao periclitante), através de um fazer positivo impede que se aperfeiçoe aquela atividade (por exemplo, recolhendo a corda). A esse modelo se agregam: 1º aquele em que de antemão, mediante um fazer positivo (por exemplo, embriagando-se), se subtrai a própria capacidade de agir; e 2º aquele em que sealaria numa participação ativa num delito omissivo.³²¹ Este último grupo de casos nos interessa de perto, e foi entre nós considerado por Esther de Figueiredo Ferraz, embora sob angulação dissidente.³²² Consoante a orientação anteriormente esposada (que, basicamente, tem o amparo de Welzel, Kaufmann e Bacigalupo, e não

320 Claus Roxin, *En el Límite entre Comisión y Omisión*, trad. Luzon Peña, in *Problemas Basicos del Derecho Penal*, Madri, 1976, pp. 226 ss. Kaufmann nega a existência dessa espécie de delitos (*apud* Roxin, op. cit., p. 230).

321 Esses grupos de casos não parecem ser exaustivos. O problema atual mais angustiante que pode, a partir de sua teoria, ser equacionado, é aquele que se refere à interrupção da atividade reanimadora de aparelhos médicos acoplados a pacientes descerebrados. Cf. Roxin, *En el Límite*, cit., p. 239. Foge ao âmbito desse trabalho um exame vertical dessa teoria, e especialmente daquilo que parece ser o seu ponto nevrálgico: o momento em que se desloca da omissão do dever para a comissão do proibido todo o referencial do injusto.

322 Op. cit., p. 139. Segundo Esther de Figueiredo Ferraz, "só dentro do esquema da co-autoria se torna possível a prática de um crime omissivo por atos comissivos", o que não corresponde aos outros grupos de casos já referidos.

constitui opinião predominante), não é concebível a participação, seja por instigação (dissuasão) ou seja por cumplicidade (psíquica) num delito omissivo. A argumentação neste sentido expendida parece-nos pertinente enquanto a conduta ordenada não for cumprida, e recolher a corda constitui um *aliud agere* do mesmo relevo jurídico-penal que não arremessá-la, ou arremessá-la previamente disposto a recolhê-la antes que o periclitante a apreendesse, ou cortá-la depois. Até aí, a "participação" do não obrigado deve ser considerada na perspectiva do crime comissivo que corresponda. Contudo, a partir do instante, impossível de uma determinação teórica geral previamente ajustável, em que objetivamente os riscos para o bem jurídico tenham sido conjurados (o que sucederá – talvez nem sempre! – quando o periclitante possa, mediante os próprios recursos físicos, evitar o dano), então se poderá falar de participação sem quaisquer restrições, pois o retorno à situação de perigo em decorrência de uma ação positiva constituirá um crime comissivo doloso, com autoria subordinada ao domínio da ação, ensejando a acessão de instigação ou cumplicidade. Antes desse instante, não se altera a disciplina já examinada; o dever especial é cumprido ou não é cumprido, falhando aí qualquer intenção de um "tabelamento".

35. Dos delitos comuns ou gerais (*delicta communia*), que podem ter como autores quaisquer pessoas, distinguem-se os delitos especiais (*delicta propria*; *Sonderdelikte*), nos quais o círculo possível de autores é restringido por uma qualificação legal; nos delitos especiais "*solamente pueden ser autores principales un número determinado de individuos*".³²³ A qualificação pode ser de ordem natural

323 Gonzalo Quintero Olivares, *Los Delitos Especiales y la Teoría de la Participación en el Derecho Penal Español*, Barcelona, 1974, p. 14. Cf. Frago, Lições, cit., pp. 295 ss.

ou normativa, e neste caso jurídica ou não: o que importa é que a autoria, nesses casos, se subordina a esse elemento objetivo-pessoal. A categoria mais conhecida dos delitos especiais corresponde aos chamados crimes do funcionário público, mas é fácil verificar que existe no Código Penal brasileiro de 1940 uma quantidade surpreendente deles.

Considera Gonzalo Quintero Olivares que se o tipo deve exercer uma função limitadora em cumprimento das exigências características do princípio da legalidade, "*nunca podrá ser declarado autor principal de un hecho quien no pueda ser engarzado en la estructura de tal figura legal*".³²⁴ O nosso Gérson Pereira dos Santos afirma que "*la persona no cualificada no puede, ex definitione, ser considerada autor en sentido estricto, aunque sea el titular de la acción finalista o del dominio del hecho*".³²⁵ Importante é relacionar a posição especial do autor, em tais casos, a um dever especial que não alcança a generalidade dos destinatários da norma (sem que isso importe em qualquer aderência a uma postura bindinguiana sobre a limitação dos destinatários). Nessa ordem de idéias, Gladys Romero: "*en los delitos especiales, la ley exige una determinada calidad de autor (funcionario, militar, comerciante etc) y, como tal, le impone deberes especiales*".³²⁶ Conseqüentemente – ensina Stratenwerth – o domínio do fato não basta aqui para a autoria; pelo contrário, só pode ser autor aquele que está obrigado pelo dever especial (*Zur Täterschaft genügt die Tatherrschaft auch hier infolgedessen nicht*).

324 Op. cit., p. 18.

325 Gérson Pereira dos Santos, *El Problema Penal de la Participación del Extranero en el Adulterio y en la Bigamia*, trad. Mercedes Arquero, in *Nuevo Pensamiento Penal*, nºs 5-8, B. Aires, 1975, p. 318.

326 Gladys N. Romero, *La Problemática de los Autores Inidóneos y el Delito Putativo*, in *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho – Homenaje al Prof. L. Jiménez de Asúa*, B. Aires, 1970, p. 235.

Täter kann vielmehr nur derjenige sein dem die Sonderpflicht obliegt).³²⁷

Por sua vez, os delitos especiais se subdividem em delitos especiais puros (*echte Sonderdelikte*) e delitos especiais impuros (*unechte Sonderdelikte*), também conhecidos por próprios e impróprios. Nos delitos especiais puros, a qualificação do sujeito é essencial (fundante) para o ilícito, de sorte que na sua ausência o fato seria atípico (assim, por exemplo, o art. 321 CP). Nos delitos especiais impuros, a qualificação do sujeito representa uma quantificação (a maior ou a menor) de um ilícito comum ou geral, que seria praticável por qualquer pessoa.³²⁸ Assim, por exemplo, o art. 312 CP – peculato, com relação ao art. 168 CP – apropriação indébita.

Os delitos especiais puros e impuros apresentam questões de grande interesse e alcance no que diz respeito à co-autoria, autoria mediata e participação; tais questões serão objeto de oportuno exame.

36. Nos crimes de mão própria (*eigenhändigen Verbrechen*) é decisiva, como diz Wessels, “apenas a propriedade da execução do fato. Quem não realize por si mesmo a ação típica não pode ser autor, mas somente partícipe”.³²⁹ Para essa espécie de delito, tem aplicação irrestrita um puro critério formal-objetivo.

Entre nós, correspondeu a Tobias Barreto, de forma precursora, tratar da espécie. Escrevia ele, em 1882: “exis-

327 Günter Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlim, 1971, p. 212. Cf. Bettiol, *Il Concorso di Più Persone nel Reato Proprio*, in *Scritti Giuridici*, Pádua, 1966, p. 452: “La mancanza della qualità personale richiesta dalla legge rappresenta un ostacolo insormontabile alla possibilità che un estraneo diventi autore di un reato proprio”.

328 Cf. Gonzalo Quintero Olivares, op. cit., p. 31.

329 Op. cit., p. 118.

tem certos crimes, por cuja natureza está determinado que só possa ser considerado como agente punível aquele que praticou mesmo fisicamente a acção externa, que contém os caracteres objectivos desses crimes, nos quaes, por conseguinte, não se concebe que o autor punível possa utilizar-se da actividade de outra pessoa como meio de executar o acto exterior criminoso”.³³⁰ É aceito pela doutrina brasileira que os crimes de mão própria não admitem autoria mediata (assim, por exemplo, Fragoso e Aníbal Bruno),³³¹ bem como não admitem co-autoria (assim, Damásio E. de Jesus).³³²

Com efeito, se duas pessoas, no mesmo processo – e até na mesma assentada – praticam falso testemunho (art. 342 CP), há dois delitos e dois autores, sendo irrelevante que se houvessem posto de acordo sobre o procedimento adotado. Os crimes de mão própria não admitem co-autoria nem autoria mediata na medida em que o seu conteúdo de injusto reside precisamente na pessoal e indeclinável realização da atividade proibida.³³³

Tais delitos, entretanto, admitem participação (instigação e cumplicidade), sem peculiaridades dignas de nota.³³⁴ Assim, no exemplo acima de duas testemunhas que se põem de acordo para, na mesma assentada, fazerem

330 Op. cit., p. 228.

331 Heleno Fragoso, *Lições*, cit., p. 277; Aníbal Bruno, op. cit., p. 270. Em sentido contrário opina Fabrício Leiria, op. cit., pp. 147 e 149.

332 Da Co-delinquência, cit., p. 76.

333 Mezger afirma que “la coautoría aparece excluída en el delito de propia mano” (op. cit., p. 290). A não admissão de autoria mediata nos delitos especiais é opinião robustamente dominante, porém não unânime. Eberhard Schmidt a ela se opunha: “Alle Delikte sind in mittelbarer Täterschaft begehrbar” (op. cit., p. 128). Um aspecto que pode condicionar as conclusões é o da delimitação dos casos de execução pessoal (mão própria), que foge ao objeto desse estudo. De qualquer forma, tanto mais se restrinja a classe, mais se comprova a procedência da posição adotada.

334 Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 107.

afirmação falsa, poderá ocorrer teoricamente participação por instigação da testemunha A no delito da testemunha B, sem embargo da própria autoria de A com respeito ao seu falso testemunho.³³⁵

³³⁵ Teoricamente. Na verdade, no direito penal brasileiro, existe certa polêmica em torno da possibilidade de participação no crime de falso testemunho (art. 342 CP), porque o código prevê como delito autônomo certas formas de participação (art. 343). A opinião doutrinária e jurisprudencial é dividida. Para maior informação, cf. Nilo Batista. Falso Testemunho. Pedido de Advogado à Testemunha. Co-autoria, in Revista de Direito Penal, Rio, 1976, nº 21, p. 107. O problema é claramente de parte especial, e por isso não será versado aqui.

V – Co-Autoria

37. A co-autoria é autoria: domínio funcional do fato. 38. Requisitos da co-autoria: a comum resolução para o fato e a comum realização dessa resolução. Execução fracionada. 39. O organizador. 40. Aquele que subjuga a vítima. 41. Aquele que presencia o delito. 42. O vigia. 43. O motorista. 44. Aquele que fornece meios de execução. 45. Autoria colateral. 46. Autoria incerta. 47. Co-autoria sucessiva. 48. Desistência voluntária e arrependimento eficaz do co-autor. 49. Erro accidental e erro de execução. 50. Excesso do co-autor. 51. Delitos especiais. 52. Co-autoria mediata.

37. A idéia de *divisão do trabalho*, que alguns autores, como Antolisei,³³⁶ situam como reitora geral de qualquer forma de concurso de agentes, encontra na co-autoria sua adequação máxima. Aqui, com clareza, se percebe a fragmentação operacional de uma atividade comum, com vistas a mais seguro e satisfatório desempenho de tal atividade. Por isso os autores afirmam que a co-autoria se baseia no princípio da divisão do trabalho: Wessels,³³⁷ Welzel,³³⁸ Zaffaroni,³³⁹ por exemplo.

Como ensina Jescheck, a co-autoria, do mesmo modo que a autoria mediata (que examinaremos no próximo capítulo), é uma forma de autoria (*Die Mittäterschaft ist ebenso wie die mittelbare Täterschaft eine Form der Täterschaft*).³⁴⁰ O fundamento dessa (co-)autoria reside também no domínio do fato, especializado agora naquilo que Roxin chamou de *domínio funcional do fato* (*funktionelle Tatherrschaft*).

Isto significa que só pode interessar como co-autor quem detenha o domínio (funcional) do fato; desprovida deste atributo, a figura cooperativa poderá situar-se na esfera da participação (instigação ou cumplicidade). O domínio funcional do fato não se subordina à execução pessoal da conduta típica ou de fragmento desta,³⁴¹ nem deve ser pesquisado na linha de uma divisão aritmética de um

336 *Manuale*, cit., p. 426.

337 Op. cit., p. 121.

338 *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 107.

339 Op. cit., p. 646.

340 Op. cit., p. 449. No mesmo sentido, Welzel: "*Mittäterschaft ist Täterschaft (...)*", *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 107.

341 Cf. Roxin, *Sobre la Autoría*, cit., p. 65. No Brasil, sob o predomínio do critério formal-objetivo, prevalece o entendimento segundo o qual "dá-se a co-autoria quando vários agentes participam da realização da ação típica" (Anibal Bruno, op. cit., p. 265). Assim, Fragoso: "Co-autor é quem executa, juntamente com outros, a ação (...) que configura o delito" (cf. Lições, cit., p. 276).

domínio "integral" do fato, do qual tocara a cada co-autor certa fração. Considerando-se o fato concreto, tal como se desenrola, o co-autor tem reais interferências sobre o seu *Se* e o seu *Como*; apenas, face à operacional fixação de papéis, não é o único a tê-las, a finalisticamente conduzir o sucesso. Pode-se entretanto afirmar com Roxin que cada co-autor tem a sorte do fato total em suas mãos (*jeder das Schicksal der Gesamttat in der Hand hat*),³⁴² "através de sua função específica na execução do sucesso total, porque se recusasse sua própria colaboração faria fracassar o fato".³⁴³ A expressão "domínio funcional do fato" já é empregada na jurisprudência brasileira.³⁴⁴

38. Fundamentalmente – sirva-nos a lição de Stratenwerth – a co-autoria se sujeita a duas exigências: a comum resolução para o fato e a comum (sob divisão de trabalho) realização dessa resolução.³⁴⁵

A comum resolução para o fato é exprimida concretamente por um acordo recíproco de vontades,³⁴⁶ que Leiria concebia como "coordenação consciente de vontades para a realização da obra comum".³⁴⁷ Tal acordo pode ser

342 *Täterschaft und Tarherrschaft*, cit., p. 277.

343 Cf. Roxin, *Sobre la Autoria*, cit., p. 66. Entre nós, embora limitado pelas peias do critério formal-objetivo, Aníbal Bruno intuíra essa conclusão, afirmando que cada co-autor "participa da realização do fato punível na sua inteira configuração legal. A execução da figura típica é objetiva e subjetivamente obra de cada um deles" (op. cit., p. 266).

344 Cf. ementas do TJSP, da lavra do Des. Marino Falcão e do Des. Segurado Braz, in Alberto Silva Franco et alii, op. cit., pp. 485 e 486. Detém-se sobre o conceito o J. Márcio Bártoli (TACrimSP), *idem*, p. 506.

345 "Grundsätzlich werden für die Mittäterschaft zwei Erfordernisse genannt: der gemeinsame Tatentschluss und die gemeinsame ("arbeitsteilige") Verwirklichung dieses Entschlusses" – cf. Stratenwerth, op. cit., p. 225.

346 "Accordo delle volontà" – cf. Ranieri, op. cit., p. 71; "gegenseitige Einverständnis" – cf. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 107.

347 Op. cit., p. 129.

expresso ou tácito, porém deve ser em qualquer caso bilateral, no sentido de ser conhecido por todos os co-autores; a anuência unilateral dá ensejo à chamada autoria colateral. Inicialmente concebida como "ajuste prévio", a resolução comum para o fato está reduzida, como ensina Pedrazzi, a "*una modesta scientia maleficii*", por ele arquitetada como "*consapevolezza di cooperare al fatto altrui*".³⁴⁸ Em verdade, não se põe aqui uma questão – que seria cara ao critério subjetivo – de discernir entre cooperação em fato alheio, ou "percebido" como alheio, e fato próprio, ou "percebido" como próprio: correto será falar-se em *fato comum*. A resolução comum para o fato significa a consciência e vontade de co-atuar, de integrar-se cooperativamente a uma empresa comum. É absolutamente dispensável, conquanto seja a modalidade mais habitual, que isso se faça em termos de um "prévio ajuste", e neste passo a doutrina brasileira é unânime.³⁴⁹ Pelo contrário, o acordo de vontades pode ocorrer durante o fato, e depois que parte dele tenha sido realizada, dando surgimento ao que se chama de co-autoria sucessiva.

É fácil de ver-se que a comum resolução para o fato pode emergir em certos casos de pura participação. E, quando se renuncia a um emprego axial do critério subjetivo, e se compreende que o cúmplice megalômano não se converte em co-autor mercê de sua mania, e distinções à base de um *animus auctoris vel socii* são abandonadas, a

348 Op. cit., p. 73.

349 Hungria, *Comentários*, cit., p. 414: "já não se exige, como na antiga doutrina, um acordo prévio, um *pactum sceleris*"; Magalhães Noronha, *Direito Penal*, cit.: "tal não importa a necessidade de *pactum sceleris* ou acordo prévio"; Mestieri, op. cit., p. 252: "modernamente não se exige o acordo prévio"; Roberto Lyra, op. cit., p. 115: "não se exige o ajuste entre os co-autores"; etc. Há legislações (especialmente as mais antigas) que não permitem a dispensa do prévio ajuste: assim, o Código Penal Chileno, art. 15, inc. 3º ("*los que, concertados para su ejecución*"...).

comum realização da resolução para o fato cresce de importância.

Não basta, pois, ao co-autor que seja ele co-detentor da resolução comum para o fato, acima examinada; é de mister, já que se trata de um *autor*, que realize tal resolução, e isto se dá quando disponha ele do domínio funcional do fato.

Paralelamente ao que se passa na autoria direta, a execução pessoal da ação típica em sua totalidade ("execução compartilhada") por vários indivíduos enlaçados por um acordo (expresso ou tácito) de vontades é a forma mais evidente e indiscutível de co-autoria. Se *A* e *B*, concertados sobre o desígnio comum de matar *C*, fazem-no desfechando-lhe *A* um tiro letal na cabeça e aplicando-lhe *B* letal facada no coração, temos a espécie mais elementar de co-autoria. O mesmo se dá quando *A* e *B* resolvem furtar objetos de uma residência, e ambos nela ingressam e dela subtraem ditos objetos. Nem se pense que, em tais casos, se poderia renunciar à disciplina do concurso de agentes: basta supor que *A* interrompesse sua atividade antes da subtração (que por inteiro coubesse a *B*), e verificar que nada obstante responderia ele por furto consumado e não tentado.³⁵⁰

Também na chamada "execução fracionada" do delito se encontra uma expressão evidente de co-autoria, como nas hipóteses em que um aciona o *modo* e outro realiza o *núcleo* da conduta típica. É o conhecido exemplo do roubo: *A* imobiliza a vítima, pela ameaça, e *B* procede à subtração de seus pertences. Esta forma, por outro lado, é demonstrativa do caráter *tipificante* da comum resolução para o fato. Latagliata empreende algumas improvisações em torno do seguinte exemplo: *A* impõe a *B*, apontando-lhe de longe um fuzil, que fique imóvel; *C* aproveita a falta de rea-

³⁵⁰ Latagliata, op. cit., p. 97.

ção de *B* para subtrair-lhe o dinheiro. Sem a comum resolução para o fato, teríamos aí constrangimento ilegal qualificado (art. 146, § 1º, CP) praticado por *A* e furto (art. 155 CP) praticado por *C*; com a comum resolução para o fato, teríamos roubo qualificado (art. 157, § 2º, inc. I e II, CP) praticado por *A* e *C*, em co-autoria. Seria possível multiplicar as hipóteses, supondo que só um conhecesse a atuação do outro, o que romperia por igual a co-autoria e indicaria outras soluções.³⁵¹

Nos casos que até agora examinamos, seria possível mesmo falar-se num domínio funcional da própria ação; não oferecem eles maiores dificuldades. Sucede que, como lembra Maurach, o domínio do fato pode estar em mãos de "*quien aparentemente se limita a simples actos de causación psíquica (inducción al delito), o a actos preparatorios o a favorecedores (complicidad en el delito)*".³⁵² Neste momento se apresentarão as dificuldades; importará sempre, considerando-se a situação concreta, verificar se o co-autor era detentor do domínio funcional do fato, se poderia interferir sobre o seu *Se* e o seu *Como*, se sua posição estrutural no decurso do acontecimento lhe permitiria interromper ou anuir em que prosseguisse a realização delitiva, se sua desistência corresponderia ao fracasso *daquele* fato (tudo isso tendo como pressuposto seu enlace na comum resolução). Aqui poderia ser-nos útil, como uma espécie de teste de comprovação, o conceito de domínio da configuração (*Gestaltungsherrschaft*): ao contrário da cooperação do partícipe, a cooperação do co-autor, se mentalmente suprimida, afetaria a configuração total do acontecimento. Duas serão as consequências: por um lado, percebe-se como tal colocação aproxima a questão da parte especial; por

³⁵¹ Op. cit., p. 88. O nosso Frederico Marques compreendeu que o assim chamado "nexo psicológico" interessa ao tipo (Tratado, cit., p. 323).

³⁵² Op. cit., p. 343.

outro lado, renuncia-se a uma fórmula geral "milagrosa", como a de que dispõem os partidários do critério formal-objetivo (embora incorreta) ou subjetivo (embora retórica), e se opta pelo exame de grupos de casos. Examinaremos a seguir os seguintes grupos: a) o organizador; b) aquele que subjuga a vítima; c) aquele que presencia o delito; d) o vigia, e) o motorista; f) o fornecedor de meios de execução.

39. A figura do *organizador* é prevista no direito brasileiro, na agravante do art. 62, inc. I, CP, aplicável ao autor que "promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes". A fonte imediata do dispositivo é o inc. 2 do art. 112 do Código penal italiano, porém inúmeras legislações conhecem a figura. Segundo Zdravomíslav, tratando do art. 17 do código penal russo, o organizador "assinala os fins, planos e meios de execução do delito; recruta os co-partícipes e entre eles distribui tarefas ou papéis".³⁵³ Welzel se ocupa do "*Bandenchef*", que projeta o plano do fato, predispõe os seus executores e dirige sua conduta, para afirmar ser ele co-autor.³⁵⁴ Sem sombra de dúvida, o organizador é co-autor, ainda que não tenha qualquer envolvimento pessoal na execução do delito.³⁵⁵

Sua co-autoria está fundada no domínio funcional do fato, e subsiste se e enquanto detiver este domínio. Não provém da simples circunstância de organizar a engenharia do empreendimento delituoso; se tal função fosse cometida a um "técnico" a soldo do *Bandenchef*, o "técnico" não seria co-autor, à mingua do domínio do fato. É a qualidade de liderança na empresa criminosa, de chefia (poder) sobre

353 Op. cit., p. 265.

354 *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 110. No mesmo sentido, Maurach, op. cit., p. 344.

355 Mandante é aquele que ordena terceira pessoa a cometer um delito, concorrendo (...) a título de co-autoria" – TACrimSP, J. Eduardo Goulart, cf. A. Silva Franco et alii, op. cit., p. 486.

os demais que introduz o domínio funcional do fato. É perfeita a lição de Latagliata: "*no basta, por tanto, el simple hecho de haber preparado el plano delictivo para que se aplique la agravante prevista en el art. 112, nº 2, sino que se requiere una posición de dominio de la acción colectiva, característica de la cualidad del coautor*".³⁵⁶ A um "domínio do projeto" referiu-se um julgado do TJRJ (Des. Liborni Siqueira); o STJ, em acórdão do Min. Félix Fisher, não reconheceu a agravante num caso em que o concorrente "não exercia sobre os demais qualquer liderança".³⁵⁷ Assim, concluímos que a agravante prevista no art. 62, inc. I, CP só é cabível em hipóteses de co-autoria.

40. Ao examinar a figura daquele que subjuga a vítima, para que não oponha ela resistência ao delito ou para facilitar sua execução, Ordeig distingue duas situações: aquelas nas quais a constrição física da vítima significa uma violência típica (como no roubo – art. 157 CP – ou no estupro – art. 213 CP) empreendida por um dos agentes, e aquelas nas quais "*la acción típica (matar, lesionar) es realizada íntegramente por otro sujeto*".³⁵⁸

A primeira situação já foi examinada (*supra* nº 38), e não oferece problemas. A segunda situação também é de fácil solução, sendo inegável o domínio funcional do fato daquele que subjuga a vítima. Frederico Marques, entretanto, considera que há auxílio (cumplicidade) na conduta de "segurar a vítima para impedi-la de reagir e facilitar assim a tarefa criminosa do executor".³⁵⁹ Heleno Fragoso,

356 Op. cit., p. 230. Latagliata imagina o caso do "projetista" que cedesse seu "projeto" a uma quadrilha, sem participar da realização, e verifica que então só existe participação (p. 225, nota 184).

357 Cf. A. Silva Franco et alii, op. cit., p. 1.177.

358 Op. cit., p. 108.

359 Cf. Tratado, cit., p. 320. Idêntica era a opinião de Damásio E. de Jesus, Direito Penal, cit., p. 387.

corretamente, vê co-autoria "se Tício imobiliza a vítima para que Mévio a mate".³⁶⁰ Equiparam-se à situação de subjugar os casos nos quais o agente predispõe mecanismos que impedem a fuga ou reação da vítima, como, por exemplo, trancando-a num cômodo aonde virá ter o executor. Nenhum problema oferecem os casos em que o constrangimento à locomoção da vítima seja típico, como o seqüestro (art. 148 CP); retornamos, aí, à hipótese de execução fracionada.³⁶¹

41. Ao tratar da figura daquele que assiste à execução do delito, deveremos excluir os casos nos quais caiba a consideração de outra qualidade (organizador, vigia), e verificar se a simples assistência do fato (arrancando, claro está, da comum resolução³⁶²) pode fundamentar co-autoria, ou conduzirá inexoravelmente à cumplicidade ou conivência impunível (que serão abordadas ao estudarmos a viabilidade de participação por omissão).

Terá aqui aplicação uma regra de ouro formulada por Welzel, segundo a qual "o *minus* na objetiva comparticipação na realização típica deve ser compensado através do *plus* de especial comparticipação no planejamento do crime";³⁶³ isso fica muito claro quando se pensa no organizador.

360 Cf. Comentários, cit., p. 631.

361 "Haver o agente, na divisão de tarefas, recebido a função de carcereiro não o afasta da co-autoria" – TJRJ, Des. A. Izaías da Costa Abreu, RT 722/530.

362 A "simples presença física no local do delito" (TACrimSP, J. Rocha Lima), sem qualquer gesto de contribuição" (TACrimSP, J. Antônio Carlos), sem "cooperação ativa" mesmo restrita a um "ato de encorajamento" (TJSP, Des. Adriano Marrey) é obviamente impunível (cf. A. S. Franco *et alii*, op. cit., p. 489).

363 *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 110.

Agora, interessa-nos aquele que, envolvido na comum resolução para o fato, presencia sua execução: a hipótese fundamental é aquela em que este assistente representa uma "força de reserva", acionável se o decurso do acontecimento (resistência, fuga) o requeresse. Deve reconhecer-se em tal situação co-autoria, fundamentada no domínio funcional do fato, não pela circunstância irrelevante da proximidade física, e sim porque este assessoramento contribui para a configuração da concreta execução do delito. Os partidários de um critério formal-objetivo não encontrariam, na conduta do assistente, matéria típica para concluir por co-autoria. A irrelevância de tal raciocínio é facilmente demonstrável. Suponha-se que A, munido de revólver, e B, munido de faca, previamente resolvidos, ataquem C, ao deparar com ele numa estrada; ainda a uns trinta metros, A dispara um tiro letal, que atinge C na cabeça, de tal modo que, quando B lhe desfeca facadas, está na verdade esfaqueando um defunto. Os partidários de um critério formal-objetivo teriam que deslocar a conduta de B para a área de participação, porque não realizou ele qualquer ato típico do art. 121 CP, e recorreriam a fórmulas como "força moral cooperativa", "acoroçoar e encorajar pela certeza de sua solidariedade"³⁶⁴ etc.

Aquele que comparece ao local da realização na qualidade de "executor de reserva" é co-autor: sua desistência interferiria no *Se*, tanto quanto sua assistência determina o *Como* do fato. Inúmeras vezes, a própria execução é tarefa fungível, ao sabor das circunstâncias concretas, e o executor se converte em assistente, e vice-versa, porque a vítima saiu pela porta errada. O assistente, dentro das condições aqui examinadas, é co-autor, e o eventual *minus*

364 Cf. Hungria, Comentários, cit., p. 422. No código penal chileno, a assistência ao fato, antecedida por ajuste, é considerada forma de cumplicidade equiparada, nos efeitos penais, à autoria: cf. Enrique Cury, op. cit., p. 270.

de sua cooperação objetiva se compensa no *plus* com que se insere no planejamento da execução comum do delito.

42. Catalogamos como vigia o co-delinquente que se posta em posição que lhe permite pressentir a aproximação de terceiros que descobririam ou impediriam o desenvolvimento da realização do fato. A doutrina brasileira considera que há em tal situação simples participação³⁶⁵ (cumplicidade): assim, Frederico Marques, referindo-se à "vigilância exercida durante a execução de um crime, para que os autores deste não sejam surpreendidos";³⁶⁶ assim também Damásio E. de Jesus, mencionando o caso de "quem permanece de atalaia, no sentido de avisar o autor da aproximação de terceiro".³⁶⁷ É a opinião de Sérgio Yañez Perez, ao examinar a figura que em seu país é chamada "*el loro*".³⁶⁸ Maurach, lembrando que da simples presença no lugar do fato não cabe derivar nunca o domínio do fato, afirma que é partícipe "*el simple vigilante*".³⁶⁹ Ordeig, que neste terreno toma em consideração a comissão de atos executivos (segundo os princípios da tentativa) como fundamento material para a distinção do cúmplice; conclui igualmente por descaracterizar a co-autoria do vigia,³⁷⁰ admitindo ocorrer cumplicidade.

365 Um setor da jurisprudência vê participação, não porém de "menor importância" (TACrimSP, J. Roberto Grassi, *in* A. Silva Franco *et alii*, op. cit., p. 487).

366 Tratado, cit., p. 320.

367 Direito Penal, cit., p. 387.

368 Op. cit., p. 55. Novoa Monreal, trabalhando sob o texto do código penal chileno, que considera autores também aqueles que impedem ou procuram impedir que se evite a execução, afirma que o vigilante é autor (*Curso*, cit., p. 209); todavia, em trabalho mais descomprometido (Alguas Considerações, cit., p. 33), considera que deve ser tida como de auxílio a intervenção do que vigia à porta de um banco roubado.

369 Op. cit., p. 344.

370 Op. cit., p. 107.

Tal solução nos parece satisfatória, de modo geral; por regra, o simples vigia não detém o domínio funcional do fato. Esse entendimento, contudo, deverá ceder diante de certas hipóteses, como aquelas nas quais o fato típico consista em "guardar" ou "ter em depósito" alguma coisa (por exemplo, art. 12 da Lei 6.368, de 21.out.1976): aí não teremos propriamente um vigia (cúmplice) que vela para que o fato se realize, e sim um (co-)autor que realiza o fato pela vigilância. De outras vezes, e estaremos nos afastando ainda mais do caso do simples vigia, a vigilância é uma característica da autoria (como no art. 247 CP, e em certas situações de omissão imprópria).

43. O exame da figura do motorista não pode ser realizado, como bem adverte Zaffaroni, em nível de abstração que ignore o fato concreto, e o relevo funcional de tal figura na sua realização.³⁷¹ Supomos desnecessário esclarecer que estão excluídos da apreciação que se segue os óbvios casos em que o motorista é autor direto de crime culposos, que não admite co-autoria (assim, nos chamados delitos de circulação), ou mesmo de crime doloso (assim, no transporte irregular de substância explosiva, art. 253 CP); interessamos tão-somente o motorista que serve ao(s) executor(es).

É possível distinguir três situações diversas. Na primeira delas, a condução do executor, ou de coisas, ou da vítima, representa a prática de atos executivos, e cairemos no modelo básico de "execução fracionada". Isto se dá com o motorista que aguarda, na porta do banco, aqueles que nele ingressaram para o assalto, e retornam com a *res furtiva*, ou com o motorista que transporta a pessoa seqüestrada. Realiza o motorista, em tais casos, parte da ação de *subtrair* e *seqüestrar*; sua colaboração dá configuração ao

371 Op. cit., p. 468.

acontecimento total, cujas rédeas (nunca a metáfora de Maurach seria mais adequada) estão também em suas mãos; há, nesta situação, co-autoria.

A segunda situação é aquela na qual, posto que excluída a "execução fracionada", subsiste o domínio funcional do fato por parte do motorista. Suponha-se que num atentado contra um chefe de Estado, que desfilará em carro aberto, o motorista se comprometa a dirigir com menor velocidade em determinado trecho, para facilitar o disparo que fará o executor. À objeção de que o motorista seria aqui co-autor por assimilação à figura daquele que subjuga a vítima, responde-se com a inversão do problema: o homicídio será cometido através de um disparo efetuado dentro de um carro, cujo motorista, portanto, deverá assumir determinada posição física que permita a cômoda mira do alvo. É evidente, nesta situação, que, embora não intervenha com atos executivos, o motorista é co-titular do domínio do fato, e por isso é co-autor.

A terceira situação consiste na mera facilitação propiciada ao executor, sem domínio funcional do fato por parte do motorista. Assim aquele que dá fuga (previamente pactuada ou prometida, é claro) ao autor de lesões corporais,³⁷² ou conduz o executor ao local do delito.³⁷³ A doutrina brasileira, apegada ao critério formal-objetivo, só se ocupa desta terceira situação,³⁷⁴ porque na

372 Novoa Monreal classifica como de mero auxílio a conduta do motorista que dá fuga aos comparsas que assaltaram o banco (cf. Algumas Considerações, cit., p. 33), do que discordamos pelos motivos já enunciados na apreciação da primeira classe de situações.

373 Quem "conduz o assassino até onde está a vítima e, após o delito de homicídio, dá fuga a seu comparsa, é partícipe" – TJMG, Des. Gudesteu Bíber, cf. A. Silva Franco *et alii*, op. cit., p. 501.

374 Frederico Marques dá como exemplo de cumplicidade "conduzir ladrões, em qualquer veículo, ao local do crime" (Tratado, cit., p. 321); Damásio E. de Jesus exemplifica com aquele que "leva o ladrão em seu veículo ao local do furto" (Direito Penal, cit., p. 387). Como vimos, a volta oferece mais problemas que a ida.

segunda (na qual não há qualquer atividade executiva, porém subsiste o domínio funcional do fato) seria obrigada a reconhecer também cumplicidade.

44. Aquele que fornece meios de execução não é habitualmente considerado co-autor, e sim cúmplice. É a hipótese comum daquele que propicia a arma ao autor de homicídio ou lesões, a substância abortiva ao autor de abortamento, a chave ao autor de furto, a tinta ao autor do *falsum*. No Brasil, a cessão da arma é tida como caso de cumplicidade por Leiria,³⁷⁵ Frederico Marques³⁷⁶ e Damásio E. de Jesus;³⁷⁷ Frágoso insere na mesma linha a cessão de chave.³⁷⁸

Não hesitamos em aderir a essa posição, com uma ressalva. Com efeito, o agente que se limita a fornecer meios de execução, só por isso não passa a deter o domínio funcional do fato. Todavia, poderá haver casos, especialmente quando o auxílio seja ministrado durante a execução, em que a solução não será tão clara. Pense-se no exemplo em que A forneça ao ladrão B, perplexo diante do alto muro, a escada ou corda que permitirá a escalada. A expressividade da função do co-delinquente A em relação ao fato total é muito diversa da hipótese em que a cessão da escada fosse prévia: então teria ele facilitado a execução de um fato conduzido completamente por B; agora, A já influencia a própria conformação do fato, e logra inclusive converter uma desistência ou um crime falho num furto qualificado. Novamente se confirma o perigo que representa, nos casos cujo exame ora se encerra, o estabe-

375 Op. cit., p. 168.

376 Tratado, cit., p. 320.

377 Direito Penal, cit., p. 387.

378 Lições, cit., p. 281.

lecimento de regras gerais e a desconsideração das características concretas do fato ocorrido.

45. Tem cidadania jurídico-penal brasileira a chamada autoria colateral, que se dá, na lição de Húngria, quando inexistente o que ele chama de "vínculo psicológico que une as atividades em concurso",³⁷⁹ ou, na lição de Fragoso, "se falta a consciência de cooperar na ação comum", assinalando ser ela "rara nos crimes dolosos mas freqüente nos crimes culposos".³⁸⁰ Quando não haja, portanto, o acordo de vontades (tácito ou expresso) que consubstancia o requisito da comum resolução para o fato, não haverá co-autoria, e sim autoria colateral. É o exemplo tradicional de duas pessoas que, sem conhecimento uma da atividade da outra, ministram doses de veneno a uma terceira, que vem a falecer.

Welzel,³⁸¹ seguido neste passo por Zaffaroni,³⁸² inclui no âmbito da autoria colateral os casos em que alguém se aproveita do plano delituoso alheio para seus próprios fins, como na hipótese em que A, sabedor de que B implantou uma bomba no avião, insiste e alcança que C nele embarque, conseguindo assim matá-lo. Preferimos, como Roxin,³⁸³ considerar tais casos da angulação da autoria mediata; de nossa parte, assimilando-os à situação que se conhece na Alemanha por "autor atrás do autor" (*Täter hinter dem Täter*).³⁸⁴

379 Comentários, cit., p. 398.

380 Comentários, cit., p. 631.

381 *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 111.

382 Op. cit., p. 651.

383 *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 211.

384 Informa Gonzalo Rodríguez Mourullo (*El Autor Mediato en Derecho Penal Español*, in *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho - Homenaje al Prof. L. Jiménez de Asúa*, B. Aires, 1970, p. 570) que tal expressão foi cunhada por Lange. Sua divulgação se deve ao tra-

Na autoria colateral, cada agente deve responder por sua conduta, considerada individualizadamente. Se A ingressa, mediante chave falsa, na mesma residência à qual B tem acesso pelo telhado, ignorando um a conduta do outro, e de lá subtraem respectivamente dinheiro e peças antigas, há um furto qualificado pela chave falsa (art. 155, § 4º, inc. III, CP) e outro furto qualificado pela escalada (art. 155, § 49, inc. II, CP), porém não há um furto qualificado também pelo concurso de agentes (art. 155, § 4º, inc. IV, CP).

46. Há um problema, de ordem eminentemente processual, que se coloca quando, em casos de autoria colateral relativa a um crime de resultado, este sobrevém e não se sabe a quem atribuir a consumação; a este problema se chama autoria incerta. A Exposição de Motivos do Código de 1940 supunha, ingenuamente, ter resolvido a questão à base da afirmativa de ser desnecessário o prévio ajuste.³⁸⁵ Ora, na autoria colateral o que falta não é o decrépito ajuste prévio, e sim o acordo de vontades (tácito ou expresso), que pode dar-se inclusive no momento da realização conjunta do fato; quando ele se dá, todavia, já não há autoria colateral, e sim co-autoria.

A e B, desconhecendo reciprocamente suas atividades, disparam *necandi animo* suas armas contra C, atingido por ambos projéteis, um dos quais produz ferimento letal. Por circunstâncias que não vêm a talhe, não se consegue determinar de quem partira o disparo que causou a morte. A solução mais aceitável entre nós é aquela já preconizada por Magarinos Torres em sua monografia:

balho de F. Chr. Schröder, aparecido em 1965, que tem por título precisamente "*Der Täter hinter dem Täter*". Fala-se, na Itália, em "*autore dietro l'autore*" (cf. Tullio Padovani, *Le Ipotesi Speciali di Concorso nel Reato*, Milão, 1973, pp. 7 e 44).

385 Cf. Exposição de Motivos, nº 22.

admitir-se a tentativa para A e B, fazendo-se “*taboa raza* do evento, cujo autor não se apurou”.³⁸⁶ Adotam tal ponto de vista Heleno Fragoso,³⁸⁷ Basileu Garcia,³⁸⁸ e Damásio E. de Jesus,³⁸⁹ entre outros. Esta questão é, repetimos, de ordem processual, e deve ser deslindada com os instrumentos técnicos do direito processual penal.

47. Como vimos anteriormente (*supra*, nº 38), o acordo (expresso ou tácito) de vontades pode ocorrer mesmo durante a realização do fato; quando isto se dá, depois do início da execução, fala-se em *co-autoria sucessiva*. Passando casualmente diante de uma residência, cujos moradores estão viajando, A percebe que B está furtando objetos de seu interior, levando-os para um carro, e entre ambos se estabelece um acordo de vontades para que juntos prossigam na execução, o que acontece. Sem o acordo (ainda que tácito), não haveria co-autoria sucessiva, à míngua da comum resolução para o fato. Assim, no exemplo proposto, se A houvesse se limitado a observar a atividade de B, e quando este fosse embora, percebendo que ele não fechara a porta, também ingressasse na

386 Magarinos Torres, *Autoria Incerta no Direito Penal Brasileiro*, Rio, 1933, p. 64. O volume contém diversas decisões da época; numa delas, em hipótese na qual apenas um disparo atingira a vítima, eram ambos absolvidos (pp. 75 ss).

387 Comentários, cit., p. 632. Fragoso distingue outras situações, e entre essas aquela em que a vítima, ao ser atingida pelo disparo de A, já estivesse morta em razão do disparo de B, sugerindo que A seja responsabilizado por tentativa de homicídio. É discutível a não aplicação do art. 17 (crime impossível) a este caso. O problema se complicaria quando, na mesma situação (um disparo letal e outro ineficaz), não se pudesse especificar de qual arma partiram. Parece que a única solução cabível, a admitir-se o crime impossível de quem disparou sobre o defunto, seria a absolvição de ambos.

388 Op. cit., p. 380. Basileu Garcia observa que a tentativa pode não estar caracterizada.

389 Da Co-delinquência, cit., p. 98.

residência e subtraísse algum objeto remanescente, não se estabeleceria qualquer relação de co-autoria. A conclusão adquiriria relevância quando interviesse alguma qualificativa na conduta de B (por exemplo, chave falsa no abrir a porta), uma vez que A só responderia por furto simples, embora aproveitando-se da porta aberta.³⁹⁰

Pode ocorrer a co-autoria sucessiva não só até a simples *consumação* do delito, e sim até o seu *exaurimento*, que Maurach chama de “*punto final*”.³⁹¹ Dessa forma, o agente que aderisse à empresa delituosa de extorsão mediante seqüestro (art. 159 CP) por ocasião da obtenção do preço do resgate (que está situada após a consumação, configurando mero exaurimento) seria co-autor sucessivo (desde, é claro, que pudesse ser co-autor, pela presença dos requisitos já examinados).

Referência especial merecem aquelas figuras que os italianos costumam chamar “*reati di durata*”: os crimes continuados, permanentes e habituais.³⁹² Suponha-se a prática de uma sucessão de furtos, ou de cárcere privado (art. 148 CP) ou de exercício ilegal de medicina (art. 282 CP); até que momento poder-se-ia admitir o surgimento de co-autoria sucessiva? Recorde-se que é pressuposto da solução a presença dos requisitos da co-autoria; aquele que, consoante lembra Ragno, se cingisse à obra de convencimento psíquico no sentido de que o executor mantivesse o estado antijurídico criado por sua conduta, nos crimes permanentes, seria mero partícipe (instigador).³⁹³ A

390 Neste sentido, Maurach, op. cit., p. 345.

391 Op. cit., p. 344. Cf. também Zaffaroni, op. cit., p. 650.

392 Vladimiro Zagrebelsky, *Reato Continuato*, Milão, 1970, p. 208.

393 Giuseppe Ragno, *I Reati Permanenti*, Milão, 1960, p. 283. Com toda razão, observa Ragno que a interferência psíquica na pura manutenção do estado antijurídico, ou seja, posterior à conduta executiva que cria este estado, sempre consistirá em *instigação*, e não em *determinação*. Pormenores dessa distinção, acolhida pela lei penal brasileira, serão examinadas no capítulo referente à participação.

resposta é bastante singela: pode haver co-autoria sucessiva até o momento em que cesse a continuação, a permanência ou a habitualidade. É como se posiciona a doutrina brasileira.³⁹⁴

A cláusula final do art. 29 CP – “na medida de sua culpabilidade” – impede resposta o co-autor sucessivo por tudo que não lhe seja pessoalmente reprovável. Como frisa Barja de Quiroga, “*el coautor sucessivo unicamente responderá de lo que ocurra a partir de su intervención y no (...) de lo sucedido con anterioridad*”.³⁹⁵ Outra questão que se coloca em tema de co-autoria sucessiva é a seguinte: responde o co-autor sucessivo por circunstâncias qualificativas objetivas que tenham sido praticadas antes de sua adesão? Há controvérsia no deslinde. Para Welzel³⁹⁶ e Maurach³⁹⁷ a solução é afirmativa, desde que o co-autor sucessivo conheça a circunstância, esclarecendo Maurach que o dolo não significa apenas querer, mas também saber. Em sentido negativo se pronunciava Mezger, argumentando que não existe uma culpabilidade *subsequens*;³⁹⁸ essa é também a opinião de Zaffaroni.³⁹⁹ Perante a redação que a reforma de 1984 conferiu ao art. 29 CP, a resposta negativa também se impõe. Se A passa a cooperar no furto de um carro somente após B nele ingressar valendo-se de chave falsa, seria anômala (objetiva) a responsabilidade de A por tal qualificadora (art. 155, § 4º, inc. III, CP), muito embora, no instante mesmo em que A fisicamente aderiu ao come-

394 Para os crimes continuados, cf. Manoel Pedro Pimentel, *Do Crime Continuado*, S. Paulo, 1969, p. 168; para os crimes permanentes, cf. Esther de Figueiredo Ferraz, *op. cit.*, p. 149; para os crimes habituais, cf. Valdir Sznick, *Delito Habitual*, S. Paulo, 1973, p. 54.

395 *Op. cit.*, p. 76.

396 *Das Deutsche Strafrecht*, *cit.*, p. 107.

397 *Op. cit.*, p. 345.

398 *Op. cit.*, p. 292.

399 *Op. cit.*, p. 650.

timento do furto, caiba reconhecer a qualificadora do concurso (art. 155, § 4º, inc. IV, CP). É importante evitar que o princípio da culpabilidade seja transgredido também nos casos dos chamados crimes de duração, inclusive no âmbito da aplicação da pena: numa hipótese de crime continuado (suponhamos uma série de 8 delitos, na qual o co-autor sucessivo tenha aderido por ocasião do 7º), a exasperação penal deverá observar tais diferenças.

48. A doutrina brasileira considera a desistência voluntária e o arrependimento eficaz (art. 15 CP) como causas pessoais de isenção de pena;⁴⁰⁰ modernamente, pesquisa-se em tais situações “*el efecto de excluir la tipicidad*”.⁴⁰¹

Qualquer das concepções que se adote, não se altera a solução dos casos em que um dos co-autores desista voluntariamente ou eficazmente se arrependa. Ensina Aníbal Bruno que “os co-autores não se eximem de punição, salvo quando também desistam voluntariamente”.⁴⁰² Ensina Enrique Cury que “*la tipicidad del hecho sólo se excluye a su respecto*” (daquele que desistiu).⁴⁰³

Hungria não contemplou a desistência voluntária em casos de pura co-autoria, e os grupos de casos que examina sempre envolvem um autor e um partícipe,⁴⁰⁴ hipóteses um pouco mais complexas e que serão examinadas a seu tempo.

400 Costa e Silva, *op. cit.*, p. 73. Nélson Hungria lhes defere a classificação de “causas de extinção da punibilidade” (*Comentários*, *cit.*, p. 93).

401 Assim, Enrique Cury Urzúa, em magnífico trabalho, *Tentativa y Delito Frustrado*, Santiago, 1977; entre nós, Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, *cit.*, p. 311.

402 *Op. cit.*, p. 246.

403 *Tentativa y Delito Frustrado*, *cit.*, p. 134.

404 *Comentários*, *cit.*, p. 435. Assim também Damásio E. de Jesus, que adotou a opinião de Hungria (*Direito Penal*, *cit.*, p. 389).

49. Os casos de erro accidental *in objecto vel persona* (art. 20, § 3º, CP) e de erro de execução – *aberratio ictus* – (art. 73 CP) por parte de um co-autor na realização do fato não oferecem maiores dificuldades: a disciplina jurídica da situação será aplicável a todos.⁴⁰⁵ Este princípio rege também para hipóteses de participação.

Assim, se A organiza e planeja a morte de B, da qual será executor C, sendo a arma propiciada por D; e C atinge e mata, por erro accidental, E, tanto A (co-autor) quanto D (cúmplice), a exemplo do que sucederá a C, terão contra si, se for o caso, consideradas as "condições ou qualidades" (art. 20, § 3º, CP) de B. Se fosse atingido também B, a solução do concurso formal (art. 70, *ex vi* do art. 73 CP) seria a todos aplicável.

50. Um problema que seria singelo – o excesso do co-autor – complicava-se extraordinariamente no direito penal brasileiro, até 1984, por força da existência, de inspiração italiana, do parágrafo único do art. 48 CP (redação de 1940).⁴⁰⁶ Isso porque, rigorosamente, desde que a co-autoria é a comum realização do fato (co-dominado finalmente), que em comum se resolvera praticar, seria lógico que pelo excesso eventualmente cometido por um co-autor respondesse ele como autor único.⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ Wessels, op. cit., p. 122; Giovanni Leone, *Il Reato Aberrante*, Nápoles, 1964, p. 83: "*L'aberratio ictus non influisce in alcun modo sulla responsabilità del partecipe, nei cui confronti (...) lo schema del reato doloso resta inalterato*". Entre nós, Hungria, Comentários, cit., p. 417.

⁴⁰⁶ Art. 48, parágrafo único: "Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um a dois terços, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido". A fonte era o art. 116 do código penal italiano.

⁴⁰⁷ Maurach, op. cit., p. 347; Mezger, op. cit., p. 293; Wessels, op. cit., p. 122.

A regra do velho parágrafo único do art. 48, da qual Fragozo dizia constituir "intolerável responsabilidade objetiva",⁴⁰⁸ foi sendo temperada pela doutrina nacional com recurso à interrupção do nexo causal. Assim, Hungria consignava a necessidade de que "o ocorrido evento mais grave, não querido pelo partícipe dissenssiente, esteja na linha de desdobramento causal da atividade para a qual contribuiu", o que não se passa "quando a conduta do executor se apresente de tal modo alheia à sua cota de contribuição, moral ou material, que valha por um rompimento da cadeia causal".⁴⁰⁹ Aníbal Bruno ensinava que o concorrente não responderia pelo evento mais grave "se o executor rompe a corrente de causalidade que se origina da instigação e inicia outro curso causal".⁴¹⁰ As ilustrações utilizadas por ambos são similares: A ordena que B, "sujeito forte e violento" (Aníbal Bruno), "indivíduo possante e facinoroso" (Hungria), espanque C, e daí resulta a morte de C: A responderia pelo excesso, não se beneficiando sequer da atenuação do parágrafo único do art. 48, por um "dolo eventual".⁴¹¹ A debilidade de tais fundamentações era patente. Reduzindo toda a questão do concurso de agentes à causatividade, e operando em verdade com uma noção de causalidade adequada (se B não fosse "forte, violento, possante e facinoroso" manter-se-ia a solução?) que não dissimula, no encaixe do "dolo eventual", sua insuficiência, a solução então proposta pela doutrina brasileira se limitava à modestíssima função de

⁴⁰⁸ Comentários, cit., p. 638.

⁴⁰⁹ Comentários, cit., pp. 416 e 419. Também na jurisprudência se recorria a um critério causal: "o partícipe não responde pelo crime mais grave quando a conduta do executor se apresente de tal modo alheia à sua quota de contribuição, moral ou material, que valha por um rompimento da cadeia causal" – TJSP, Des. Adriano Marrey, RT 394/97.

⁴¹⁰ Op. cit., p. 273. Pouco importa que Hungria e Aníbal Bruno estejam trabalhando com hipóteses de participação, e não de co-autoria, porquanto a solução é idêntica.

⁴¹¹ Hungria, Comentários, cit., p. 417; Aníbal Bruno, op. cit., p. 273, nota 16.

produzir um critério híbrido (causalidade + dolo eventual) para a aplicação da "atenuante", e deixava sem resposta (ou, o que é pior, respondia, implicitamente, pela afirmativa) a pergunta sobre se o co-autor (ou partícipe) responde sempre pelo resultado mais grave.

Na primeira edição deste livro, de 1979, tentamos – inspirados por notável passagem de Latagliata⁴¹² – equacionar diversamente o problema. Para contornar a autêntica responsabilidade objetiva prevista no velho parágrafo único do art. 48 CP, propúnhamos o seguinte princípio: o *excesso de um co-autor, que esteja à margem da comum resolução para o fato, e que não surja como ocorrência desde sempre possível na comum realização do fato, deve ser considerado como erro accidental ou erro de execução para os demais co-autores*. A partir de tal princípio, acoplava-se o parágrafo único do art. 48 ao então art. 54 CP, varrendo-se a responsabilidade objetiva e harmonizando soluções.

Com a regra do § 2º do art. 29 CP, mediante a qual a reforma de 1984 baniu o malfadado parágrafo único do art. 48, já não é necessário recorrer ao princípio formulado para contornar seus inconvenientes. Se o agente quis participar do crime menos grave, só por este responderá, mesmo diante de excesso do co-autor que signifique um resultado mais grave; quando previsível tal resultado mais grave, no entanto, sua pena poderá majorar-se até a metade.⁴¹³

⁴¹² Op. cit., pp. 175 ss.

⁴¹³ "Embora o agravante tenha realizado a conduta no núcleo do tipo (subtraindo coisa móvel mediante grave ameaça), não se associou à conduta subsequente do parceiro, que resolveu perseguir e matar a vítima. O evento morte foi consequência de ação posterior independente de um dos ladrões, desvinculada da subtração do dinheiro e, ao que parece, desnecessária para assegurar sua posse (...) Justa, pois, a pretendida adequação, a fim de que o agravante fique sujeito à pena corporal do crime de roubo qualificado, fixada no mínimo, porque não demonstrada a previsibilidade do evento morte, no contexto em que veio a ocorrer" (TJSE, Des. Dante Busana, in A. Silva Franco et alii, cit., p. 513).

Nessa perspectiva, os casos de excesso do co-autor são facilmente resolúveis. Caracteriza-se o excesso por: 1. não estar incluído, ainda que tacitamente, na comum resolução para o fato; 2. não significar um desvio desde sempre possível na comum execução do fato; 3. ocorrer no mesmo contexto da ação conjuntamente dominada. Aquilo que de alguma forma se incluiu na comum resolução do fato é conteúdo da co-autoria, e não excesso; os desvios na execução provenientes de fatores concretos ditados pela própria realização (furto que se converte em roubo ao despertar do morador) igualmente não configuram excesso; por último, aquilo que se passa completamente fora da ação em conjunto acordada e realizada foge ao âmbito do concurso de agentes.

As soluções são por igual evidentes. O co-autor que além do delito pactuado praticou o excesso responde por ambos, em concurso formal perfeito ou imperfeito, segundo tenha havido ou não desígnios autônomos. Os demais co-autores, neste caso, somente responderão pelo delito pactuado, podendo sua pena ser majorada até a metade caso fosse para eles previsível o resultado mais grave proveniente do excesso (art. 29, § 2º, CP), na linha de uma qualificação pelo resultado (art. 19 CP).

A planeja e organiza (co-autor) uma agressão (art. 129 CP) a B, que será executada por C (co-autor) dentro da própria residência da vítima, previamente vigiada por D (cúmplice), na qual ingressará com um chicote e um revólver, ambos fornecidos por E (cúmplice). C penetra na casa, onde, consoante o plano estabelecido, a partir de informações recolhidas por D, além da vítima B só habitaria a empregada F. Trabalhemos com as seguintes hipóteses: 1ª – C agride B (art. 129 CP), e da agressão resulta incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias (art. 129, § 1º, inc. I, CP); 2ª – C agride B, e da agressão resulta a morte (art. 129, § 3º, CP); 3ª – C agride B, e ao

deparar-se com *F* também a agride; 4ª – *C* mata *B* (art. 121 CP); 5ª – *C* mata *B* e pratica estupro contra *F* (art. 213 CP); 6ª – *C* agride *B*, e destrói valiosa peça de arte que lhe decorava a residência (art. 163 CP).

Na solução da hipótese 1ª, verificamos que o resultado de incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias representa, *em linha de princípio* (e somente assim) um desvio desde sempre possível na execução do fato, de sorte que a falta de cuidado em sua evitação (da qual decorre a imputação a título de culpa que compõe o crime qualificado pelo resultado) não surge como excesso para os demais concorrentes. Não se trata de presumir a responsabilidade desses sobre o resultado qualificador (e por isso frisamos que a solução se põe em linha de princípio): trata-se de reconhecer que se se planeja uma surra em alguém, o resultado de que se cogita aqui pode vir em consideração até mesmo numa linha de consequência necessária. A hipótese 2ª distende a fronteiras críticas a mesma argumentação, porque já agora não encontramos um desvio possível da execução do fato em comum deliberado e (no que tange a *A* e *C*) em comum realizado; se se demonstra que o resultado morte violou efetivamente a comum deliberação para o fato, e não significa (a presença do revólver, por si só, não seria suficiente para conclusão oposta) um desvio possível em sua comum realização, temos o excesso: *C* responderá por lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, CP) e o co-autor *A* (assim como os partícipes *D* e *E*) responderão por lesão corporal (art. 129 CP), podendo sua pena ser majorada até a metade na razão da previsibilidade do resultado mais grave (art. 29, § 2º, CP). A hipótese 3ª não oferece maiores dificuldades, uma vez que a presença da empregada *F* era conhecida e integrava o plano delituoso, não se podendo considerar a resistência da vítima ou de terceiros como anormalidade no decurso da realização do fato: não há excesso, e todos responderão pelas duas

agressões. Na hipótese 4ª, deveremos distinguir (de forma simplista, embora), se o homicídio de *B* é fruto do desenvolvimento da realização do fato, mercê de resistência por ele oposta à agressão de *C*, ou é devido a súbita alteração no projeto por parte de *C*, quando este, por exemplo, ao deparar-se com a vítima, reconhecendo-a de outro episódio conflitivo, decidiu matá-la e lhe desfechasse tiros. No primeiro caso estaremos propensos a discutir a ocorrência de excesso, porque os distúrbios do acontecimento ligados à resistência da vítima são sempre possíveis, problematizando hipóteses nas quais a resistência determine uma alteração de grau (perigo para dano) ou natureza (crime contra a integridade corporal para crime contra a vida) no delito. Sob essa visão, se não se demonstrasse que a comum resolução para o fato excluía a prática de qualquer violência adicional, todos os co-autores e partícipes poderiam mesmo responder por homicídio. Já no segundo caso, é evidente o excesso (*C* violou individualmente a comum resolução para o fato e a linha física de sua co-realização); os concorrentes deverão responder apenas por lesões corporais. A hipótese 5ª sugere a seguinte solução: quanto ao homicídio de *B*, empregam-se as regras já esquematizadas na solução da hipótese 4ª; quanto ao estupro de *F*, nega-se que haja excesso, por sua total desvinculação com o fato em comum resolvido e realizado (agressão a *B*), tratando-se de autoria única de *C*. Na hipótese 6ª, os concorrentes nas lesões corporais quedariam impunes quanto ao crime de dano, pelo qual só responderá o executor que o cometeu.

51. Tratando-se de delitos especiais, só poderá ser co-autor, como ensina Wessels, "quem importe como autor idôneo para o respectivo fato punível".⁴¹⁴

⁴¹⁴ Op. cit., p. 122. Entre nós, Heleno Fragoso admite a co-autoria do *extraneus* no crime próprio (Lições, cit., p. 297). Sobre se os elementos da auto-

52. É possível falar-se em co-autoria mediata. Segundo Zaffaroni, isso ocorrerá nas seguintes hipóteses. 1ª – quando os co-autores se valem de um instrumento; 2ª – quando um deles atua pessoalmente e o outro se vale de um instrumento; 3ª – quando cada um dos co-autores se vale de um instrumento diferente.⁴¹⁵

VI – Autoria Mediata

53. Fundamentos. Natureza substancial da figura. 54. Limites distintivos da autoria mediata. 55. Campos de aplicação da figura: crimes de resultado, de mera conduta, de mão própria, culposos, omissivos e especiais. 56. A doutrina brasileira. 57. Casos expressos de autoria mediata no Código Penal de 1940: erro provocado, coação irresistível, obediência hierárquica, instrumento impunível por condição ou qualidade pessoal. 58. Quadro geral de autoria mediata: instrumento agente atipicamente (inclusive instrumento doloso); instrumento agente licitamente; instrumento sem imputabilidade ou culpabilidade; instrumento responsável. 59. A tentativa. 60. Desistência voluntária, arrependimento eficaz e crime impossível. 61. Erro do autor mediato sobre a imputabilidade do instrumento. 62. Excesso do instrumento. 63. Erro accidental e erro de execução do instrumento.

ria pertencem ou não ao tipo, com os reflexos que tal decisão importaria à solução dos casos de erro sobre tais elementos, cf. a excelente resenha de Gladys Romero, op. cit., pp. 335 ss.

⁴¹⁵ Op. cit., p. 651.

53. Dá-se *autoria mediata* quando, na realização de um delito, o autor se vale de um terceiro que atua como instrumento (*Werkzeug*). O fundamento da autoria mediata reside, como não poderia deixar de ser, no domínio do fato, sob a forma especial de *domínio da vontade* (*Willensherrschaft*).⁴¹⁶

Discute-se se a criação da autoria mediata corresponde a um fenômeno "tapa-buracos",⁴¹⁷ ou se atende a exigências limpidamente dedutíveis da natureza das coisas e do sistema legal.⁴¹⁸ Este é o entendimento que nos parece mais adequado. Como lembra Padovani, a adoção pelo código penal alemão da acessoriedade limitada não eliminou a figura do autor mediato, e, pelo contrário, o desenvolvimento da dogmática conheceu uma "*progressiva dilatazione*" de seus campos de aplicação.⁴¹⁹ Temos uma demonstração admirável da vitalidade da figura no Brasil: o Código Penal decretou-lhe a sentença de morte na Exposição de Motivos ("perde sua utilidade a famosa teoria do autor mediato"), e ela sobreviveu no *Código* e na literatura, como já veremos.

416 Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., pp. 141 ss; *Sobre la Autoria*, cit., p. 62; de um domínio sobre "*la voluntad ajena*" falava Bockelmann, op. cit., p. 75; Wessels, op. cit., p. 123, menciona o "domínio da vontade".

417 Welzel participa deste entendimento, atribuindo-a à necessidade de preencherem-se certos "vácuos de punibilidade" decorrentes da legislação (está se referindo à legislação alemã anterior à reforma de 1943, quando prevalecia uma acessoriedade máxima, que impedia participação em condutas inculpáveis) e da própria dogmática (que pagava o preço de aferrar-se a um critério formal-objetivo); cf. *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 101.

418 Assim, Maurach, que se refere à "*injustificada expresión de la naturateza tapagujeros*" (op. cit., p. 315). Rodríguez Mourullo afirma, com toda exatidão, que "a noção de autoria mediata responde a uma realidade substancial: a de que os homens podem realizar certos fatos através de outras pessoas que atuam como instrumento" (*El Autor Mediato*, cit., p. 568).

419 Op. cit., p. 37.

54. A autoria mediata se situa numa zona limítrofe entre a autoria direta e a participação por instigação, cuja exata demarcação apresenta alguns problemas.⁴²⁰ Otto Majer anotava que "os limites entre instigação e autoria mediata têm desde sempre ocasionado dificuldades",⁴²¹ e isso se deve à circunstância comum de que em ambas as hipóteses um terceiro é determinado ao direto cometimento do delito. Parece claro que quanto mais se opere com uma visão causalista do delito, tanto mais confundidas aparecerão as duas situações; conviria, pois, definir os seus contornos próprios.

A autoria mediata é forma de autoria, e não de participação: afirmam-no sem discrepância os autores.⁴²² Baseia-se no domínio do fato, sob forma de domínio da vontade, ou seja, naquilo que Lucio E. Herrera chama de "*objetivo y final empleo del que obra como instrumento*".⁴²³ Enquanto na instigação, como lembra Maurach, encontramos a *corrupção* do homem *livre*, na autoria mediata teremos o *abuso* do homem *não-livre*, e através deste *abuso* é que o autor mediato controla, "*del principio al fin, el curso de los acontecimientos*".⁴²⁴ Nessa "manipulação" do decurso do fato pela via de uma vontade alheia submetida é que está o fundamento material da autoria mediata.

420 Maurach, op. cit., p. 314; Fabrício Leiria, op. cit., p. 156.

421 "*Die Abgrenzung zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft hat von jeher Schwierigkeit bereitet*" – cf. *Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Tübingen, 1905, p. 1.

422 "*El autor mediato es autor, no participe*" – cf. Maurach, op. cit., p. 315; "*Die mittelbare Täterschaft ist eine Form der Täterschaft*" – cf. Jescheck, op. cit., p. 442; "*Der mittelbare Täter ist Täter*" – cf. Blei, op. cit., p. 225; etc. No Brasil, esta é a opinião preponderante. Damásio E. de Jesus, recorrendo a argumentação inconvincente, incluía a autoria mediata no quadro da participação (Da Co-delinquência, cit., pp. 39 e 40).

423 Lucio Eduardo Herrera, *La Autoria Mediata*, in *Relatos de las Jornadas Nacionales de Derecho Penal*, B. Aires, 1973, p. 36.

424 Op. cit., p. 318.

Pode ocorrer, entretanto, que o executor do fato também o domine, pelo menos como um domínio físico da ação. Nesses casos, segundo lição de Wessels, "a delimitação (entre autoria mediata e participação por instigação) depende de se o domínio da ação do agente imediato está ou não sobreposto pelo domínio da vontade do mandante".⁴²⁵ Será decisiva sempre, a nosso ver, a ignorância do instrumento a respeito da direção final extrema de sua conduta. Empregamos a expressão "direção final extrema" porquanto pode ocorrer, e com frequência, que o instrumento atue finalisticamente no sentido do tipo do delito (como em casos de instrumento agente lícitamente), e ignore uma finalidade que ultrapassa a situação em que se compreende sua ação. Em qualquer hipótese, uma "congruência" entre as representações finais do instrumento e do homem por detrás (*Hintermann*) sugere o deslocamento da questão para a área da participação, ou da co-autoria.⁴²⁶

Registra-se, por fim, que pode ser reconhecida autoria mediata também nos casos em que instrumento e vítima se superponham, ou seja, em que o autor mediato dirige – valendo-se do domínio da vontade – o acontecimento no sentido de que o instrumento se autolesione juridicamente.⁴²⁷

425 Op. cit., p. 123. São preciosas as observações de Wessels que se seguem ao trecho citado.

426 Renunciamos a um debate sobre a "teoria da supremacia" ou da "preponderância", criada por Hegler em 1929 (*Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft*), à qual só devem pedir auxílio os sistemas que se norteiem por um critério formal-objetivo de autor. Da "supremacia" do autor mediato disse Eberhard Schmidt ser apenas uma metáfora ("*Ubergewicht nur eine Metapher ist*" – op. cit., p. 121); em sua refinada construção, Dell'Andro afirmou inexistir "*supremazie di alcune posizioni, quali che siano, su altre*" (op. cit., p. 126). A sobrevivência da "metáfora", na "*figura principale*" de Padovani (op. cit., p. 38), no "papel dominante" de Wessels (op. cit., p. 122), e até mesmo na adaptação ao caso do "*Prinzip der Zentralgestalt*" de Roxin (*Täterschaft*, cit., p. 141) se condiciona a sua capacidade, como boa metáfora, de acolher a idéia de domínio.

427 "*Resulta viable la autoria mediata y no la directa en los supuestos en que el instrumento y la víctima coinciden*" (Hernandez Plasencia, J. U., *La*

55. O campo de aplicação da autoria mediata está, por excelência, nos crimes de resultado. Efetivamente, como adverte Ordeig, naqueles casos em que a matéria da proibição seja a causação de um resultado, sem especificação da conduta causante, *"la justificación de la autoría mediata presenta, comparativamente, pocos problemas"*.⁴²⁸ Aqui, surgirá a tentação de deslocar o fundamento da autoria mediata no sentido de uma pura causatividade.

Nos crimes de mera conduta, que sem dúvida admitem autoria mediata, resultará vão qualquer empreendimento que pretenda fundamentá-la na causatividade, e somente o domínio do fato, sob a forma de domínio da vontade, responderá convenientemente a tal pretensão. Também um critério formal-objetivo, que seria imaginável nos crimes de resultado (na medida em que a ação típica fosse a causação através de um instrumento humano), falharia aqui completamente.

Os crimes de mão própria, como vimos, não admitem autoria mediata.⁴²⁹

Nos crimes culposos, por igual não é concebível autoria mediata: sempre encontraremos, aí, ou autoria direta ou formas heterólogas de autoria colateral.⁴³⁰ Se *A* entrega o revólver ao míope *B*, e o determina a disparar contra aquilo que para *B* parece ser uma árvore (sabendo *A* que é um homem), *B* será autor direto de crime culposos, e *A* autor

Autoría Mediata en Derecho Penal, Granada, 1996, ed. Comares, p. 355); "mayoritariamente se reconoce que la autoría mediata no precisa de tres sujetos (autor, instrumento y víctima), sino que el instrumento puede ser la misma víctima" (Alcácer Guirao, R., *Tentativa y Formas de Autoría*, Madri, 2001, ed. Edisofer, p. 116).

⁴²⁸ Op. cit., p. 222.

⁴²⁹ Cf. *supra* nº 36.

⁴³⁰ Cf. *supra* nº 33. Cf. Frago, Comentários, cit., p. 632. Sobre as objeções teóricas à autoria mediata em crime culposos, cf. Rodríguez Mourullo, op. cit., pp. 579 ss.

mediato de crime *comissivo doloso* (Maurach). Se *A*, míope, entrega o revólver a *B* e o determina de boa-fé a disparar contra uma árvore (que *B* percebe tratar-se de um homem), *B* será autor direto do crime comissivo doloso, e *A* não ultrapassaria os limites da impunível participação culposa. Fossem *A* e *B* míopes ambos, estaríamos diante de singela autoria colateral.

Também os crimes omissivos não admitem autoria mediata. Como já pudemos ver, e sem embargo de opiniões em sentido oposto,⁴³¹ as hipóteses pensáveis deságuam necessariamente ou em autoria direta por ação (fundamentada no domínio do fato) ou em autoria direta por omissão (fundamentada na violação do dever).

Problemas peculiares são colocados por duas espécies de delitos: aqueles que exigem do agente uma especial *intenção* ou *tendência*, e os delitos especiais. Tais problemas serão estudados oportunamente.

56. Grande diversidade de critérios preside os esforços da doutrina com vistas a classificar os casos de autoria mediata, até mesmo por causa da subordinação inevitável que tal iniciativa deve guardar do direito positivo. No Brasil, poderemos dividir o pensamento penal a propósito da matéria em quatro grandes grupos.

Em primeiro lugar, temos os autores que negam sede à autoria mediata, dos quais o maior representante foi Néelson Hungria. Comprometido radicalmente com a feitura do Código de 1940, em cuja Exposição de Motivos se anunciava o óbito da figura, Hungria dizia dela consistir num "artifício", e lhe dardejara os epítetos de "ficção", "desconchavo", recomendando também sua remessa para o

⁴³¹ Cf. *supra* nº 34.

"museu do direito penal".⁴³² É curioso observar três fatos. Em primeiro lugar, a fonte principal das aflições de Hungria está no intento de conciliar a autoria mediata e a acessoriedade, como se a autoria mediata fosse participação e não autoria. Em segundo lugar, em nenhuma outra passagem o causalismo de Hungria se desnudou tanto como nos esforços que empreendeu para dotar de coerência a disciplina aleijada do Código de 1940 em tema de concurso de agentes. Por último, ao estudar o erro provocado, escapou-lhe um "agente imediato",⁴³³ só compreensível se cotejado a um "agente mediato"...

O segundo grupo poderia ser representado por Esther de Figueiredo Ferraz que, filiada neste passo a uma corrente de autores italianos,⁴³⁴ nega a autoria mediata, designando-a "pseudo concurso" ou "concurso aparente", e diz dela não se confundir "com o autêntico fenômeno da participação", por não haver – e se vale aqui de Manzini – pelo menos duas pessoas "capazes em termos de direito penal e imputáveis".⁴³⁵ O argumento é improcedente: também na autoria direta encontraremos uma só pessoa capaz e imputável, e ninguém duvidará que a autoria direta deva ser estudada no âmbito do grupo de assuntos que se pode designar por concurso de agentes.

A terceira corrente, majoritária, admite a autoria mediata, porém a limita aos casos em que o instrumento atua sem imputabilidade ou sem culpabilidade. É a opinião, entre outros, de Fragoso, Aníbal Bruno, Salgado Martins,

432 Comentários, cit., pp. 403 ss.

433 Comentários, cit., p. 247. Hungria se apressa em dizer que no caso de erro provocado nada mais existe "do que uma aplicação das regras gerais sobre a causalidade com fundamento na equivalência dos antecedentes causais". E então, sem querer, reaproxima a matéria do concurso de agentes dentro de sua linha de fundamentação causativista.

434 Bettiol, Direito Penal, cit., v. II, p. 270; Maggiore, op. cit., v. II, p. 129; etc.

435 Esther de Figueiredo Ferraz, A Co-delinquência, cit., p. 22.

Dória Furquim.⁴³⁶ Esses autores circunscrevem a autoria mediata àquele conjunto de casos que Padovani diz ser "*storicamente più antico*",⁴³⁷ nos quais o instrumento é um inimputável, ou atua em erro de tipo, ou sob coação ou ainda sob obediência hierárquica.⁴³⁸

Por fim, há autores que distendem o âmbito da autoria mediata para estudar casos em que o instrumento atuou licitamente, seja para reconhecer a figura, como Fabrício Leiria,⁴³⁹ seja para negá-la, como Damásio E. de Jesus.⁴⁴⁰

57. O código penal brasileiro contempla explicitamente quatro casos de autoria mediata. São eles: 1. o caso de erro determinado por terceiro (art. 20, § 2º); 2. o caso de coação irresistível (art. 22); 3. o caso de obediência hierárquica (art. 22); 4. o caso de instrumento impunível em virtude de condição ou qualidade pessoal (art. 62, inc. III).

No art. 20, § 2º, CP encontramos a situação na qual o autor mediato determina o erro do instrumento a respeito

436 Para Fragoso, é autor mediato "quem se serve de outra pessoa inimputável ou não culpável para cometer o crime" (Comentários, cit., p. 632); nas Lições, o instrumento é definido como "terceiro que atua sem culpabilidade", p. 277; para Aníbal Bruno, "fala-se em autoria mediata quando o agente realiza a ação típica por intermédio de outrem que atua sem culpabilidade" (op. cit., p. 267); para Salgado Martins, "autor mediato é aquele que, para realizar o fato como próprio, serve-se de outra pessoa que sabe carecer de imputabilidade ou de culpabilidade" (op. cit., p. 274); para Dória Furquim, "é o caso de servir-se alguém de um inimputável (louco, menor) ou inculpável (coacto, necessitado)" (op. cit., p. 70).

437 Op. cit., p. 6.

438 Roberto Lyra, também comprometido com a elaboração do Código de 1940, não obstante reconhece a subsistência de "casos de autoria mediata" na coação irresistível e na obediência hierárquica (op. cit., p. 117).

439 Op. cit., p. 139.

440 Da Co-delinquência, cit., p. 41. Para negar a autoria mediata em tais casos, Damásio E. de Jesus tinha que adotar uma acessoriedade mínima (p. 30) por causa do problema (p. 33), e deslocar a discussão para a participação.

dos elementos objetivos do tipo legal (erro de tipo). É o famoso exemplo da enfermeira A, à qual o médico B prescreve que ministre ao doente certo remédio, que sabe B terá efeito letal. A doutrina brasileira reconhece, aqui, a figura ora em exame.⁴⁴¹ Não é plenamente assimilável a este caso a hipótese de quem não determine o erro, devendo-se então distinguir se há um aproveitamento comissivo doloso deste erro, ou simples inércia. Se o instrumento erra por si, e alguém o determina a certa conduta que conduzirá ao resultado, teremos autoria mediata. Assim, quando A percebe que B não retirou todas as balas da pistola, esquecendo-se daquela alojada na agulha, e o determina a dar um susto em C. Se o instrumento erra por si, e alguém se limita a presenciar o desfecho eventualmente infeliz de conduta fundada no erro, só diante de especial dever jurídico poderá surgir não uma autoria mediata, e sim a autoria direta do crime omissivo (fundada na violação do dever), colateral à autoria direta do crime culposo do executor. Pode ocorrer que o agente predisponha um meio mecânico que, acionado por qualquer pessoa, conduzirá à produção do resultado. Assim, aquele que, pretendendo ocasionar o desabamento de um edifício (art. 256 CP), conectasse ao botão do elevador o comando de um dispositivo que fizesse explodir-lhe as fundações. Poderíamos designar tal hipótese por *autoria mediata incerta*.

No art. 22 CP, primeira parte, encontraremos também uma hipótese clássica: o instrumento atua sob coação moral irresistível da parte do autor mediato. A doutrina brasileira também reconhece aqui a figura.⁴⁴² Todavia, cumpre

441 Aníbal Bruno, op. cit., p. 270; Heleno Fragoso, Lições, cit., p. 277; Francisco de Assis Toledo, em sua monografia (O Erro no Direito Penal, S. Paulo, 1977, p. 57), não desce a pormenores a respeito, porém, a exemplo de Hungria, refere-se a um "agente mediato".

442 Roberto Lyra, op. cit., p. 117; Heleno Fragoso, Lições, cit., p. 277.

distinguir, a exemplo do que faz Salgado Martins,⁴⁴³ entre a coação física e a coação moral. Como anota Ricardo Andreucci, há na coação física absoluta um "deslocamento da ação",⁴⁴⁴ que estabelece verdadeiramente uma autoria direta do coator fundamentada no domínio da ação. Se a coação moral for resistível, não se estabelecendo o domínio da vontade do coacto por parte do coator, o problema se reconduzirá aos quadros da instigação, porém o autor direto desfrutará da atenuante prevista no art. 65, inc. III, al. c, CP.

Ainda no art. 22 CP, segunda parte, está outra hipótese tradicional: o instrumento que atua em estrita obediência hierárquica. Reconhecida na doutrina brasileira por Heleno Fragoso e Salgado Martins,⁴⁴⁵ a hipótese merece alguma reflexão. A exemplo do que faz o próprio Fragoso, deveremos distinguir três situações diversas na obediência hierárquica, a saber: 1ª – o executor conhece a ilegalidade da ordem, mas não pode a ela se opor, "dadas as consequências que podem advir, no sistema de hierarquia e disciplina a que está submetido"; 2ª – o executor supõe ser lícita a ordem; 3ª – o executor conhece a ilegalidade da ordem e a ela poderia se opor.⁴⁴⁶ A primeira situação é resolvida por Fragoso na inexigibilidade de outra conduta: teremos, assim, a mesma fonte material de exculpação que nas hipóteses de coação irresistível, e será fácil reco-

443 Op. cit., p. 275, com terminologia inadequada.

444 Ricardo Antunes Andreucci, Coação Irresistível por Violência, S. Paulo, 1974, p. 84. Aníbal Bruno inclui mesmo a coação física no quadro da autoria mediata, o que não nos parece correto (op. cit., p. 269). Vendo na "falta de acción en el instrumento", corretamente, autoria direta, Lúcio E. Herrera (La Autoria Mediata, cit., p. 40).

445 Heleno Fragoso, Lições, cit., p. 277; Salgado Martins, op. cit., p. 275. A maior parte dos autores nacionais não se ocupa da obediência hierárquica no estudo da autoria mediata.

446 Heleno Fragoso, Lições, cit., p. 234.

neher-se a autoria mediata. A segunda situação é resolvida por Fragoso no erro de proibição; também aqui será reconhecível a autoria mediata, fundamentada no domínio da vontade do instrumento da parte do homem por detrás. Na terceira situação, Fragoso se reportará a "razões de conveniência administrativa" para criar uma "isenção de pena".⁴⁴⁷ Por motivos cujo desenvolvimento refogem ao âmbito deste trabalho, consideramos que nesta terceira situação haverá co-autoria ou participação, consoante o superior tenha ou não o co-domínio funcional do fato; em qualquer caso, serão ambos puníveis.

A autoria mediata em hipótese de obediência hierárquica ganhou notável alento com o estudo, devido especialmente a Roxin, de uma constelação de casos designados como de "domínio da vontade em virtude de um aparato organizado de poder" (*Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*).⁴⁴⁸ Enquanto o modelo convencional (poderíamos dizer "romântico") de obediência hierárquica se ocupa de uma relação de subordinação de direito público determinada, individualizando a figura do executor e suas possibilidades de informação e determinação, o aparato organizado de poder responde a realidade diversa. Embora concebível em termos de uma estrutura privada, de linha "mafiosa", o fenômeno ocorre especialmente em estruturas estatais, e o nosso século é pródigo de exemplos, dos quais o mais evidente foi a sanguinária engrenagem nazista. Característico de tais organizações é a fungibilidade do executor (*Fungibilität des Ausführenden*).⁴⁴⁹ Ao contrário do que sucede nas duas primeiras situações do modelo convencional de obediência

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁴⁸ Roxin, *Täterschaft*, cit., pp. 242 ss. Cf. o recente estudo de Kai Ambos, *Domínio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, trad. C. Meliá, Bogotá, 1998, ed. Un. Ext. Colombia.

⁴⁴⁹ Roxin, *Täterschaft*, cit., p. 245.

hierárquica, a ordem é dada e recebida como limpidamente ilícita, sem a coação da hierarquia juridicamente reconhecível (que impede a oposição do executor), ou sem o erro deste a respeito de sua legitimidade; de resto, a oposição seria inexoravelmente vencida pela sumária substituição do executor. Sob tais pressupostos (nos quais só por exceção o autor da ordem e o executor se conhecerão), o primeiro é autor mediato dos delitos realizados pelo segundo. A autoria mediata pode alcançar por igual o retransmissor da ordem, segundo o reforço hierárquico que lhe empreste (o simples estafeta nem participe talvez seja). Enquanto a autoria (mediata) do autor ou retransmissor da ordem se fundamenta no domínio sobre o decurso do acontecimento de que dispõem, em razão do domínio da vontade de um executor sem fisionomia (fungível), existe autoria direta do executor fundada no domínio da ação; todavia, não estão presentes os requisitos de uma co-autoria. Essa construção se vê premiada na demonstração de que é possível (e o nosso século testemunhou isso diversas vezes) matar através da assinatura de um documento ou de uma ordem telefônica.⁴⁵⁰

Por derradeiro, encontraremos no art. 62, inc. III, CP a hipótese daquele que instiga ou determina ao delito alguém não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal. A fonte do texto reside no art. 111 do código penal italiano, segundo o qual "quem determinou a cometer um crime uma pessoa não imputável, ou não punível em virtude de uma condição ou qualidade pessoal, responde pelo crime por esta cometido, e a pena é agravada". As diferenças fundamentais são duas: 1ª – enquanto na fonte

⁴⁵⁰ Jäger, apud Roxin, *Täterschaft*, cit., p. 248. Stratenwerth se refere a um "Schreibtischtäter" (autor-secretário), cf. op. cit., p. 220. Não participa de tal construção Ordeig, que desloca o autor da ordem para uma posição de instigador (op. cit., pp. 187 ss).

italiana se falava em determinação, o legislador brasileiro fala em "instigar ou determinar"; 2ª – na fonte italiana menciona-se explicitamente o inimputável, menção omitida no texto brasileiro. Parecem-nos evidentes as razões. O acréscimo da instigação deve ter obedecido à idéia de suprir o que se considerou uma lacuna. Quanto à supressão da referência explícita à imputabilidade, basta que se conheça o pensamento de Hungria a respeito⁴⁵¹ para concluir que evitou-se aquilo que se julgou uma superfetação. Os autores italianos, em maioria, despendem alguma tinta e raciocínio para demonstrar que no art. 111 de seu código não reside um caso de autoria mediata. Vejamos como Manzini interpreta "*l'equivoca frase*", que assim se refere à locução legal "*non punibile a cagione di una condizione o qualità personale*". Segundo Manzini, tal texto pretende remontar (*risalire*) só ao determinador (Manzini inclui também o instigador) a responsabilidade do fato, agravando-a, de vez que não se trata de verdadeira e própria participação no crime, e porque ele, servindo-se do determinado (ou instigado) como de um mero instrumento ("*come di un mero strumento*"), ou por outro lado buscando aproveitar-se da incapacidade daquele, demonstra maior criminalidade.⁴⁵² Manzini poderá ter negado, como efetivamente fez, sede teórica à autoria mediata: sua interpretação do art. 111 do código penal italiano não significa outra coisa que reconhecer ali uma clara hipótese, pelo conteúdo e pela forma de seu *approach*. A literatura nacional se inclina a incluir nessa previsão legal os casos em que menores e doentes mentais são determinados ao delito. Costa e Silva analisava o dispositivo da seguinte perspectiva: "quem instiga ou determina um menor de 18 anos, um inimputável

451 Para Hungria, "capacidade de direito penal e obrigação de responder penalmente vêm a ser uma e a mesma coisa" (Comentários, cit., p. 321).

452 Op. cit., p. 497.

(não punível) apresenta maior periculosidade ou temibilidade".⁴⁵³ Roberto Lyra se referia a anomalias e déficits mentais alheios, e Damásio E. de Jesus fornece o exemplo de quem induz "uma criança ou doente mental a por fogo à casa".⁴⁵⁴ Aníbal Bruno afirma que "a hipótese se apresenta geralmente como de autoria mediata".⁴⁵⁵ Não hesitamos em endossar este entendimento, e proclamar que no art. 62, III, CP há duas situações de domínio da vontade: aquela referida a uma posição subalterna dentro de uma relação de autoridade (que diz com um dos supostos da obediência hierárquica – o primeiro – mas não se esgota nele, como veremos mais tarde), e aquela referida aos inimputáveis em geral (menores, loucos etc). Tal agravante só é cabível, pois, em casos de autoria mediata, não se estendendo a hipóteses apenas formalmente assimiláveis (causas pessoais de isenção de pena, a exemplo do art. 181 CP; isenção de jurisdição, como nas imunidades diplomáticas etc.).⁴⁵⁶

Aqui concluímos o exame daquilo que julgamos ser os quatro grupos de casos expressos de autoria mediata no direito penal brasileiro: erro provocado, coação moral irresistível, obediência hierárquica, e situações envolvendo menores e doentes mentais.

58. Um quadro geral da autoria mediata, a respeito do que, como já consignado, reina um cipoal de critérios diversos e controvérsias, poderia ser intentado com base na seguinte classificação, que toma por elemento diferenciador a posição do instrumento: **a)** instrumento agente atipicamente; **b)** instrumento agente licitamente; **c)** instrumen-

453 Op. cit, p. 202.

454 Direito Penal, cit., p. 385.

455 Aníbal Bruno, Comentários ao Código Penal, Rio, 1969, v. II, p. 116.

456 Damásio E. de Jesus parece coincidir em que não se aplica a agravante genérica ao caso do filho que furta o pai (Direito Penal, cit., p. 385).

to sem imputabilidade ou culpabilidade; d) instrumento responsável.

a) *Instrumento agente atipicamente*

Dos casos expressos de autoria mediata no direito brasileiro, aqui se incluirá aquele em que haja erro de tipo do instrumento, pela defecção do tipo subjetivo. Caso a vencibilidade do erro conduza à punição do instrumento a título de culpa, a classificação se faria na categoria de instrumento responsável.

Aqui também se incluirão as hipóteses em que o instrumento é induzido, nas palavras de Padovani, "*ad un'attività autolesiva che non integra alcuna fattispecie di reato*".⁴⁵⁷ Maurach fornece o exemplo do professor que obriga o aluno a ingerir um alimento deteriorado que lhe ofende a saúde (autoria mediata de lesões corporais, art. 129 CP);⁴⁵⁸ também o caso em que A indica como remédio a B uma substância venenosa, por ele ingerida. Em certos casos, quando o instrumento se autolesiona por erro provocado por terceiro, estaremos numa fronteira entre a autoria mediata e a autoria direta de crime omissivo impróprio. Assim, se A engana B, que não sabe nadar, ao informá-lo sobre a profundidade de uma piscina na qual o convida a arrojarse, vindo B a morrer afogado, qualquer deficiência nos fundamentos de uma autoria direta do homicídio omissivo impróprio, ancorada na violação do dever, teria a reserva subsidiária de uma autoria mediata, alicerçada no domínio da vontade, que com ela concorre. Pode-se conciliar o erro provocado que leva à conduta autolesiva atípica com um instrumento doloso: A e B planejam destruir o carro de C, e

⁴⁵⁷ Op. cit., p. 6.

⁴⁵⁸ Op. cit., p. 321.

como tudo se dará à noite, em local sem iluminação, A aponta ao executor B um carro (que na verdade é de uso da esposa de B, a quem pertence), o qual é danificado a golpes de marreta pelo próprio B. A é sem dúvida autor mediato de dano (art. 163 CP): o domínio do fato, pelo domínio da vontade, fundamenta a solução, e a incongruência das representações finais do agente imediato e do homem por detrás a legítima.

Onde, porém, se colocam verdadeiramente os problemas do chamado instrumento doloso (*dolose Werkzeug*) é na falta ao instrumento de certas características subjetivas ou objetivas pessoais do autor. Fala-se, na primeira hipótese, de instrumento doloso desprovido de intenção, e, na segunda, de instrumento doloso desprovido de qualificação.⁴⁵⁹ Surgidas historicamente do quase sempre desastreado intento de suprir lacunas de punibilidade, tais hipóteses – nas quais é sempre metafórica a "instrumentalização" do executor, que mantém relações quase paritárias com o homem por detrás – foram muito questionadas e descredenciadas pela doutrina. É de fato questionável, como frisa Hernandez Plasencia, que um instrumento livre, não

⁴⁵⁹ Cf. Welzel, op. cit., p. 104; Jescheck, op. cit., p. 446; Roxin, *Täterschaft*, cit., pp. 252 ss.; Maurach, op. cit., p. 321. Como adverte Gonzalo Olivares, a admissão da categoria encontra contestadores, entre os quais ele próprio (op. cit., p. 99). Cf., a respeito, Rodríguez Mourullo, op. cit., p. 570; Ordeig, op. cit., pp. 251 ss. O maior problema consiste em fundamentar a autoria em tais casos. Tentou-se contornar a aparente *contraditio in adjecto* do instrumento *doloso* substituindo-se, nesses casos, a expressão "instrumento" por "intermediário" (*Mittler, Tatmittler*). Cf. Rodríguez Mourullo, op. cit., p. 572. De qualquer forma, o fundamento do domínio da vontade fica seriamente questionado para esses casos. Welzel falará aqui de um "domínio social do fato" (*soziale Tatherrschaft*); Jescheck considerará que nesses casos o domínio do fato não é psicológico, e sim normativo (*nicht psychologisch, sondern normativ*) (loc. cit.). Criticamente, cf. os excelentes estudos de Hernández Plasencia, *La Autoria Mediata*, cit., pp. 303 ss., e Carolina Bolea Bardon, *Autoria Mediata en Derecho Penal*, Valência, 2000, ed. T. lo Blanch, pp. 403 ss.

sujeito a erro ou coação, permita “la transferencia de su conducta al sujeto de atrás”.⁴⁶⁰

Quando o tipo subjetivo contenha elementos especiais, aos quais deverão corresponder certas características subjetivo-pessoais do autor (por exemplo, o furto – art. 155 CP –, para o qual é indispensável o *animus rem sibi habendi*), sua falta num executor não doloso não oferece problemas muito relevantes. Assim, no conhecido exemplo em que A simula ser hóspede do hotel, e pede à camareira B que lhe traga “seu” relógio (Maurach), não será dificultoso concluir pela autoria mediata de A.⁴⁶¹ Os problemas surgem é quando temos um instrumento doloso desprovido de intenção (*absichtslose dolose Werkzeug*). Leia-se o exemplo anterior como se a camareira B soubesse que A não é o hóspede, e por qualquer motivo se prestasse a trazer-lhe o relógio. A solução seria, mantida a autoria (mediata; porém por que não direta, no modelo do organizador?) de A, proclamar participação por cumplicidade de B.⁴⁶² Esta solução não prevalecerá quando a característica subjetivo-pessoal do autor não fundar a punibilidade, e tão-só interferir na sua quantificação (causas especiais de agravamento de pe-

⁴⁶⁰ Op. cit., p. 317.

⁴⁶¹ Não obstante Ordeig não aceita tal solução, e propõe uma autoria direta de furto (deslocando a subtração para o momento em que A “toma la cosa”) ou de estelionato (op. cit., p. 226). Leva-o a tal posição a observação de que na subtração da camareira, sem intenção de ter a coisa para si ou para outrem, não há furto. Por nosso lado, não hesitamos em considerar presente a intenção especial do furto concomitantemente à subtração. Quem se vale de um dispositivo imantado para subtrair um relógio, pratica furto se atua *rem sibi habendi animo*: o ímã, contudo, não tem qualquer intenção. A instrumentalização da camareira é óbvia.

⁴⁶² Welzel, op. cit., p. 104. Não compartilha da opinião Roxin, que considera aperfeiçoada a intenção especial do furto com a simples possibilidade de disposição sobre a coisa (*Täterschaft*, cit., p. 341). Não nos comove o argumento de São Crispim: pela lei brasileira, pouco importa que a subtração se faça em proveito de si ou de outrem. Maurach não descarta a solução, mas oferece objeções pertinentes (op. cit., p. 321).

na). Se A pedisse à camareira B, apenas por motivo egoístico, que imergisse “seu” relógio na água, e B, sabendo não se tratar de hóspede, o fizesse, responderia ela por autoria direta de dano (art. 163 CP), e A por autoria (mediata; porém não estaríamos ingressando no terreno da co-autoria?) de dano qualificado pelo motivo egoístico (art. 163, inc. IV, CP). Quando o intermediário conheça a intenção especial, a especial tendência, ou momento de ânimo do agente mediato, não será instrumento, e sim autor direto: este último será instigador ou co-autor, segundo tenha ou não o condomínio funcional do fato. Em qualquer caso, é inaceitável a idéia de um instrumento-cúmplice doloso.⁴⁶³

Quando o tipo objetivo contenha elementos que restringem o círculo de autores (delitos especiais, cf. *supra* nº 35), a falta dos requisitos legais num executor não doloso (o chamado autor inidôneo) também não oferece problemas muito relevantes. Duas hipóteses se oferecem: **a)** o qualificado se vale de um *extraneus* como instrumento; **b)** o não qualificado se vale de um *intraneus* como instrumento. A primeira hipótese deve ser favoravelmente respondida: quem pode ser autor direto, pode ser autor mediato. Para a segunda hipótese, deveremos distinguir se se trata de um delito especial puro ou impuro (próprio ou impróprio). Ao *extraneus*, que não pode ser autor direto, falta idoneidade para ser autor mediato de um delito especial puro; se se tratar de um delito especial impuro, o *extraneus* será responsabilizado como autor mediato (fundamentado em domínio da vontade, e não violação de dever) do correspon-

⁴⁶³ A teoria do instrumento-cúmplice doloso (*dolose Gehilfenwerkzeug*) se desenvolveu no tribunal imperial alemão, sob o influxo do subjetivismo, para tentar abarcar casos nos quais o intermediário agisse, para além de dolosamente, com a especial intenção ou tendência, porém sem a famosa vontade de autor. Cf. Mezger, op. cit., p. 302; Roxin, *Täterschaft*, cit., p. 259.

dente delito geral (ou comum).⁴⁶⁴ Os problemas se colocarão seriamente quando supusermos um instrumento doloso desprovido de qualificação (*qualifikationslose dolose Werkzeug*); aqui, entretanto, só terá interesse a hipótese em que o *intraneus* se vale do instrumento doloso desprovido de qualificação para o delito especial puro, pois em caso de delito especial impuro teríamos autoria direta do *extraneus* no delito geral.⁴⁶⁵ Verdadeiramente ocorrerá aqui uma demonstração da vitalidade da idéia de autoria fundada na violação de dever: o argumento de que a própria lei se encarrega de parificar à autoria condutas de caráter nitidamente participativo tem no direito penal brasileiro plena ressonância.⁴⁶⁶ Também não colherão, para esta hipótese, as objeções a respeito da fundamentação da

464 Cf. Gonzalo Quintero Olivares, op. cit., pp. 104 ss.; Lucio E. Herrera, *La Autoría Mediata*, cit., p. 41; Maurach, op. cit., p. 320; Wessels, op. cit., p. 124. Não oferecem indagações dignas de destaque os casos em que o funcionário emprega coação moral irresistível contra o *extraneus*, ou vice-versa. Se é o funcionário a empregar coação, temos hipótese clássica de autoria mediata; se é o *extraneus* a fazê-lo, haverá – em se tratando de crime especial impuro – autoria mediata do crime geral (comum), ou – em se tratando de crime especial puro – impunidade (salvo a significação penal da própria coação). Welzel opta pela instigação, neste último caso (*Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 103).

465 Admite que se possa “castigar como autor del delito común correspondiente si se trata de um delito especial impropio”, Bolea Bardón (op. cit., p. 437).

466 Tomemos os crimes do funcionário (arts. 312 a 327 CP). As expressões legais “ou concorre para que seja subtraído” (art. 312, § 1º), “direta ou indiretamente” (arts. 316, 317 e 321), “cedendo a pedido ou influência de outrem” (art. 317, § 2º), “com infração de dever funcional” (art. 318), “ou facilitar-lhe a revelação” (art. 325), “ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo” (art. 326), são todas demonstrativas de que a autoria nesses delitos não atende à execução da conduta típica (critério formal-objetivo) nem ao domínio do fato, e sim está moldada pela violação do dever funcional. Condutas que seriam de mera participação são convertidas em autoria pela própria lei, tão-só por interessarem à violação do dever. Cf. Ordeig, op. cit., p. 296, observando fenômeno semelhante no direito espanhol; Roxin, *Täterschaft*, cit., p. 352.

autoria do qualificado. O qualificado será autor, e o não qualificado será cúmplice – apesar do domínio da ação. Assim, se o funcionário A determina o *extraneus* B a cobrar de C certo imposto através de meio vexatório (art. 316, § 1º, CP), A será autor e B (instrumento doloso desprovido de qualificação) cúmplice. Não se poderá pensar em instigação de A, porquanto tal hipotética participação não teria autoria à qual aceder. Como frisado, o problema não se apresenta nos crimes especiais impuros. Assim, se o funcionário A determina o *extraneus* B a inutilizar um livro oficial (art. 314 CP), B será autor direto do crime geral de supressão de documento (art. 305 CP). A solução aqui apresentada tem opositores, e reina a divergência em sua fundamentação, sendo sensível que a doutrina a respeito ainda se encontra em desenvolvimento.⁴⁶⁷

b) Instrumento agente licitamente

Desde que se abandonou uma concepção objetivizada do injusto, não só pela já velha descoberta de elementos subjetivos, mas também pela descoberta dos elementos subjetivos da justificação (vontade de salvação do bem mais valioso, vontade de defender, vontade de atuar conforme o dever legal etc.), ficou aberta a possibilidade teórica para uma autoria mediata através de um instrumento agente licitamente (*rechtmässig handelnden Werkzeug*).⁴⁶⁸

467 Para mais pormenorizada exposição, cf. Ordeig, op. cit., pp. 259. É claro que não se apresentará o problema caso o crime especial puro seja também de mão própria, como, por exemplo, o abandono de função (art. 323 CP).

468 Para os elementos subjetivos de justificação, cf. Heitor Costa Júnior, *Acerca dos Elementos Subjetivos das Causas de Justificação*, in *Revista de Direito Penal*, Rio, 1977, nº 23. Cf. também Heleno Fragoso, *Lições*, cit., p. 205; Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, cit., p. 326.

Assim, o cliente A que narra ao advogado B uma história falsa, e faz com que este dê causa à instauração de inquérito policial contra C, cuja inocência conhece, é autor mediato de denúncia caluniosa (art. 339 CP) através de instrumento agente lícitamente (em exercício regular de direito). A artificiosa provocação de uma situação de legítima defesa, de cujo exercício decorrerá a desejada lesão a um bem jurídico, é hipótese reconhecida e estudada de autoria mediata. Também se inclui aqui a discutida situação de levar o juiz, através de expedientes ardilosos (fraude processual, testemunhas falsas etc.) a ditar uma sentença injusta, porém conseqüente ao quadro probatório que o obriga.⁴⁶⁹

c) *Instrumento sem imputabilidade ou culpabilidade*

A essa categoria pertencem os casos expressos de coação moral irresistível, obediência hierárquica, menores e inimputáveis, já examinados. Também aqui se inserirão situações em que o instrumento seja artificialmente colocado em outras situações de inexigibilidade de conduta conforme o direito (estado de necessidade escusante), ou erro de proibição sobre tipo permissivo (artificial provocação de situação de legítima defesa putativa etc.).

d) *Instrumento responsável*

Poderão catalogar-se aqui hipóteses nas quais a venibilidade do erro de tipo conduz à punição do instrumento,

469 Cf. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 105; Blei, op. cit., p. 227; Maurach, op. cit., p. 324; dissidente, Stratenwerth, op. cit., p. 220. O homicídio por delação é versado por Mestieri, *Curso de Direito Criminal*, Rio, 1970, p. 54. Cf. ainda Nilo Batista, *Estelionato Judiciário*, in *Rev. da Fac. de Direito - UERJ*, Rio, 1997, ed. Renovar, nº 5, pp. 209 ss.

a título de culpa. Igualmente, como vimos, diversas situações do chamado instrumento doloso deságuam em sua responsabilidade.

Mas, sobretudo, aqui é a sede própria dos casos de domínio da vontade através de um aparato de poder organizado, já examinados, e daqueles nos quais uma peculiar relação de sujeição psíquica ou dependência moral⁴⁷⁰ automatize a obediência, e converta o que seria instigação em autoria mediata, pelo domínio da vontade por parte de quem é, autenticamente, um autor atrás do autor. Pense-se em menores que já possam desenvolver uma vontade,⁴⁷¹ em semi-imputáveis, em rústicos, submetidos obsessivamente à autoridade de uma pessoa. Sem embargo da eventual responsabilidade (ou mesmo semi-responsabilidade) dos primeiros, sua determinação ao delito, em certas circunstâncias que indiquem a *sujeição da vontade* – e que deverão ser cuidadosamente examinadas de caso em caso – não constituirá instigação, e sim autoria mediata. Este fenômeno poderá estar presente em moldura de obediência hierárquica, naquele suposto em que o inferior, numa impiedosa engrenagem de disciplina, tenha alienado sua possibilidade de oposição crítica à ordem recebida. A este grupo de casos se refere o art. 62, inc. III, em sua primeira parte (sujeição à autoridade do instigador), que pois só é aplicável a hipóteses de autoria mediata, e não de pura participação por instigação.

Por fim, cabe referência ao aproveitamento ou desvio de um projeto delituoso. Como vimos, há autores que incluem o aproveitamento ou desvio de um projeto delituoso na área da autoria colateral. Julgamos preferível, para o

470 “Un rapporto di soggezione psichica o di dipendenza morale” – Padovani, op. cit., p. 6.

471 Welzel dá como exemplo um menino de 12 anos; cf. *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 103.

"aproveitamento", e imperativo, para o "desvio", considerá-los da perspectiva da autoria mediata. Aquele que, sabedor de que alguns malfeitores pretendem matar um homem que estará em certo local, deserto e escuro, em determinado horário, através de expedientes (cartas falsas, convites amorosos etc.), obtém que seu desafeto esteja, no horário previsto, naquele mesmo local, e venha a ser morto por *error in persona*, é autor mediato de homicídio, através de instrumento responsável.⁴⁷²

59. A tormentosa questão da tentativa em casos de autoria mediata pode ser equacionada segundo múltiplos critérios:⁴⁷³ ora se atende à conduta do instrumento (início de sua atividade), ora à do autor mediato (última atividade); a perda do domínio do fato pelo autor mediato é uma referência, de raiz roxiniana, em alta; propõe-se atender à presença de atos executivos, provenham eles do instrumento ou do autor mediato. O cruzamento da autoria mediata com as variáveis teóricas da tentativa produz algumas perplexidades, que podem ser superadas com a adoção de um modelo simples, como se faz a seguir.

A tentativa, na autoria mediata, deve ser estabelecida com a demarcação de dois grandes grupos de casos que poderiam obedecer ao critério proposto por Jagusch: instrumento de boa-fé ou de má-fé.⁴⁷⁴ Se intervém um instrumento de má-fé (por exemplo, instrumento doloso, desvio de projeto delituoso, domínio da vontade por aparato organizado de poder), o início de execução coincidirá

com o início da atividade executiva típica por parte do instrumento.

Por outro lado, se intervém um instrumento de boa-fé (por exemplo, erro provocado, menores e inimputáveis, instrumento agente licitamente), a própria interposição do instrumento caracteriza o início de execução, eis que corresponde à predisposição de um meio mecânico. Dessa forma, a ordem do médico à enfermeira (em erro) sobre a aplicação da droga, ou, nos casos que designamos de autoria mediata incerta, a simples instalação do dispositivo.⁴⁷⁵

60. Para a desistência voluntária, será mister discernir os diversos casos em que a hipótese surge. Em se tratando de instrumento de boa-fé, somente uma atividade elucidativa (no caso de erro, por exemplo) ou impeditiva (no caso de inimputáveis, ou da autoria mediata incerta, por exemplo) poderá configurar a exclusão da tipicidade.⁴⁷⁶ Em se tratando de instrumento de má-fé, a inequívoca e expressa desistência do autor mediato será suficiente; tudo quanto o instrumento realizar, a partir de então, nem será considerado na perspectiva de excesso, e sim de autoria única do "instrumento" (já agora, autor direto do que venha a fazer).

Será reconhecível crime impossível (art. 17 CP) quando o instrumento determinado ao delito se apresente como absolutamente ineficaz para sua realização.

472 O exemplo, em linhas gerais, é de Dohna, e vem referido por Rodríguez Mourullo, op. cit., p. 570.

473 Para completa e atualizada exposição, cf. Hernandez Plasencia, op. cit., pp 104 ss; Alcácer Guirao, op. cit., pp. 115 ss.

474 Apud Rodríguez Mourullo, op. cit., p. 576.

475 Cf. *supra*, nº 57; cf. Maurach, op. cit., p. 184.

476 A desistência malograda seria aqui correspondente a um arrependimento ineficaz, sem qualquer efeito, salvo quanto à atenuação da pena. Veja-se, contudo, a solução criativa que propõe Francisco Muñoz Conde para casos assimiláveis aos de que ora nos ocupamos (*El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito*, Barcelona, 1972, p. 152).

61. Na hipótese convencional de instrumento inimputável, surge a questão do erro a respeito dessa condição pessoal. São duas as possibilidades: **a)** o "autor mediato" supõe seja inimputável um "instrumento" com plena capacidade de culpabilidade; **b)** o instigador supõe plena capacidade de culpabilidade num executor inimputável.

A primeira possibilidade corresponde a uma autoria mediata *putativa*, e deve ser resolvida como instigação, que o é na realidade.⁴⁷⁷ A segunda possibilidade divide opiniões que a primeira reunira: para Maurach e Fragoso, seria reconhecível autoria mediata; para Wessels, instigação, fundamentando-se no "dolo do instigador".⁴⁷⁸ Em nossa opinião, trata-se de impunível tentativa de instigação, porém, o fundamento está em que não é possível falar-se num domínio da vontade sem que o dominador o conheça, para assim manipular o decurso do acontecimento. Dessa forma, não parece razoável falar-se de autoria mediata (domínio da vontade) quando o suposto autor ignora, e pois *não exercita*, sua posição dominadora. Nenhum obstáculo existe, numa linha de acessoriedade limitada, ao reconhecimento da tentativa de instigação (impunível) em tal caso: sobrevindo o resultado, estariam abertas as portas de fundamentação para uma *autoria direta de crime culposos*.

62. A respeito de excesso do instrumento, a regra do § 2º do art. 29 impede hoje qualquer solução que transija com responsabilidade objetiva. A expressão legal "concorrentes" abrange tanto o autor mediato quanto o instrumento. Para reconhecer-se o excesso, será mister que o fato que o constitua: 1º não esteja incluído, ainda que tacita-

⁴⁷⁷ Wessels, op. cit., p. 124; Heleno Fragoso, Comentários, cit., p. 633; Maurach, op. cit., p. 328.

⁴⁷⁸ Loc. cit.

mente, na determinação do instrumento ao delito; 2º não signifique um desvio desde sempre possível na realização do fato; 3º produza-se no mesmo contexto da ação dominada de trás pelo autor mediato.

Com respeito ao requisito 1º, observe-se que se o fato constitutivo do "excesso" se incluía, mesmo implicitamente, na determinação do instrumento, só impropriamente se pode falar de excesso. Assim, na artificial provocação de uma situação de legítima defesa putativa, com o objetivo de ferir ou matar *A*, não há excesso se o instrumento sem culpabilidade também fere ou mata *B*, que integrava a fictícia "atividade agressora" ao lado de *A*. Com respeito ao requisito 2º, é claro que certos desvios na execução advindos das circunstâncias concretas da própria realização não configuram excesso. Assim, o instrumento inimputável que, face à resistência da vítima, causa lesões graves ou mesmo morte, ao invés da mera agressão. Com respeito ao requisito 3º, também parece evidente que a conduta do instrumento que não guarda pertinência com a realização do delito ao qual foi determinado é de sua exclusiva responsabilidade, e por ela prestará contas como autor único. Assim, o instrumento doloso desprovido de qualificação que, além do delito especial, praticasse qualquer outro, fora das lindes enunciadas nos requisitos anteriores. Problemas surgiriam em certos supostos envolvendo inimputáveis, quando o autor mediato liberasse uma energia agressiva incontrolável, por exemplo, determinando um louco furioso a matar alguém em sua casa, onde reside com familiares. O conhecimento que tenha aqui o homem por detrás dessa incontrolabilidade do instrumento prejudicaria o requisito 2º, e desnaturaria a consideração de um excesso, se o instrumento inimputável dizimasse também os familiares da vítima.

Ocorrendo excesso do instrumento, nos limites em que foi aqui concebido, por ele não responderá o autor

mediato, a quem será aplicada a pena do crime menos grave, aumentada até a metade caso previsível o resultado mais grave (art. 29, § 2º, CP). Reportamo-nos às considerações e exemplos já expendidos quando o assunto foi versado, em sede de co-autoria (*cf. supra* nº 50), que podem ser trasladados.

63. Os casos de erro accidental *in objecto vel persona* de um instrumento de má-fé são imputáveis ao autor mediato, como se ele mesmo tivesse agido. Quando se trate de um instrumento de boa-fé, encontraremos um caso de *aberratio ictus* para o autor mediato; é, nas palavras de Jescheck, como se uma arma mecânica errasse o alvo (*wie wenn eine mechanische Waffe ihr Ziel verfehlt*).⁴⁷⁹

VII – Participação: Instigação e Cumplicidade

64. A punibilidade da participação. **65.** O caráter doloso da participação. **66.** Delitos autônomos, delitos de fusão, delitos de duração. **67.** O princípio da acessoriedade. **68.** Os princípios da executividade, da convergência, da irreducibilidade. **69.** O princípio da comunicabilidade. **70.** Participação por omissão. **71.** Tentativa de participação. **72.** Desistência voluntária e arrependimento eficaz. **73.** Participação em cadeia. **74.** Pluralidade de delitos. **75.** Participação necessária. **76.** Instigação. **77.** A “causalidade” da instigação. **78.** O excesso de mandato. **79.** Agente provocador. **80.** Cumplicidade. **81.** A “causalidade” da cumplicidade. **82.** Cumplicidade necessária e desnecessária. **83.** Aplicações judiciais.

⁴⁷⁹ Op. cit., p. 448; cf. também Wessels, op. cit., p. 124; Fragoso, Comentários, cit., p. 633.

64. A participação consiste em livre e dolosa colaboração no delito doloso de outrem;⁴⁸⁰ essa colaboração se manifesta, no direito brasileiro (como na maior parte dos sistemas legislativos), por duas formas fundamentais: a instigação e a cumplicidade (que o legislador brasileiro quis chamar de auxílio). Em grandes linhas, que oportunamente merecerão exame pormenorizado, pode dizer-se que a instigação (que se subdividirá em determinação e instigação em sentido estrito) corresponde à colaboração espiritual no delito alheio, enquanto a cumplicidade corresponde à colaboração material.⁴⁸¹ Essa colaboração no delito alheio certamente supõe que o partícipe não detém, de nenhuma forma, o domínio do fato.

O fundamento material da punibilidade da participação foi objeto de extensa controvérsia. Entre as teorias formuladas, alcançaram grande refinamento a *Schuldteilnahmetheorie*, que deduzia a punibilidade do partícipe de haver ele "arrastado" o autor à culpa e à pena,⁴⁸² e uma teoria que se poderia chamar da "proteção", desenvolvida especialmente por Lange, segundo a qual na participação a caracterização de tipos estava em segundo plano, e se procurava em verdade uma proteção de bens jurídicos atra-

480 Maurach, op. cit., p. 350.

481 Os autores alemães, por força do art. 49 do anterior código penal, falam também em cumplicidade psíquica ou espiritual. A lição não pode ser transferida para o direito brasileiro, sem embargo de opiniões respeitáveis que a endossam (Hungria, Comentários, cit., p. 412; Fragoso, Lições, cit., p. 280), não só porque a nossa lei não dispõe de dispositivo semelhante, mas sobretudo porque a vox "auxílio" é sempre empregada em oposição à instigação em sentido amplo (arts. 31 e 122 CP), ou, quando não o seja, com evidentes conotações de assistência material (arts. 348 e 349 CP).

482 Os autores se referem sempre à íntima relação dessa teoria com o princípio de direito canônico segundo o qual a instigação significava a morte da alma do pecador. Cf. Dell'Andro, op. cit., p. 24; Schönke-Schröder, op. cit., p. 294, transcrevem a famosa passagem de H. Mayer sobre a criação do assassino.

vés da punição de condutas que representassem colaboração às formas típicas de ofensa.⁴⁸³ Entre nós não se observa a preocupação de fundamentar a responsabilidade penal na participação, e quando se esboça uma iniciativa a miragem da "eficiência causal"⁴⁸⁴ logo transvia o raciocínio. Modernamente, entende-se que o fundamento da punibilidade da participação não está nem na corrupção do autor, nem na causação do resultado, e simplesmente no desvalor intrínseco da colaboração prestada a um fato socialmente intolerável: chama-se a esta teoria "da promoção".⁴⁸⁵

65. A participação é conduta essencialmente *dolosa*, e deve dirigir-se à interferência num delito também *doloso*. O dolo do partícipe (dolo de instigador ou dolo de cúmplice) compreende conhecer e querer a colaboração prestada a um ilícito doloso determinado em suas linhas gerais; será suficiente, contudo, um dolo eventual.⁴⁸⁶ Não é pensável uma participação culposa: tal via nos conduziria inevitavelmente a hipóteses de autoria colateral, como já visto.

O crime do qual se participa, por outro lado, deve necessariamente ser doloso. Como assinala Bockelmann, "*toda tesis que admita como posible la instigación a un actuar no doloso, no está en condiciones de diferenciar la*

483 Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 115.

484 Hungria, *Comentários*, cit., p. 405.

485 Maurach, op. cit., p. 366; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 115; Jescheck, op. cit., p. 456; Wessels, op. cit., p. 125. Julgamos preferível a designação de teoria da promoção (*Förderungstheorie*) à teoria da causação (*Verursachungstheorie*), como também é conhecida, por causa da dubiedade desta última, que poderia sugerir a consideração da causatividade do partícipe com respeito ao resultado como fundamento de sua punibilidade. Essa causatividade, como veremos, nem sempre se apresenta.

486 Mezger, op. cit., p. 326; Jescheck, op. cit., p. 457; Maurach, op. cit., p. 381.

instigación de la autoria mediata".⁴⁸⁷ A participação dolosa dirigida a um delito culposos estabelece desde logo um quadro de autoria mediata.

Entre nós, participa do entendimento aqui esposado Heleno Fragoso, para quem "a participação requer vontade livre e consciente de cooperar na ação delituosa de outrem", e examina a falta de dolo no partícipe e no autor direto.⁴⁸⁸ A maior parte da doutrina, todavia, apresenta a regra "não cabe participação culposa em crime doloso ou participação dolosa em crime culposos" (que é clara *consequência* do conceito de participação) como um sub-princípio, derivado do "*princípio*" que se pretende chamar de "homogeneidade do elemento subjetivo".⁴⁸⁹ Hungria, por exemplo, que define a participação como "*vontade consciente e livre de concorrer, com a própria ação, na ação de outrem*", não precisaria de se socorrer de nenhum "princípio", mas tão-só de sua própria definição, para não falar de participação *culposa*.⁴⁹⁰

66. Pode o legislador, eventualmente, criar delitos autônomos nucleados em condutas que ordinariamente aparecem como de participação. Como vimos, isso ocorre com grande frequência nos crimes especiais, em que a autoria se fundamenta na violação do dever. Assim, nos crimes de exercício arbitrário ou abuso de poder ("*Ordenar ou executar*"... - art. 350 CP) e fuga de pessoa presa

487 Op. cit., p. 34. No Brasil, o art. 31 CP fornece outro argumento a favor da inadmissibilidade da participação em crime culposos, pois só o crime doloso admite tentativa.

488 Lições, cit., p. 278.

489 Hungria, *Comentários*, cit., p. 415; Aníbal Bruno, op. cit., p. 277; Damásio E. de Jesus, *Da Co-Delinquência*, cit., p. 51; Frederico Marques, *Tratado*, cit., p. 324.

490 *Comentários*, cit., p. 414 (a definição) e 416 (a participação *culposa*).

("Promover ou facilitar" – art. 351 CP), temos condutas que normalmente constituíam instigação ("ordenar") ou cumplicidade ("facilitar") tomadas em consideração como a própria substância típica da proibição. Por certo que esses casos se submetem à disciplina da autoria, e não da participação.

Da participação também devem ser extremados os chamados *delitos de fusión*,⁴⁹¹ que são aqueles relacionados a um outro delito anteriormente praticado por terceiro. Entre nós, merecem atenção o favorecimento pessoal (art. 348) e real (art. 349) e a receptação (art. 180 CP). Prevalecerá aqui o critério do exaurimento e não da consumação. Enquanto não se tenha exaurido o delito anterior, as formas de participação prevalecerão sobre os delitos de fusão. Como lembra Maurach, o momento mais atrasado da cumplicidade representa o momento mais adiantado imaginável do favorecimento.⁴⁹² Entre nós, Aníbal Bruno se fixa na consumação do crime, com ressalva para os crimes permanentes; Fabrício Leiria também parece tomar a consumação como ponto de referência, embora se refira a "colaboração posterior ao crime"; Damásio E. de Jesus se refere a "realização do delito".⁴⁹³ Existe acordo a respeito de que a promessa de auxílio anterior ou concomitante à execução, ainda que se refira a uma atividade posterior, constitui participação. Neste caso, como observa corretamente Esther de Figueiredo Ferraz, o cumprimento da promessa não corresponderá a dupla responsabilidade (participação no delito praticado + favorecimento ou receptação):⁴⁹⁴ a participação no delito anterior exclui o delito de fusão. É

491 Maurach, op. cit., p. 354.

492 Op. cit., p. 355.

493 Aníbal Bruno, Direito Penal, cit., p. 279; Fabrício Leiria, op. cit., p. 78; Damásio E. de Jesus, Da Co-Delinquência, cit., p. 73.

494 Op. cit., p. 145.

essa a verdadeira natureza daquilo que se passa entre o uso de documento falso (art. 304 CP) por quem tenha participado da falsificação, e o próprio delito de *falsum*.⁴⁹⁵

Nos crimes de duração, a participação se pode apresentar até o momento em que cesse a permanência, a habitualidade ou a continuação. Ao partícipe que ignora o caráter habitual dos atos do autor direto, entretanto, e intervém apenas num deles, falta o dolo da participação, de vez que não representa o fato alheio como punível; salvo a possibilidade de dolo eventual a respeito, não será reconhecível a participação.⁴⁹⁶ O caráter objetivamente continuado dos atos do autor direto é tudo quanto se exige do partícipe, não cabendo, nos termos da lei brasileira, cogitar-se de um "dolo de continuação". Poderá a participação incidir apenas sobre um dos crimes que compõem a série continuada, quando só este seja alcançado pelo dolo do partícipe; caso, porém, conheça anteriormente a continuação, a participação numa série já iniciada o responsabilizará pela totalidade.

67. Vimos que a punibilidade da participação está baseada no desvalor imanente à promoção de um fato social intolerável (criminoso). Com isso, descartávamos a consideração da participação como entidade delituosa autônoma, ou como autônoma forma de cometimento do delito, e nos subordinávamos àquela terceira possibilidade que Hergt via no equacionamento das relações entre

495 Cf. Nilo Batista, Decisões Criminais, cit., p. 77, com fundamentação equívoca.

496 Ensinava Garraud que nos crimes habituais os atos de cumplicidade não são puníveis a menos que eles "se rattachent à un ensemble de faits suffisants pour constituer l'habitude chez le même agent" (*Précis de Droit Criminel*, Paris, 1892, p. 343). Certamente não se exige, para o crime habitual, um... partícipe habitual!

autoria e participação: "instigação e cumplicidade são formas de cometimento do crime, todavia inferiores nas relações com a autoria, constituindo formas dependentes de cometimento do crime; instigação e cumplicidade são sob este aspecto subordinadas ao fato principal; elas têm natureza acessória" (*Anstiftung und Beihilfe sind nach dieser Ansicht abhängig von der Haupttat, sie haben accessorische Natur*).⁴⁹⁷ Com a natureza acessória da participação não apenas se reconhece a subordinação de seu conteúdo de injusto ao conteúdo de injusto do fato principal (Wessels), como se estabelece a *dependência de punibilidade*. Como diz Doderlein, "a ação do partícipe é dependente, ela só pode ser punida quando exista uma ação de autoria" (*die Teilnahmehandlung ist unselbständig, sie kann nur bestraft werden, wenn eine strafbare Täterhandlung vorliegt*).⁴⁹⁸ Pode-se afirmar que é hoje completamente dominante o princípio da acessoriedade como princípio básico da teoria da participação.⁴⁹⁹

Forte fuzilaria doutrinária foi desfechada contra a teoria da acessoriedade, especialmente na Itália. Nuvolone só lhe via méritos de método de catalogação de condutas;⁵⁰⁰ Battaglini afirmava secamente que ela deveria "ser repelida".⁵⁰¹ No Brasil, como vimos, Hungria

497 Raimund Hergt, *Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen*, Heidelberg, 1909, p. 120.

498 Wolfgang Döderlein, *Die mittelbare Täterschaft de lege lata und de lege ferenda*, Strassburg, 1911, p. 9.

499 Jescheck, op. cit., p. 436; Schönke-Schröder, op. cit., p. 289; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 112; Maurach, op. cit., p. 357; Wessels, op. cit., p. 125; Blei, op. cit., p. 233; Stratenwerth, op. cit., p. 231; no Brasil, manifestam-se favoravelmente Anibal Bruno, *Direito Penal*, cit., p. 271; Heleno Fragoso, *Lições*, cit., p. 277; Damásio E. de Jesus, *Da Co-Delinquência*, cit., p. 21, entre outros.

500 Pietro Nuvolone, *Pluralidad de Delitos y Pluralidad de Delinquentes*, in *Trent'Anni di Diritto e Procedura Penale*, Pádua, 1969, v. I, p. 337.

501 Giulio Battaglini, *Direito Penal*, trad. Paulo José da Costa Jr. e Armida B. Miotto, S. Paulo, 1973, v. II, p. 523.

não desejava menos do que remetê-la para o museu do direito penal.

É um grave erro supor que uma concepção legal monista do concurso de agentes se oponha ao princípio da acessoriedade. Bettiol o compreendeu muito bem, esclarecendo que "*l'identica sanzione non pregiudica assolutamente la natura accessoria del concorso, perché è ben chiaro che il partecipe, anche se punito come l'autore, non può esserlo prima dell'inizio di esecuzione criminosa compiuta da quest ultimo*".⁵⁰² Entre nós, essa lição viu-se endossada por Frederico Marques: "a concepção unitária do *concurso delinquentium* não faz desaparecer o caráter acessório da participação".⁵⁰³

Em verdade, o princípio da acessoriedade não é uma subfunção do princípio da tipicidade na órbita do concurso de agentes, como parece conceber Padovani,⁵⁰⁴ e, como afirma Pedrazzi, "*non è un' invenzione dotrinale*".⁵⁰⁵ Em passagem muito festejada, inclusive entre nós,⁵⁰⁶ Bockelmann afirmou que a acessoriedade "*no es producto de la ley, ella está en la naturaleza misma de la cosa*".⁵⁰⁷ Assim ancorada a questão, falar da natureza acessória da participação seria mais ou menos o mesmo que falar da natural acessoriedade da participação.

Sucedee, porém, que o texto legal brasileiro confere sede à acessoriedade, e isto no art. 31 CP: "o ajuste, a deter-

502 Giuseppe Bettiol, *I Lineamenti dell'Istituto del Concorso di Più Persone nel Reato*, in *Scritti Giuridici*, Pádua, 1966, v. I, p. 36.

503 Co-autoria, cit., p. 508.

504 Op. cit., p. 19.

505 Op. cit., p. 29.

506 Anibal Bruno, *Direito Penal*, cit., p. 271; Heleno Fragoso, *Lições*, cit., p. 277.

507 Op. cit., p. 7. Ruhland havia afirmado, em 1928, que o legislador não pode decidir a respeito da acessoriedade, podendo apenas graduá-la (*apud* Latagliata, op. cit., p. 65, nota 5).

minação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado". Correspondeu a Costa e Silva ter percebido em primeiro lugar que "o dispositivo do (então) art. 27 (hoje 31) serve para confirmar o caráter acessório da concorrência".⁵⁰⁸ Ao examinar o art. 27 (hoje 31) CP, Esther de Figueiredo Ferraz afirma que "a posição assumida pelo legislador brasileiro é absolutamente coerente com a doutrina da acessoriedade do concurso".⁵⁰⁹ Realmente, depreende-se do art. 31 CP que a punibilidade da participação é subordinada ao cometimento do delito. Analisando dispositivo semelhante do código penal italiano (art. 115), observa Latagliata que o cometimento de um delito funciona como "*presupuesto indispensable para la punibilidad de actividades de participación*".⁵¹⁰

A acessoriedade, contudo, admite *graus*, que representam os níveis possíveis de dependência da participação. Uma classificação empreendida por Max Ernst Mayer fala de *acessoriedade mínima* (quando a punição do partícipe dependa de simples conduta típica do autor direto), de *acessoriedade limitada* (quando a punição do partícipe dependa de conduta típica e antijurídica do autor direto), de *acessoriedade máxima* (quando a punição do partícipe dependa de conduta típica, antijurídica e culpável do autor direto), e *hiperacessoriedade* (quando a punição do partícipe dependa até de condições pessoais com efeitos de majoração ou minoração de pena do autor principal).⁵¹¹

508 Op. cit., p. 159. Sobre a incompatibilidade entre o pensamento do legislador de 1940 e sua obra, comentou Costa e Silva: *naturam expelles furca, tamen usque recurret*.

509 Op. cit., p. 162.

510 Op. cit., p. 4.

511 Cf. Bockelmann, op. cit., p. 7. Na Alemanha, a reforma de 1943 passou de acessoriedade extrema para limitada, substituindo no art. 48 a expressão "*strafbare Handlung*" por "*mitt Strafe bedrohte Handlung*", e no art. 49 a expressão "*Verbrechen oder Vergehen*" por "*eine als Verbrechen oder Ver-*

Não compete ao jurista "adotar" um desses graus (embora lhe corresponda opinar sobre qual lhe pareça mais adequado à solução dos problemas que a matéria suscita), mas sim verificar qual deles foi adotado pelo legislador.⁵¹²

Apesar da indisciplina terminológica do legislador, é possível apurar-se o que significa "crime" para ele. Na teoria esposada pelo reformador de 1984, buscou ele extremar as causas de justificação, excludentes da ilicitude (empregando a expressão "não há crime" – cf. art. 23) e as eximentes, supressoras da culpabilidade (empregando a expressão "isenção ou isento de pena" – cf. arts. 21 e 26). Sem embargo do aprimoramento técnico da reforma de 1984, neste particular a conclusão é a mesma que se poderia extrair do texto de 1940: *a vox crime*, no código penal brasileiro, significa conduta típica e antijurídica. Está excluída, portanto, a acessoriedade mínima; como a regra do art. 30, que será oportunamente examinada, exclui a hiperacessoriedade, resta-nos decidir entre a limitada e a máxima. O reiterado emprego da expressão *crime* na disciplina do concurso de pessoas (arts. 29, seu § 2º, 30, 31, 62 e seus incisos) não permite a menor dúvida: prevalece, no direito brasileiro, uma *acessoriedade limitada*.

68. Outros princípios – direta ou indiretamente vinculados ao da acessoriedade – costumam ser identificados pelos autores, em tema de participação criminal.

Fala-se no *princípio da executividade* para exprimir que a relevância penal de qualquer conduta participativa,

gehen mit Strafe bedrohte Handlung". Cf. Pedrazzi, op. cit., p. 34. Entre nós, exposição de graus da acessoriedade em Damásio E. de Jesus, Da Co-delinquência, cit., p. 27; Cezar R. Bitencourt, op. cit., p. 441.

512 Aníbal Bruno, surpreendentemente, afirmava que a ação principal deve ser típica, antijurídica e culpável (acessoriedade máxima): cf. Direito Penal, cit., p. 275. Damásio E. de Jesus tinha preferência pela acessoriedade mínima (Da Co-delinquência, cit., p. 30).

ainda aquelas que tenham significação causal indiscutível, está condicionada a que algum ato de algum concorrente tenha alcançado "*por sí solo el nivel de un relieve juridico-penal autónomo como actividad de ejecución del ilícito*".⁵¹³ As vinculações com a acessoriedade são evidentes: se o autor não realiza pelo menos o início de execução, que demarca a fronteira inicial de sua própria punibilidade, é claro que as punibilidades dependentes ou acessórias dos partícipes não entram em consideração. O princípio da executividade, dessa forma, oferece apenas um critério seguro e necessário para a redução da acessoriedade aos casos concretos, segundo as peculiaridades dos diversos tipos da parte especial. Na lei penal brasileira, o art. 31 CP expressamente o contempla. Na ausência de tentativa do delito idealmente ajustado, instigado ou auxiliado, nenhum partícipe pode ser punido.

Fala-se num *princípio da convergência* para exprimir que a vontade de todos os concorrentes "*se oriente a la realización conjunta del mismo tipo penal*".⁵¹⁴ A utilidade deste princípio, em nossa opinião, reside exclusivamente em propor um critério de limitação entre a instigação ou auxílio e casos de autoria mediata, e ainda entre a co-autoria e a autoria colateral. Uma vez que a participação é necessariamente dolosa e necessariamente referida a delito doloso, e a co-autoria é integrada pela comum resolução para o fato, tanto aqui (em tema de participação) quanto lá (em tema de co-autoria) a convergência deriva das próprias exigências estruturais dos dois fenômenos jurídicos. A falta de convergência poderá indicar um "aproveitamento" do ilícito alheio (autoria mediata) ou uma co-atuação paralela (autoria colateral).

513 Latagliata, op. cit., p. 39. Fierro chama a este princípio "da exterioridade" (op. cit., p. 322).

514 Cury, *Orientaciones*, cit., p. 256.

Fala-se também num *princípio da irreducibilidade* para exprimir a resistência das condutas participativas em "*dejarse atrapar, dejarse encasillar o aprehender en fórmulas más o menos limitadas o estrechas*".⁵¹⁵ Aqui também as vinculações com a acessoriedade surgem. A participação se arqueta como *colaboração em ilícito alheio*: se este está cingido às exigências de inequívoca adequação típica, aquela só se submete a certas fórmulas legais globalizantes insuscetíveis de redução casuística exaustiva. Mesmo em face de textos legais que visem pormenorizar as situações de co-delinquência, o trabalho doutrinário termina operando por negação, ou seja, procurando limites máximos de punibilidade no exame daquilo que não constitui participação criminal. Se de um lado uma cláusula generalizante importaria confrontação com o princípio da reserva legal (como, por exemplo, uma leitura causalista do "qualquer modo" do art. 29 CP), de outro lado a técnica legislativa não encontra, até este momento, como criar um satisfatório sistema fechado de previsão legal da participação.

69. Especial apreciação deve ser deferida ao chamado *princípio da comunicabilidade*, regulado entre nós pelo art. 30 CP ("não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime").

A doutrina brasileira verberou a presença de responsabilidade objetiva na supostamente incondicional comunicabilidade de circunstâncias reais, que *ex contrariu senso* estaria estabelecida pela norma: Costa e Silva disse que

515 Fierro, op. cit., p. 320. Tomemos Logoz para exemplificar: ao referir-se à instigação, afirma ele que "*peu important les moyens dont l'instigateur s'est servi*"; ao referir-se à cumplicidade, consigna que "*peu importe comment cette aide est fournie*" (op. cit., pp. 128 e 135).

"há aí responsabilidade sem culpa ou objetiva".⁵¹⁶ Tratou Nélson Hungria de logo refutar a objeção: "não há falar-se, aqui, em responsabilidade objetiva: quem se mete numa empresa criminosa, aceita-lhe, de antemão, os riscos".⁵¹⁷ Em nossa opinião, não há responsabilidade objetiva pela singela razão de que o art. 30 CP não dispõe sobre a *responsabilidade* a respeito da circunstância que se comunicou ao partícipe: tal responsabilidade continua submetida aos princípios gerais dedutíveis do código penal, especialmente ao princípio da culpabilidade expressamente invocado na parte final do art. 29 CP. Após a reforma de 1984, já podemos proclamar, com Damásio E. de Jesus, que "as circunstâncias objetivas só podem ser consideradas no fato do partícipe quando hajam integrado a sua culpabilidade",⁵¹⁸ ou, com João Mestieri, que a comunicabilidade das circunstâncias, "sejam de que natureza forem, pressupõe que o dado em causa haja entrado na esfera de conhecimento do agente".⁵¹⁹

Suponhamos um exemplo: A promete ceder seu automóvel para que B efetue um furto de valiosas jóias numa residência cujos habitantes estariam ausentes às 12:00 h.; sucede que B opta por realizar o furto durante o repouso noturno (art. 155, § 1º, CP). A circunstância objetiva se comunica ao partícipe A: contudo, demonstrado que nem dolo eventual a cobre, por ela não poderá ser responsabilizado. É palpável a proximidade que essas questões guardam do problema do excesso, a cuja disciplina, quando

presentes os pressupostos, não poderão fugir. A questão invertida é mais atraente: A empresta o mesmo automóvel para que B efetue o mesmo furto, e B – primário como A – realiza a subtração de uma coisa de pequeno valor (art. 155, § 2º, CP). Descartando-se a circunstância pessoal da primariedade (que se atribuiu a ambos para facilitar o raciocínio), a circunstância objetiva do pequeno valor se comunica ao partícipe A: verificado que seu dolo se dirigia à subtração das jóias valiosas, temos uma participação no furto privilegiado em concurso com impunível tentativa de participação no furto simples (pelo qual, portanto, não responderá).

Com respeito às circunstâncias pessoais, a incomunicabilidade é a regra ditada por evidentes razões de justiça material. Todavia, abre-se exceção para as circunstâncias *elementares* do delito, e o principal problema que se manifesta está na *qualificação* do autor. Embora a maior parte da doutrina brasileira não se manifeste a respeito da necessidade de que o partícipe *conheça* a qualificação do autor,⁵²⁰ é forçoso admitir que também aqui este é um pressuposto necessário da responsabilidade criminal. Se A, ignorando sua qualidade de funcionário público por recente nomeação, subtrai um bem confiado à pública administração, valendo-se de facilidades advindas de sua supostamente próxima nomeação, não poderá responder por *peculato-furto* (art. 312, § 1º, CP), e sim por furto (art. 155 CP),

516 Op. cit., p. 159; cf. ainda a percutiente crítica de Esther de Figueiredo Ferraz, op. cit., p. 125.

517 Comentários, cit., p. 436. Este é um argumento de responsabilidade objetiva, e foi tomado a Maggiore, que fala num "princípio" (?) da "*aceptación del riesgo de la empresa criminosa*" (op. cit., p. 151).

518 Damásio E. de Jesus, *Agravantes Objetivas e Concurso de Agentes*, in *Justitia*, S. Paulo, 1972, v. 78, p. 60.

519 Manual, cit., p. 204.

520 Fragoso, Lições, cit., p. 284; Aníbal Bruno, op. cit., p. 283; Salgado Martins, op. cit., p. 277; Fabrício Leiria, op. cit., p. 194. Ao contrário, Damásio E. de Jesus explicitamente afirma ser "imprescindível que o partícipe conheça a qualidade pessoal do autor" (Direito Penal, cit., p. 397); também Gérson Pereira dos Santos (op. cit., p. 327) e Luiz Régis Prado ("é indispensável que a qualidade ou condição do sujeito ativo seja conhecida pelo partícipe" – op. cit., p. 272); Reale Júnior reconhece um erro de tipo no partícipe que ignore a condição de funcionário público do autor (Instituições, cit., p. 326).

face ao claro erro de tipo. Como pretender que o partícipe do funcionário público que ignore esta condição possa responder por participação no crime especial? Só o atroz causalismo implantado no pensamento penal brasileiro consegue conviver com semelhante despautério. A exigência de que os partícipes *extranei* conheçam a qualificação do autor é lição comum:⁵²¹ se isto não ocorre, eles "*no responden más que del relativo delito común*".⁵²² Grisolia lembra, invocando lição de Carrara, que "*resulta absurdo castigar al que ha participado en el delito de otro más severamente de lo que habría sido si el mismo hubiere sido el autor*".⁵²³

Convém recordar que o *extraneus* não pode ser autor de um crime especial, e convém observar que a comunicabilidade opera num fluxo *do autor para o partícipe*, e não ao contrário.⁵²⁴ Assim equacionado o assunto, não é difícil propor as soluções. Nos crimes especiais, autor idôneo é apenas aquele vinculado ao dever. Se o não qualificado conhece a idoneidade do autor, responderá: 1. nos delitos especiais puros, como partícipe, mesmo se interveio na execução do delito (não supre o requisito típico da autoria); 2. nos delitos especiais impuros, como partícipe, se sua conduta é de instigação ou cumplicidade, ou como autor do

521 Cf. Fierro, op. cit., p. 325.

522 Latagliata, op. cit., p. 201.

523 Francisco Grisolia, *La Comunicabilidad en los Delitos de Malversación y Fraude*, Santiago, 1976, p. 27. Grisolia demonstra como o acréscimo de ilicitude se deve à violação do dever de fidelidade do funcionário, que não diz respeito ao particular. Curý observou, com felicidade, que este bem jurídico (a fidelidade funcionária) para o não qualificado simplesmente "*carece de realidad*" (*Orientaciones*, cit., p. 262).

524 Tomando a Sancinetti a expressão *trasladación* (na acessoriedade limitada "*la tipicidad dolosa y la antijuridicidad del hecho del autor principal se trasladan al partícipe*"), é neste mesmo sentido que a qualidade ou condição do autor, desde que conhecida pelo partícipe, pode para ele trasladar-se. Marcelo A. Sancinetti, *El ilícito próprio de participar en el hecho ajeno*, Bogotá, 1996, ed. Un. Ext. Colômbia, pp. 11 e *passim*.

correspondente delito geral se interveio na execução (a comunicabilidade da circunstância pessoal cede diante de uma autoria direta fundada no domínio da ação). Se o não qualificado *não conhece* a idoneidade do autor, não terá a que responder nos delitos especiais puros, e só poderá responder pelo correspondente crime geral, nos delitos especiais impuros.

Assim equacionada a matéria, não hesitamos em proclamar a possibilidade de participação no crime de infanticídio, hipótese que tanta celeuma levantou na literatura nacional,⁵²⁵ desde, é claro, que o partícipe *conheça* as circunstâncias, e não intervenha na execução (caso em que prevaleceria a autoria direta do delito geral de homicídio).

70. A participação por omissão em delitos comissivos dolosos é equacionada pela doutrina brasileira com subordinação aos esquemas da omissão imprópria. Para Damásio E. de Jesus, "coopera-se através de omissão com a mesma exigência nos delitos omissivos impróprios: é necessário que o comportamento negativo constitua infração de dever jurídico";⁵²⁶ para Heleno Fragoso, "pode haver participação por omissão, se o partícipe tinha o dever jurídico de impedir o resultado".⁵²⁷ Com base no dever jurídico é que se faz a distinção entre participação por omissão e impunível *conivência*.⁵²⁸ Para que haja participação por

525 Veja-se extenso histórico deste debate em Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, cit., pp. 397 ss.; observe-se no entanto que Heleno Fragoso reformou sua opinião (cf. *Lições*, P.E., São Paulo, 1977, p. 88), porém admite co-autoria (que não nos parece concebível), e a opinião de Mestieri (*Curso*, cit., p. 124) veio somar-se aos que negam possibilidade de participação.

526 Da Co-delinquência, cit., p. 86.

527 Comentários, cit., p. 636; cf. também *Lições*, cit., p. 280.

528 Assim, Fragoso, loc. cit. Frederico Marques, entretanto, situa a distinção na simples causalidade: "esta (conivência) não se insere no nexa causal" (*Tratado*, cit., p. 322), quicá sob influência do pensamento de Ottorino Vannini, *Concorso nel Reato mediante Omissione*, in *Racolta di Alcuni*

omissão, Nélson Hungria declara insuficiente – embora fundamental – a existência do dever, e lhe agrega a “vontade de aderir à prática do crime”, dando como exemplo o policial que “por mera covardia” assiste inerte à prática de um assalto, concluindo que dele não participa.⁵²⁹ Aníbal Bruno, que na consideração da convivência não tivera presente o dever jurídico, mencionando tão-só “uma atitude totalmente negativa”, admite dois grupos de casos na participação por omissão: no primeiro, encontra-se a conduta de “assistir ao fato delituoso para intimidar a vítima ou prestar auxílio eventual ao agente”, e no segundo intervém o dever jurídico de atuar.⁵³⁰ Vê-se, desde logo, que o primeiro grupo dificilmente se pode situar num plano omissivo, a não ser que se quisesse referir a omissão estritamente à execução do delito, e, aí, toda participação seria “omissiva”. Para atacar esse problema, conviria discernir as hipóteses de instigação e de cumplicidade.

Não é possível construir uma instigação por omissão. Este ponto de partida é aceito até mesmo por autores que admitem, segundo a opinião dominante, participação nos crimes omissivos. Assim, Jescheck: “*eine Anstiftung durch Unterlassen ist rechtlich nicht möglich*”.⁵³¹ Entre nós, He-

Scritti Minori, Milão, 1952, pp. 295 ss.: “la mera connivenza, è vero, non costituisce forma di concorso (...) perchè non determina un nesso di causalità oggettiva” (p. 297). Já Nelson Hungria intenta distinguir a convivência à base de inexistir um acordo prévio, o que é inaceitável; “quando o não impedimento do crime não foi ajustado de antemão, e apenas infringe um dever moral, o que se dá é a chamada *convivência*” (Comentários, cit., p. 423). O critério predominante na teoria brasileira, contudo (e que inclusive se infiltra na distinção de Hungria, quando menciona ele o mero “dever moral”), é aquele referido ao dever jurídico de impedir o resultado.

529 Comentários, cit., p. 423. Lição amplamente aceita: cf. Frederico Marques, Tratado, cit., p. 323; Damásio E. de Jesus, Da Co-delinquência, cit., p. 87.

530 Op. cit., p. 278.

531 Op. cit., p. 459. Lembre-se que mesmo na participação em crime omissivo, mencionava ele um “fazer positivo”.

leno Fragoso: “a instigação por omissão é inconcebível”.⁵³² É inimaginável o doloso processo de convencimento à resolução criminosa que se não estruture numa atuação positiva; nesse campo, poder-se-ia até abrir mão das palavras, porém nunca de uma ação.

Resta o problema da cumplicidade: será possível uma cumplicidade por omissão? Aqui, deveremos nos reportar à posição assumida anteriormente, quando do exame dos crimes omissivos (cf. *supra* nº 34). Segundo aquela posição, o garantidor que omite a ação impeditiva do resultado é autor, e sua autoria se fundamenta na violação do dever especial ao qual estava adstrito. Se o resultado foi produzido por conduta dolosa de outrem (que por igual é autor, pelo domínio do fato), temos em realidade dois autores, duas autorias comunicáveis (autoria colateral). Assim, no exemplo de Hungria, não nos reportaríamos a qualquer “vontade de aderir” para forçar a solução impossível (participação), nem erigiríamos a covardia em cláusula liberatória do dever de atuar que fundamenta, ali, a autêntica autoria do guarda (sem embargo do papel que essa covardia pudesse desempenhar na consideração da culpabilidade). Dessa forma, e contrariamente à opinião doutrinária brasileira predominante, deveremos estabelecer que onde exista o dever jurídico de impedir o resultado não haverá cumplicidade por omissão, mas poderá haver autoria pelo crime omissivo (autoria esta colateral à autoria daquele que por ação produz o resultado).

Com isto, cai por terra também a delimitação habitualmente aceita entre convivência e cumplicidade por omissão: se tal função fosse atribuída ao dever jurídico de impedir o resultado, não haveria espaço lógico para a cumplicidade (ou se trataria de autoria, ou se trataria de convivência), que

532 Comentários, cit., p. 637.

é teoricamente admissível.⁵³³ Precisamente a convivência e a cumplicidade por omissão têm em comum a inexistência do dever jurídico de impedir o resultado. A distinção deverá situar-se, em nosso entendimento, no favorecimento objetivo e subjetivo. Na convivência, a inércia do sujeito não representa *objetiva cooperação* para o delito, nem ele *deseja cooperar*, ainda quando, intimamente, espere que o delito se execute.⁵³⁴ Na cumplicidade omissiva, a inércia deve significar alguma cooperação, em congruência com um dolo que pode ser eventual.⁵³⁵ O conhecimento que o autor tenha da cooperação não é, consoante a regra geral, decisivo; entretanto, um ajuste tácito servirá para indicar com nitidez a cumplicidade. Numa firma comercial, o empregado A vem subtraindo semanalmente certa importância em dinheiro; B, que não é tesoureiro, nem caixa, nem exerce qualquer outra função que fizesse instaurar o dever especial, mas que pode de alguma forma facilitar o acesso de A ao cofre, omite providências (chaves, horários etc.) que significariam obstáculos à atividade de A, desejando, por raiva do patrão, que a perda patrimonial seja expressiva. Eis aí cumplicidade por omissão – sem conhecimento dela por parte do autor –; aí estão a cooperação objetiva e o dolo do cúmplice. No mesmo exemplo, figure-se que B, tomando conhecimento do fato, se limite a nada fazer; já agora, ainda mantida a raiva do patrão, e os votos íntimos

533 Assim, Weizel, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 119, mencionando o caráter problemático dos limites, na hipótese, entre cumplicidade e autoria. Wessels, entretanto, adota o critério do “dever de garantidor” (op. cit., p. 129).

534 Há neste sentido preciosa lição de Frederico Marques: “o aplauso íntimo, o propósito anterior de participar do crime, o desejo de que o delito se realize e consume – não constituem atos de *contribuição* para produzir o resultado delituoso, e por isso não podem configurar a participação punível” (cf. Co-autoria, cit., p. 509). Cf. TACrimSP J. Canguçu de Almeida, *Julgados TACrimSP 88/400* (A. Silva Franco et alii, cit., p. 494).

535 Cf. Mezger, op. cit., p. 326; Maurach, op. cit., p. 381.

no sentido de um grave prejuízo, só teríamos convivência impunível. Só a cooperação objetiva dolosa enseja o surgimento de cumplicidade por omissão; a cooperação objetiva não-dolosa vale, aqui, o mesmo que o “dolo” sem cooperação objetiva, isto é, nada. O cúmplice deve conceber sua omissão como cooperativa (ao menos, em nível de provavelmente cooperativa), e objetivamente deve ela corresponder a uma facilitação da execução do delito. Fora desse esquema – cuja restrição é visível – estão as situações de convivência impunível.

71. Como vimos, a punibilidade da participação exige um fato principal que se apresenta no mínimo como delito tentado. A participação em delito tentado não oferece qualquer problema digno de nota: a eventual impunibilidade da tentativa “*beneficiará también al partícipe*”.⁵³⁶

A tentativa de participação só pode ser punível perante sistemas legais que expressamente disponham a respeito.⁵³⁷ Entre nós, deduz-se da regra do art. 31 CP precisamente um princípio oposto, ou seja, o da impunibilidade da tentativa de participação. É indiferente que o partícipe tenha ou não realizado objetiva e subjetivamente “*tutto ciò che costituisce l’atto di partecipazione*”.⁵³⁸

Já fizemos notar que às vezes o legislador cria delitos autônomos nucleados em condutas que ordinariamente aparecem como de participação (*supra*, nº 66). Nestes casos, a tentativa será tentativa de delito, admissível segundo suas regras gerais.

536 Maurach, op. cit., p. 361.

537 Código penal suíço, art. 24, al. 2: “Celui qui aura tenté de décider une personne à commettre un crime encourra la peine prévue pour la tentative de cette infraction”.

538 Giuseppe Bettiol, *Sul Tentativo di Partecipazione Delittuosa*, in *Scritti Giuridici*, Pádua, 1966, p. 86.

72. No exame da desistência voluntária e arrependimento eficaz, na participação, deveremos distinguir duas situações diversas, a saber: a) desistência (ou arrependimento) do partícipe; b) desistência (ou arrependimento) do executor.

Na primeira situação, como lembra Cury, a solução é idêntica àquela adotada para os co-autores (cf. *supra*, nº 48). Assim, o instigador que passa a opor-se à execução, e o cúmplice que não implementa o auxílio prometido, ou tendo-o implementado o retira, só responderão pelos atos praticados (art. 15 CP), ou seja, impune tentativa de participação.⁵³⁹ Diferente é o entendimento de Hungria, para quem, aqui, “nenhuma isenção penal pode ser reconhecida em favor do arrependido”,⁵⁴⁰ caso o delito se consume.

Na segunda situação, para quem adira à concepção da desistência e do arrependimento como exclusão de tipicidade, a solução é evidente: a impunidade do partícipe é decorrência da acessoriedade da participação.⁵⁴¹ Quem os concebesse como causa pessoal de isenção de pena só poderia fazer o mesmo raciocínio operando com uma hipercessoriedade. Hungria recorre aqui à comunicabilidade das circunstâncias subjetivo-objetivas que identifica na desistência e no arrependimento.⁵⁴² Se este raciocínio fosse correto, também em casos de co-autoria o efeito da desis-

539 *Tentativa y Delito Frustrado*, cit., p. 134. Nos casos em que o partícipe ainda não prestou sua colaboração, poucas dificuldades se apresentam. Quando já o tenha feito, será exigível “uma tal intervenção que ou impeça a consumação, ou pelo menos anule de tal forma aquela colaboração, que ela perca sua eficácia para a continuação do delito” (Maurach, op. cit., p. 364).

540 Comentários, cit., p. 436. Logo em seguida, estudando a hipótese clássica de revogação do mandato, Hungria altera seu pensamento.

541 Cury, *Tentativa y Delito Frustrado*, cit., p. 134. Entre nós, embora Damásio E. de Jesus participe da premissa, preferiu ficar com Hungria nas consequências (Direito Penal, cit., p. 389).

542 Comentários, cit., p. 435.

tência de um seria extensível aos demais, o que já vimos não ser exato. Em conclusão, e como efeito da acessoriedade, a sorte dos partícipes acompanha a do autor: se este desistir da consumação, com subsistência de resíduo punível, a este título responderão aqueles; não subsistindo resíduo punível, ficarão impunes.

73. Fala-se de participação em participação ou participação em cadeia quando alguém instiga outrem a instigar ou auxiliar o delito, ou auxilia a instigar ou auxiliar. Considera-se que a instigação à instigação é *instigação mediata*, e os demais casos configuram *cumplicidade mediata*.⁵⁴³

Tais condutas são puníveis perante o direito brasileiro, embora a doutrina faça repousar essa punibilidade na causalidade.⁵⁴⁴

74. Pode ocorrer que, mediante uma só ação, o agente partícipe de diversos crimes. Assim, através de uma só expressão verbal, A determina B e C a delitos diversos, ou através de uma só colaboração material auxilia a realização dos dois crimes.

543 Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 120; Jescheck, op. cit., p. 462. Entre nós, Hungria se referia a “participação mediata” (Comentários, cit., p. 419).

544 Hungria (loc. cit.) menciona a “influência causal”; Damásio E. de Jesus se cifra na “eficiência causal” (Da Co-delinquência, cit., p. 72). Hoje em dia é tranqüilo o entendimento da punibilidade da participação na participação, mas houve quem o negasse. Wilhelm Hilgemann afirmava que “o axioma” a participação na participação queda impune “corresponde a princípios colocados pela teoria da tentativa” (*der Grundsatz “die Teilnahme an der Teilnahme bleibt straflos” entspricht auch dem in der Lehre vom Versuch aufgestellten Prinzip – cf. Die Teilnahme an der Teilnahme*, Berlim, 1908, p. 46).

Nessas situações, responderá o partícipe por todos os delitos, porém sob regime de concurso formal imperfeito (art. 70, segunda parte) face à necessária dolosidade da participação.⁵⁴⁵

75. Vários tipos da parte especial pressupõem a colaboração de mais de uma pessoa: são os chamados crimes plurissubjetivos ou de concurso necessário, e não apresentam problemas muito angustiantes, uma vez que a lei estabelece a punibilidade de todos os participantes. Dividem-se, segundo a vontade dos colaboradores se dirige ou não a um fim comum, em delitos de convergência ou unilaterais e delitos de encontro ou bilaterais.⁵⁴⁶ Nos delitos de convergência encontraremos a mais enfática expressão criminal do fenômeno do grupo: a coesão, que Maisonneuve indica surgir de fatores sócio-afetivos e sócio-operativos,⁵⁴⁷ conduz àquele "comportamento grupal" ao qual se refere Marcello Araujo,⁵⁴⁸ e que deve estar presente nesses crimes (quadilha, art. 288 CP; motim, art. 149 CPM; etc.). De índole completamente diversa é a hipótese do chamado crime multitudinário: parte aqui o legislador (art.

545 Sobre o assunto, Jescheck, op. cit., p. 462; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 120.

546 Jescheck, op. cit., p. 462; Anibal Bruno, *Direito Penal*, cit., p. 284; Selim de Sales, S. J., *Dos Tipos Plurissubjetivos*, B. Horizonte, 1997, ed. Del Rey.

547 Jean Maisonneuve (*La Dynamique des Groupes*, Paris, 1969, pp. 23 ss.) discrimina os seguintes fatores sócio-afetivos: "l'attrait d'un but commun, l'attrait de l'action collective, l'attrait de l'appartenance au groupe", aos quais conjuga "le jeu d'affinités interpersonnelles" e "la satisfaction de certains buts personnels,"; como fatores sócio-operativos, "la distribution et l'articulation des rôles", e "la conduite du groupe et le mode de leadership". Kurt Levin chama a atenção para a atração exercida pelo grupo na medida em que "a satisfação das necessidades do indivíduo é favorecida ou dificultada por sua participação" (*Problemas de Dinâmica de Grupo*, trad. M. Moreira Leite, S. Paulo, 1973, p. 205).

548 João Marcello de Araujo Jr., *Quadilha ou Bando*, Rio, 1977, p. 57.

65, inc. III, al. e) de noções produzidas pela criminologia positivista a respeito de influências desinibidoras e ativas que a multidão em tumulto teria sobre o indivíduo; tal matéria, na qual ressoam preconceitos sobre as massas urbanas populares e o medo por elas despertado, especialmente a partir da metade do século XIX, não diz mais profundamente com o objetivo de nosso estudo.

"Os crimes plurissubjetivos admitem a participação",⁵⁴⁹ devendo-se observar que qualquer auxílio ao fato converte o cúmplice em autor direto.

Discute-se se [as normas relativas ao concurso eventual de agentes são aplicáveis ao concurso necessário]. A posição tradicional é pela negativa. Grispigni dizia que a inaplicabilidade de tais normas constitui "*la regola più rilevante e che discende direttamente dalla natura particolare dell'istituto*".⁵⁵⁰ Por seu turno, em trabalho recente, Patalano afirma que "*non si può escludere in linea generale l'applicabilità delle norme sul concorso eventuale alle ipotesi di concorso necessario*".⁵⁵¹ Para o texto legal brasileiro, este raciocínio parece mais adequado. A possibilidade de participação já representa uma vinculação dos delitos plurissubjetivos à disciplina do concurso de agentes. Por outro lado, que razão será suficientemente forte para se opor a uma comedida e justificada transposição do sistema atenuador/agravador a hipóteses de concurso necessário? Os motivos legislativos que ditaram a minorante para a cumplicidade desnecessária (art. 29, § 1º, CP) ou a agravação para o organizador (art. 62, inc. I, CP) perderão sua validade diante do modelo de concurso necessário? Nenhum obstáculo legal contraria a aplicabilidade; para o caso da

549 Fragozo, *Lições*, cit., p. 284.

550 Filippo Grispigni, *Diritto Penale Italiano*, Milão, 1950, v. II, p. 256.

551 Vincenzo Patalano, *L'Associazione per Delinquere*, Nápoles, 1971, p. 60.

minorante, ao contrário, surgiria uma ordem de argumentação na analogia *in bonam partem*.

Problemas se colocam quando, intervindo necessariamente mais de uma pessoa no delito, não estabelece a lei a punibilidade de todas; essas pessoas não-puníveis são chamadas "concorrentes necessários impróprios".

A esse respeito, podem ser formuladas duas regras. Quando o tipo se orienta no sentido de *proteger* a outra pessoa, ela não será punível ainda quando teoricamente se pudesse visualizar, de sua parte, uma conduta de participação. Essa regra corresponde a uma das "máximas" de von Kries, e é aceita pela doutrina;⁵⁵² assim, na extorsão indireta (art. 160 CP) pouco importa que o necessitado instigue o autor a receber a garantia extorsiva. Oferece interesse, para certos casos, a distinção que Rocco Sesso empreende entre "*soggetto attivo del fatto*" e "*soggetto attivo del reato*", porque em alguns casos o sujeito ativo do fato é precisamente o sujeito passivo do crime: assim, nos "*reati plurisoggettivi con evento costituito dalla condotta altrui*" (pense-se no auxílio ao suicídio, art. 122 CP) ou nos "*reati consentiti*" (pense-se no rapto consensual, art. 220 CP).⁵⁵³

Quando o tipo não se orienta apenas no sentido de proteger o concorrente necessário impróprio, ele não será punido desde que sua conduta se contenha nos precisos limites em que foi compreendida pela lei. Assim, no crime

⁵⁵² Sobre as três "máximas" de von Kries, com aguda crítica, cf. Dell'Andro, op. cit., p. 144; sobre o princípio da proteção, cf. Maurach, op. cit., p. 353; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 123; entre nós, Damásio E. de Jesus, *Da Co-delinquência*, cit., p. 4. Fugimos à polêmica sobre se existem normas penais que visem apenas ou exclusivamente a proteção de interesses particulares, e admitimos aqui que em alguns tipos há uma visível e determinável tutela direta de certos bens particulares. O problema, como tantos outros, há de resolver-se na Parte Especial.

⁵⁵³ Rocco Sesso, *Saggio in Tema di Reato Plurisoggettivo*, Milão, 1955, p. 16.

do art. 177, § 1º, inc. IV, CP, o terceiro que compra as ações vendidas pelo diretor vai impune; se ele, contudo, instiga o diretor a vendê-las (evidentemente com conhecimento sobre a característica pessoal do autor), terá participado do delito. O mesmo esquema regerá a controvertida hipótese falencial do favorecimento de credor (art. 188, inc. II, Dec.-lei 7.661, de 21.jun.45).⁵⁵⁴

Em verdade, como ensina Della Terza, "o critério mais seguro para excluir a aplicabilidade das normas concursuais à conduta do concorrente necessário impróprio é dado pelo escopo da norma de parte especial, *quando, cioè, questa abbia inteso tutelare soltanto il bene del coautore (non punibile) del fatto incriminato*".⁵⁵⁵ Welzel chama a atenção para certas formas de colaboração peculiares ao tipo, e resolve assim a controvertida questão da prostituta que "instiga" o rufião.⁵⁵⁶

76. Instigação é a [dolosa colaboração de ordem espiritual objetivando o cometimento de um crime doloso.] Carrara buscou sistematizar as formas que pode tomar a instigação, e falava do mandato, da coação, do comando, do conselho e da sociedade;⁵⁵⁷ entre nós, Aníbal Bruno falava de mandato, comando, conselho e ameaça.⁵⁵⁸ Na verdade, como diz Wessels, "é indiferente como o instigador alcança

⁵⁵⁴ A propósito, cf. Vincenzo Seriani, *Il Concorso del Creditore nel Delitto di Bancarotta Preferenziale*, in *Riv. It. Dir. Procedura Penale*, 1974, v.1, pp. 201 ss.

⁵⁵⁵ Ettore Della Terza, *Struttura del Reato a Concorso Necessario*, Milão, 1971, p. 57.

⁵⁵⁶ *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 123; diferentemente Mezger, op. cit., p. 340.

⁵⁵⁷ *Grado nella Forza Fisica*, cit., p. 519.

⁵⁵⁸ *Direito Penal*, cit., p. 274. Aníbal Bruno, contudo, já frisava que tal enunciação correspondia a um "quadro ilustrativo, que não pode ter força de limitação".

seu objetivo. Meios de instigação podem ser todas as possibilidades de influência volitiva: [persuasão, dádivas, promessa de recompensa, provocação de um erro de motivo, abuso de uma relação de subordinação, ameaça etc.]⁵⁵⁹ O chamado princípio da irredutibilidade se opõe a uma configuração exaustiva desses meios. De qualquer forma, só se concebe a instigação *dolosa*: deve o partícipe ter a "intenção de instigar" a que se referia Beling.⁵⁶⁰

A denominação instigação abrange a *determinação* e a *instigação propriamente dita*. Por determinação se compreende a conduta que faz surgir no autor direto a resolução que o conduz à execução; por instigação propriamente dita se compreende a conduta que faz reforçar e desenvolver no autor direto uma resolução ainda não concretizada, mas preexistente.⁵⁶¹ O Código Penal estabelece em mais de uma passagem a distinção (art. 31; art. 62, inc. III).

A instigação pode se dirigir somente a meios e modos de execução, e, ainda que tais meios e modos simplesmente representem qualificação do delito, estabelece-se plena responsabilidade do instigador.

A instigação supõe um sujeito certo que seja o seu receptor (o instigado), ou, como diz Maurach, um destinatário,⁵⁶² e também um fato determinado. Exclui-se portanto a [instigação que se dirija a número incerto de pessoas, ou que se refira a fatos incertos,] como, por exemplo, através de um artigo publicado em jornal, no qual se fizesse o elogio de uma classe de delitos (sem embargo de eventual subsistência do delito do art. 19 da Lei 5.250, de

⁵⁵⁹ Op. cit., p. 127.

⁵⁶⁰ Op. cit., p. 112.

⁵⁶¹ Cf. Ranieri, op. cit., p. 221. Angelo Gajotti, todavia, oferece objeções à utilidade da distinção (*Istigazione e Determinazione nella Teoria del Reato*, Gênova, 1948, p. 173).

⁵⁶² Op. cit., p. 370.

9.fev.1967, ou, caso não se veiculasse pela imprensa, do delito do art. 286 CP).

Habitualmente, as leis penais reservam ao instigador um tratamento mais severo, não raro equiparado ao do autor. Isto não ocorre na lei brasileira, salvo na hipótese de cumprimento de ordem, quando a pena do autor direto deve ser atenuada (art. 65, inc. III, al. c, CP).

77. Afirmava Hungria que "a determinação, a instigação (ou o auxílio) devem ser causalmente eficazes",⁵⁶³ este é o ponto de vista predominante no Brasil. Damásio E. de Jesus afirma "ser necessário que a determinação e a instigação sejam eficazes em relação ao nexo de causalidade".⁵⁶⁴ Heleno Fragoso, entretanto, frisa não ser indispensável essa contribuição causal.⁵⁶⁵ Há hoje uma tendência européia compatível com o que está se passando em outros estratos da teoria do delito, de substituir este fundamento causal da participação por um incremento do risco.⁵⁶⁶

A chamada causalidade da instigação é, como escapou a Mezger, um "gênero especial de causalidade", uma "causalidade que atua de modo psíquico".⁵⁶⁷ O que se tem por verificar é/se os meios empregados pelo instigador representaram um eficaz processo de convencimento no sentido de criar (determinação) ou reforçar (instigação propriamente dita) a resolução do autor direto. É desnecessário e puramente retórico situar a instigação como antecedente causal do resultado, nos delitos que o possuem,

⁵⁶³ Comentários, cit., p. 413.

⁵⁶⁴ Da Co-delinquência, cit., p. 67.

⁵⁶⁵ Lições, cit., p. 278.

⁵⁶⁶ Cf. Barja de Quiroga, op. cit., p. 150.

⁵⁶⁷ Op. cit., pp. 310 e 311. Veja-se a fundamentação de Latagliata, op. cit., pp. 143 ss. Em 1876, Ortmann falava de uma "ficção da causalidade" na participação.

pois a punibilidade da instigação não se assenta, como vimos, na causatividade.

Assim, não haverá instigação quando não se estabeleça um reconhecível canal de comunicação entre o instigador e o instigado (quando, por exemplo, não falem o mesmo idioma, nem consigam suprir por outro código – mímica, *verbi gratia* – o óbice).

Igualmente, não se reconhecerá a instigação quando o instigado já esteja previamente resolvido à realização do delito (omnimodo facturus): essa conclusão tem larga aceitação.⁵⁶⁸

A instigação não aceita corresponde à impunível tentativa de participação (cf. *supra* n^o 71).

A instigação sucessiva é perfeitamente viável, desde que o instigado, após a primeira instigação, se não haja convertido em omnimodo facturus.⁵⁶⁹

78. O problema do excesso de mandato há de ser resolvido sob o mesmo esquema que nos propiciou a solução do excesso do co-autor e do excesso do instrumento (cf. *supra* n^{os} 50 e 62).

Bastará considerar como excesso tudo quanto se realize no contexto da ação delituosa instigada (e não como ação autônoma) e que não tenha sido conteúdo, ainda que tácito, do mandato, nem represente um desvio desde sempre possível de sua execução (como, por exemplo, os que derivarem de resistência da vítima). Assim definido o excesso, basta aplicar a regra do art. 29, § 2^o, CP.

568 Hungria, Comentários, cit., p. 413; Novoa Monreal, Algumas Considerações, cit., p. 30; Wessels, op. cit., p. 127; Jescheck, op. cit., p. 458; Stratenwerth, op. cit., p. 239.

569 Cf. Hungria, Comentários, cit., p. 420; Damásio E. de Jesus, Da Co-delinquência, cit., p. 72.

79. Chama-se agente provocador "colui che induce taluno a commettere un reato per un fine che non comprende l'interesse in vista del quale il reato viene commesso, fine che di regola si concretizza nel denunziare il soggetto indotto all'autorità".⁵⁷⁰ O agente provocador é um instigador sem dolo, e embora, como Califano frise, possam variar os motivos de sua conduta, o seu objetivo é basicamente, nas palavras de Raphael Cirigliano Filho, "surpreender o agente na prática delituosa".⁵⁷¹

Alguns autores criticam duramente a figura. Eduardo Correia, fundando-se na opinião de Hafter – que nela vê crassa imoralidade – e de Singewald – que imputa sua criação ao Estado policial do absolutismo – é de parecer que ela deveria merecer punição.⁵⁷² A chamada "ação controlada", instituída entre nós pela Lei n^o 9.034, de 3.mai.95 (art. 2^o, inc. II), coloca questões delicadas quando, para obtenção de provas, o retardamento da iniciativa policial (isto é, a omissão de um garantidor) permitir a consumação de um crime. Não desenvolveremos a questão aqui.

O agente provocador tanto pode ser um funcionário público (policial) quanto um particular. Gajotti exige do particular a prévia notificação à polícia, que *ratificaria* sua iniciativa, para converter todas as hipóteses em atividades "per mandato dell'Autorità".⁵⁷³

Indiscutivelmente, o agente provocador não participa do delito do instigado. Deve, entretanto, cercar-se de todas as cautelas exigíveis para que o resultado não se produza. Caso isto ocorra, poderá ele ser responsabilizado a título de culpa, se o delito o permitir, e desde evidentemente que se

570 Enrico Califano, *L'Agente Provocatore*, Milão, 1964, p. 30.

571 Raphael Cirigliano Filho, Crime Putativo, in Revista de Direito Penal, Rio, 1972, n^o 6, p. 37.

572 Problemas Fundamentais, cit., p. 132.

573 Op. cit., p. 159. Veja-se a crítica de Califano, op. cit., p. 19.

apresente a violação do dever objetivo de cuidado e a culpabilidade. Será ele *autor direto* de crime culposo, em autoria colateral heteróloga com o instigado.⁵⁷⁴

80. *Cumplicidade* é a [dolosa colaboração de ordem material objetivando o cometimento de um crime doloso]. O legislador brasileiro optou pela vox ["auxílio"] porém a expressão cumplicidade tem tradição em nosso direito e deve ser mantida.

Contrariando abalizadas opiniões [não consideramos admissível perante nosso direito que o "conselho", as "instruções" possam configurar a chamada cumplicidade psíquica]. A par dos argumentos já expendidos (cf. *supra* nota nº 481), verifique-se que no art. 31 CP o legislador se refere a "ajuste" (de co-autores) [“determinação e instigação” e “auxílio”], *tout court*. A conotação material do termo eleito é evidente. Assim, qualquer contribuição de natureza puramente psíquica deve ser considerada como instigação, e de fato o é.

81. A cumplicidade não tem que ser necessariamente causal com respeito ao resultado do delito: como diz Wessels, sua punibilidade “não depende da relação causal pressuposta no setor da autoria”;⁵⁷⁵ Sauer ensinava que “*la causalidad no pertenece a la complicitad*”.⁵⁷⁶

O que é de mister é verificar se a colaboração do cúmplice correspondeu ou não a um *objetivo favorecimento* ao desempenho do autor direto. Assim, se A fornece a B uma chave falsa, sendo certo que B já possuía outra apta a abrir

574 Cf. Aníbal Bruno, *Direito Penal*, cit., p. 276.

575 Op. cit., p. 129.

576 Op. cit., p. 329. Veja-se a opinião de Ordeig, neste mesmo sentido (op. cit., p. 170).

a porta, não há cumplicidade de A, podendo subsistir instigação se a conduta de oferecer a chave ensejar tal apreciação. O decisivo não é o coeficiente causal da conduta de A com respeito ao resultado do delito, e sim se ela consistiu ou não num objetivo favorecimento. Nessa linha, a hipótese do “aprendiz” deve ser resolvida pela negativa de cumplicidade (desde, é claro, que a “aula” não seja prática...).

O auxílio recusado configura impunível tentativa de cumplicidade.

82. Tradicionalmente se *distingue* entre *cumplicidade necessária* e *cumplicidade desnecessária*, porque inúmeros sistemas legislativos propunham punição mais severa para o cúmplice sem cuja colaboração o crime não se teria realizado.⁵⁷⁷ Hungria supôs ter expurgado de nossa lei este problema, que segundo ele só servia “para dar dor de cabeça aos juízes”;⁵⁷⁸ para fazê-lo, todavia, seria preciso revogar o art. 29, § 1º CP, que minora a pena da cumplicidade desnecessária (também chamada de auxílio secundário).

A distinção sofreu críticas de alguns autores;⁵⁷⁹ por outro lado, Roxin pretendeu conduzir a *cumplicidade necessária* aos quadros da *co-autoria*, vendo em sua relevância uma expressão do *co-domínio funcional do fato*.⁵⁸⁰

Parece-nos que a solução proposta por Ordeig *equaciona* definitivamente o assunto. Ordeig propõe uma “*teoria dos bens escassos*”⁵⁸¹ que arranca de *três princípios*:

577 Para completa exposição no direito espanhol, cf. Pérez Alonso, Esteban Juan, *La Coautoría y la Complicitad (Necesaria) en Derecho Penal*, Granada, 1998, ed. Comares, pp. 87 ss.

578 Comentários, cit., p. 411.

579 Por exemplo Ranieri, op. cit., p. 43.

580 *Sobre la Autoría*, cit., p. 66.

581 Op. cit., pp. 151 ss. Todas as citações subseqüentes aí se encontram; naturalmente, apresentamos uma redução esquemática e logo empo- brecedora da teoria dos bens escassos.

1º – deve prescindir-se da consideração do que teria ocorrido sem a colaboração em exame; 2º – toma-se como princípio orientador, e nada mais (face à insegurança do enunciado) que a colaboração deva ter especial importância; 3º – também na linguagem do leigo, da vida cotidiana, fala-se em prestações de serviços ou coisas sem as quais não se teria podido fazer isso ou aquilo. Verifica-se, então, que existem *bens escassos*: em nível de aportes em tarefas ou em nível de coisas. Em nível de coisas, são bens escassos, ou seja, cuja obtenção, por qualquer motivo, apresenta sérias dificuldades: R\$ 30.000,00, uma substância medicamentosa de venda controlada, explosivos, máquinas de falsificar notas, um revólver etc. São bens abundantes: R\$ 0,20, uma caneta esferográfica para falsificar uma assinatura, uma faca de cozinha, um pedaço de corda. Em nível de prestação de serviços, são “bens” escassos: qualquer conduta inequivocamente criminosa (como vigiar enquanto outros furtam), qualquer conduta que importe em conhecimentos técnicos específicos etc. São “bens” abundantes: qualquer conduta que não seja inequivocamente criminosa (como transportar em automóvel o autor direto ao local do delito), qualquer conduta que não exija particulares aptidões etc. Uma vez estabelecido que o cúmplice colaborou com um *bem escasso*, cumpre aferir (aqui, sim) a *eficiência “causal”* (no sentido de objetivo favorecimento⁵⁸²) da colaboração. Resultando positiva essa investigação, tem-se definida uma cumplicidade necessária: para o direito penal brasileiro, não se poderá então proceder à minoração prevista no art. 29, § 1º, CP, cabível para todos os outros casos.

582 “A determinação do *quantum* da redução do § 1º do art. 29 CP deve ser informada pela significação objetiva da ação do partícipe para o crime” – STJ, 6ª T., Min. Hamilton Carvalhido, RHC nº 8.698-SP, DJ 18.set.00, p. 161.

83. Supomos que um desenvolvimento da matéria entre nós deveria conduzir à obrigatoriedade de ser fixada nas sentenças condenatórias que se refiram a crimes praticados em concurso de agentes o título da responsabilidade: autoria direta, co-autoria, autoria mediata, instigação ou cumplicidade.

Paralelamente, dever-se-ia observar uma maior versatilidade e adequação técnica no uso do sistema atenuador/agravador.⁵⁸³ Indagávamos, em outro trabalho, se, face às modernas exigências de individualização da pena, não deveria ser uma raridade a aplicação de pena idêntica em casos de concurso de agentes.⁵⁸⁴ Com propriedade, assinalou o Juiz Márcio Bártoli que “a fixação de escarmento único para concorrentes e partícipes fere os princípios constitucionais da igualdade e da individualização da reprimenda”.⁵⁸⁵

583 “No concurso de agentes, a dosimetria das penas impostas deve refletir a maior ou menor atuação no planejamento e execução delitiva, na medida da culpabilidade dos agentes” – TJRJ, Des. Álvaro Mayrink da Costa, *in* Silva Franco *et alii*, op. cit., p. 505.

584 Decisões Criminais, cit., p. 22.

585 Silva Franco *et alii*, *ibidem*.

Índice Analítico

Capítulo I – O Panorama Brasileiro	1
1. Código Imperial de 1830	3
2. O Código Penal de 1890	7
3. O movimento de reforma: o projeto João Vieira de Araújo (1893), o projeto Galdino Siqueira (1913), os projetos Sá Pereira (1927-28), o projeto Alcântara Machado (1938).....	11
4. O Código Penal de 1940	14
5. O Código Penal de 1969	18
6. Um precedente legislativo discutível: o código norueguês de 1902.....	19
7. Subsistência dos problemas que o legislador de 1940 pretendeu ter expurgado, especialmente: a causalidade como critério central e único da disciplina do concurso de agentes; a teoria da acesoriedade; a classificação das formas de participação; e a autoria mediata	21
8. A reforma na Parte Geral de 1984.....	24
Capítulo II – A Causalidade Questionada	27
9. Posição sistemática da autoria.....	29
10. Monismo, dualismo e pluralismo como debate reflexo: concepção restritiva e concepção extensiva de autor; consequências	30
11. O debate monismo e dualismo/pluralismo na doutrina brasileira	36
12. Reações contra o dogma causal.....	39

13. Reações contra a causalidade como categoria central do concurso de agentes	40
14. Uma interpretação do art. 29 CP; suas relações como art. 13 CP	42
15. Causalidade e crimes de mera conduta	45
16. Causalidade e crimes de perigo	47
17. Causalidade e crimes omissivos	48
18. Interrupção do nexa causal e a teoria do concurso de agentes	49
19. Cumplicidades não causais. Desconhecimento da lei causal. Dupla causalidade	50
20. Causalidade e tentativa	52
21. Redimensionando a causalidade no concurso de agentes	53

Capítulo III – A Distinção entre Autoria e Participação

22. Importância da distinção entre autoria e participação	59
23. O critério formal-objetivo	60
24. Crítica e conseqüências	62
25. O critério material-objetivo	65
26. Crítica e conseqüências	66
27. O critério subjetivo	67
28. Crítica e conseqüências	68
29. O critério final-objetivo	69
30. Crítica e conseqüências	71

Capítulo IV – Autoria Direta

31. Autoria direta. O elemento geral (domínio do fato). Elementos especiais da autoria	77
--	----

32. Autoria nos delitos de dever	78
33. Autoria nos crimes culposos. É admissível concurso de agentes em tais crimes?	79
34. Autoria nos crimes omissivos. É admissível concurso de agentes em tais crimes?	84
35. Autoria nos delitos especiais	94
36. Autoria nos delitos de mão própria	96

Capítulo V – Co-Autoria

37. A co-autoria é autoria: domínio funcional do fato	101
38. Requisitos da co-autoria: a comum resolução para o fato e a comum realização dessa resolução. Execução fracionada	102
39. O organizador	106
40. Aquele que subjuga a vítima	107
41. Aquele que presencia o delito	108
42. O vigia	110
43. O motorista	111
44. Aquele que fornece meios de execução	113
45. Autoria colateral	114
46. Autoria incerta	115
47. Co-autoria sucessiva	116
48. Desistência voluntária e arrependimento eficaz do co-autor	119
49. Erro accidental e erro de execução	120
50. Excesso do co-autor	120
51. Delitos especiais	125
52. Co-autoria mediata	126

Capítulo VI – Autoria Mediata	127
53. Fundamentos. Natureza substancial da figura ..	129
54. Limites distintivos da autoria mediata	130
55. Campos de aplicação da figura: crimes de resultado, de mera conduta, de mão própria, omissivos e especiais	132
56. A doutrina brasileira	133
57. Casos expressos de autoria mediata no Código Penal de 1940: erro provocado, coação irresistível, obediência hierárquica, instrumento impunível por condição ou qualidade pessoal	135
58. Quadro geral da autoria mediata: instrumento agente atipicamente (inclusive instrumento doloso); instrumento agente licitamente; instrumento sem imputabilidade ou culpabilidade; instrumento responsável	141
59. A tentativa	150
60. Desistência voluntária, arrependimento eficaz e crime impossível	151
61. Erro do autor mediato sobre a imputabilidade do instrumento	152
62. Excesso do instrumento	152
63. Erro accidental e erro de execução do instrumento	154
Capítulo VII – Participação: Instigação e Cumplicidade	155
64. A punibilidade da participação	157
65. O caráter doloso da participação	158
66. Delitos autônomos, delitos de fusão, delitos de duração	159

67. O princípio da acessoriedade	161
68. Os princípios da executividade, da convergência, da irredutibilidade	165
69. O princípio da comunicabilidade	167
70. Participação por omissão	171
71. Tentativa de participação	175
72. Desistência voluntária e arrependimento eficaz	176
73. Participação em cadeia	177
74. Pluralidade de delitos	177
75. Participação necessária	178
76. Instigação	181
77. A "causalidade" da instigação	183
78. O excesso de mandato	184
79. Agente provocador	185
80. Cumplicidade	186
81. A "causalidade" da cumplicidade	186
82. Cumplicidade necessária e desnecessária	187
83. Aplicações judiciais	188

Bibliografia

Alcácer Guirao, Rafael, *Tentativa y Formas de Autoría*, Madri, 2001, ed. Edisofer; Alcântara Machado, Projeto do Código Criminal Brasileiro, Rio, 1938; Ambos, Kai, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, trad. C. Meliá, Bogotá, 1998, ed. Un. Ext. Colômbia; Aníbal Bruno, Direito Penal, P.G., Rio, 1959; Aníbal Bruno, Comentários ao Código Penal, Rio, 1969; Andreucci, Ricardo Antunes, Coação Irresistível por Violência, São Paulo, 1974; Angelo Gajotti, *Istigazione e Determinazione nella Teoria del Reato*, Gênova, 1948; Angelo Raffaele Latagliata, *El Concorso de Personas en el Delito*, trad. Carlos A. Tozzini, B. Aires, 1967; Antenor Nascentes, Dicionário Etimológico Resumido, INL, 1966; Antolisei, Francesco, *Il Rapporto di Causalità nel Diritto Penale*, Turim, 1960; Antolisei, Francesco, *La Disputa sull'Evento*, in *Appendice a Il Rapporto di Causalità nel Diritto Penale*, Turim, 1960; Antolisei, Francesco, *Manuale di Diritto Penale*, P.G., Milão, 1969; Asúa, Luis Jiménez de, *Autor y Participación*, in *El Criminalista*, 2ª série, B. Aires, 1960; Asúa, Luis Jiménez de, *Tratado de Derecho Penal*, B. Aires, 1964; Augusto Thompson, Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro, S. Paulo, 1976; Bacigalupo, Enrique, *La Noción de Autor en el Código Penal*, B. Aires, 1965; do mesmo, *Lineamientos de la Teoria del Delito*, B. Aires, 1974; do mesmo, *Delitos Impropios de Omisión*, B. Aires, 1970; Barbero Santos, *Delitos de Peligro Abstracto*, in *Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, B. Aires, 1971; Barja de Quiroga, Jacobo López, *Autoría y Participación*, Madri, 1996, ed. Akal; Barreto, Tobias, Do Mandato Criminal, in *Estudos de Direito*, Rio, 1892, ed. Laemmert; Basileu

Garcia, Instituições de Direito Penal, S. Paulo, s.d, ed. Max Limonad; Battaglini, Giulio, Direito Penal, trad. Paulo José da Costa Jr. e Armida B. Miotto, S. Paulo, 1973; Batista, Nilo, Estelionato Judiciário, in Rev. Fac. Dir UERJ, Rio, 1997, ed. Renovar, nº 5, pp. 209 ss; do mesmo, Práticas penais no direito indígena, in RDP 31/75ss; Baumann, Jürgen, *Derecho Penal*, trad. Conrado A. Finzi, B. Aires, 1973; Beling, Ernst von, *Esquema de Derecho Penal*, trad. Soler, B. Aires, 1944; Bento de Faria, Código Penal Brasileiro Comentado, Rio, 1961; Bettiol, Giuseppe, *I Lineamenti dell' Istituto del Concorso di Più Persone nel Reato*, in *Scritti Giuridici*, Pádua, 1966; Bettiol, Giuseppe, *Sul Tentativo di Partecipazione Delittuosa*, in *Scritti Giuridici*, Pádua, 1966; Bettiol, Giuseppe, *Sul Concorso di più Persone nei Delitti Colposi*, in *Scritti Giuridici*, Pádua, 1966; Bettiol, Giuseppe, Direito Penal, trad. Costa Jr. – Silva Franco, S. Paulo, 1971; Bettiol, Giuseppe, *Il concorso de più Persone nel Reato Proprio*, in *Scritti Giuridici*, Pádua, 1966; Blei, Hermann, *Strafrecht*, A.T., Munique, 1975; Bierrenbach, Sheila de Albuquerque, Crimes Omissivos Impróprios, B. Horizonte, 1996, ed. Del Rey; Bitencourt, Cezar Roberto, Manual de Direito Penal, S. Paulo, 1999, ed. RT; Bockelmann, Paul, *Relaciones entre Autoría y Participación*, trad. Fontán Balestra, B. Aires, 1960; Bolea Bardon, Caroline, *Autoría Mediata en Derecho Penal*, Valencia, 2000, ed. T. lo Blanch; Boscarelli, Marco, *Contributo alla Teoria del Concorso di Persone nel Reato*, Pádua, 1958; Califano, Enrico, *L'Agente Provocatore*, Milão, 1964; Calmette Satyro Bonatelli, Dos Elementos Objetivo e Subjetivo da Co-delinquência, in Justitia, S. Paulo, v. 79; Carmignani, Giovanni, *Elementi di Diritto Criminale*, trad. Fillippo Ambrosoli, Milão, 1882; Carrara, Francesco, *Grado nella Forza Fisica del Delitto*, in *Opuscoli di Diritto Criminale*, Prato, 1885; Carrara, Francesco, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, Firenze, 1897; Cesare Pedrazzi, *Il Concorso di Persone nel Reato*, Palermo, 1952; Cirino dos Santos,

Juarez, A Moderna Teoria do Fato Punível, Rio, 2002, ed. Revan; Clóvis Bevilacqua, Instituições e Costumes Jurídicos dos Indígenas Brasileiros, in Criminologia e Direito, Bahia, 1896; Costa e Silva, Comentários ao Código Penal Brasileiro, S. Paulo, 1967; Costa Júnior, Heitor, Teoria dos Crimes Culposos, Rio, 1988, ed. L. Juris; do mesmo, Acerca dos Elementos Subjetivos das Causas de Justificação, in Revista de Direito Penal, Rio, 1977, nº 23; Curzon, L.B., *Criminal Law*, Londres, 1973; Damásio E. de Jesus, Da Co-delinquência em face do Novo Código Penal, S. Paulo, 1976; do mesmo, Direito Penal, S. Paulo, 1978; do mesmo, Agravantes Objetivas e Concurso de Agentes, in Justitia, S. Paulo, 1972, v. 78; do mesmo, Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas, S. Paulo, 1999, ed. Saraiva; Delitala, Giacomo, *Il Fatto nella Teoria Generale del Reato*, Pádua, 1930; Döderlein, Wolfgang, *Die mittelbare Täterschaft de lege lata und de lege ferenda*, Strassburg, 1911; Dohna, Alexandre Graf zu, *La Estructura de la Teoria del Delito*, trad. Fontán Balestra, B. Aires, s.d; Dotti, René Ariel, Curso de Direito Penal, PG, Rio, 2001, ed. Forense; Eberhard Schmidt, *Die mittelbare Täterschaft*, in Frank Festgabe, Tübingen, 1930; Eduardo Correia, Direito Criminal, Coimbra, 1971; Eduardo Correia, Problemas Fundamentais da Comparticipação Criminosa, in Direito Criminal, Coimbra, 1953; Eduardo Novoa Monreal, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Santiago, 1966; Eduardo Novoa Monreal, Algumas Considerações sobre o Concurso de Pessoas no Fato Punível, in Rev. Bras. de Criminologia e Dir. Penal, Rio, 1967, v. 16; Enrique Cury, *Orientaciones para el Estudio de la Teoria del Delito*, Santiago, 1973; Enrique Cury, *Tentativa y Delito Frustrado*, Santiago, 1977; Estevam Lobo, Autoria Collectiva e Cumplicidade, Rio, 1897; Esther de Figueiredo Ferraz, A Co-delinquência no Direito Penal Brasileiro, S. Paulo, 1976; Ettore Della Terza, *Struttura del Reato a Concorso Necessario*, Milão, 1971; Eugenio Jannitti di Guyanga,

Concorso di Più Persone e Valore del Pericolo nel Delitti Colposi, Milão, 1913; Evandro Lins e Silva, Co-autoria, in *Revista Brasileira de Criminologia*, Rio, 1952, nº 21; Everardo da Cunha Luna, O Resultado no Direito Penal, S. Paulo, 1976; Exner, Franz, *Fahrlässiges Zusammenwirken*, in *Festgabe für Reinhard von Frank*, Tübingen, 1930; Fabrício Leiria, Autoria e Participação Criminal, S. Paulo, 1974; Fernando Dias Palos, *La Causalidad Material en el Delito*, Barcelona, 1954; Ferri, Enrico, *Proyecto Preliminar de Código Penal para Italia*, trad. Cristino Escribano, Madri, 1925; Ferri, Enrico, *Princípios de Direito Criminal*, trad. Luiz de Lemos d'Oliveira, S. Paulo, 1931; Feuerbach, Paul Anselm von, *Tratado de Derecho Penal*, trad. Hagemeyer-Zaffaroni, B. Aires, 1989, ed. Hammurabi; Francisco de Assis Toledo, O Erro no Direito Penal, S. Paulo, 1977; Francisco Grisolia, *La Comunicabilidad en los Delitos de Malversación y Fraude*, Santiago, 1976; Francisco Muñoz Conde, *El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito*, Barcelona, 1972; Frederico Marques, Co-autoria, in *Revista Forense*, Rio, 1957, nº 173; Frederico Marques, *Tratado de Direito Penal*, S. Paulo, 1965; Frosali, R. Alberto, *Reato, Danno e Sanzioni*, Pádua, 1932; Gallas, Wilhelm, *La Teoria del Delito en su Momento Actual*, trad. Cordoba Roda, Barcelona, 1959; Galdino Siqueira, *Direito Penal Brasileiro*, P.G., Rio, 1932; Galdino Siqueira, *Projecto de Codigo Penal Brasileiro*, Rio, 1913; Garraud, R., *Précis de Droit Criminal*, Paris, 1892; Gérson Pereira dos Santos, *El Problema de la Participación del Extraneus en el Adulterio y en la Bigamia*, trad. Mercedes Arquero, in *Nuevo Pensamiento Penal*, B. Aires, 1975; Gimbernat Ordeig, Enrique, *Autor y Complice en Derecho Penal*, Madri, 1966; Giovanni Leone, *Il Reato Aberrante*, Nápoles, 1964; Giuseppe Ragno, *I Reati Permanenti*, Milão, 1960; Gladys N. Romero, *La Problemática de los Autores Inidóneos y el Delito Putativo*, in *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho – Homenaje al*

Prof L. Jiménez de Asúa, B. Aires, 1970; Greco, Rogério, *Concurso de Pessoas*, B. Horizonte, 2000, ed. Mandamentos; Grispigni, Filippo, *Diritto Penale Italiano*, Milão, 1950; Guillermo J. Fierro, *Teoría de la Participación Criminal*, B. Aires, 1964; Heleno Fragoso, *Conduta Punível*, S. Paulo, 1961; Heleno Fragoso, *Lições de Direito Penal*, P.G., S. Paulo, 1977; Heleno Fragoso, *Comentários ao Código Penal*, em colaboração Nélson Hungria, Rio, 1978; Hergt, Raimund, *Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen*, Heildelberg, 1909; Hespanha, Benedito, Co-autoria em *Delito Culposo*, in *Rev. da Faculdade de Direito de Passo Fundo*, 1971; Hernández Plasencia, José Ulises, *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, Granada, 1996, ed. Comares; Hilgemann, Wilhelm, *Die Teilnahme an der Teilnahme*, Berlim, 1908; Hungria, Nélson, Costa e Silva Penalista, in *Novas Questões Jurídico-Penais*, Rio, 1945; Hungria, Nélson, *Comentários ao Código Penal*, Rio, 1958; Impallomeni, Giovan Battista, *Istituzioni di Diritto Penale*, Turim, 1911; Jakobs, Günther, *Derecho Penal*, P.G., trad. J. Cuello Contreras e J. L. Gonzalez de Murillo, Madri, 1995, ed. M. Pons; Jescheck, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T., Berlim, 1969; João Bernardino Gonzaga, *O Direito Penal Indígena à Época do Descobrimento do Brasil*, S. Paulo, s.d, ed. Max Limonad; João Marcelo de Araújo Júnior, *Quadrilha ou Bando*, Rio, 1977; João Mestieri, *Curso de Direito Criminal*, Rio, 1970; João Vieira de Araújo, *O Projecto do Código Penal e a Faculdade de São Paulo*, Recife, 1895; João Vieira de Araújo, *Código Penal Commentado Theorica e Praticamente*, Rio, 1896; João Vieira de Araújo, *Codigo Criminal Brasileiro*, *Comentário Filosófico*, Recife, 1889; Johannes Andenaes, *The General Part of the Criminal Law of Norway*, trad. Thomas P. Ogre, N. York, 1965; Joaquim de Silos Cintra, *Concurso de Agentes em Crime Culposo*, in *Revista Forense*, Rio, 1951, v. 135; Juan Bustos Ramírez, *Culpa y Finalidad*, Santiago, 1967; Juarez Tavares, *Entwicklung und*

gegenwärtigen Stand des brasilianischen Strafrecht in ZStW 84/4, 1972; Kurt Levin, Problemas de Dinâmica de Grupo, trad. M. Moreira Leite, S. Paulo, 1973; Leonardo Lopes, Jair, Curso de Direito Penal, S. Paulo, 1999, ed. RT; Liszt, Franz von, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlim, 1919; Liszt, Franz Von, Tratado de Direito Penal Allemão, trad. José Hygino Duarte Pereira, Rio, 1899; Logoz, Paul, *Commentaires du Code Pénal Suisse*, P.G., Neuchâtel, 1976; Lucio Eduardo Herrera, *La Autoría Mediata*, in *Relatos de las Jornadas Nacionales de Derecho Penal*, B. Aires, 1973; Lucio Eduardo Herrera, *Autoría y Participación*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, B. Aires, 1971, nº 3; Luigi Scarano, *La Tentativa*, trad. Romero Soto, Bogotá, 1960; Luis Dória Furquim, O Concurso de Agentes, com especial referência à Autoria Mediata, em face do Novo Código Penal, in *Justitia*, S. Paulo, 1971, v. 74; Lyra, Roberto, Expressão mais Simples do Direito Penal, Rio, 1976; Macedo Soares, Código Penal Comentado, Rio, 1910; Magalhães Noronha, Direito Penal, P.G., S. Paulo, 1978; Magalhães Noronha, Do Crime Culposos, S. Paulo, 1974; Magarino Torres, Autoria Incerta no Direito Penal Brasileiro, Rio, 1933; Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal*, trad. Ortega Torres, Bogotá, 1972; Maisonneuve, Jean, *La Dynamique des Groupes*, Paris, 1969; Manoel Pedro Pimentel, *Do Crime Continuado*, S. Paulo 1969; Manoel Pedro Pimentel, Crimes de Mera Conduta, S. Paulo, 1968; Manzini, Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Turim, 1950; Marc Ancel, *Les Codes Pénaux Européens*, Paris, 1958; Mariano Jimenez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, México, 1972; Mario Bunge, *Causalidad – El Principio de la Causalidad en la Ciencia Moderna*, trad. Hernán Rodríguez, B. Aires, 1961; Massari, Eduardo, *II Momento Esecutivo del Reato*, Pisa, 1923; Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, trad. Cordoba Roda, Barcelona, 1962; Merkel, A., *Derecho Penal*, trad. P. Dorado, Madri, s.d; Mestieri, João, Manual de

Direito Penal, Rio, 1999, ed. Forense; do mesmo, Teoria Elementar do Direito Criminal, Rio, 1971; Mezger, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*, trad. Rodriguez Muñoz, Madri, 1949; Néelson Pizzotti Mendes, Direito Penal, S. Paulo, 1974; Mirabete, Júlio Fabbrini, Manual de Direito Penal, S. Paulo, 2000, ed. Atlas; Muñoz Conde, Francisco e García Arán, Mercedes, *Derecho Penal*, P.G., Valência, 1996, ed. T. lo Blanch; Néelson Pizzotti Mendes, do Concurso de Agentes à luz da Tipicidade Penal, in *Justitia*, S. Paulo, 1972, v. 79; Niese, Wener, *La Teoria Finalista de la Acción en el Derecho Penal Alemán*, in *Rev. de la Fac. de Derecho de México*, México, 1961, t. XI, nº 41; Nilo Batista, Decisões Criminais Comentadas, Rio, 1976; Nilo Batista, Falso Testemunho. Pedido de Advogado à Testemunha. Co-autoria, in *Revista de Direito Penal*, Rio, 1976, nº 21; do mesmo, Notas sobre o Artigo 34 do Código Penal Militar, in *Revista do Superior Tribunal Militar*, Brasília, 1977, nº 3; Nocito, Pietro, *II Concorso di più Persone in uno Stesso Reato*, in *Enciclopedia Pessina*, Milão, 1904, v. V; Nuvolone, Pietro, *Pluralidad de Delitos y Pluralidad de Delincuentes*, in *Trent'Anni di Diritto e Procedura Penale*, Pádua, 1969; Olivares, Gonzalo Quintero, *Los Delitos Especiales y la Teoria de la Participación en el Derecho Penal Español*, Barcelona, 1974; Ordenações e Leis do Reino de Portugal, Recopilados per Mandado d'El-Rey D. Philippe O Primeiro, Coimbra, 1865; Otto Majer, *Em Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Tübingen, 1905; Paul Perten, *Die Beihilfe zum Verbrechen*, Breslau, 1918; Paula Pessoa, Código Criminal do Império do Brasil, Rio, 1885; Paulo Roberto Leite Ventura, Direito Penal Resumido, Rio, 1972; Pelegrino Rossi, *Traité de Droit Pénal*, Paris, 1872; Pérez Alonso, Estaban Juan, *La Autoría y la Complicidad Necesaria en Derecho Penal*, Granada, 1998, ed. Comares; Pérez Manzano, Mercedes, *Autoría y Participación Imprudente en el Código Penal de 1995*, Madri, 1999, ed. Civitas; Pontes de Miranda, Comentários à

Constituição de 1967, S. Paulo, 1971; Quintano Ripollés, Antonio, *Derecho Penal de la Culpa*, Barcelona, 1958; Raphael Cirigliano Filho, Crime Putativo, in *Revista de Direito Penal*, Rio, 1972, nº 6; Reale Júnior, Miguel, *Instituições de Direito Penal*, PG, Rio, 2002, ed. Forense; Regis Prado, Luiz, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, PG., S. Paulo, 1999, ed. RT; Renato Dell'Andro, *La Fattispecie Plurisoggettiva in Diritto Penale*, Milão, 1956; Riccio, Stefano, *L'Autore Mediato*, Nápoles, 1937; Richard Busch, *Modernas Transformaciones en la Teoria del Delito*, trad. Vicente Castellanos, Bogotá, 1969; Roberto Lyra Filho e Luiz Vicente Cernicchiaro, *Compêndio de Direito Penal*, P.G., S. Paulo, 1973; Rocco, Arturo, *L'Oggetto del Reato*, Roma, 1932; Rocco Sesso, *Saggio in Tema di Reato Plurisoggettivo*, Milão, 1955; Rodriguez Devesa, *Derecho Penal Español*, PG., Madri, 1976; Rodriguez Mourullo, Gonzalo, *El Autor Mediato en Derecho Penal Español in Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofia del Derecho - Homenage al Prof. L. Jiménez de Asúa*, B. Aires, 1970; Rodríguez Ramos, L., *El Resultado en la Teoria Jurídica del Delito*, in *Cuadernos de Política Criminal*, Madri, 1977, nº 1; Roque de Brito Alves, *Direito Penal*, PG., Recife, 1977; Roxin, Claus, *Sobre la Autoría y Participación en el Derecho Penal*, trad. Enrique Bacigalupo, in *Problemas Actuales de Las Ciencias Penales y la Filosofia del Derecho - en Homenage ali Prof L. Jirnénez de Asúa*, B. Aires, 1970; Roxin, Claus, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, trad. F. Muñoz Conde, Barcelona, 1972; Roxin, Claus, *En el Limite entre Comisión y Omisión*, trad. Luzon Peña, in *Problemas Basicos del Derecho Penal*, Madri, 1976; Roxin, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlim, 1975; Ruy Rebello Pinto, *História do Direito Penal Brasileiro, Período Colonial*, S. Paulo, 1973; Sá Pereira, Virgilio de, *Codigo Penal da República dos Estados Unidos do Brasil, Projecto Apresentado ao Governo*, Rio, 1928; Salgado Martins, *Direito Penal*, S. Paulo, 1974;

Santoro, Arturo, *Manuale di Diritto Penale*, Turim, 1958; Sancinetti, Marcelo A., *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno*, Bogotá, 1996, ed. Un. Ext. Colômbia; Sauer, Guillermo, *Derecho Penal*, P.G., trad. Del Rosal - Cerezo Mir, Barcelona, 1956; Schönke, Adolf, e Schröder, Horst, *Strafgesetzbuch - Kommentar*, Munique, 1965; Selim de Sales, Sheila Jorge, *Dos Tipos Plurissubjetivos*, B. Horizonte, 1997, ed. Del Rey; Shöne, Wolfgang, *La Protección de la Vida y la Integridad Corporal en la Reforma Penal Alemana*, trad. Sergio Yáñez Pérez, in *Revista de Ciencias Penales*, Santiago, 1973, v. XXXII; Sighele, Scipio, *La Teorica Positiva della Complicità*, Turim, 1894; Silva Franco, Alberto e Stoco, Rui (orgs.) *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, S. Paulo, 2001, ed. RT, 7ª ed., v. I; Silvio Ranieri, *Il Concorso di più Persone in un Reato*, Milão, 1949; Soler, Sebastian, *Derecho Penal Argentino*, B. Aires, 1970; Spasari, Mario, *L 'Omissione nella Teoria della Fattispecie Penale*, Milão, 1957; Spasari, Mario, *Profili di Teoria Generale del Reato in Relazione al Concorso di Persone nel Reato Colposo*, Milão, 1956; Stratenwerth, Günter, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlim, 1971; Tavares, Juarez, *Direito Penal da Negligência*, S. Paulo, 1985, ed. RT; do mesmo, *As Controvérsias em torno dos Crimes Omissivos*, Rio, 1996, ed. ILACP; do mesmo, *Teoria do Injusto Penal*, B. Horizonte, 2002, ed. Del Rey; Tomaso Napolitano, *Il Nuovo Codice Penale Sovietico*, Milão, 1963; Tornaghi, Hélio Bastos, *A Questão do Crime Formal*, Rio, 1944; Tullio Padovani, *Le Ipotesi Speciale di Concorso nel Reato*, Milão, 1973; Valdir Sznick, *Delito Habitual*, S. Paulo, 1973; Vannini, Ottorino, *Concorso nel Reato mediante Omissione*, in *Raccolta di Alcuni Scritti Minori*, Milão, 1952; Vargas Ramos, Beatriz, *Do Concurso de Pessoas*, B. Horizonte, 1996, ed. Del Rey; Vladimiro Zagrebelsky, *Reato Continuato*, Milão, 1970; Vargas Ramos, Beatriz, *Do Concurso de Pessoas*, B. Horizonte, 1996, ed. Del Rey; Vicente Piragibe, *Consolidação das Leis Penaes*,

aprovada e adaptada pelo Dec. nº 22.213, Rio, 1935; Vincenzo Patalano, *L'Associazione per Delinquere*, Nápoles, 1971; Vincenzo Patalano, *Significato e Limiti della Dommatica del Reato di Pericolo*, Nápoles, 1975; Vincenzo Serianni, *Il Concorso del Creditore nel Delitto di Bancarotta Preferenziale*, in *Rev. It. Dir. Procedura Penale*, 1974, v. 1; Yañez Pérez, Sergio, *Problemas Básicos de la Autoria y de la Participación en el Código Penal Chileno*, in *Rev. de Ciencias Penales*, Santiago, 1975, v. XXXIV; Walter de Abreu Garcez, *Curso de Básico de Direito Penal*, S. Paulo, 1972; Wayne R. La Fave e Austin W. Scott Jr., *Handbook on Criminal Law*, St. Paul, 1972; Welzel, Hans, *El Nuevo Sistema de Derecho Penal*, trad. Cerezo Mir, Barcelona, 1964; Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlim, 1969; Welzel, Hans, *Culpa e Delitos de Circulação*, trad. Nilo Batista, in *Revista de Direito Penal*, Rio, 1971, v. 3; Wessels, Johannes, *Direito Penal*, trad. Juarez Tavares, P. Alegre, 1976; Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, A. e Slokar, A., *Derecho Penal*, P.G., B. Aires, 2000, ed. Ediar; do mesmo, *Teoria del Delito*, B. Aires, 1973; Zdravomíslav, B.V., et alii, *Derecho Penal Sovietico*, trad. Nina de la Mora, Bogotá, 1970.

